

*Тијана Ковачевић**

Студент докторских студија на Правном факултету
Универзитет у Београду
ORCID: 0000-0003-3555-6335

ДЕЛОТВОРНОСТ ДОМАЋЕГ СИСТЕМА ЗАШТИТЕ ПОТРАЖИВАЊА ЗАПОСЛЕНИХ У СЛУЧАЈУ СТЕЧАЈА ПОСЛОДАВЦА**

САЖЕТАК: У овом раду ауторка анализира начине којима се штите потраживања запослених у поступку стечаја над њиховим послодавцем. У првом делу рада размотрени су различити модалитети заштите који се примењују самостално или у комбинацији са другим средствима, а све у циљу пружања бољег заштитног оквира запосленима у стечају. Централни део рада посвећен је питању делотворности домаћег система заштите који се мери степеном намирења потраживања ове врсте поверилаца у стечајном поступку односно бројем усвојених захтева пред Фондом солидарности. Да би се жељени циљ постигао неопходно је заштиту потраживања запослених сместити у један шири контекст који подразумева хармонију института радног и стечајног права. Како то код нас није случај ауторка указује на бројне практичне проблеме који због тога настају, а који су идентификовани посредством интервјуа са запосленима у Фонду солидарности и анализи извештаја о раду ове институције објављеним од њеног оснивања. На самом крају упоредни преглед показује да су радноправни механизми заштите запослених ограниченог домаћаја и да би се у том

* tijanarkovacevic@gmail.com

** Рад је примљен 30. 8. 2021, а прихваћен је за објављивање 2. 2. 2022. године.

смислу могло размишљати о њиховом проширењу (уз адекватно прилагођавање), и на оне послодавце који нису покренули формалну стечајну процедуру. Реч је о јединственом теоријском предлогу који завређује пажњу будући да се у раду полази од хипотезе да би систем заштите запослених за неизмирена потраживања био знатно делотворнији да су они више упознати са радом Фонда солидарности и да је сам начин организације рада Фонда другачији.

Кључне речи: запослени, стечај, Фонд солидарности, привилеговање потраживања, гарантовање исплате ненамирених потраживања, Република Србија

УВОД

Ако је имовина дужника довољна за извршење свих тражбина поверилаца они ће своје захтеве према дужнику остварити у целости без икаквих правних проблема. Ситуација се драстично мења када средстава којима располаже дужник постану недовољна за потпуно намирење свих поверилаца. То доводи до стварања хаотичне ситуације утркивања и борбе у којој ће само они снажнији изаћи као победници. Да би се спречила ситуација неконтролисаних грабежи преостале имовине дужника, право конституише посебна правила поступка њиховог намирења. Дакле, стечај је првобитно настао као инструмент колективне заштите поверилаца у окружењу неповољном за реализацију њихових потраживања.¹

Повериоци су најбројнија и најразноврснија група учесника стечајног поступка. Већина законодавстава, у већој или мањој мери, издвајају из те групе запослене као посебну категорију поверилаца о којој се мора водити рачуна. Разлози за такав приступ су вишеструки. Прво, отварање стечајног поступка постаје озбиљна претња губитку запослења.² Друго, опасност да њихова потраживања по основу радног односа неће бити намирена у целости или у претежном делу, те да ће остати празних

¹ Finch, V. (2009). *Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles*, Cambridge New York: Cambridge University Press, 9; Виšekruna A. (2013). *Pravni položaj zaposlenih u stečajnom postupku*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 15; Radović V. (2018). *Stechajno pravo – Knjiga prva*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 31–32.

² Posebno угрожени у налажењу новог посла су запослени чији се радни век ближи крају. Sarra J. (2008). Recognizing workers' economic contributions: the treatment of employee and pension claims during company insolvency: A comparative Study of 62 Jurisdictions. Доступно на: https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/105_Recognizing_Workers_Economic_Contributions.pdf (приступљено: 26. 8. 2021).

руку. Овакво сагледавање ствари је сасвим оправдано јер се исплата зараде врши тек након извршене престације рада.³ Треће, немогућност самозаштите кроз уговарање одређених клаузула као резултат економске супериорности једне стране уговорнице. У пракси се закључивање уговора о раду своди на потписивање стандардизованих уговора унапред припремљених од стране послодавца, без могућности преговора о условима рада или висини зараде. Осим тога, реч је о лицима која по правилу последња сазнају за финансијско посрнуће дужника што нужно води немогућности адекватне благовремене реакције. Након наступања стечаја све евентуалне активности би биле закаснеле. Четврто, недовољна информисаност о финансијским перформансама послодавца или пак немогућност налажења запослења на другом месту, нарочито у мањим срединама где један послодавац запошљава претежни део радно способног становништва. Пето, економска зависност од послодавца која произлази из лимитиране распршености ризика његове инсолвентности. За разлику од улагача који могу диверзификовати портфолио и тиме смањити ризик улагања, запослени по правилу раде код једног послодавца.⁴ Шесто, због интегрисаности запослених у радну средину, у поређењу са другим повериоцима њихова веза са друштвом је чвршћа. И коначно, најважније, потреба да се обезбеде егзистенцијална сигурност и заштити основна друштвена вредност.⁵

Иако материја стечаја није осмишљена са циљем да се посебно бави запосленима као одвојеном скупином поверилаца, два стечајноправна института ипак дотичу запослене. Први је утицај отварања стечајног поступка на уговоре о раду, док је други третман њихових потраживања у отвореном стечајном поступку. Како последице стечаја на радноправни статус запослених прелази оквири овог рада, даља пажња биће усмерена на положај потраживања запослених у поступку стечаја над послодавцем.

³ Tucker E. (2005). Shareholder and Director Liability for Unpaid Workers' Wages in Canada: From Condition of Granting Limited Liability to Exceptional Remedy. *Law and History Review*, 26(1), 57–97; Вишекруна А. (2016). Одговорност директора за неисплаћена потраживања запослених у случају стечаја послодавца. *Сџрани правни жи-воиш*, 60 (3), 78.

⁴ Mucciarelli M. F. (2017). Employee Insolvency Priorities and Employment Protection in France, Germany and the United Kingdom. *Journal of Law and Society*, 44 (2), 264.

⁵ Радовић В. (2018). *Стечајно право – Књига прва*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 177; Finch, V. (2009). *Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles*. Cambridge New York: Cambridge University Press, 666–667.

МНОГОВРОЈНИ СИСТЕМИ ЗАШТИТЕ ПОТРАЖИВАЊА ЗАПОСЛЕНИХ

Запослени се у стечајном поступку штите на различите начине. Признавање огромног значаја запосленима у привредним друштвима датира још од првих грађанских кодификација које су установиле систем привилегија за најужи круг запослених.⁶ Временом се схватило да је материја заштите запослених изузетно сложена и значајна за привредни развој једне земље, чиме питање остваривања потраживања у стечају постаје предмет бројних извора права различите правне снаге.⁷ Тематика намирења запослених у стечају може бити уређена стечајноправним, радноправним, па чак и уставним одредбама.⁸ Осим тога, све веће прекограничне активности компанија створиле су потребу за приближавањем бројних правних система што је резултирало доношењем прописа на универзалном (Међународна организација рада) и регионалном нивоу (Европска унија).

⁶ Иако претеже да је родоначелник система привилегија Наполеонов законик (1804), назнаке привилегованог третмана могу се уочити у раније донетом Тосканском стечајном закону (1713). V.: Mucciarelli M. F. (2017). Employee Insolvency Priorities and Employment Protection in France, Germany and the United Kingdom. *Journal of Law and Society*, 44 (2), 265. Упореди: International Labour Conference, 91 st Session 2003, Report III (Part 1B), Third item on the agenda: Information and reports on the application of Conventions and Recommendations, General Survey of the reports concerning the Protection of Wages Convention (No. 95) and the Protection of Wage Recommendation (No. 85), 1949, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (articles 19, 22 and 35 of the Constitution) – Извештај MOR-а (2003). Доступно на: <https://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-iii-1b.pdf> (приступљено: 15. 12. 2019); Радовић, В. (2018). *Стечајно право – Књига прва*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 178; Вишекруна А. (2013). *Правни положај запослених у стечајном процесу*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 25.

⁷ Вишекруна, А. (2013). *Op. cit.*, 25.

⁸ Добар показатељ за ту тврдњу су уставни Перуа и Мексика. Србија је до доношења Закона о раду 2005. године којим је основан Фонд солидарности поступак намирења потраживања запослених у случају стечаја њиховог послодавца искључиво резервисала за стечајно законодавство. У Шпанији је гарантна институција основана још 1976. године будући да проценат намирења запослених у оквиру стечајне процедуре зависи од висине уновчене стечајне масе која обухвата имовину у власништву стечајног дужника из чијег круга се искључују хипотекарне непокретности, ствари купљене на лизинг или уз задржавање права својине. Murcia G. J. (2016). Las garantías del salario ante la insolvencia de la empresa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 4 (2), 7.

Системи заштите запослених у стечају нису јединствени. Упоредноправно посматрано постоје три система заштите.⁹ Први систем се своди на давање привилегованог статуса запосленима у стечају за одређена потраживања, док се други односи на исплату гарантованих потраживања из посебних средстава фонда, основаног у те сврхе. Трећи систем је мешовитог карактера и комбинује елементе претходна два, који се често означавају као стечајноправни и радноправни облици заштите.¹⁰ Ретке су државе, попут Естоније и Уједињених Арапских Емирата, које не познају ниједан од изложених система.¹¹ Осим ових традиционалних заштитних система, о којима ће више бити речи у наставку текста, јављају се и модерни облици заштите запослених који се ослањају на имовину других лица, а не на стечајног дужника – послодавца.¹²

Негативне ефекте одлучивања треба да осећају они који су били укључени у тај процес односно који су на њега могли да утичу. Приметна је тенденција подизања стандарда одговорности директора као средства дисциплиновања и контроле. Они треба да поступају на исти начин како у доба просперитета, тако и у кризном периоду за привредно друштво. Осим тога, оправдано је да лица која учествују у расподели добити снесо део губитака. Међутим, ширење одговорности на директоре и/или акционаре привредног друштва се оштро коси са основним компанијскоправним принципом ограничене одговорности, због чега се овај вид додатне заштите запослених посматра са анимозитетом.¹³ Остављајући то

⁹ Нису сви системи доступни свим државама. Државе чланице Европске уније, као и државе кандидати, имају обавезу формирања посебне институције која ће гарантовати одређена потраживања запосленима, док се органи, финансирање и рад институција регулишу националним правом. О одговорности државе Италије због повреде ове обавезе видети пресуду у предмету *Francovich. Szyszczak E.* (2000). *EC Labour Law*. Harlow: Pearson Education Limited, 122–124.

¹⁰ Радуловић, Б. (2014). Стечај у Србији – чињенице, заблуде и ненамераване последице. *Економска политика Србије у 2014: Могућности привредног раста у условима реформи и фискалне консолидације* (ур. Шошкић, Б., Арсић, М.). Београд: Економски факултет Универзитета у Београду, 136–137; Радовић, В. (2018). *Стечајно право – Књига прва*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 191; Вишекруна, А. (2013). *Правни положај запослених у стечајном поступку*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 108.

¹¹ Sarra, J. (2008). *Recognizing workers' economic contributions: the treatment of employee and pension claims during company insolvency: A comparative Study of 62 Jurisdictions*. Available at: https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/105_Recognizing_Workers_Economic_Contributions.pdf (приступљено: 26. 8. 2021), 10.

¹² О њиховим добрим и лошим странама в.: Вишекруна, А. (2016). Одговорност директора за неплаћена потраживања запослених у случају стечаја послодавца. *Страни правни животи*, 60 (3), 82–85.

¹³ Anderson, H. (2008). Directors' Liability for Unpaid Employee Entitlements: Suggestions for Reform Based on Their Liabilities for Unremitted Taxes. *Sydney Law Review*,

по страни, заједничка црта свим наведеним системима је њихов *ex post* заштитни карактер.

Систем приоритетног намирења потраживања запослених из стечајне масе, као и систем гарантне институције, има своје недостатке па се стога већи број држава, међу којима и наша, определио за хибридни систем који их отклања. Међутим, увођење вишеструког система заштите не значи нужно бољи положај запослених. Ако механизми из којих је изграђен нису кохерентни и усклађени у довољној мери, вишеструка заштита запослених не остварује свој пуни ефекат, што је, чини се, случај код нас.

ЗАШТИТНИ СИСТЕМ У СРБИЈИ

Стечајноправна заштита кроз привилеговање потраживања

Давањем повлашћеног положаја појединим повериоцима у стечају одступа се од основног принципа *par conditio creditorum*. Формирање исплатних редова, а нарочито издвајање потраживања одређених категорија поверилаца, налази своје оправдање у захтевима правичности. Међутим, повлашћујући једне повериоце повређује се право других због чега се домет таквог одступања мора јасно одредити и праведно поставити како би био друштвено прихватљив. Због тога неки аутори истичу да се негативне последице стечаја неоправдано пребацују на друге повериоце (нпр. жртве деликта) који се такође сматрају рањивом страном.¹⁴ Имајући у виду да сваки изузетак од правила има своје границе, тако и привилеговање запослених има своја ограничења. Поред тога, лимитирање привилегија је једини начин да се успостави баланс између не само поверилаца већ и других учесника у стечајном поступку чији су интереси супротстављени. Но, са дуге стране, бројна ограничења потраживања запослених могу отворити питање деловорности постављеног заштитног оквира.

30 (3), 493–497; Tucker E. (2008). Shareholder and Director Liability for Unpaid Workers' Wages in Canada: From Condition of Granting Limited Liability to Exceptional Remedy. *Law and History Review*, 26 (1), 59; упореди: Mucciarelli, M. F. (2017). Employee Insolvency Priorities and Employment Protection in France, Germany, and the United Kingdom. *Journal of Law and Society*, 44 (2), 265.

¹⁴ Kimhi, O. (2015). Getting more than Justice on Paper: Bankruptcy Priorities and the Crisis of Unpaid Wages. *Hofstra Law Review*, 44 (1), 4; супротно: Finch, V. (2009). *Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles*. Cambridge. New York: Cambridge University Press, 667.

Привилеговање потраживања почива на два колосека.¹⁵ Пружање необезбеђеним повериоцима – запосленима привилегован статус у односу на друге необезбеђене повериоце (тзв. привилегија првог степена) или привилеговање запослених у односу на све повериоце, обезбеђене и необезбеђене (тзв. привилегија другог степена).¹⁶ Привилеговање запослених у односу на друге повериоце који нису установили средство обезбеђења и није нека привилегија, због чега се једино привилегија другог степена сматра истинском привилегијом.¹⁷ Како ниједно стечајно законодавство не даје привилегован статус искључиво запосленима, у упоредној литератури се прави паралела између опште и специјалне привилегије.¹⁸ На тај начин се постиже рангирање унутар различитих потраживања која су исто категорисана, као привилегована. Однос генералне и специјалне привилегије може бити посматран и кроз призму имовине која служи за намирења. Генерална привилегија има шире дејство, јер се субјект обухваћен привилегијом намирује из целокупне имовине дужника, док се домет специјалне привилегије исцрпљује на одређеној ствари.¹⁹ Одређивање приоритетних исплатних редова у стечајном поступку је осетљиво питање којем се може различито приступити. Тако се и позиција запослених у стечајном поступку драстично мењала у зависности од система

¹⁵ Стављање запослених на прво место може бити израз политичке филозофије или имати дубље хуманистичке побуде. Било како било, они због свог јединственог положаја заслужују приоритет. Wood, P. (2007). *Principles of International Insolvency*. London: Sweet & Maxwell, 250.

¹⁶ Америчко право као противтежу за привилегију првог степена допушта конституисање посебне залог на имовини послодавца (енг. *wage liens*). Тиме се успоставља равнотежа у намирењу стечајних поверилаца и боље остварује циљ стечајног поступка. Yemin, E., Bronstein, S. A. (1991). *The protection of workers' claims in the event of the employer's insolvency*. Geneva: International Labour Office, 1991, 16; Kennedy, R. F. (1995). Statutory Liens In Bankruptcy. Dostupno na: <https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2312&context=mlr> (приступљено: 20. 12. 2020).

¹⁷ Потоња привилегија се још назива и суперпривилегијом због њеног апсолутног карактера у поступку намирења. Прихваћен је у малом броју земаља попут Француске, Шпаније, Бразила, Еквадора, Мексика и Перуа. И поред слабе распрострањености обруч суперпривилегија није исти. У неким земљама се отишло толико далеко у привилеговању запослених да се стечајном управнику може ускратити могућност за накнаду стварних трошкова које је имао у поступку уновчења имовине стечајног дужника из које су се запослени намирили. Овакво решење може озбиљно угрозити уредно спровођење стечајног поступка. Yemin, E., Bronstein, S. A. (1991). *Op. cit.*, 31.

¹⁸ Yemin, E., Bronstein, S. A. (1991). *Op. cit.*, 27.

¹⁹ Као илустративан пример може послужити право Аргентине које даје предност у намирењу из средстава добијених продајом зграде свим лицима која су учествовала у њеној изградњи. Mucciarelli, M. F. (2017). Employee Insolvency Priorities and Employment Protection in France, Germany and the United Kingdom. *Journal of Law and Society*, 44 (2), 263.

привређивања и друштвених прилика. Историјски посматрано стечајно право се мењало у погледу третирања запослених у стечају што се највише одражавало на исплатне редове. Да се угао гледања на запослене мењао показује период у којем су запослени у реду за намирење стајали на самом крају, као „власници” предузећа. Друга крајност је одузимање неисплаћеним зарадама карактер потраживања како би се запослени намирили заједно са трошковима стечајног поступка, дакле пре свих. Колико ће који поверилац у стечају добити у великој мери зависи од исплатног реда у којем се налази. Све док се не намире потраживања сврстана у виши исплатни ред, повериоци нижих исплатних редова не учествују у расподели стечајне масе.²⁰ Из тога следи да се данас запосленима пружа најповољнији положај у поступку намирења, јер се њихова потраживања сврставају у први исплатни ред.²¹

Међутим, повлашћен статус се даје само једном потраживању проистеклом из радног односа. Реч је о зарадама које нису исплаћене у периоду који није дужи од годину дана од отварања стечајног поступка заједно са доспелом каматом.²² При том законодавац јасно прави разлику између нето и бруто зараде, а привилегован статус даје само нето заради до висине минималне зараде, док се доприноси који прате зараду различито третирају. Дакле, зарада се не посматра као јединствена категорија, нераскидиво повезана са доприносима, већ се врши одвајање доприноса за пензијско и инвалидско осигурање који строго посматрано нису потраживања запосленог него државе,²³ и друге доприносе по основу радног односа.²⁴ Стога се сасвим оправдано указује на недостатак оваквог законодавног решења који тако релативизује привилегије дате запосленима, јер зашто би право посебно штитило државу, када је она најјачи поверилац који може сам да се заштити. Стечајно право треба да одговори захтеву да они који су у осетљивој позицији у случају инсолвентности

²⁰ Поповић Ајншпилер, Г. (2013). Спорови из радног односа пред привредним судовима. *Заштитна права у области рада – Зборник радова* (ред. Ивошевић, З.). Београд: Глосаријум, 126.

²¹ Овде је важно нагласити да се упоређивање не врши у односу на све повериоце, већ само стечајне. Шире посматрано, повериоци стечајне масе су најповлашћенији јер се намирују у целости пре него што се уопште и започне са расподелом имовине повериоцима сврстаним у исплатне редове. Запослени могу имати такву позицију ако им је потраживање настало након отварања стечајног поступка.

²² Закон о стечају – ЗоС, *Службени Гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011, 83/2014, 113/2017, 44/2018, 95/2018, чл. 54 (4)(1).

²³ Марјановић, М. (2012). Одређени правни аспекти заштите права запослених у поступцима приватизације и стечаја. *Право и привреда*, 4–6/2012, 259.

²⁴ Руководећи се тиме Уједињено Краљевство је укинуло привилегован статус „државним” потраживањима.

дужника имају већу заштиту од оних који су способнији да се сами носе са губитком.²⁵

Свођење привилегија на намирење зарада је најужи приступ који се никако не може оправдати. Изложено гледиште само разједињује систем заштите који тако губи на ефикасности, јер је предмет заштите другачије постављен Законом о раду. Чини се да је далеко боље да се на једном месту сачини листа потраживања запослених која се са разлогом фаворизује. С обзиром на субјекта привилегије сасвим је оправдано да се то питање препусти писцу закона који уређује права, обавезе и одговорности запослених.²⁶ Осим тога, крутост стечајноправног режима оштро се коси са прихваћеним међународним стандардима. Према Конвенцији Међународне организације рада бр. 173 и Препоруци Међународне организације рада бр. 180 која је даље прецизира, потраживања запослених која су привилегована не ограничавају се само на зараду, већ укључују и накнаду за неискоришћени годишњи одмор, новчана примања у вези са плаћеним одсуством са посла, новчана примања на име отпремнине која се исплаћује у вези са престанком радног односа, потраживања по основу накнаде због професионалног обољења или повреде на раду, потраживања накнаде за прековремени и други извршени рад, као и других накнада предвиђених колективним уговором односно индивидуалним уговором о раду.²⁷

Како је положај запослених у стечајном поступку вишеслојан, оправдано је посматрати њихову правну позицију из различитих углава.

²⁵ Вишекруна, А. (2013). *Правни положај запослених у стечајном поступку*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 25. Ту логику прате и комунитарна правила усмерена ка већој заштити запослених као поверилаца. Betten, L. (1993). *International Labour Law: Selected Issues*. Deventer Boston: Kluwer Law International, 228–229.

²⁶ Тако је, примера ради, у француском праву. Bailly, P. (2013). *Les droits des salariés en matière de redressement judiciaire et liquidation de biens*. Доступно на: layer.fr/5438461-Les-droits-des-salaries-en-matiere-de-redressement-judiciaire-et-liquidation-de-biens-patrick-tillie-avocat-au-barreau-de-lille.html (приступљено: 26. 8. 2021).

У теорији има и супротних мишљења. V.: Тодоровић, И. (2008). *Правне последице усвајања плана реорганизације*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 263. Упореди: Вишекруна, А., Ђалић Рајић, Ј. (2019). *Запослени као привилеговани повериоци у стечајном поступку. Век и по регулација стечаја у Србији* (ур. Шаркић, Н., Радовић, В., Ајншпилер Поповић, Г.) Београд: Институт за упоредно право, 258–259.

²⁷ За исцрпну листу потраживања v.: Recommendation concerning the Protection of Workers' Claims in the Event of the Insolvency of their Employer, 1992 (No. 180) t. 3(1); Convention concerning the Protection of Workers' claims in the event of the Insolvency of their Employer, 1992 (No. 173), чл. 6. Хрватско право је највећим делом одговорило на постављене захтеве. V.: *Стеčajни закон* (Republika Hrvatska), *Narodne novine*, бр. 71/15, 104/17, чл. 37.

Према позитивноправном решењу, отварање стечајног поступка не значи нужно престанак радног односа свим запосленима код стечајног дужника. Потраживања која задржана и/или новоупослена лица након отварања стечајног поступка стекну према стечајном дужнику немају карактер стечајних потраживања, већ се третирају као обавезе стечајне масе и не пријављују се у стечајном поступку. Супротно, неисплаћене зараде које су настале дванаест месеци пре отварања стечајног поступка пријављују се у законом предвиђеном року.²⁸ Дакле, запослени ће за један део својих потраживања бити третирани као стечајни повериоци, док ће у односу на преостали део потраживања бити повериоци стечајне масе. Међутим, шта се дешава са запосленима којима је радни однос престао раније. Њихов положај је у великој мери измењен тиме што им је престао радни однос код послодавца који не извршава своје законске и уговорне обавезе, јер ће њихова потраживања бити сврстана у трећи исплатни ред. Да ли је оправдано да запослени, којима послодавац није измирио обавезе по основу радног односа који је престао у периоду који је дужи од законом предвиђеног, остају ускраћени за своја права? Далеко исправније је постављање алтернативног момента почетка рачунања референтног периода, као што је престанак радног односа или само вредносно лимитирање потраживања.²⁹ Да је то боље решење показује и ликвидација, као један од начина престанка привредног друштва. Ако ликвидациони управник утврди да имовина дужника није довољна за намирење свих потраживања поверилаца поднеће предлог за покретање стечајног поступка. Тада се једноставно речено ликвидација привредног друштва „претвара“ у стечај. Дужина трајања ликвидационог поступка, који је претходио стечајном, утиче на права запослених, која могу бити делимично или потпуно изгубљена.³⁰

Радноправна заштита кроз гарантовање исплате ненамирених потраживања

Давањем предности запосленима приликом намирења њихових потраживања не значи гарантовање њиховог намирења у стечајном поступку. То што су први у реду за намирење не значи да ће се заиста и

²⁸ ЗоС, чл. 11(5).

²⁹ Тако је било код нас све до Закона о стечајном поступку који је из корена променио дотадашњу концепцију. V.: Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији, *Службени гласник СФРЈ*, бр. 84/1989, *Службени гласник СРЈ*, бр. 37/1993 и 28/1996, чл. 140(2).

³⁰ Обрадовић, Ј. (2016). Права запослених пред Фондом солидарности. *Заштити права из области рада – зборник радова* (ред. Ивошевић, З.) Београд: Глосаријум, 181.

намирити. Дакле, успешна реализација потраживања искључиво зависи од величине имовине стечајног дужника.³¹ Ако је она мала, готово непостојећа, систем привилегија не значи ништа. Може се рећи да је постојање расположивих средстава дужника предуслов за активирање овог заштитног механизма. Како остваривање тог предуслова може изостати, јавила се потреба за стварањем другог пута који неће бити директно везан за имовинско стање дужника, а који ће бити доступан онима који најтеже подносе последице стечаја. Тако гарантна институција постаје пут једнаких, јер се заштита пружа свим запосленима у истом обиму и под истим условима.

Главна предност овог система је већа предвидивост и дужина трајања поступка. Суштина концепције постојања посебне институције која ће исплатити туђи дуг је у обезбеђењу минималних средстава за живот. Зато се нагласак ставља на промтној исплати дуга из унапред обезбеђених средстава. Бржа исплата зараде доприноси бољој свеукупној заштити запослених. Насупрот томе, дужина трајања поступка намирења у стечају може бити значајно пролонгирана ако се имовина стечајног дужника не може продати ни након вишеструког оглашавања.

Поред неефикасности, истичу се и други аргументи у прилог креирања додатних инструмената заштите. Давање предности запосленима у стечају у односу на друге повериоце може имати негативан ефекат на финансирање привредног друштва и нормалне привредне токове. Банке, као највећи зајмодавци капитала, тражиће испуњење додатних услова уз вишу каматну стопу као цену за повећани ризик којем су изложене.³² Повраћај средстава постаје озбиљно угрожен ако се има у виду да потраживања запослених односе највећи део имовине стечајног дужника. Оснивање гарантних институција које добро функционишу умирује зајмодавце, јер ће се запослени у случају стечаја намирити на другом месту. Руводећи се том логиком, Немачка, као типични представник банкарски оријентисаног система финансирања привредних друштава, у потпуности се ослања на средства тамошње гарантне институције. Тиме је немачко право заменило систем привилеговања потраживања системом

³¹ Радовић, В. (2018). *Стечајно право – Књижа прва*, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 190.

³² По природи ствари томе су изложени они чије се пословање највећим делом ослања на позајмљена средства. То су пре свега мала и средња предузећа, друштва у поступку оснивања, друштва којима прети стечај и сл. V.: Kimhi, O. (2015). Getting more than Justice on Paper: Bankruptcy Priorities and the Crisis of Unpaid Wages. *Hofstra Law Review*, 44 (1), 28.

гарантовања намирена неисплаћених зарада.³³ За сада је она у мањини, јер је већина земаља ранијем начину заштите додала нови са надом да ће се тако дуговано повратити у већем износу и у краћем року. Одлука о промени приоритета треба да узме у обзир последице по цену финансирања и начине на који ће повериоци перципирати погоршан статус односно потенцијално смањење намирена због приоритетног третмана запослених.³⁴

Оснивањем гарантне институције побољшава се положај запослених, али се са друге стране подстиче неодговорно и опортунистичко понашање послодавца. Осећајући да имају вео који их штити, послодавци ће средства за исплату потраживања запослених користити у друге намене (нпр. исплатити друге повериоце који нису привилеговани, искористити средства за спасавање друштва и сл.). Поред тога, морално посрнуће може бити праћено и повећаним улагањем у ризичније пословне подухвате који могу додатно отежати имовинско стање дужника.

УСЛОВИ ЗА ОСТВАРИВАЊЕ ПРАВА ПРЕД ФОНДОМ СОЛИДАРНОСТИ

Да би се активирао радноправни механизам заштите неопходно је да се претходно испуни неколико услова. Већина услова је повезана са стечајним поступком који је отворен над послодавцем због чега је нужно да правила садржана у Закону о раду и Закону о стечају чине логичну целину. Услови нису систематизовани на једном месту, него се извлаче из коришћених језичких конструкција и ширег контекста. Због прегледности и лакшег сналажења корисника овог права требало би на једном месту излистати потребне услове. На тај начин би се олакшало не само запосленима који упућују захтев Фонду, него и службеницима Фонда који због њихове недовољне јасности имају проблеме у њиховом утврђивању. Управо то је и довело до тога да се ставови судова и Фонда солидарности у погледу питања која су од одлучујуће важности разликују у мери која може озбиљно угрозити стабилност стуба на којем овај облик заштите стоји.

³³ Mucciarelli, M. F. (2017). Employee Insolvency Priorities and Employment Protection in France, Germany, and the United Kingdom. *Journal of Law and Society*, 44 (2), 269–271.

³⁴ Радуловић, Б. (2014). Стечај у Србији – чињенице, заблуде и ненамераване последице. *Економска политика Србије у 2014: Могућности привредног раста у условима реформи и фискалне консолидације* (ур. Шошкић, Б., Арсић, М.). Београд: Економски факултет Универзитета у Београду, 136.

Из законског текста изводи се следећи закључак. За остваривање права пред Фондом солидарности морају бити испуњени следећи услови:

1) *запослени има појтраживање према послодавцу над којим је отворен стечајни поступак.*³⁵— Овај услов има два дела. Први се тиче субјекта, врсте и висине потраживања, док се други односи на лице према коме је усмерен имовински захтев и његов економско-финансијски положај. Дакле, заштита се не пружа свим повериоцима у стечају, него само онима за које се сматра да не могу да се сами носе са губитком и да их је оправдано појачано заштитити. Основ заштите је заснован радни однос, те се сва лица која нису у таквом статусу искључују из заштитног круга (нпр. оснивач или члан привредног друштва). Осим тога, законодавац посебно наглашава да заштиту не ужива ни предузетник ако нема својство samozапосленог.³⁶

Запослени има право на исплату:

– зараде и накнаде зараде за време одсутности са рада због привремене спречености за рад у висини минималне зараде, за период од девет месеци пре отварања стечајног поступка;

– накнаду штете за неискоришћени годишњи одмор кривицом послодавца, за календарску годину у којој је отворен стечајни поступак, ако је то право имао пре отварања стечајног поступка, а највише у висини минималне зараде;

– накнаду штете на основу одлуке суда донете у календарској години у којој је отворен стечајни поступак, због повреде на раду или професионалног обољења, ако је та одлука постала правноснажна пре отварања стечајног поступка.

– отпремнину због одласка у пензију у календарској години у којој је отворен стечајни поступак, ако је право на пензију остварио пре отварања стечајног поступка.³⁷

2) *Утврђено постојање појтраживања у стечајном поступку које није намирено.*— Када је реч о овом услову потребно је указати на неколико нелогичности и проблема који се могу јавити у његовој примени.

³⁵ Закон о раду и Закон о стечају су у потпуности усклађени у погледу почетка рачунања тзв. референтног периода – периода у којем је настало потраживање чија се исплата гарантује односно привилегује. То је далеко бољи приступ од ранијег развођавања које је заштитном систему одузимао карактер заокружене целине. Према ранијој радноправној регулативи испуњеност услова ценио се од момента покретања, а не отварања стечајног поступка. Упореди: Закон о раду, *Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, чл. 124 (1).

³⁶ Закон о раду – ЗоР, *Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14 и 13/17, чл. 125. и 126.

³⁷ ЗоР, чл. 125. и 126.

Да би захтев за исплату гарантованих потраживања био усвојен, запослени прилажу доказе од којих је закључак стечајног судије о утврђеним и оспореним потраживањима нарочито значајан, јер се без њега не поступа по захтеву запосленог. Сходно томе основ по којем Фонд солидарности врши исплате је судски акт, било да је реч о закључку који се доноси у стечајном поступку или правноснажној пресуди која се доноси у парничном поступку, а којом је утврђена основаност оспореног потраживања.³⁸ Оваквим решењем се јасно види намера законодавца да спречи исплаћивање потраживања за које се са сигурношћу не зна да ли су основана или не.³⁹ Међутим, шта се дешава у ситуацији када је имовина стечајног дужника незнатна? Тада није испуњен један од услова да би се уопште водио стечајни поступак, а то је довољност имовине за покриће бар трошкова који ће настати његовим вођењем или је реч о вредности која је иначе незнатна. Дакле, питање сврсисходности ступа на сцену, јер се преиспитује исплативост вођења таквог поступка. Реч је о процесној претпоставци која када није испуњена представља сметњу за вођење стечајног поступка. Наравно, тиме се не утиче на законску дужност суда да поступа по предлогу за отварање стечајног поступка. Тек када утврди недовољност имовине суд ће истим решењем отворити и обуставити стечајни поступак без одлагања. Од овог правила се може одступити на искључиви захтев повериоца који инсистира да се поступак настави покривајући његове трошкове.⁴⁰ Ако се не плати предујам сматра се, потпуно погрешно, да поверилац није заинтересован за стечај. И да се узме да због недостатка имовине поверилац (запослени) није заинтересован да се намири у стечају, то не значи да није заинтересован да се намири уопште. Како запослени најчешће нису у финансијској могућности да плаћају рад суда, отвара се питање шта ће се десити са њиховим потраживањима. Може звучати као парадокс, али одговор није јединствен. У информатору о раду Фонда солидарности се, између осталог, налазе и најчешћа питања упућена Фонду. Једно од њих се управо односи на ситуацију неутврђеног стечајног потраживања које повлачи губитак права на намирење пред Фондом. Угао гледања Фонда изграђен је на основу језичког тумачења

³⁸ „Запослени код послодавца над којим није отворен стечајни поступак, или му није признато потраживање правноснажном одлуком надлежног суда у стечајном поступку, не може остварити право на исплату потраживања код Фонда солидарности без обзира што му његов послодавац то потраживање дугује.” Обрадовић, Ј. (2016). *Права запослених пред Фондом солидарности. Заштитна права из области рада – Зборник радова* (ред. Ивошевић, З.). Београд: Глосаријум, 179–180.

³⁹ Тодоровић, И. (2008). *Правне последице усвајања плана реорганизације*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 263.

⁴⁰ ЗоС, чл. 13.

прописа, што неизбежно повлачи питање да ли је оправдано да запослени који су у најтежем положају буду најлошије третирани. Поред ове бесмислице законодавац занемарује чињеницу да се ситуација незнатне имовине не односи само на имовину која не може да покрије трошкове поступка, већ и на ону када је само незнатно премашује. Тада се рад суда у виду таксе може платити из имовине дужника.

Због финансијског посрнућа послодавца запослени не могу остварити своје захтеве у стечајном поступку, а управо та чињеница их онемогућава да остваре своје захтеве и пред гарантном институцијом, која је основана са циљем да пружи гаранције минимума егзистенције. Таквим поступањем Фонд солидарности противречи сам себи односно својој сврси. С друге стране, пракса привредних, раније трговинских судова исправно заузима дијаметрално супротан став.⁴¹ Према мишљењу судија домаћих судова запослени не губе право наплате из средстава Фонда, с тим да рок за подношење захтева тече од правноснажности решења из којег се са сигурношћу може видети да запослени своја права неће моћи да утврде и остваре у стечајном поступку.⁴² Оваквим лутањем државних институција се само штети правном поретку, правној извесности и складној примени прописа. Тиме се, такође, урушава поверење у њихов рад, које је већ истини за вољу довољно пољуљано.

Очигледно је да је законописац приликом уређивања ове материје превидео привредне субјекте са незнатном имовином у стечају, чији број у нашој земљи није занемарљив, што је резултирало неприхватљивим исходом. Насупрот томе, упоредна законодавства изричито наглашавају да постојање сметње недостатка имовине неће утицати на остварење права запослених пред гарантном институцијом.⁴³ Узимајући у обзир чињеницу да се исплата неутврђених потраживања сматра незаконитом, неопходно је креирати алтернативне путеве којим се може утврдити њихово

⁴¹ *Билтен судске праксе трговинских судова*, 3/2008, 94.

⁴² Немачко право тада налаже суду одбацивање предлога за покретање стечајног поступка. Такво решење је у потпуности усклађено са Директивом Савета 80/987/ЕЕЗ, која предвиђа да се под инсолвентношћу послодавца сматра и ситуација када се расположива имовина сматра недовољном да се усвоји захтев за покретање стечајног поступка, иако је послодавац увелико престао са радом. Council Directive 80/987/EEC of 20 October 1980 on the approximation of the laws of the Member States relating to the protection of employees in the event of the insolvency of their employer – Direktiva o zaštiti zaposlenih, *Official Journal L* 283, čl. 2. Детаљније в.: Nielsen, R. (2000). *European Labour Law*. Copenhagen: DJOF Publishing, 340; Szyszczak, E. (2000). *EC Labour Law*. Harlow: Pearson Education Limited; Blanpain, R. (2002). *The Hague. London. New York. European Labour Law: Kluwer Law International*, 483–490.

⁴³ Слијепчевић, Д. (2010). Правни положај запослених у стечајном поступку. *Правни информатор*, 6/2010, 14.

постојање односно предвидети потребне олакшице. Једна од могућности је утврђивање постојања потраживања запослених од стране Фонда солидарности.⁴⁴ Тиме се не дира у постојећа стечајноправна правила.

Друга могућност захтевала би промену Закона о стечају која би се свела на давање различитог правног третмана дужнику који нема имовину и оном који је има толико да се тек премаше трошкови стечајног поступка. У првој ситуацији недостаје предмет расподеле због чега повериоци нису заинтересовани за вођење стечајног поступка. Међутим, запослени се тада не намирују из имовине уновчене у стечају, јер она не постоји, него из буџета државе. Сходно томе они су, за разлику од осталих поверилаца, заинтересовани да се поступак настави и одржи испитно рочиште у којем ће се утврдити постојање њиховог потраживања. На том путу им стоји готово непремостива препрека – предујам трошкова. Стога је оправдано из буџета накнадити трошкове и тако ублажити процесну позицију запосленог као повериоца.⁴⁵ Друга ситуација не задаје потешкоће јер се трошкови поступка могу намирити из стечајне масе, због чега нема сметње да се испитно рочиште одржи и закључи стечајни поступак.

Велики проблем са којим су се суочили судови, а који би самим тим имао и Фонд, јесте утврђивање права на отпремнину. Основно питање које изазива дилему је да ли се запослени може одрећи права на отпремнину. Отпремнина се исплаћује запосленом у два случаја: 1) приликом одласка у пензију и 2) приликом престанка радног односа услед организационих промена које уводи послодавац.⁴⁶ Дакле, у тексту закона се могу наћи ситуације које повлаче право на исплату отпремнине и начине којима се обрачунава њихова висина, док се сам појам отпремнине уопште не дефинише. То није изненађујуће имајући у виду да је законодавац пропустио да дефинише сијасет темељних радноправних појмова попут радног односа и уговора о раду.

⁴⁴ Слијепчевић, Д. (2010). Правни положај запослених у стечајном поступку. *Правни информатор*, 6/2010, 14.

⁴⁵ За лица која су управо изгубила посао износи од највише 50.000 динара за микроправна лица, 200.000 динара за мала правна лица, 600.000 динара за средња правна лица и 1.000.000 динара за велика правна лица чине се претерано отежавајућим условом који се једино може испунити колективном акцијом. V.: ЗoS, чл. 59(2). Додатни аргумент су земље које не познају предујам или је он симболичног карактера. Радуловић, Б. (2014). Стечај у Србији – чињенице, заблуде и ненамераване последице. *Економска полиџика Србије у 2014: Моћућности привредног расџија у условима реформи и фискалне консолидације* (ур. Шошкић, Б., Арсић, М.). Београд: Економски факултет Универзитета у Београду, 140.

⁴⁶ ЗoS, чл. 124. и 158.

Судије су успеле да креирају неке дефиниције које не покривају сва обележја отпремине, због чега одрицање од отпремине и даље остаје отворено питање. У Уставу Републике Србије наводи се скуп права која су неотуђива и гарантована сваком запосленом. То су: право на поштовање достојанства своје личности на раду, безбедне и здраве услове рада, потребну заштиту на раду, ограничено радно време, дневни и недељни одмор, плаћени годишњи одмор, правичну накнаду за рад и право на заштиту у случају престанка радног односа. Одрицање од поменутих права није могуће, те би се свака изјава воље усмерена у том правцу могла сматрати ништавом.⁴⁷ Судска пракса се највише колебала око пуноважности отпремине која пружа

„...финансијску подршку у међураздобљу између престанка једног и почетка другог радног односа”.⁴⁸

Колико се далеко отишло показују одлуке различите садржине донете од стране истог суда, због чега је Уставни суд заузео коначан став.⁴⁹ Да би се избегле дилеме и обезбедила већа правна сигурност потребно је јасно одредити карактер отпремине и њену правну природу. Чини се да се обе ситуације које рађају право на отпремину не могу подвести под Уставну норму, што наведена дефиниција потврђује. Приликом одласка у пензију нема „међураздобља” који се отпремином „покрива”.

3) *Није донето решење о потврђивању плана реорганизације.*— Ранија дилема о примени радноправног облика заштите на поступак реорганизације отклоњена је законодавном интервенцијом која се нажалост не може оценити позитивно. Потраживања чија се исплата гарантује, осим зараде, нису привилегована, те се неће наћи у класи која је еквивалентна првом исплатном реду у стечају. Према томе, у истој класи заједно са запосленима налазе се и други необезбеђени повериоци, због чега постоји опасност да ће запослени бити прегласани и самим тим онемогућени да се заштите. Како план реорганизације може предвидети потпун или делимичан отпуст дуга као меру допуштену законом, тако се запосленима намеће прихватање за њих неповољног исхода. Фактички им се налаже прихватање туђе воље која се оштро коси са њиховим интересима. О умањењу њихових права нису одлучивали они него други повериоци који су бројнији, због чега је неоправдано сматрати да су се запослени у целости или делимично одrekli својих потраживања. Због

⁴⁷ Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006, чл. 60 (4).

⁴⁸ Пресуда Врховног касационог суда Рев 21188/2015. од 13. априла 2016. године.

⁴⁹ Одлука Уставног суда Уж-4272/2010. од 31. октобра 2012. године.

тога се предлаже брисање ст. 5 чл. 124. Закона о раду који неоправдано ускраћује права запосленима чији се послодавац реорганизује.⁵⁰

4) *Захтешев йоднеиш у законом йредвиђеном року на йройисаном обра-
сиу.*— Чини се да су се одредбе Закона о раду у делу који се тиче стечаја
послодавца највише мењале са циљем да се запосленима омогући да што
лакше остваре права пред Фондом. Имајући у виду време које је потребно
да се прикупи сва потребна документација, рок је са 15 продужен на 45
дана и тече од достављања правноснажне одлуке.⁵¹ У погледу правне
празнине која се односи на случај недовољности стечајне масе која оне-
могућава спровођење стечаја, рок би требало рачунати од објављивања
решења о покретању и истовременом закључењу стечајног поступка у
Службеном гласнику РС.⁵² Овај униформни став теорије је исправан има-
јући у виду да се тада не именује стечајни управник, те је ово једини
начин да се најшири круг поверилаца информише шта се догодило са
дужником који се суочио са финансијским проблемима.

ПРЕПРЕКЕ ЗА ДЕЛОТВОРНО ОСТВАРИВАЊЕ ПРАВА ЗАПОСЛЕНИХ

Приликом остваривања права запослени се суочавају са неколико
проблема који могу бити лакше или теже отклоњиви. Први и основни
проблем је недовољна упознатост са постојањем и радом Фонда солидар-
ности. Запослени најчешће не знају да у случају стечаја послодавца своја
потраживања могу остварити и у другом поступку, а не само у оном који
води привредни суд. Та тврдња се доказује кроз интернет анкету затво-
реног типа, са једноставним одабиром да/не одговора. Истраживање је
спроведено међу испитаницима оба пола, различитих старосних група
и образовних и професионалних профила, који су одабрани по систему
„случајног узорка”. Учешће у анкети је било добровољно и анонимно,
без могућности идентификације који испитаник је дао који одговор.
Видљиво је само време и начин на који су одговорили на постављена
питања. Од 216 испитаника, 46,3 % је у радном односу, док је 53,7 % неза-
послено. Истраживање је имало за циљ да покаже да људи, без обзира

⁵⁰ Исто и: Слијепчевић, Д. (2010). Правни положај запослених у стечајном по-
ступку. *Правни информатор*, 6/2010, 15–16; Тодоровић, И. (2008). *Правне йоследице
усвајања йлана реорјанизације*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду,
263; Радовић, В. (2018). *Стечајно йраво – Књижа йрва*. Београд: Правни факултет
Универзитета у Београду, 195.

⁵¹ ЗоР, чл. 139 (2).

⁵² Слијепчевић, Д. (2010). *Op. cit.*, 13; Радовић, В. (2018). *Op. cit.*, 195.

да ли су у радном односу или не, не знају да постоји посебан фонд који намирује одређена потраживања уместо стечајног дужника – послодавца. Према добијеним резултатима, 90,7% испитаних није знало да постоји Фонд солидарности. Анкета јасно показује да се начини информисања јавности, који се наводе у Информатору о раду Фонда солидарности, нису делотворни, те да их је потребно унапредити.⁵³

Како се управни поступак пред Фондом не покреће по службеној дужности већ искључиво по захтеву стране, запослени због недовољне информисаности остају лишени исплате потраживања која им законски припадају. Закон о стечају познаје обавезу сарадње стечајних органа и органа Фонда у циљу остварења права запослених, али не и обавезу информисања запослених о њиховим правима. Ова сарадња се своди на једносмерни однос провере да ли су запосленима исплаћена потраживања у стечају и у ком износу. То има за циљ избегавање двоструког плаћања по истом основу.

Писци закона ни на једном месту не помињу обавезу стечајног управника да обавести запослене о могућности њиховог намирења пред гарантном институцијом.⁵⁴ Иако то стечајни управници махом чине, пропуштање да се поступи на наведени начин не повлачи одговорност стечајног управника за накнадну штету коју је запослени тиме објективно претрпео. Имајући у виду далекосежне негативне последице које у таквом окружењу могу настати, требало би предвидети законску обавезу информисања запослених о њиховим правима у вези са стечајним поступком. Поред тога, потребно је прецизирати да се канал информисања односи само на одређене повериоце који имају правни интерес за пружање информација од круцијалног значаја за њихово намирење. Обавеза информисања мора бити ослобођена других додатних услова, у смислу упућивања посебног захтева, јер би то било бесмислено. Дакле, само доношење одговарајућег решења, у овом случају закључка о признатим и утврђеним потраживањима, представља довољну чињеницу за настанак обавезе. Увођењем овакве одредбе не нарушава се принцип ефикасности стечајног поступка, нити се намеће прекомерни „терет“ стечајном управнику. Реч је о чињеници која је добро позната стечајном управнику с једне, а непозната запосленима с друге стране.

⁵³ Информатор о раду Фонда солидарности – ИоФ, Доступно на: <https://www.fs.gov.rs/dokumentacija/informator-o-radu/> (приступљено: 25. 8. 2021), 52.

⁵⁴ Последње измене Закона о стечају усмерене на питање информисања поверилаца не покривају наведену ситуацију. V: ЗоС, 10 (2). Насупрот томе, постоје права која предвиђају обавезу стечајног управника да упуту захтев за исплату потраживања гарантној институцији, па тек ако он то не учини то право прелази на запослене или синдикат основан код послодавца дужника који затим иступа у њихово име и за њихов рачун.

У разговору са запосленима Фонда солидарности који се обавио у просторијама те установе, дошло се до закључка да је највећи проблем са којима се суочава Фонд, а посредно и запослени код дужника, недостатак средстава Фонда обезбеђених из буџета. Иако Закон о раду не искључује могућност другачијег финансирања (улагање средстава Фонда у циљу стварања додатних прихода – донација, поклон, легат и сл.)⁵⁵ у пракси се то никада није догодило, кажу запослене. Прикупљање средстава из различитих извора води већој финансијској стабилности, док се укључивањем послодаваца у њено финансирање успоставља финансијска равнотежа.⁵⁶

Довољност средстава Фонда мери се бројем отворених стечајних поступака и процентом намирења запослених у стечају. Између 0,4 % и 0,5 % од 130.000 привредних друштава годишње напусти тржиште путем стечајног поступка. Пре ступања на снагу измена и допуна Закона о стечају из 2017. године у Србији је било покренуто 4.546 стечајних поступака, од тога 59 % је закључено или обустављено. Поређења ради, у Немачкој је у истој години у стечају било 20.093 предузећа од 3,5 милиона привредних субјеката или 0,6 % од укупног броја привредних друштава.

Износ намењен Фонду солидарности није се драстично мењао у претходним годинама. Од 2010. до 2015. године кретао се у износу од око 500 милиона, док је 2018. из буџета издвојено 617 милиона динара.⁵⁷ Изузетак у том погледу бележи наредна година са наглим падом уплаћених средстава који је износио 266 милиона динара, док је у 2020. успостављен претходни ниво уплата тако да досеже 450 милиона динара. Буџетска средства су довољна да одговоре на око 3.000 захтева, што је дупло више у односу на претходни период са изузетком 2019. године. Примера ради, 2012. године на одлуку Фонда чекало је 6.300 радника, а новца је било за евентуално 1.200 захтева. Висина одобрених средстава није праћена бројем отворених стечајних поступака који су достигли свој максимум у периоду приватизације. Имајући у виду да се приватизација друштвених предузећа ближи крају, структура поступка се све више помера ка приватном сектору. У 2016. години од укупно 430 друштава у стечају, 96 су била друштвена предузећа док се у 2018. години тај однос променио, јер су 36 дужника од укупно 453 била субјекти приватизације.

⁵⁵ ЗоР чл. 137; Ивошевић, З., Ивошевић, М. (2007). *Коментар Закона о раду*. Београд: Службени гласник, 269.

⁵⁶ Ковачевић, Љ. (2005). Усклађивање домаћег права са Директивама Европске уније путем одредаба новог Закона о раду. *Радни односи – Зборник радова* (ур. Бобар, К.). Београд: Глосаријум, 108.

⁵⁷ Информатор о раду Фонда солидарности – ИоФ, Доступно на: <https://www.fs.gov.rs/dokumentacija/informator-o-radu/> (приступљено: 25. 8. 2021), 31.

То има директни утицај на бројност усвојених и истовремено исплаћених захтева. За седам година рада Фонда солидарности исплаћено је око 30.000 радника, што указује на значај постојања а пре свега доброг функционисања ове институције.

Запослени у Фонду наглашавају да је поступак пред Фондом значајно убрзан и аутоматизацијом, а не само спољним факторима (оподање броја отворених стечајних поступака). Стручна служба је оспособљена да обради на десетине хиљада захтева. Као пример се може навести 3.238 усвојених захтева запослених из једног друштва у стечају које је Фонд обрадио у децембру 2012. године. Дакле, уочава се да проблем није у раду стручне службе Фонда, него у непотпуној и/или неприлагођеној документацији подносиоца захтева. Као показатељ за ту тврдњу је податак да се до 2009. године, дакле три године након оснивања Фонда, обрадио око 35.000 захтева запослених, што је више од 10.000 захтева годишње, с тим да је 20.000 поднетих захтева усвојено док су остали одбијени. У погледу односа самих захтева може се истаћи да превагу односе захтеви усмерени на исплату зараде (94%) и отпремнине (5%), док су захтеви по основу других права занемарени (мање од 1%). Разлог за то се може наћи у претешким условима за њихово испуњење. Тако је до сада усвојен само један захтев за накнаду штете због професионалног обољења или повреде на раду.

Информатор о раду показује да је Фонд солидарности претходних година утрошио дупло мање новца од предвиђеног, што указује на несразмеру одобрених средстава са поступцима који су у току. Уз то, према речима запослених, а у складу са буџетским прописима, Фонд не може утрошити више од износа одобреног за ту годину, што за последицу има враћање средстава које је законском суброгацијом на место повериоца у стечају успео да поврати.⁵⁸ Информатор односно извештај о раду показује да је пре три години износ приходованих и повраћених средстава за укупно 52 фирме у стечају износио 282 милиона, што је половина средстава добијених из буџета. Тим средствима Фонд не може располагати, она су „замрзнута” за коришћење, иако се налазе на рачуну Фонда док се не изврши пренос на буџетски рачун. Такво решење је лоше, јер се та средства могу искористити да се одговори тренутним захтевима запослених, који се одлажу на усвајање због недовољно исплаћених буџетских средстава. Прихватањем предложеног поступак пред Фондом би се знатно убрзао а висина расположивих средстава увећала. Осим тога, повраћена средства треба да остану у рукама Фонда а не да се

⁵⁸ Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2001, чл. 300.

враћају држави. Исто важи и за ситуацију када на крају пословне године обрачун покаже вишак прихода у односу на расходе, с тим што би се за разлику од прве ситуације они користили за будуће захтеве.⁵⁹ Иницијатива запослених у Фонду да се правилно и потпуно разуме потреба да се неискоришћена средства задрже у Фонду није уродила плодом. За разлику од тога, питање повраћених средстава уопште није разматрано, закључује ауторка приликом разговора.

У погледу процента намирења запослених у стечају није могуће дати тачне податке, јер се они не посматрају засебно него као припадници трећег исплатног реда у којем се налазе и остали стечајни повериоци. Томе треба додати и отежано упознавање јавности са резултатима стечајног поступка због лоше уређености статистичке базе података.

Гарантне институције могу функционисати као осигуравајућа друштва, уз обавезу уплате доприноса од стране свих послодаваца или припадника одређене индустријске гране, или као државне установе (фондови) чија средства обезбеђује јавна власт.⁶⁰ Могућности комбиновања извора финансирања се не користе, па се изводи закључак да се Србија определила за концепт државног финансирања.⁶¹ Иако у основи лежи добра намера, тиме држава награђује неуспешне привредне субјекте (губиташе) пребацујући део ризика пословног неуспеха на себе.⁶²

Међународна регулатива гарантних институција предвиђа обавезу финансирања рада гарантних институција од стране послодаваца, осим уколико се оне у целости финансирају из јавних прихода.⁶³ Премда је у складу са постављеним стандардима, овакав приступ се критикује. Предлаже се да део трошкова финансирања снесе послодавци који би на тај начин узели учешће у заштити својих запослених.⁶⁴ Најбоље би било одредити степен учешћа чија испуњеност не сме утицати на одговорност

⁵⁹ Вишекруна А. (2013). *Правни положај запослених у стечајном поступку*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 113; Радовић, В. (2018). *Стечајно право – Књига прва*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 194.

⁶⁰ Директива о заштити запослених, чл. 4.

⁶¹ Радовић, В. (2018). *Op. cit.* 193.

⁶² У периоду од 2005. до 2012. године из буџета је у корист Фонда солидарности исплаћено близу три милијарде динара. Када би послодавци осетили сву тежину свог лошег пословања, учешће државе у укупном финансирању Фонда би било знатно мање. Обрадовић, Ј. (2013). Стање и проблеми заштите права запослених пред Фондом солидарности. *Заштитиша права из области рада – Зборник радова* (ред. Ивошевић, З.). Београд: Глосаријум, 197.

⁶³ Директива о заштити запослених, чл. 4.

⁶⁴ Ковачевић, Љ. (2005). Усклађивање домаћег права са Директивама Европске уније путем одредаба новог Закона о раду. *Радни односи – Зборник радова* (ур. Бобар, К.). Београд: Глосаријум, 108.

гарантне институције. То је у складу са међународним начелима рада институција које одговарају супсидијарно и независно од тога да ли су послодавци према њима извршили своје обавезе.⁶⁵

ПРОШИРЕНА (ВАНСТЕЧАЈНА) УЛОГА ФОНДА СОЛИДАРНОСТИ

Због бројних злоупотреба послодаваца које добијају широке размере развија се мисао о коришћењу средстава посебног фонда у свим ситуацијама изостанка намирења потраживања запослених.⁶⁶ Запослени треба да буду подједнако заштићени, како у стечају тако и ван њега. Насупрот томе, државе са високим нивоом ванстечајне заштите запослених по правилу исти ниво заштите не нуде у стечајном поступку и обратно. Везивање права запослених за стање у привредном друштву води већим подстицајима за *forum shopping*.⁶⁷ Уз то, послодавци видећи да се стечај ближи могу распродати имовину и новац добијен продајом трошити у свом интересу, занемарујући интересе поверилаца. Није искључен и обрнут сценарио да се део по део имовине отуђује а да нико не подноси захтев за отварање стечајног поступка. Наиме, прихватањем изложеног приступа пружила би се целовитија заштита запосленима. Но, према садашњем стању ствари корените промене у начину рада Фонда више се чине као утопија него као реалност. То, међутим, не значи да не треба стремити ка томе да се изврши крупна реформа и обезбеди чврста заштитна платформа. Предложене измене могу имати и велики утицај на досадашњу праксу у пословању послодаваца кроз стварање подстицаја за поштено поступање. Није непознаница да послодавци негирају постојање дугова према запосленима. Да би добили оно што им припада запослени покрећу

⁶⁵ Тако црногорски законодавац прецизира да допринос послодавца износи 0,20 % који обвезник осигурања од незапослености обрачунава на основицу која се односи на тај допринос. Једина мана је недостатак санкције у случају повреде ове обавезе; *Zakon o Fondu rada* (Crna Gora), *Službeni list CG*, бр. 88/09, чл. 4. Може се приметити да је питање намирења запослених пред гарантном институцијом ове земље уређено посебним законом и да се у називу те институције истиче њена резервисаност за потраживања настала у вршењу рада за себе или другог, док се код нас кроз коришћену терминологију апострофира хуманистичка побуда њеног оснивања, колегијалност и социјална осетљивост.

⁶⁶ Принудно намирење у оквиру и ван стечаја треба да чине једну заокружену целину. Westbrook, L. J., Booth, C., Paulus, G. C., Rajak, H. (2010). *A Global View of Business Insolvency Systems*. Leiden. Boston: Martinus Publishers, 7.

⁶⁷ Kimhi, O., Doebert, A. (2015). Bankruptcy Law as a Balancing System: Lessons from a comparative analysis of the intersection between Labour and Bankruptcy Law. *American Bankruptcy Institute Law Review*, 2(23), 514.

поступак утврђења својих потраживања. Ако уз све потешкоће ипак успеју да докажу постојање потраживања добијају пресуду коју не могу да изврше, јер је послодавац угасио предузеће и основао ново под другим пословним именом или је сва средства склонио ван домаћаја поверилаца тако да друштво уопште нема капитал којим ће извршавати своје обавезе.⁶⁸ На тај начин солвентна привредна друштва избегавају плаћање. Из изложеног се јасно види да суштина заштите не лежи у добијању пресуде којом се налаже извршење обавезе, већ у њеној успешној реализацији.⁶⁹ Тиме се заштитни круг завршава, јер се постиже усклађивање правног и фактичког стања у чему се огледа функција права. Ову идеју развијају поједини амерички аутори који покушавају да стану на пут феномену који је широко друштвено распрострањен.⁷⁰ У неким земљама такви поступци повлаче кривичну одговорност, те се метафорички у литератури нинују као „крађа плата”. Израз „крађа плата” постао је широко прихваћен премда је изазвао озбиљну полемику будући да мишљења поводом овог питања нису униформна тако да постоје и они који верују да је сам назив омаловажавајући и да унапред неправедно оптужује власнике предузећа. Ова врста особене крађе по својој учесталости премашује проценте извршених других кривичних дела исте групе тј. против имовине. У десет најпознатијих америчких држава преко 2,4 милиона запослених годишње остаје ускраћено за зараде у укупном износу од 8 билиона америчких долара.⁷¹ Мора се признати да је реч о запањујућој бројки. Како та појава није заобишла ни нашу земљу могло би се озбиљно разматрати о датом предлогу као начину спречавања изигравања запослених, с тим да треба имати на уму да се на том путу може наићи на препреке јер остварење пуног ефекта претпоставља постојање предиспозиција које се односе и на стабилан систем социјалног осигурања.⁷² Ширење домена примена на ванстечајни поступак повлачи и промену у тренутном начину финансирања Фонда. Поред тога, требало би поставити нека ограничења у исплати, попут

⁶⁸ Hallet, N. (2019). The Problem of Wage Theft. *Yale Law & Policy Review*, 93(2), 110; Westbrook, L. J., Booth, C., Paulus, G. C., Rajak, H. (2010). *A Global View of Business Insolvency Systems*. Leiden. Boston: Martinus Publishers, 9.

⁶⁹ Исти проблем постоји и у неспорном дугу оличеном у обрачуну зараде и накнаде зараде који имају својство извршне исправе. В.: ЗОР, 121(6). Циљ ове одредбе је у једноставнијем и бржем остварењу права на зараду. Међутим, због бројних злоупотреба њена ефикасност се озбиљно доводи у питање.

⁷⁰ Kimhi, O. (2015). Getting more than Justice on Paper: Bankruptcy Priorities and the Crisis of Unpaid Wages. *Hofstra Law Review*, 44 (1), 113.

⁷¹ Hallet, N. (2019). The Problem of Wage Theft. *Yale Law & Policy Review*, 93 (2), 101.

⁷² О евазији доприноса за социјално осигурање више у: Голубовић, В. (2010). Евазија доприноса и мере за њено спречавање. *Право и привреда*, 1–3/2010, 57–70.

лимитирања износа који је доступан. Такође, коришћење средстава Фонда у случајевима ван стечаја мора бити оправдано и изузетно, активирано тек када се потраживања запослених не могу остварити на други начин.

Наиме, проблем настаје када запослени у страху да се не замере послодавцу и остану без посла прихвате неповољан предлог у нади да ће се стање променити и заостале зараде исплатити.⁷³ Да је тако потврђује нам послодавац који је пристао на интервју под гаранцијом анонимности. Пре почетка интервјуа упознат је са разлозима и циљевима истраживања, те да ће његови одговорити бити искоришћени искључиво у научне сврхе. Послодавац запосленима није исплаћивао зараде дуже од шест месеци, правдајући се „тешком економском ситуацијом због слабе продаје производа”. Након годину дана власник предузећа појашњава запосленима да због „тешке ситуације” мора да затвори предузеће, али да ће отворити ново у којем би они наставили да раде, уз обећање да ће им све дуговане зараде бити исплаћене. Свесно искоришћавање зависног положаја запослених огледа се и у знању да је дато „лажно обећање”, а које је према речима послодавца „био једини начин да се извуче”. У новом предузећу запослени су радили више месеци али и даље без икаквих примања. Старог послодавца нису могли да туже јер је престао да постоји, а нови их је искоришћавао исто као и претходни.

Поред тога, важно је напоменути да послодавац није само привредно друштво, већ и физичко лице које обавља делатност ради стицања добити и које је као такво уписано у регистар предузетника који води Агенција за привредне регистре. Како према важећем решењу предузетници немају пасивну стечајну способност, лица која су код њих засновала радни односу не могу користити ниједан од изложених облика заштите, јер је за њихово коришћење неопходно отварање стечајног поступка. На тај начин су запослени који раде код послодавца који је правно лице у далеко бољем положају од запослених који обављају исти посао под истим условима код послодавца који је физичко лице. Имајући то у виду предложено проширење функције Фонда солидарности би отклонило фактичку неједнакост запослених и ублажило негативне последице заостајања за савременим трендовима који важе у стечају.⁷⁴

⁷³ Према америчком истраживању вршеном 2009. године активизам запослених је изостао у великом броју случајева. Најчешћи разлози за то су: страх од аутоматског добијања отказа (51%), премештај на ниже радно место (20%), нарушавање оптималне структуре времена потребног за извршење поверених задатака (12%), бојазан да се тиме ништа неће постићи (36%). Hallet, N. (2019). The Problem of Wage Theft. *Yale Law & Policy Review*, 93 (2), 107.

⁷⁴ Колико смо заостали сведочи нова Директива Европске уније којом ће државе чланице мењати постојећа правила која се односе на стечај над имовином физичког лица, док ћемо ми бити у фази њиховог доношења. Претходни неуспели покушај

ЗАКЉУЧАК

Као што је познато стечај се не догађа нагло и потпуно неочекивано. Постоји одређена прогресија и поступност надирања финансијских проблема који доводе до банкрота. У периоду кризе запослени ће први бити на удару јер ће по правилу бити ускраћени за основно право из радног односа – право на зараду. Отуда се изводи јасна премиса да се права врше, али и крше, нажалост. У овом другом случају не могу се остварити без заштите због чега се и каже да су остварење права и њихова заштита нераскидиво повезани појмови. Плаћеност се појављује као основно обележје радног односа, чијим изостајањем може озбиљно бити угрожена стабилност привређивања у једној земљи. Из тог разлога свака држава настоји да створи правно-институционалне механизме којим ће заштитити угрожене категорије и тиме створити социјални мир и благостање. Стога се у овом раду посебан третман запослених као поверилаца не доводи у питање, већ се разматрају начини којима се то најбоље остварује.

Заштита запослених мора бити постављен на начин којим ће се остварити циљеви брзог и једноставног намирења. У складу са тим потребно је изградити темеље на којима ће почивати чврст систем заштите потраживања запослених у случају стечаја послодавца, али и у другим ситуацијама где је намирење запослених озбиљно угрожено. Да би се то постигло неопходно је предвидети додатна правила и прецизирати постојећа. Предлаже се јасно излиставање услова за остваривање права запослених пред Фондом солидарности и посебно уређивање незнатне имовине као стечајне препреке у складу са упоредноправним решењима. Уз то, потребно је подстаћи и друге начине финансирања Фонда, који ће тако омогућити да се захтеви запослених усвоје у краћем року. Незаконита пракса послодавца рађа потребу за новим облицима заштите запослених, те би се могло размишљати о Фонду солидарности као делотворном средству за реализацију потраживања запослених у свим случајевима изостанка њиховог намирења (уз посебне услове и ограничења), а не само онда када је над њиховим послодавцем отворен стечај.

уређења стечаја предузетника, навео је законодавца да одустане од тог правног института приликом каснијих измена стечајних прописа. Потреба за усаглашавањем са Директивом, учинила је неопходним увођење стечаја предузетника у српско стечајно право.

ЛИТЕРАТУРА

Монографије и чланци

- Anderson, H. (2008). Directors' Liability for Unpaid Employee Entitlements- Suggestions for Reform Based on Their Liabilities for Unremitted Taxes. *Sydney Law Review*, 30 (3).
- Betten, L. (1993). *International Labour Law: Selected Issues*. Deventer-Boston: Kluwer Law International.
- Bailly, P. (2013). Les droits des salariés en matière de redressement judiciaire et liquidation de biens. Dostupno na: layer.fr/5438461-Les-droits-des-salaries-en-matiere-de-redressement-judiciaire-et-liquidation-de-biens-patrick-tillie-avocat-au-barreau-de-lille.html (приступљено: 26. 8. 2021).
- Vlanpain, R. (2002). *European Labour Law*. The Hague. London. New York: Kluwer Law International.
- Вишекруна, А. (2013). *Правни положај запослених у стечајном посмјуку*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- Вишекруна, А., Талић Рајић, Ј. (2019). Запослени као привилеговани повериоци у стечајном поступку. *Век и по режурисања стечаја у Србији* (ур. Шаркић, Н., Радовић, В., Ајншилер Поповић, Г.). Београд: Институт за упоредно право.
- Вишекруна, А. (2016). Одговорност директора за неисплаћена потраживања запослених у случају стечаја послодавца. *Страни правни животи*, 60 (3).
- Wood, P. (2007). *Principles of International Insolvency*. London: Sweet & Maxwell.
- Голубовић, В. (2010). Евазија доприноса и мере за спречавање. *Право и привреда*, 1–3/2010.
- Janis, S. (2008). *Recognizing workers' economic contributions: the treatment of employee and pension claims during company insolvency: A comparative Study of 62 Jurisdictions*. Dostupno na: https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/105_Recognizing_Workers_Economic_Contributions.pdf (приступљено: 26. 8. 2021).
- Ковачевић, Ј. (2005). Усклађивање домаћег права са Директивама Европске уније путем одредаба новог Закона о раду. *Радни односи – Зборник радова* (ур. Бобар, К.). Београд: Глосаријум.
- Kimhi, O. (2015). Getting more than Justice on Paper: Bankruptcy Priorities and the Crisis of Unpaid Wages. *Hofstra Law Review*, 44 (1).
- Kennedy, R. F. (1955). Statutory Liens In Bankruptcy. Dostupno na: <https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2312&context=mlr> (приступљено: 20. 12. 2020).
- Kimhi, O. & Arno Doebert, A. (2015). Bankruptcy Law as a Balancing System: Lessons from a comparative analysis of the intersection between Labour and Bankruptcy Law. *American Bankruptcy Institute Law Review*, 2 (23).
- Mucciarelli, M. F. (2017). Employee Insolvency Priorities and Employment Protection in France, Germany, and the United Kingdom. *Journal of Law and Society*, 44 (2).

- Murcia, G. J. (2016). Las garantías del salario ante la insolvencia de la empresa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 4 (2).
- Марјановић, М. (2012). Одређени правни аспекти заштите права запослених у поступцима приватизације и стечаја. *Право и привреда*, 4–6/2012.
- Обрадовић, Ј. (2016). Права запослених пред Фондом солидарности. *Зашџићења права из области рада – Зборник радова* (ред. Ивошевић, З.). Београд: Глосаријум.
- Обрадовић, Ј. (2013). Стање и проблеми заштите права запослених пред Фондом солидарности. *Зашџићења права из области рада – Зборник радова* (ред. Ивошевић, З.). Београд: Глосаријум.
- Поповић Ајншпилер, Г. (2013). Спорови из радног односа пред привредним судовима. *Зашџићења права у области рада – Зборник радова* (ред. Ивошевић, З.). Београд: Глосаријум.
- Радуловић, Б. (2014). Стечај у Србији – чињенице, заблуде и ненамераване последице. *Економска полиџика Србије у 2014: Моћућност привредног расџта у условима реформи и фисклане консолидације* (ур. Шошкић, Б., Арсић, М.). Београд: Економски факултет Универзитета у Београду.
- Радовић, В. (2018). *Стечајно право – Књижа прва*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- Слијепчевић, Д. (2010). Правни положај запослених у стечајном поступку. *Правни информатџор*, 6/2010.
- Szyszczyk, E. (2000). *EC Labour Law*. Harlow: Pearson Education Limited.
- Тодоровић, И. (2008). *Правне последице усвајања плана реорганџације*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 263.
- Tucker, E. (2008). Shareholder and Director Liability for Unpaid Workers' Wages in Canada: From Condition of Granting Limited Liability to Exceptional Remedy. *Law and History Review*, 26 (1).
- Finch, V. (2009). *Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles*. Cambridge. New York: Cambridge University Press.
- Hallet, N. (2019). The problem of wage theft. *Yale Law & Policy Review*, 93 (2).
- Yemin, E., Arturo, S., Bronstein, S. A. (1991). *The protection of workers' claims in the event of the employer's insolvency*. Geneva: International Labour Office.

Прописи

- Закон о раду, *Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14 и 13/17, чл. 125. и 126.
- Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2001.
- Закон о стечају – ЗоС, *Службени Гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011, 83/2014, 113/2017, 44/2018, 95/2018, чл. 54 (4)(1).
- Закон о Фонду рада (Crna Gora), *Службени лист СГ*, бр. 88/09.

Recommendation concerning the Protection of Workers' Claims in the Event of the Insolvency of their Employer, 1992 (No. 180).

Stečajni zakon (Republika Hrvatska), *Narodne Novine*, br. 71/15.

Council Directive 80/987/EEC of 20 October 1980 on the approximation of the laws of the Member States relating to the protection of employees in the event of the insolvency of their employer – Direktiva o zaštiti zaposlenih, *Official Journal L* 283.

Convention concerning the Protection of Workers' claims in the event of the Insolvency of their Employer, 1992 (No. 173).

.

*Tijana Kovačević**
Ph.D. Student Faculty of Law
University of Belgrade
ORCID: 0000-0003-3555-6335

THE EFFECTIVENESS OF THE DOMESTIC CLAIMS PROTECTION SYSTEM FOR EMPLOYEES IN THE EVENT OF EMPLOYER BANKRUPTCY**

ABSTRACT: In this paper, the author analyses the ways in which the claims of employees in bankruptcy proceedings against their employer are protected. The first part of the paper discusses various modalities of protection that are applied alone or in combination with other means, all in order to provide a better protection framework for employees in bankruptcy. The central part of the paper is dedicated to the issue of the effectiveness of the Serbian protection system, which is measured by the number of settled claims of this type for creditors in bankruptcy proceedings, i.e. the number of upheld claims before the Solidarity Fund. In order to achieve the desired goal, it is necessary to place the protection of employees' claims in a broader context, which implies the harmony of the institutes of labour and bankruptcy law. As this is not the case in Serbia, the author points out a number of problems that arise in practice as a result, which were identified through interviews with employees of the Solidarity Fund and an analysis of reports on the work of this institution published since its establishment. At the very end, a comparative review shows that labour law mechanisms for the protection

* tijanarkovacevic@gmail.com

** The paper was received on August 30, 2021, and accepted for publication on February 2, 2022. The translation of the original article into English is provided by the *Glasnik* of the Bar Association of Vojvodina.

of employees are limited, and that, in that sense, expanding them to employers who have not initiated formal bankruptcy proceedings could be considered (with adequate adjustments). It is a unique theoretical proposal that deserves attention since the paper starts from the hypothesis that the system of protection of employees in terms of unsettled claims would be much more effective if they were more familiar with the work of the Solidarity Fund and if the way in which the Fund's work is organized was different.

Keywords: employees, bankruptcy, Solidarity Fund, priority claims, guarantee of payment of unsettled claims, Republic of Serbia

INTRODUCTION

If a debtor's property is sufficient to fulfil all creditors' claims, they will realize all their claims against the debtor without any legal problems. The situation changes drastically when the funds available to the debtor become insufficient to fully satisfy all creditors. This leads to the creation of a chaotic situation of racing and fighting in which only the stronger ones emerge as winners. In order to prevent a situation of uncontrolled despoilment of the remaining property of the debtor, the law constitutes special rules of procedure for the settlement of claims. Thus, bankruptcy was originally created as an instrument of collective protection of creditors in an environment unfavourable for the realization of their claims.¹

Creditors are the most numerous and diverse group of participants in bankruptcy proceedings. Most legislations, to a greater or lesser extent, single out employees a special category of creditors that must be taken into account. The reasons for such an approach are multiple. The first reason is the fact that the opening of bankruptcy proceedings becomes a serious threat to the employees' jobs.² Secondly, there is the danger that their claims on the basis of employment will not be completely or mostly settled, and that they will remain empty-handed. This point of view is completely justified because the

¹ Finch, V. (2009). *Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles*, Cambridge New York: Cambridge University Press, 9; Višekruna, A. (2013). *Pravni položaj zaposlenih u stečajnom postupku*. Belgrade: Faculty of Law, University of Belgrade, 15; Radović, V. (2018). *Stečajno pravo – Knjiga prva*. Belgrade: Faculty of Law, University of Belgrade, 31–32.

² Employees whose working life is nearing the end are especially endangered in terms of finding a new job. Sarra, J. (2008). *Recognizing workers' economic contributions: the treatment of employee and pension claims during company insolvency: A comparative Study of 62 Jurisdictions*. Available at: https://www.iiglobal.org/sites/default/files/105_Recognizing_Workers_Economic_Contributions.pdf (26. 8. 2021).

payment of wages is conducted only after the termination of work.³ The third reason is the lack of an ability to establish self-protection through the negotiation of certain clauses as a result of the economic superiority of one of the contracting parties. In practice, concluding employment contracts comes down to signing standardized contracts prepared in advance by the employer, without the possibility of negotiating working conditions or salary. In addition, these are persons who, as a rule, are the last to find out about the financial failure of the debtor, which necessarily leads to the impossibility of an adequate timely reaction. After the bankruptcy, all possible activities would be delayed. The fourth reason is insufficient information about the financial performance of the employer or the inability to find employment elsewhere, especially in smaller communities, where one employer employs the majority of the working population. The fifth reason would be the economic dependence on the employer resulting from the limited diversification of their insolvency risk. Unlike investors who can diversify their portfolio and thus reduce investment risk, employees typically work for only one employer.⁴ Sixth, due to the integration of employees into the work environment, compared to other creditors, their connection to the company is stronger. Finally and most importantly, there is the need to ensure existential security and protect basic social values.⁵

Although the matter of bankruptcy is not designed with the aim of dealing specifically with employees as a separate group of creditors, the two bankruptcy law institutes still relate to employees. The first is the impact of the opening of bankruptcy proceedings on employment contracts, while the second is the treatment of their claims in open bankruptcy proceedings. As the consequences of bankruptcy on the employment status of employees go beyond the scope of this paper, attention will be focused on the position of claims of employees in the bankruptcy proceedings against the employer.

³ Tucker, E. (2005). Shareholder and Director Liability for Unpaid Workers' Wages in Canada: From Condition of Granting Limited Liability to Exceptional Remedy. *Law and History Review*, 26 (1), 57–97; Višekruna, A. (2016). Odgovornost direktora za neisplaćena potraživanja zaposlenih u slučaju stečaja poslodavca. *Strani pravni život*, 60 (3), 78.

⁴ Mucciarelli, M. F. (2017). Employee Insolvency Priorities and Employment Protection in France, Germany, and the United Kingdom. *Journal of Law and Society* 44 (2), 264.

⁵ Radović, V. (2018). *Stečajno pravo – Knjiga prva*. Belgrade: Faculty of Law, University of Belgrade, 177; Finch, V. (2009). *Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles*, Cambridge New York: Cambridge University Press, 666–667.

MULTIPLE SYSTEMS OF EMPLOYEES' CLAIMS PROTECTION

Employees are protected in various ways within bankruptcy proceedings. Recognition of the great importance of employees in companies dates back to the first civic codifications that established a system of privileges for the narrowest circle of employees.⁶ Over time, it became clear that the matter of employee protection is extremely complex and important for the economic development of a country, so the issue of realization of claims in bankruptcy becomes the subject of numerous sources of law of different legal force.⁷ The issue of settling employees during bankruptcy can be regulated by bankruptcy law, labour law, and even constitutional provisions.⁸ In addition, the growing cross-border activities of companies have created the need to approximate numerous legal systems, which has resulted in the adoption of regulations at the universal (International Labor Organization) and regional level (European Union).

Bankruptcy employee protection systems are not unified. Comparatively, there are three protection systems.⁹ The first system comes down to

⁶ Although the ancestor of the privilege system is predominantly the Napoleonic Code (1804), indications of privileged treatment can be seen in the previously enacted Tuscan Bankruptcy Act (1713). See: Mucciarelli, M. F. (2017). Employee Insolvency Priorities and Employment Protection in France, Germany, and the United Kingdom. *Journal of Law and Society*, 44 (2), 265. Comp.: International Labour Conference, 91st Session 2003, Report III (Part 1B), Third item on the agenda: Information and reports on the application of Conventions and Recommendations, General Survey of the reports concerning the Protection of Wages Convention (No. 95) and the Protection of Wage Recommendation (No. 85), 1949, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (articles 19, 22 and 35 of the Constitution) – Report of the ILO (2003). Available at: <https://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-iii-1b.pdf> (15.12.2019); Radović, V. (2018). *Stečajno pravo – Knjiga prva*. Belgrade: Faculty of Law, University of Belgrade, 178; Višekruna, A. (2013). *Pravni položaj zaposlenih u stečajnom postupku*. Belgrade: Faculty of Law, University of Belgrade, 25.

⁷ Višekruna, A. (2013). *Op. cit.*, 25.

⁸ A good indicator of this claim are the constitutions of Peru and Mexico. Until the adoption of the Labor Law in 2005, which established the Solidarity Fund, Serbia exclusively reserved the procedure for settling employees' claims in the event of bankruptcy of their employer for bankruptcy legislation. In Spain, the a guarantee institution was established in 1976, since the percentage of settled claims by employees within a bankruptcy procedure depends on the amount of the liquidated bankruptcy estate, which includes property owned by the bankruptcy debtor, which excludes mortgage real estate, leased or retained property. Murcia, G. J. (2016). Las garantías del salario ante la insolvencia de la empresa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 4 (2), 7.

⁹ Not all systems are available in all countries. The member states of the European Union, as well as the candidate countries, have the obligation to establish a special institu-

giving privileged status to employees during bankruptcy for certain claims, while the second refers to the payment of guaranteed claims from special funds established for that purpose. The third system is of a mixed nature and combines elements of the previous two, which are often referred to as bankruptcy and labour law forms of protection.¹⁰ There are a few countries, such as Estonia and the United Arab Emirates, that do not recognize any of these systems.¹¹ In addition to these traditional protection systems, which will be discussed in more detail below, there are also modern forms of protection for employees that rely on the property of other persons, and not that of the bankruptcy debtor – the employer.¹²

The negative effects of decision-making should be felt by those who were involved in the process of making the decisions or who could have influenced it. There is a noticeable tendency to raise the standard of responsibility of directors as a means of discipline and control. They should act in the same way both in times of prosperity and in times of crisis for the company. In addition, it is justified that the persons participating in the distribution of profits bear part of the losses. However, the extension of responsibilities to directors and / or shareholders of a company is in sharp conflict with the basic corporate law principle of limited liability, which is why this type of additional protection for employees is viewed with animosity.¹³ Leaving that aside, the common feature of all these systems is their *ex post* protective character.

tion that will guarantee certain claims to employees, while the bodies, financing and work of institutions are regulated by national law. On the liability of the State of Italy for breach of this obligation, see the verdict in the *Francovich* case. Szyszczak, E. (2000). *EC Labour Law*. Harlow: Pearson Education Limited, 122–124.

¹⁰ Radulović, B. (2014). Stečaj u Srbiji – činjenice, zablude i nenameravane posledice. *Ekonomika politika Srbije u 2014: Mogućnost privrednog rasta u uslovima reformi i fiskalne konsolidacije* (ed. Šoškić B., Arsić M.). Belgrade: Faculty of Economics, University of Belgrade, 136–137; Radović, V. (2018). *Stečajno pravo – Knjiga prva*. Belgrade: Faculty of Law, University of Belgrade, 191; Višekruna, A. (2013). *Pravni položaj zaposlenih u stečajnom postupku*. Belgrade: Faculty of Law, University of Belgrade, 108.

¹¹ Sarra, J. (2008). Recognizing workers' economic contributions: the treatment of employee and pension claims during company insolvency: A comparative Study of 62 Jurisdictions. Available at: https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/105_Recognizing_Workers_Economic_Contributions.pdf (26. 8. 2021), 10.

¹² More about the advantages and disadvantages can be found in: Višekruna, A. (2016). Odgovornost direktora za neisplaćena potraživanja zaposlenih u slučaju stečaja poslodavca. *Strani pravni život*, 60 (3), 82–85.

¹³ Anderson, H. (2008). Directors' Liability for Unpaid Employee Entitlements: Suggestions for Reform Based on Their Liabilities for Unremitted Taxes. *Sydney Law Review* 30(3), 493–497; Tucker, E. (2005). Shareholder and Director Liability for Unpaid Workers' Wages in Canada: From Condition of Granting Limited Liability to Exceptional Remedy. *Law and History Review*, 26 (1), 59; Comp.: Mucciarelli, M. F. (2017). Employee Insol-

The system of priority settlement of claims by employees from the bankruptcy estate, as well as the system of a guarantee institution, has its shortcomings, so a number of countries, including Serbia, have opted for a hybrid system, which eliminates them. However, the introduction of a multilevel protection system does not necessarily mean a better position for employees. If the mechanisms from which it is built are not coherent and harmonized to a sufficient extent, the multilevel protection of employees does not achieve its full effect, which, it would seem, is the case in Serbia.

THE PROTECTION SYSTEM IN SERBIA BANKRUPTCY PROTECTION BY MEANS OF PRIORITY CLAIMS

Giving a privileged position to certain creditors in bankruptcy means deviating from the basic principle of *par conditio creditorum*. The formation of payment lines, and in particular, the separation of claims into certain creditor categories, finds its justification in the requirement for fairness. However, favouring certain creditors violates the rights of other creditors, which is why the scope of its effect must be clearly determined and fairly set in order to be socially acceptable. Because of this, some authors point out that the negative consequences of bankruptcy are unjustifiably transferred to other creditors (e.g. victims of tort) who are also considered vulnerable.¹⁴ Bearing in mind that each exception to the rule has its limits, so too does privileging employees have its limitations. In addition, limiting privileges is the only way to strike a balance between not only creditors but also other participants in bankruptcy proceedings whose interests are opposed. On the other hand, numerous restrictions on employee claims can raise the question of the effectiveness of the set protective framework.

Priority (privileged) claims rest on two tracks:¹⁵ giving unsecured creditors – employees a privileged status in relation to other unsecured creditors (so-called first degree privilege) or privileging employees in relation to all

veny Priorities and Employment Protection in France, Germany, and the United Kingdom. *Journal of Law and Society*, 44 (2), 265.

¹⁴ Kimhi, O. (2015). Getting more than Justice on Paper: Bankruptcy Priorities and the Crisis of Unpaid Wages. *Hofstra Law Review*, 44 (1), 4; The opposite: Finch, V. (2009). *Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles*. Cambridge New York: Cambridge University Press, 667.

¹⁵ Putting employees first can be an expression of political philosophy or have deeper humanistic motives. Either way, they deserve priority because of their unique position. Wood, P. (2007). *Principles of International Insolvency*. London: Sweet & Maxwell, 250.

creditors, secured and unsecured (so-called second degree privilege).¹⁶ Giving privilege to employees in relation to other creditors who have not established a means of security is not a privilege per se, which is why only the privilege of the second degree is considered a true privilege.¹⁷ As no bankruptcy legislation gives privileged status exclusively to employees, in comparative literature a parallel is made between general and special privileges.¹⁸ In that way, ranking is achieved within different claims that are all categorized as priority. The relationship between general and special privileges can also be observed through the prism of property used for settlement. The general privilege has a wider effect, because the subject covered by the privilege is settled from the entire property of the debtor, while the scope of the special privilege is exhausted on a certain thing.¹⁹ Determining priority payment lines in bankruptcy proceedings is a sensitive issue that can be approached in different ways. Thus, the position of employees in the bankruptcy procedure has been changing drastically depending on the business and social circumstances. Historically, bankruptcy law has been changing in how it treats employees during bankruptcy, which is best reflected in the paylines. The fact that the way in which employees are seen has been changing is shown by the period in which employees were at the end of the line, as “owners” of the company. The other extreme is not categorizing unpaid wages as claims in order for the employees to get paid together with the costs of the bankruptcy procedure, thus, before other creditors. How much each creditor in bankruptcy will get largely depends on the payment line in which he is in. Until the claims classified in the higher payment lines are

¹⁶ American law, as a counterweight to the privilege of the first degree, allows the constitution of a special pledge on the property of the employer (wage liens). This establishes a balance in settling bankruptcy creditors and better achieves the goal of bankruptcy proceedings. Yemin, E., Bronstein, S. A. (1991). *The protection of workers' claims in the event of the employer's insolvency*. Geneva: International Labour Office, 1991, 16; Kennedy, R. F. (1995). *Statutory Liens In Bankruptcy*. Available at: <https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2312&context=mlr> (20.12.2020).

¹⁷ The latter privilege is also called a super-privilege due to its absolute character in the settlement procedure. It has been accepted in a small number of countries such as France, Spain, Brazil, Ecuador, Mexico and Peru. Despite the small number of countries accepting them, the scope of super-privileges is not the same in all of them. In some countries, the privilege of employees has gone so far that the bankruptcy trustee can be denied the opportunity to reimburse the actual costs he had in the process of liquidating the assets of the bankruptcy debtor from which the employees settled. Such a decision can seriously jeopardize the proper conduct of bankruptcy proceedings. Yemin, E., Bronstein, S. A. (1991). *Op. cit.*, 31.

¹⁸ Yemin E., Bronstein, S. A. (1991). *Op. cit.*, 27.

¹⁹ A good example is the law of Argentina, which gives priority in settling the funds obtained from the sale of the building to all persons who participated in its construction. Mucciarelli, M. F. (2017). *Employee Insolvency Priorities and Employment Protection in France, Germany, and the United Kingdom*. *Journal of Law and Society*, 44 (2), 263.

settled, the creditors of the lower payment lines do not participate in the distribution of the bankruptcy estate.²⁰ It follows that nowadays, employees are given the most favourable position in the settlement procedure, because their claims are ranked within the first payment lines.²¹

However, the privileged status is given only to one claim arising from the employment relationship. These are wages that were not paid in a period not longer than one year from the moment of opening the bankruptcy procedure together with the due interest.²² At the same time, the legislator clearly distinguishes between net and gross wages, and privileged status is given only to net wages up to the amount of the minimum wage, while taxes that accompany wages are treated differently. Therefore, salaries are not treated as a single category, inextricably linked to taxes, but the contributions for pension and disability insurance are separated, which strictly speaking are not employee claims but the state's,²³ and other taxes based on employment.²⁴ Therefore, it is quite justified to point out the demerit of such a legislative solution that relativizes the privileges given to employees, since the question arises as to why the law would particularly protect the state, when it is the strongest creditor that can protect itself. Bankruptcy law should respond to the requirement that those who are in a vulnerable position in the event of the insolvency of the debtor have greater protection than those who are better able to cope with the loss on their own.²⁵

Reducing privileges to paying wages is the narrowest approach that can in no way be justified. The presented point of view only divides the protection system, which thus loses its efficiency, because the object of protection is set differently by the Labour Law. It seems that it is far better to make a single

²⁰ Popović Ajnšpiler, G. (2013). Sporovi iz radnog odnosa pred privrednim sudovima. *Zaštita prava u oblasti rada – Zbornik radova* (ed. Ivošević, Z.). Belgrade: Glosarijum, 126.

²¹ It is important to emphasize here that the comparison is not made in relation to all creditors, but only bankruptcy creditors. Broadly speaking, the creditors of the bankruptcy estate are the most privileged because they are settled in full before the distribution of assets to creditors classified in the payment lines begins. Employees may have such a position if their claim arose after the opening of bankruptcy proceedings.

²² Bankruptcy Law – BL, *Official Gazette of the RS*, no. 104/2009, 99/2011, 83/2014, 113/2017, 44/2018, 95/2018, Art. 54 (4) (1).

²³ Marjanović, M. (2012). Određeni pravni aspekti zaštite prava zaposlenih u postupcima privatizacije i stečaja. *Pravo i privreda*, 4–6/2012, 259.

²⁴ With this in mind, Great Britain abolished the privileged status of “state” claims.

²⁵ Višekruna, A. (2013). *Pravni položaj zaposlenih u stečajnom postupku*. Belgrade: Faculty of Law, University of Belgrade, 25. This logic is also applied in the communitarian rights that intend to provide greater protections for employees as claimants. Betten, L. (1993). *International Labour Law: Selected Issues*. Deventer Boston: Kluwer Law International, 228–229.

list of employees' claims that are favoured with reason. Having in mind the subject of privilege, it is quite justified to leave this issue to the creator of the law that regulates the rights, obligations and responsibilities of employees.²⁶ In addition, the rigidity of the bankruptcy regime is sharply at odds with accepted international standards. According to the International Labor Organization Convention no. 173 and International Labor Organization Recommendation no. 180, which further clarifies it, the priority claims of employees are not limited to wages, but also include the compensation for unused annual leave, cash benefits related to paid leave from work, cash benefits in the name of severance pay paid in connection with termination of employment, claims for compensation for occupational disease or injury, claims for overtime benefits and other work performed, as well as other benefits provided for in the collective agreement or individual employment contract.²⁷

As the position of employees in bankruptcy proceedings is multi-layered, it is justified to observe their legal position from different angles. According to the positive legal solution, the opening of bankruptcy proceedings does not necessarily mean the termination of employment of all employees working for the bankruptcy debtor. Claims acquired by retained and / or newly employed persons after the opening of bankruptcy proceedings against the bankruptcy debtor do not have the character of bankruptcy claims, but are treated as liabilities of the bankruptcy estate and are not reported in the bankruptcy proceedings. On the contrary, unpaid wages that arose twelve months before the opening of the bankruptcy procedure are reported within the legally prescribed period.²⁸ Therefore, employees will be treated as bankruptcy creditors for one part of their claims, while in relation to the remaining part of the claims, they will be creditors of the bankruptcy estate. However, the question is what happens to employees whose employment was terminated earlier. Their position has been largely changed by the fact that their employment with an employer

²⁶ This is the case in French law. Bailly, P. (2013). *Les droits des salariés en matière de redressement judiciaire et liquidation de biens*. Available at: layer.fr/5438461-Les-droits-des-salaries-en-matiere-de-redressement-judiciaire-et-liquidation-de-biens-patrick-tillie-avocat-au-barreau-de-lille.html (26. 8. 2021).

In theory, there are opposing views as well. See: Todorović, I. (2008). *Pravne posledice usvajanja plana reorganizacije*. Belgrade: Faculty of Law, University of Belgrade, 263. Compare.: Višekruna, A., Čalić Rajić, J. (2019). *Zaposleni kao privilegovani poverioci u stečajnom postupku. Vek i po regulisanja stečaja u Srbiji* (ur. Šarkić, N., Radović, V., Ajnšpiler Popović, G.). Belgrade: Institute for Comparative Law, 258–259.

²⁷ For an exhaustive list of claims, see: Recommendation concerning the Protection of Workers' Claims in the Event of the Insolvency of their Employer, 1992 (No. 180) point 3(1); Convention concerning the Protection of Workers' claims in the event of the Insolvency of their Employer, 1992 (No. 173), čl. 6. Croatian law has largely responded to the demands. See: Croatian Bankruptcy Law, *Official Gazette*, no. 71/15, 104/17, Art. 37

²⁸ BL, čl. 11(5).

who does not fulfil their legal and contractual obligations had been terminated, because their claims will be classified in the third payment line. Is it justified that employees whose employer has not settled their obligations on the basis of employment that had been terminated for a period longer than the one provided for by law remain deprived of their rights? It is far more correct to set an alternative moment as the start of counting the reference period, such as termination of employment or just value limitation of the claims.²⁹ Liquidation shows that this is a better solution, as one of the ways to terminate a company. If the liquidation trustee determines that the debtor's property is not sufficient to settle all creditors' claims, he will submit a proposal for initiating bankruptcy proceedings. Then, simply put, the liquidation of the company "turns" into bankruptcy. The length of the liquidation procedure, which preceded the bankruptcy, affects the rights of employees, which may be partially or completely lost.³⁰

LEGAL PROTECTION THROUGH GUARANTEED PAYMENT OF UNSETTLED CLAIMS

Prioritizing employees when settling their claims does not mean guaranteeing their settlement in bankruptcy proceedings. Just because they are the first to settle, does not mean that they will truly settle. Therefore, the successful realization of claims depends exclusively on the size of the bankruptcy debtor's assets.³¹ If they are small, almost non-existent, the system of privileges means nothing. It can be said that the existence of available funds of the debtor is a precondition for activating this protective mechanism. As the realization of that precondition may be absent, there was a need to create another path that will not be directly related to the property status of the debtor, and which will be available to those who have the hardest time withstanding the consequences of bankruptcy. Thus, the guarantee institution becomes the path of equals, because protection is provided to all employees to the same extent and under the same conditions.

²⁹ This was the case with Serbia before the Bankruptcy Procedure Act, which radically changed the previous concept. See: Law on Compulsory Settlement, Bankruptcy and Liquidation, *Official Gazette of the SFRY*, no. 84/1989, *Official Gazette of the FRY*, no. 37/1993 and 28/1996, Art. 140 (2).

³⁰ Obradović, J. (2016). Prava zaposlenih pred Fondom solidarnosti. *Zaštita prava iz oblasti rada-zbornik radova* (ed. Ivošević, Z.). Belgrad: Glosarijum, 181.

³¹ Radović, V. (2018). *Stečajno pravo – Knjiga prva*. Belgrade: Faculty of Law, University of Belgrade, 190.

The main advantage of this system is greater predictability and length of the procedure. The essence of the very concept of the existence of a special institution that will pay off someone else's debt is to provide the minimum means of subsistence. Therefore, the emphasis is on the prompt payment of debt from pre-ensured funds. Faster payment of wages contributes to better overall employee protection. In contrast, the length of the bankruptcy settlement process can be significantly extended if the assets of the bankruptcy debtor cannot be sold even after multiple offers.

In addition to inefficiency, other arguments in favour of creating additional protection instruments stand out. Giving preference to employees in bankruptcy over other creditors can have a negative effect on company financing and normal business flows. Banks, as the largest lenders of capital, will demand the fulfilment of additional conditions with a higher interest rate as a price for the increased risk to which they are exposed.³² The return of funds becomes seriously endangered if we keep in mind that the claims of employees take the largest part of the assets of the bankruptcy debtor. Establishing well-functioning guarantee institutions reassures lenders, as employees will settle elsewhere in the event of bankruptcy. Guided by this logic, Germany, as a typical representative of a bank-oriented corporate financing system, relies entirely on the funds of the local guarantee institution. Thus, German law replaced the system of priority claims with the system of guaranteed settlement of unpaid salaries.³³ For now, Germany is one of a small number of countries doing this, because most countries have added new ones to the earlier way of protection, with the hope that they will return the debt in a larger amount and in a shorter period of time. The decision regarding the change in the priority should take into account the consequences for the cost of financing, and the ways in which creditors will perceive a worsened status or potential reduction in settlement due to the priority treatment of employees.³⁴

³² By the nature of things, those whose business mostly rely on borrowed funds are exposed to that. These are primarily small and medium enterprises, companies in the process of being established, companies threatened with bankruptcy, etc. For more details, see: Kimhi, O. (2015). Getting more than Justice on Paper: Bankruptcy Priorities and the Crisis of Unpaid Wages. *Hofstra Law Review*, 44 (1). 28.

³³ Mucciarelli, M. F. (2017). Employee Insolvency Priorities and Employment Protection in France, Germany, and the United Kingdom. *Journal of Law and Society*, 44 (2), 269–271.

³⁴ Radulović, B. (2014). Stečaj u Srbiji – činjenice, zablude i nenameravane posledice. *Ekonomika politika Srbije u 2014: Mogućnost privrednog rasta u uslovima reformi i fiskalne konsolidacije* (ed. Šoškić B., Arsić M.). Belgrade: Faculty of Economics, University of Belgrade, 136.

The establishment of a guarantee institution improves the position of employees, but on the other hand, it encourages irresponsible and opportunistic behaviour by the employer. Feeling that they are shielded, employers will use the funds meant for the payment of employees' claims for other purposes (e.g. to pay other creditors who are not privileged, use the funds to save the company, etc.). In addition, moral setbacks can be accompanied by increased investment in riskier business ventures that can further aggravate the debtor's financial situation.

THE CONDITIONS FOR REALIZING RIGHTS BEFORE THE SOLIDARITY FUNDS

In order to activate the legal-labour protection mechanism, it is necessary to meet several conditions in advance. Most of the conditions are related to the bankruptcy proceedings opened against the employer, which is why it is necessary that the rules contained in the Labour Law and the Bankruptcy Law form a logical whole. The conditions are not systematized in one place, but are extracted from the used language and the wider context. For the sake of clarity and easier navigation of the users of this right, the necessary conditions should be listed in one place. This would make it easier not only for employees who submit their requests to the Fund, but also for employees of the Fund who, due to the lack of clarity, have problems in determining them. This is exactly what has led to the differing views of the courts and the Solidarity Fund on issues of crucial importance that can seriously jeopardize the stability of the pillar on which this form of protection rests.

The following conclusion is drawn from the legal text. The following conditions must be met in order to realize the rights before the Solidarity Fund:

1) *The employee has a claim against the employer regarding whom bankruptcy proceedings have been opened.*³⁵

This condition has two segments. The first concerns the subject, type and amount of claims, while the second refers to the person against whom the property claim is directed and their economic and financial position. Therefore, the protection is not provided to all creditors in bankruptcy, but only

³⁵ The Labour Law and the Bankruptcy Law are fully harmonized with regard to the start of the counting of the so-called reference period – the period in which the claim arose, the payment of which is guaranteed or privileged. This is a far better approach than the earlier dilution, which deprived the protective system of the character of a rounded whole. According to previous labour law regulations, the fulfilment of the conditions was assessed from the moment of initiating, and not opening the bankruptcy procedure. Comp.: Labour Law, *Official Gazette of the RS*, no. 24/05, 61/05, Art. 124 (1).

to those who are considered to be unable to cope with the loss on their own and that it is justified to increase their protection. The basis of protection is an established employment relationship, and all persons who are not in such a status are excluded from the circle of protection (e.g. founder or member of a company). In addition, the legislator particularly emphasizes that an entrepreneur does not enjoy the protection if he does not have the status of a self-employed person.³⁶

The employee is entitled to the payment of:

– wages and wage compensation during absence from work due to a temporary incapacity to work in the amount of the minimum wage, for a period of nine months before the opening of bankruptcy proceedings;

– compensation for unused annual leave due to the fault of the employer, for the calendar year in which the bankruptcy proceedings were opened, if the employee had that right before the opening of the bankruptcy proceedings, and at most in the amount of the minimum wage;

– compensation for damages based on a court decision made in the calendar year in which the bankruptcy proceedings were opened, due to an injury at work or an occupational disease, if that decision became final before the opening of the bankruptcy proceedings;

– severance pay due to retirement in the calendar year in which the bankruptcy proceedings were opened, if the employee exercised the right to a pension before the opening of the bankruptcy proceedings.³⁷

2) *An established existence of a claim in the bankruptcy procedure that has not been settled.* – When it comes to this condition, it is necessary to point out several irrationalities and problems that may arise when applying it. In order for the request for the payment of guaranteed claims to be approved, the employee provides evidence, among which the conclusion of the bankruptcy judge on the determined and disputed claims is especially important, because without it the employee's request is not acted upon. Accordingly, the basis on which the Solidarity Fund makes payments is a court act, whether it is a conclusion rendered in bankruptcy proceedings or a final verdict rendered in civil proceedings, which determines the merits of the disputed claim.³⁸ This solution clearly shows the intention of the legislator to prevent the payment of

³⁶ Labour Law – LL, *Official Gazette of the RS*, no. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14 and 13/17, Art. 125 and 126.

³⁷ LL, Art. 125 and 126.

³⁸ “An employee of an employer against whom no bankruptcy proceedings have been opened, or whose claim has not been recognized by a final decision of the competent court in bankruptcy proceedings, may not exercise the right to the payment of claims before the Solidarity Fund regardless of whether his employer owes him.” Obradović, J. (2016). *Prava zaposlenih pred Fondom solidarnosti. Zaštita prava iz oblasti rada – zbornik radova* (ed. Ivošević, Z.). Belgrade: Glosarijum, 179–180.

claims for which it is not known with certainty whether they are founded or not.³⁹ However, the question is what happens in a situation when the assets of the bankruptcy debtor are insignificant. In that case, one of the conditions for conducting bankruptcy proceedings was not fulfilled, namely the sufficiency of the property to cover at least the costs that will be incurred by its management, or it is a matter of value that is otherwise insignificant. Therefore, the question of expediency enters the scene, because the cost-effectiveness of conducting such a procedure is being questioned. This is a procedural presumption which, when not fulfilled, is an obstacle to conducting bankruptcy proceedings. Of course, this does not affect the legal duty of the court to act on the proposal to open bankruptcy proceedings. Only when it determines the insufficiency of property, the court will open and suspend the bankruptcy procedure without delay by means of the same decision. This rule may be waived at the exclusive request of the creditor who insists that the proceedings be continued to cover his costs.⁴⁰ If the advance is not paid, it is considered, completely incorrectly, that the creditor does not wish to take part in the bankruptcy procedure. Even if one assumes that due to a lack of property the creditor (employee) is not interested in settling within the bankruptcy, it does not mean that he is not interested in settling at all. As employees are usually not financially able to pay for the work of the court, the question arises as to what will happen with their claims. It may sound like a paradox, but the answer is not unanimous. The newsletter on the work of the Solidarity Fund contains, among other things, the most frequently asked questions to the Fund. One of them refers to the situation of undetermined bankruptcy claims, which entails the loss of the right to settlement before the Fund. The Fund's point of view is built on the basis of linguistic interpretation of regulations, which inevitably raises the question of whether it is justified to treat employees who are in the most difficult position the worst. In addition to this nonsense, the legislator ignores the fact that the situation of insignificant assets does not refer only to assets that cannot cover the costs of the procedure, but also to a situation when the assets slightly exceed the costs. Then the work of the court can be paid from the debtor's property in the form of a fee.

Due to the financial failure of the employer, employees cannot fulfil their demands in the bankruptcy procedure, and this fact prevents them from realizing their demands before the guarantee institution, which was established with the aim of providing guarantees of minimum subsistence. By doing so, the Solidarity Fund contradicts itself, that is, its purpose. On the other hand, the practice of commercial courts correctly takes a diametrically opposite

³⁹ Todorović, I. (2008). *Pravne posledice usvajanja plana reorganizacije*. Belgrade: Faculty of Law, University of Belgrade, 263.

⁴⁰ BL, Art. 13.

position.⁴¹ According to judges of domestic courts, employees do not lose the right to settle their claims from the Fund, with the deadline for submitting requests starting at the moment when the decision that determines with certainty that employees will not be able to realize and exercise their rights in bankruptcy proceedings becomes final.⁴² Such meandering of state institutions only harms the legal order, legal certainty and harmonious application of regulations. This also undermines the trust in their work, which, truth be told, has already been shaken.

It is obvious that the legislator overlooked economic entities with insignificant assets in bankruptcy, the number of which in Serbia is not negligible, which resulted in an unacceptable outcome. In contrast, comparative legislation explicitly emphasizes that the existence of an obstacle in the form of a lack of assets will not affect the realization of employees' rights before the guarantee institution.⁴³ Taking into account the fact that the payment of undetermined claims is considered illegal, it is necessary to create alternative ways to determine their existence or to provide for the necessary relief. One of the possibilities is determining the existence of employees' claims by the Solidarity Fund.⁴⁴ This does not affect the existing legal bankruptcy rules.

Another possibility would require a change in the Bankruptcy Law, which would boil down to giving different legal treatment to a debtor who does not have property, and to one whose assets just exceed the costs of bankruptcy proceedings. In the first situation, the subject of distribution is missing, which is why the creditors are not interested in conducting the bankruptcy procedure. However, the employees are then not paid from the property sold during bankruptcy, because it does not exist, but from the state budget. Accordingly, unlike other creditors, they are interested in continuing the procedure and holding an examination hearing in which the existence of their claim would be determined. There is an almost insurmountable obstacle in their way – the advance

⁴¹ *Bulletin of Commercial Court Case Law 3/2008*, 94.

⁴² German law then ordered the court to reject the proposal to initiate bankruptcy proceedings. Such a solution is fully in line with Council Directive 80/987 / EEC, which stipulates that insolvency of an employer is considered a situation when available assets are considered insufficient to adopt a request to initiate bankruptcy proceedings, even though the employer has largely ceased operations. Council Directive 80/987/EEC of 20 October 1980 on the approximation of the laws of the Member States relating to the protection of employees in the event of the insolvency of their employer –Employee Protection Directive, *Official Journal L* 283, Art. 2. For more details, see: Nielsen, R. (2000). *European Labour Law*. Copenhagen: DJOF Publishing, 340; Szyszczak, E. (2000). *EC Labour Law*. Harlow: Pearson Education Limited, 122–127; Blanpain, R. (2002). *European Labour Law*. The Hague. London. New York: Kluwer Law International, 483–490.

⁴³ Slijepčević, D. (2010). Pravni položaj zaposlenih u stečajnom postupku. *Pravni informator* 6/2010, 14.

⁴⁴ Slijepčević, D. (2010). *Op. cit.*, 14.

costs. Therefore, it is justified to reimburse the costs from the budget and thus mitigate the procedural position of the employee, as a creditor.⁴⁵ The second situation does not present difficulties, because the costs of the procedure can be covered from the bankruptcy estate, which is why there is no obstacle to holding an examination hearing and concluding the bankruptcy procedure.

A major problem faced by the courts, and thus one the Fund would have, is the determination of the right to severance pay. The basic question that raises the dilemma is whether the employee can waive the right to severance pay. Severance pay is paid to an employee in two cases: 1) upon retirement and 2) upon termination of employment due to organizational changes introduced by the employer.⁴⁶ Therefore, in the text of the law, one can find situations that include the right to severance pay and the ways in which their amount is calculated, while the very concept of severance pay is not defined at all. This is not surprising given that the legislator has failed to define a myriad of fundamental labour law concepts such as employment and employment contracts.

Judges have managed to create some definitions that do not cover all features of severance pay, which is why waiving the right remains an open question. The Constitution of the Republic of Serbia states a set of rights that are inalienable and guaranteed to every employee. These are: the right to respect for the dignity of one's person at work, safe and healthy working conditions, necessary protection at work, limited working hours, daily and weekly leave, paid annual leave, fair remuneration and the right to protection in case of termination of employment. Waiving the mentioned rights is not possible, so any statement of will directed in that direction could be considered null and void.⁴⁷ Case law is hesitant primarily about the validity of severance pay, which provides

“...financial support in the interim period between the termination of one and the beginning of another employment relationship.”⁴⁸

⁴⁵ For persons who have just lost their jobs, the maximum amount of 50,000 dinars for micro legal entities, 200,000 dinars for small legal entities, 600,000 dinars for medium-sized legal entities and 1,000,000 dinars for large legal entities seem to be an excessively aggravating condition that can only be met by means of a collective action. See: BL, Art. 59(2). An additional argument is seen in the countries that do not recognize the advance or it is symbolic. Radulović, B. (2014). *Stečaj u Srbiji – činjenice, zablude i nenameravane posledice. Ekonomska politika Srbije u 2014: Mogućnost privrednog rasta u uslovima reformi i fisklane konsolidacije* (ed. Šoškić, B., Arsić, M.). Belgrade: Faculty of Economics, University of Belgrade, 140.

⁴⁶ LL, Art. 124 and 158.

⁴⁷ Constitution of the Republic of Serbia, *Official Gazette of the RS*, no. 98/2006, Art. 60 (4).

⁴⁸ Verdict of the Supreme Court of Cassation Rev 21188/2015 from April 13, 2016.

How far it has gone is shown by decisions of different content made by the same court, which is why the Constitutional Court took the final position.⁴⁹ In order to avoid dilemmas and provide greater legal certainty, it is necessary to clearly define the character of severance pay and its legal nature. It seems that both situations from which the right to severance pay arises cannot be subsumed under the Constitutional norm, which is confirmed by the above definition. When retiring, there is no “interim period” that is “covered” by severance pay.

3) *No decision was made regarding the confirmation of the reorganization plan.* – The earlier dilemma about the application of the labour law form of protection to the reorganization procedure has been removed by legislative intervention, which unfortunately cannot be assessed positively. Claims whose payment is guaranteed, except for wages, are not privileged, and will not be found in a class that is equivalent to the first payment line in bankruptcy. Therefore, other unsecured creditors are in the same class together with the employee, which is why there is a danger that employees would be outvoted and thus unable to protect themselves. As the reorganization plan may provide for full or partial debt relief, as a measure permitted by law, employees are forced to accept an outcome that is unfavourable to them. In fact, they are ordered to accept someone else’s will, which is in sharp conflict with their interests. The reduction of their rights was not decided by them, but by other creditors who are more numerous, which is why it is unjustified to consider that the employees have waived their claims in whole or in part. Therefore, it is proposed to delete Art. 5, Art. 124 of the Labour Law, which unjustifiably denies the rights of employees whose employer is being reorganized.⁵⁰

4) *The request was submitted within the legally prescribed deadline on the prescribed form.* – It seems that the provisions of the Labour Law in the part that concerns the bankruptcy of the employer have changed the most in order to enable employees to exercise their rights before the Fund as easily as possible. Having in mind the time needed to collect all the necessary documentation, the deadline was extended from 15 days to 45 days, and it runs from the delivery of the final, legally binding decision.⁵¹ Regarding the legal gap related to the case of insufficiency of the bankruptcy estate, which prevents the implementation of bankruptcy, the deadline should be counted from the publication of the decision on initiating and simultaneously concluding

⁴⁹ Decision of the Constitutional Court UŽ-4272/2010 from October 31, 2012.

⁵⁰ Also: Slijepčević, D. (2010). *Pravni položaj zaposlenih u stečajnom postupku. Pravni informator* 6/2010, 15–16; Todorović, I. (2008). *Pravne posledice usvajanja plana reorganizacije*. Belgrade: Faculty of Law, University of Belgrade, 263; Radović, V. (2018). *Stečajno pravo – Knjiga prva*. Belgrade: Faculty of Law, University of Belgrade, 195.

⁵¹ LL, Art. 139 (2).

the bankruptcy procedure in the Official Gazette of the RS.⁵² This uniform position in jurisprudence is correct, bearing in mind that the bankruptcy trustee is not appointed at that moment, thus this is the only way to inform the widest circle of creditors about what happened to the debtor who was facing financial problems.

OBSTACLES TO THE EFFECTIVE REALIZATION OF EMPLOYEES' RIGHTS

When exercising their rights, employees face several problems, which can be easier or harder to solve. The first and basic problem is insufficient awareness of the existence and operations of the Solidarity Fund. Employees usually do not know that in the event of bankruptcy of the employer, they can realize their claims in another procedure, and not only in the one conducted by the commercial court. This claim was proven by means of a closed-ended internet survey, with a simple choice of a yes / no answer. The research was conducted among respondents of both sexes, different age groups, educational and professional profiles, who were selected according to random sampling. Participation in the survey was voluntary and anonymous, with no possibility of identifying which respondent gave which answer. Only the time and the way in which they answered the questions are visible. Of the 216 respondents, 46.3 % were employed, while 53.7 % were unemployed. The aim of the research was to show that people, regardless of whether they are employed or not, do not know that there is a special fund that settles certain claims instead of the bankruptcy debtor – the employer. According to the obtained results, 90.7 % of respondents did not know that there was a Solidarity Fund. The survey clearly shows that the ways of informing the public that are stated in the newsletter on the work of the Solidarity Fund have not been effective, and that they need to be improved.⁵³

As the administrative procedure before the Fund is not initiated *ex officio*, but exclusively at the request of the party, employees are deprived of the payment of claims that legally belong to them due to insufficient information. The Bankruptcy Law recognizes the obligation for cooperation between the bankruptcy bodies and the Fund's bodies, with the aim of realizing the rights

⁵² Slijepčević, D. (2010). Pravni položaj zaposlenih u stečajnom postupku. *Pravni informator*, 6/2010, 13; Radović, V. (2018). *Stečajno pravo – Knjiga prva*. Belgrade: Faculty of Law, University of Belgrade, 195.

⁵³ Information Booklet on the Work of the Solidarity Fund, Available at: <https://www.fs.gov.rs/%d0%b8%d0%bd%d1%84%d0%be%d1%80%d0%bc%d0%b0%d1%82%20%be%d1%80-%d0%be-%d1%80%d0%b0%d0%b4%d1%83/> (25. 8. 2021), 52.

of employees, but not the obligation to inform employees about their rights. This cooperation is reduced to a one-way relationship, i.e., checking whether employees have been paid claims within bankruptcy and in what amount, with the aim to avoid double payments on the same basis.

The writers of the law do not mention the obligation of the bankruptcy trustee to inform the employees about the possibility of settling them before the guarantee institution.⁵⁴ Although the bankruptcy trustees mostly do that, the failure to act in the stated manner does not indicate the responsibility of the bankruptcy trustee for compensation for the damage that the employee has objectively suffered. Given the far-reaching negative consequences that may arise in such an environment, there should be a legal obligation to inform employees of their rights in connection with bankruptcy proceedings. In addition, it is necessary to specify that the information channel refers only to certain creditors who have a legal interest in providing information crucial for the settlement. There cannot be other additional conditions regarding the obligation of informing the employees of their rights, in the sense of sending a special request, since that would make no sense. Therefore, a legal decision itself, in this case a conclusion on recognized and determined claims, is a sufficient trigger for activating the obligation. The introduction of such a provision does not violate the principle of efficiency of the bankruptcy procedure, nor does it impose an excessive “burden” on the bankruptcy trustee. This is a fact that is well known to the bankruptcy trustee on the one hand, and unknown to employees on the other.

In conversations with employees of the Solidarity Fund, which took place in the premises of that institution, it was concluded that the biggest problem the Fund faces, and indirectly the employees of the debtors as well, is a lack of funds provided from the budget. According to the Fund’s employees, although the Labour Law does not exclude the possibility of other financing (investment of the Fund’s funds in order to generate additional income, donations, gifts, legacies, etc.)⁵⁵, in practice this has never happened. Raising funds from various sources leads to greater financial stability, while involving employers in its financing establishes financial balance.⁵⁶

⁵⁴ The latest amendments to the Bankruptcy Law relating to the issue of informing creditors do not cover the described situation. See: BL. 10 (2). Conversely, there are legislations that prescribe an obligation by the bankruptcy trustee to submit a request for settling a claim to the guarantee institution, and only if the trustee does not do so, the obligation falls on the employees or the union that was founded with the employer – debtor that works on their behalf.

⁵⁵ LL Art. 137; Ivošević, Z., Ivošević, M. (2007). *Komentar Zakona o radu*. Belgrade: Official Gazette, 269.

⁵⁶ Kovačević, LJ. (2005). Usklađivanje domaćeg prava sa Direktivama Evropske Unije putem putem odredaba novog Zakona o radu. *Radni odnosi – Zbornik radova* (ed. Bobar, K.). Belgrade: Glosarijum, 108.

The sufficiency of the Fund's resources is measured by the number of open bankruptcy proceedings and the percentage of settlements for employees in bankruptcy. Between 0.4% and 0.5% of the 130,000 companies leave the market annually through bankruptcy proceedings. Prior to the enactment of the amendments to the Bankruptcy Law from 2017, there were 4,546 bankruptcy proceedings initiated in Serbia, of which 59% were concluded or suspended. For comparison, in Germany in the same year there were 20,093 companies in bankruptcy out of a total of 3.5 million companies in the market or 0.6% of the total number of companies.

The amount allocated to the Solidarity Fund has not changed drastically in previous years. From 2010 to 2015, it amounted to about 500 million, while in 2018, 617 million dinars were allocated from the budget.⁵⁷ The exception in that regard is the following year, with a sharp drop in paid funds which amounted to 266 million dinars, while in 2020 the previous level of payments was established so that it reached 450 million dinars. The budget funds are sufficient to respond to about 3,000 requests, which is twice as much compared to the previous period, with the exception of 2019. For example, in 2012, 6,300 workers were waiting for the Fund's decision, and there was money for about 1,200 requests. The amount of approved funds was not accompanied by the number of open bankruptcy proceedings, which reached their maximum during the privatization period. Bearing in mind that the privatization of socially-owned companies is nearing completion, the structure of the procedure is increasingly moving towards the private sector. In 2016, out of a total of 430 companies in bankruptcy, 96 were socially-owned companies, while in 2018, 36 debtors out of a total of 453 were subjects of privatization. This directly impacts the number of both adopted and paid applications. In the seven years of work of the Solidarity Fund, about 30,000 workers have been paid, which indicates the importance of the existence and, above all, the good functioning of this institution.

Employees of the Fund emphasize that the procedure before the Fund has also been made significantly faster thanks to automation, and not only due to external factors (a decline in the number of open bankruptcy proceedings). The service is capable of processing tens of thousands of requests. As an example, we can mention 3,238 accepted requests of employees from one company in bankruptcy, which the Fund processed in December 2012. Therefore, it can be noticed that the problem is not in the work of the professional service of the Fund, but in the incomplete and / or inadequate documentation of the applicants. As an indicator for that claim, there is information that by 2009, i.e., three years after the establishment of the Fund, about 35,000

⁵⁷ Information Booklet on the Work of the Solidarity Fund, 31.

requests of employees were processed, which is more than 10,000 requests per year, with 20,000 submitted requests being accepted, while others were rejected. Regarding the nature of the claims themselves, it can be pointed out that the claims related to the payment of salaries (94 %) and severance pay (5 %) prevail, while claims based on other rights are ignored (less than 1 %). The reason for that can be found in the difficult conditions for the fulfillment of those claims. So far, only one claim for compensation for occupational disease or injury has been accepted.

The Information Booklet shows that the Solidarity Fund spent twice less money than was planned in previous years, which indicates a disproportion between the approved funds and the on-going procedures. In addition, according to the employees working in the Fund, and in accordance with the budget regulations, the Fund cannot spend more than the amount approved for that year, which results in the return of funds that it managed to recover by legal subrogation to the position of the creditor in bankruptcy.⁵⁸ The Information Booklet, i.e., the work report, shows that three years ago, the amount of revenues and refunds for a total of 52 companies in bankruptcy amounted to 282 million, which is half of the funds received from the budget. The Fund cannot utilize these funds, they are “frozen” for use, although they are in the Fund’s account until they get transferred to the budget account. Such a solution is bad, because these funds can be used to meet existing requests of employees that are delayed for acceptance due to insufficiently paid budget funds. By implementing this proposal, the procedure before the Fund would be significantly accelerated and the amount of available funds would increase. In addition, the reimbursed funds should remain in the hands of the Fund and not be returned to the state. The same would apply to the situation when at the end of a business year the calculation shows a surplus of revenue in relation to expenditures, but in this case, the money would be used for future requests.⁵⁹ The initiative of the Fund’s employees to properly and fully understand the need to keep unused funds in the Fund did not give results. In contrast, the issue of reimbursed funds was not considered at all, the author concludes during the interview.

Regarding the percentage of settled employees in bankruptcy, it is not possible to give accurate data, because they are not observed separately, but as members of the third payment line, which includes other bankruptcy creditors

⁵⁸ Law of Contracts and Torts, *Official Gazette of the SFRY*, no. 29/78, 39/85, 57/89, *Official Gazette of the FRY*, no. 31/93, *Official Gazette of Serbia and Montenegro*, no. 1/2001, Art. 300.

⁵⁹ Višekruna, A. (2013). *Pravni položaj zaposlenih u stečajnom postupku*. Belgrade: Faculty of Law, University of Belgrade, 113; Radović, V. (2018). *Stečajno pravo – Knjiga prva*. Belgrade: Faculty of Law, University of Belgrade, 194.

as well. The fact that informing the public about the results of bankruptcy proceedings is problematic due to the poor organization of the statistical database should be added to this.

Guarantee institutions can function as insurance companies, with the obligation for all employers or members of a particular industry to pay contributions, or as state institutions (funds) whose funds are provided by public authorities.⁶⁰ The possibility to combine sources of financing is not used, so it is concluded that Serbia has opted for the concept of state financing.⁶¹ Although the basic intention is good, the state rewards unsuccessful economic entities by shifting part of the risk of business failure to itself.⁶²

International regulations on guarantee institutions provide for the obligation of employers to finance the work of guarantee institutions, unless they are fully financed from public revenues.⁶³ However, in accordance with the set standards, this approach is criticized. It is proposed that part of the financing costs be borne by employers who would thus take part in the protection of their employees.⁶⁴ It would be best to determine the degree of participation, the fulfilment of which must not affect the responsibility of the guarantee institution. This is in line with the international principles of work of institutions that subsidiarily bear the responsibility regardless of whether employers have fulfilled their obligations towards them.⁶⁵

⁶⁰ Employee Protection Directive, Art. 4.

⁶¹ Radović, V. (2018). *Stečajno pravo – Knjiga prva*. Belgrade: Faculty of Law, University of Belgrade, 193.

⁶² In the period from 2005 to 2012, nearly three billion dinars were paid from the budget to the Solidarity Fund. If employers felt the full weight of their bad business, the state's share in the Fund's total funding would be significantly lower. Obradović, J. (2013). *Stanje i problemi zaštite prava zaposelnih pred Fondom solidarnosti. Zaštita prava iz oblasti rada – Zbornik radova* (ed. Ivošević, Z.) Belgrade: Glosarijum, 197.

⁶³ Employee Protection Directive, Art. 4.

⁶⁴ Kovačević, LJ. (2005). *Usklađivanje domaćeg prava sa Direktivama Evropske Unije putem odredaba novog Zakona o radu. Radni odnosi – Zbornik radova* (ed. Bobar K.) Belgrade: Glosarijum, 108.

⁶⁵ The law of Montenegro precisely prescribes that the tax of the employer is 0.20 % that the unemployment insurance beneficiary calculates on the basis that relates to that tax. The only issue is the lack of sanctions in case of a violation of this obligation. Montenegrin Labour Fund Law, Official Gazette of Montenegro, no. 88/09. It can be noticed that the issue of settling employees before the guarantee institution of this country is regulated by a special law and that the name of that institution emphasizes its role for claims arising from work for oneself or others, while in Serbia the humanistic motive of its establishment is emphasized, together with collegiality and social sensitivity.

THE EXPANDED (NON-BANKRUPTCY) ROLE OF THE SOLIDARITY FUND

Due to the numerous abuses by employers, which are getting more and more serious, the idea of using the money from a special fund in all situations of non-settlement of employees' claims is developing.⁶⁶ Employees should be equally protected in bankruptcy and outside of it. In contrast, countries with a high level of non-bankruptcy protection for employees, as a rule, do not offer the same level of protection in bankruptcy proceedings and vice versa. Linking employees' rights to the state of the company they work for leads to greater incentives for *forum shopping*.⁶⁷ In addition, employers, seeing that bankruptcy is approaching, can sell off property and spend the money obtained from the sale in their own interest, ignoring the interests of creditors. The opposite scenario in which, bit by bit, the property is alienated without anyone submitting a request for opening bankruptcy proceedings is not ruled out. Accepting the presented approach would provide more comprehensive protection for employees. However, according to the current state of affairs, the radical changes in the way the Fund works seem more like a utopia than a reality. Still, this does not mean that we should not strive for major reform and provide a solid protection platform. The proposed changes can have a great impact on the current business practice of employers through the creation of incentives for fair treatment. It is a known fact that employers deny the existence of debts to employees. In order to get what belongs to them, employees initiate the procedure of determining their claims. If, despite all the difficulties, they still manage to prove the existence of claims, they get a verdict that they cannot execute, because the employer shut down the company and established a new one under another business name or moved all the funds out of the reach of the creditors so that the company has no capital at all to fulfil its obligations.⁶⁸ In this way, solvent companies avoid paying claims. It is clear from the above that the essence of protection does not lie in obtaining a verdict ordering the fulfilment of an obligation, but in its successful implementation.⁶⁹ This completes the circle of protection, because it

⁶⁶ Enforced collection within and outside bankruptcy should form one complete whole. Westbrook, L. J., Booth, C., Paulus, G. C., Rajak, H. (2010). *A Global View of Business Insolvency Systems*. Leiden. Boston: Martinus Publishers, 7.

⁶⁷ Kimhi, O., Doebert, A. (2015). Bankruptcy Law as a Balancing System: Lessons from a comparative analysis of the intersection between Labour and Bankruptcy Law. *American Bankruptcy Institute Law Review*, 2 (23), 514.

⁶⁸ Hallet, N. (2019). The Problem of Wage Theft. *Yale Law & Policy Review*, 93 (2), 110; Westbrook, L. J., Booth, C., Paulus, G. C., Rajak, H. (2010). *Op. cit.*, 9.

⁶⁹ The same problem exists in the undisputed debt embodied in the calculation of wages and salary compensation, which have the status of a writ of execution. See: LL,

harmonizes the legal and factual situation, which reflects the function of law. This idea is being developed by some American authors who are trying to stop a phenomenon that is widespread in society.⁷⁰ In some countries, such actions entail criminal liability, and are metaphorically referred to in literature as “wage theft”. The term “wage theft” has become widely accepted, although it has caused serious controversy, as opinions on this issue are not uniform, so there are those who believe that the name itself is derogatory and unjustly accuses business owners in advance. This type of special theft exceeds the percentage of committed other criminal acts of the same group, i.e., against property. In the ten most famous American states, over 2.4 million employees a year remain deprived of salaries in the total amount of 8 trillion US dollars.⁷¹ This indeed is a staggering number. As this phenomenon is present in Serbia as well, the given proposal could be seriously considered as a way to prevent cheating employees, but obstacles can be found along the way, because achieving the full effect presupposes the existence of predispositions related to a stable social security system.⁷² The expansion of the domain of application to the non-bankruptcy procedure entails a change in the current way of financing the Fund. In addition, some payment limits should be set, such as limiting the amount available. Also, the use of the Fund’s resources in non-bankruptcy cases must be justified and exceptional, activated only when the claims of employees cannot be realized in any other way.

Namely, the problem arises when employees, for fear of offending the employer and losing their jobs, accept an unfavourable proposal in the hope that the situation will change and the backwages will be paid.⁷³ That this is the case is confirmed to us by an employer who agreed to the interview under the guarantee of anonymity. Before the interview, he was informed about the reasons and goals of the research, and that his answers will be used exclusively for scientific purposes. The employer did not pay wages to his employees for more than six months, justifying it by the “difficult economic situation due to

121(6). The goal of this provision is to make the right to earnings easier and faster. However, due to numerous abuses, its efficiency is seriously questioned.

⁷⁰ Kimhi, O. (2015). Getting more than Justice on Paper: Bankruptcy Priorities and the Crisis of Unpaid Wages. *Hofstra Law Review*, 44 (1), 113.

⁷¹ Hallet, N. (2019), The problem of wage theft, *Yale Law & Policy Review*, 93 (2), 101.

⁷² On the evasion of social security deductibles, see: Golubović, V. (2010). Evazija doprinosa i mere za njeno sprečavanje. *Pravo i privreda*, 1–3/2010, 57–70.

⁷³ According to a US survey conducted in 2009, employee activism was absent in a large number of cases. The most common reasons for this are: fear of automatically getting fired (51%), transfer to a lower position (20%), disruption of the optimal structure of time needed to perform entrusted tasks (12%), fear that nothing would be achieved (36%). Hallet, N. (2019). *Op. cit.*, 107.

poor sales of products.” After a year, the owner of the company explained to the employees that he had to close the company due to the “difficult situation”, but that he would open a new one in which they would continue to work, with the promise that all owed salaries would be paid. Conscious exploitation of the dependent position of employees is also reflected in the knowledge that a “false promise” was given, which, according to the employer, was “the only way to get out”. The employees worked for several months in the new company, but still without any income. They could not sue the old employer because it ceased to exist, and the new one used them in the same manner as the previous one.

In addition, it is important to note that the employer is not only a company, but also a natural person who performs activities for profit and who, as such, is entered in the register of entrepreneurs kept by the Serbian Business Registers Agency. Because according to the solution currently in force, entrepreneurs do not have passive bankruptcy ability, so persons who have established employment with them cannot use any of the described forms of protection, because it is necessary to open bankruptcy proceedings for their use. In this way, employees who work for an employer who is a legal entity are in a far better position than employees who perform the same job under the same conditions with an employer who is a natural person. Having that in mind, the proposal of the expanded function of the Solidarity Fund would eliminate the factual inequality of employees and mitigate the negative consequences of lagging behind the modern trends that apply in bankruptcy.⁷⁴

CONCLUSION

As is well known, bankruptcy does not happen suddenly and completely unexpectedly. There is a certain progression and gradual onset of financial problems that lead to bankruptcy. In a period of crisis, the employees will be the first to be hit, because, as a rule, they will be deprived of the basic right from the employment relationship – the right to a salary. Hence, a clear premise is derived that rights are realized, but also violated, unfortunately. In the latter case, they cannot be realized without protection, which is why it is said that the exercise of rights and their protection are inextricably linked concepts.

⁷⁴ How far behind we are is best seen in the new European Union Directive, which will change the existing rules of the Member States regarding the bankruptcy of the property of a natural person, while we will be in the phase of their adoption. A previous unsuccessful attempt to regulate the bankruptcy of entrepreneurs led the legislator to abandon that legal institute during later changes in bankruptcy regulations. The need to comply with the Directive has made it necessary to introduce the bankruptcy of entrepreneurs into Serbian bankruptcy law.

Remuneration is a basic feature of an employment relationship, the absence of which can seriously jeopardize the stability of an economy in a country. For that reason, every state strives to create legal-institutional mechanisms by which it will protect endangered categories and thus create social peace and prosperity. Therefore, in this paper, the special treatment of employees as creditors is not questioned, but the ways in which it is best achieved are considered.

The protection of employees must be done in a way that achieves the goals of quick and easy settlement. In accordance with that, it is necessary to build the foundations on which a solid system of protection of employees' claims in the event of bankruptcy of the employer will rest, but also in other situations where the settlement of employees is seriously endangered. In order to achieve that, it is necessary to envisage additional rules and clarify the existing ones in more detail. It is proposed to clearly list the conditions for realizing the rights of employees before the Solidarity Fund and especially to regulate insignificant assets as a bankruptcy obstacle in accordance with comparative law solutions. In addition, it is necessary to encourage other ways of financing the Fund, which will thus enable the acceptance of the requests of employees in a shorter period of time. Illegal practices by employers gives rise to the need for new forms of protection for employees, and the Solidarity Fund could be considered as an effective means of realizing employees' claims in all cases of non-payment (with special conditions and restrictions), and not just when bankruptcy is opened against their employer.

BIBLIOGRAPHY

Monographs and articles

- Anderson, H. (2008). Directors' Liability for Unpaid Employee Entitlements-Suggestions for Reform Based on Their Liabilities for Unremitted Taxes. *Sydney Law Review*, 30 (3).
- Betten, L. (1993). *International Labour Law: Selected Issues*. Deventer-Boston: Kluwer Law International.
- Bailly, P. (2013). Les droits des salariés en matière de redressement judiciaire et liquidation de biens. Available at: layer.fr/5438461-Les-droits-des-salaries-en-matiere-de-redressement-judiciaire-et-liquidation-de-biens-patrick-tillie-avocat-aubarreau-de-lille.html (26. 8. 2021).
- Blanpain, R. (2002). *European Labour Law*. The Hague. London. New York: Kluwer Law International.
- Finch, V. (2009). *Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles*, Cambridge. New York: Cambridge University Press.

- Golubović, V. (2010). Evazija doprinosa i mere za sprečavanje. *Pravo i privreda* 1–3/2010.
- Hallet, N. (2019). The problem of wage theft. *Yale Law & Policy Review*, 93 (2).
- Janis, S. (2008). *Recognizing workers' economic contributions: the treatment of employee and pension claims during company insolvency: A comparative Study of 62 Jurisdictions*. Available at: https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/105_Recognizing_Workers_Economic_Contributions.pdf (26. 8. 2021).
- Kovačević, L.J. (2005). Usklađivanje domaćeg prava sa Direktivama Evropske Unije putem putem odredaba novog Zakona o radu. *Radni odnosi – Zbornik radova* (ed. Bobar K.). Belgrade: Glosarijum.
- Kimhi, O. (2015). Getting more than Justice on Paper: Bankruptcy Priorities and the Crisis of Unpaid Wages. *Hofstra Law Review*, 44 (1).
- Kennedy, R. F. (1955). Statutory Liens In Bankruptcy. Available at: <https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2312&context=mlr> (20. 12. 2020).
- Kimhi, O., Doebert, A. (2015). Bankruptcy Law as a Balancing System: Lessons from a comparative analysis of the intersection between Labour and Bankruptcy. *Law American Bankruptcy Institute Law Review*, 2 (23).
- Mucciarelli, M. F. (2017). Employee Insolvency Priorities and Employment Protection in France, Germany, and the United Kingdom. *Journal of Law and Society*, 44 (2).
- Murcia, G. J. (2016). Las garantías del salario ante la insolvencia de la empresa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 4 (2).
- Marjanović, M. (2012). Određeni pravni aspekti zaštite prava zaposlenih u postupcima privatizacije i stečaja. *Pravo i privreda*, 4–6/2012.
- Obradović, J. (2016). Prava zaposlenih pred Fondom solidarnosti. *Zaštita prava iz oblasti rada – Zbornik radova* (ed. Ivošević Z.). Belgrade: Glosarijum.
- Obradović, J. (2013). Stanje i problemi zaštite prava zaposlenih pred Fondom solidarnosti. *Zaštita prava iz oblasti rada – Zbornik radova* (ed. Ivošević Z.). Belgrade: Glosarijum.
- Popović Ajnšpiler, G. (2013). Sporovi iz radnog odnosa pred privrednim sudovima. *Zaštita prava u oblasti rada – Zbornik radova* (ed. Ivošević Z.). Belgrade: Glosarijum.
- Radulović, B. (2014). Stečaj u Srbiji – činjenice, zablude i nenameravane posledice. *Ekonomska politika Srbije u 2014: Mogućnost privrednog rasta u uslovima reformi i fiskalne konsolidacije* (ed. Šoškić B., Arsić M.). Belgrade: Faculty of Economics, University of Belgrade.
- Radović, V. (2018). *Stečajno pravo – Knjiga prva*. Belgrade: Faculty of Law, University of Belgrade.
- Szysczak, E. (2000). *EC Labour Law*. Harlow: Pearson Education Limited.
- Slijepčević, D. (2010). Pravni položaj zaposlenih u stečajnom postupku. *Pravni informator*, 6/2010.

- Todorović, I. (2008). *Pravne posledice usvajanja plana reorganizacije*. Belgrade: Faculty of Law, University of Belgrade, 263.
- Tucker, E. (2008). Shareholder and Director Liability for Unpaid Workers' Wages in Canada: From Condition of Granting Limited Liability to Exceptional Remedy. *Law and History Review*, 26 (1).
- Višekruna, A. (2013). *Pravni položaj zaposlenih u stečajnom postupku*. Belgrade: Faculty of Law, University of Belgrade.
- Višekruna, A., Čalić Rajić, J. (2019). Zaposleni kao privilegovani poverioci u stečajnom postupku. *Vek i po regulisanja stečaja u Srbiji* (ed. Šarkić, N., Radović, V., Ajnšpiler Popović, G.). Belgrade: Institute of Comparative Law.
- Višekruna, A. (2016). Odgovornost direktora za neisplaćena potraživanja zaposlenih u slučaju stečaja poslodavca. *Strani pravni život*, 60 (3).
- Wood, P. (2007). *Principles of International Insolvency*. London: Sweet & Maxwell.
- Yemin, E., Arturo, S., Bronstein, S. A. (1991). *The protection of workers' claims in the event of the employer's insolvency*. Geneva: International Labour Office.

Regulations

- Council Directive 80/987/EEC of 20 October 1980 on the approximation of the laws of the Member States relating to the protection of employees in the event of the insolvency of their employer – *Official Journal L* 283.
- Convention concerning the Protection of Workers' claims in the event of the Insolvency of their Employer, 1992 (No. 173).
- Law on the Labour Fund of Montenegro, *Official Gazette of Montenegro*, no. 88/09.
- Croatian Bankruptcy Act, *Official Gazette*, no. 71/15.
- Recommendation concerning the Protection of Workers' Claims in the Event of the Insolvency of their Employer, 1992 (No. 180).
- Labour Law, *Official Gazette of the RS*, no. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14 and 13/17, Arts. 125 and 126.
- Law of Contracts and Torts, *Official Gazette of the SFRY*, no. 29/78, 39/85, 57/89, *Official Gazette of the FRY*, no. 31/93, *Official Gazette of Serbia and Montenegro*, no. 1/2001.
- Bankruptcy Law – BL, *Official Gazette of the RS*, no. 104/2009, 99/2011, 83/2014, 113/2017, 44/2018, 95/2018, Art. 54 (4) (1).