

OPOZIV IMENOVANJA TRUDNE ČLANICE UPRAVE DRUŠTVA KAPITALA – SPOLNA DISKRIMINACIJA?

*Doc. dr. sc. Ivana Grgurev **
*Petar Ceronja, dipl. iur. ***

UDK 349.244:347.72.026
331.106.44:347.72.036
Izvorni znanstveni rad
Primljeno: lipanj 2011.

Analizom presude Europskog suda u predmetu Danosa, nametnula su se određena pitanja vezana uz zaštitu trudnih članica uprave. Jesu li one radnice ili samozaposlene osobe? Treba li ih, i ako ne potpadaju pod pojam radnica, zaštititi tijekom trudnoće i korištenja prava vezanih uz zaštitu roditeljstva od opoziva iz uprave društva kapitala te ih zaštititi od otkaza ugovora o obavljanju poslova u upravi? Jesu li odredbe Zakona o trgovačkim društvima o opozivu imenovanja članova uprave usklađene s pravnom stečevinom EU jer ne sadržavaju ograničenje – ne uzimaju u obzir činjenicu da je u trenutku opoziva članica uprave trudna? U kontekstu pomirenja trudnoće i roditeljstva sa zahtjevima tržišta postavlja se pitanje kako funkcionira uprava društva kapitala kada trudna članica uprave ili članica uprave koja koristi neko od prava vezanih uz zaštitu roditeljstva dulje razdoblje nije u mogućnosti voditi poslove društva.

U radu se naglašava razlika između radnopravne zaštite trudnica i zabrane spolne diskriminacije. Nastoji se potvrditi polazna teza prema kojoj je širenje koncepta radnika i na članice uprave nepotrebno jer im je i bez uključivanja u taj koncept zajamčena zaštita od spolne diskriminacije, dok širenje radnopravne zaštite na članice uprave vodi njihovoj faktičnoj diskriminaciji.

Ključne riječi: članica uprave društva kapitala, trudnoća, opoziv imenovanja, otkaz, spolna diskriminacija, predmet Danosa

* Dr. sc. Ivana Grgurev, docentica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb

** Petar Ceronja, asistent Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb

I. UVOD

Nedvojbeno, radnicima pripada radnopravna zaštita. Međutim, problem nastaje pri utvrđenju **tko je radnik**. Pri utvrđenju pojma radnika, što je pretpostavka za primjenu radnopravne zaštite, praksa ima dvojbe. Do njih dolazi u slučajevima **atipičnog rada, kakav je rad članova uprave**. Problem nije isključivo nacionalni, osim u nas i u usporednopravnim sustavima, javlja se i u pravu EU.¹

Pravna književnost, domaća i svjetska, složna je pri definiranju bitnih elemenata radnog odnosa. **Osobna činidba rada, naplatnost i podređenost radnika uputama i nadzoru poslodavca bitni su elementi radnog odnosa.**² Članovi uprave društva kapitala obavljaju osobnu činidbu rada, u pravilu naplatno, ali **jesu li u svojem radu podređeni poslodavcu?** Ako jesu, treba ih smatrati radnicima, ako nisu, ne pripada im radnopravna zaštita. Kada se to pitanje stavi u kontekst potrebe zaštite trudne članice uprave i potencijalne spolne diskriminacije u slučaju opoziva njezina imenovanja, odgovor na to pitanje postaje osobito delikatan.

Poticaaj za ovaj rad dala je **presuda Europskog suda u Luksemburgu u predmetu *Danosa***, u kojem je opozvana trudna članica uprave tražila zaštitu koja pripada trudnim radnicama. U radu se najprije pojašnjava presuda u tom predmetu. Zatim se obrazlaže zaštita trudnih radnica i ističe podzastupljenost žena u upravama trgovačkih društava. Prije zaključka analiziraju se zakonske odredbe i sudska praksa o vođenju poslova društva i o opozivu imenovanja članova uprave u nas i u germanskom pravnom krugu kako bi se utvrdilo koje su članice uprave u svojem radu podređene drugim organima društva i time uključene u koncept (trudnih) radnica.

¹ O pojmu radnika u posljednjem desetljeću pišu ugledni inozemni pravni teoretičari Clyde W. Summers, Chris Engels i Mark Freedland, a njime se bavi i Preporuka Međunarodne organizacije rada br. 198 iz 2006. godine, koja se odnosi na radni odnos, kao i Komisija EU u: *Green paper Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century*, Brussels, 22.11.2006 COM (2006) 708 final. O konceptu radnika u pravu EU vidjeti dalje u tekstu.

² U nas tako definiraju bitne elemente radnog odnosa Tintić i Ravnić, u Austriji Tomanđl, a u Njemačkoj Dütz. Tintić, Nikola, *Radno i socijalno pravo*, knjiga prva, *Radni odnosi* (I), Zagreb, 1969., str. 359; Ravnić, Anton, *Pojam i naziv radnog prava*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 48, br. 1-2, 1998., str. 19; Tomanđl, Theodor, *Arbeitsrecht I, Gestalter und Gestaltungsmittel*, 5. Auflage, Braumüller, Wien, 2004., str. 210; Dütz, Wilhelm, *Arbeitsrecht*, 6. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2001., str. 20. O prihvaćanju navedenih bitnih elemenata radnog odnosa u praksi Europskog suda u Luksemburgu vidjeti dalje u tekstu.

2. PREDMET DANOSA

2.1. Činjenice i presuda

U predmetu *Danosa*³ opozvana trudna članica jednočlane uprave društva s ograničenom odgovornošću tvrdila je da ju treba smatrati radnicom⁴ u smislu Direktive Vijeća 92/85/EEZ od 19. listopada 1992. o uvođenju mjera za unapređenje zaštite na radu trudnih radnica i radnica koje su nedavno rodile ili doje⁵ te da je zakonska odredba sadržana u latvijskom propisu, koja omogućuje svakodobni opoziv trudne članice uprave bez ikakvih ograničenja, neusklađena s čl. 10. st. 1. te Direktive, koji zahtijeva od država članica EU da zabrane otkazivanje ugovora o radu trudnicama od početka trudnoće do kraja korištenja rodiljnog dopusta.⁶ Dakle, u predmetu *Danosa* od Europskog suda zatraženo je da utvrdi treba li člana uprave društva kapitala smatrati pokrivenim konceptom "radnika" u pravu EU, kao i to je li odredba latvijskog Trgovačkog zakonika prema kojoj član(ica) uprave može biti opozvan bez ikakvih ograničenja, što znači čak i u slučaju trudnoće, neusklađen s čl. 10. Direktive 92/85/EEZ i praksom Europskog suda. Odgovori na navedena pitanja zanimljivi su i nama jer ni u nas nije jasno je li član uprave radnik ili nije, a i naš Zakon o trgovačkim društvima⁷ u čl. 244. i čl. 424. predviđa opoziv imenovanja člana uprave ne izuzimajući od opoziva trudne članice uprave. O tome detaljnije dalje u tekstu.

U vezi s pitanjem postavljenim u predmetu *Danosa*, treba li opozvanu trudnu članicu uprave smatrati radnicom, Europski sud prihvatio je mišljenje nezavisnog odvjetnika⁸ te 11. studenog 2010. donio presudu prema kojoj bi trudnu članicu uprave trebalo pod određenim uvjetima smatrati radnicom u kontek-

³ C-232/09 ECR 2010.

⁴ O radnopravnoj zaštiti trudnih radnica detaljnije u: Grgurev, Ivana, *Zabrana diskriminacije u radnom pravu*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2006.

⁵ OJ 1992 L 348, str. 1

⁶ Ipak, čl. 10. st. 1. Direktive 92/85/EEZ dopušta da se nacionalnim zakonodavstvom ili praksom predvidi mogućnost otkaza u iznimnim slučajevima kada razlog za otkaz nije vezan uz trudnoću, ali tada je, gdje je to primjenljivo, potrebno dopuštenje nadležnog tijela.

⁷ Zakon o trgovačkim društvima (Narodne novine, br. 111/1993, 34/1999, 52/2000, 118/2003, 107/2007, 146/2008, 137/2009; dalje u tekstu: ZTD).

⁸ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009C0232:DE:HTML> (3. studenoga 2010.).

stu Direktive 92/85/EEZ, koja zabranjuje otkaz ugovora o radu trudnoj radnici. Smatrat će je se radnicom u smislu te Direktive **pod uvjetom da radi za trgovačko društvo po uputama i pod nadzorom drugog organa društva i da je za takav rad plaćena, pri čemu odluka o tome jesu li u konkretnom slučaju ispunjene navedene pretpostavke da bi se članicu uprave smatralo radnicom leži na nacionalnom sudu.** U presudi je istaknuto kako formalna kategorizacija u nacionalnom pravu člana/članice uprave društva kapitala kao samozaposlene osobe ne isključuje mogućnost da bi prema toj osobi trebalo postupati kao prema radnici za potrebe Direktive 92/85/EEZ ako je samostalnost takve osobe samo pojmovna i na taj se način prikriva radni odnos (paragraf 41). U tom je kontekstu nebitno, prema stavu Europskog suda, kako nacionalni propis definira pravnu prirodu ugovornog odnosa između društva kapitala i članice uprave, a nebitno je i sklapaju li se u nacionalnoj praksi između njih ugovori o radu ili neki drugi ugovori građanskog prava.⁹ Prema stavu Europskog suda činjenica što je gospođa Danosa članica uprave društva kapitala ne isključuje sama po sebi mogućnost da je ona u odnosu podređenosti prema tom trgovačkom društvu. Pritom **Europski sud navodi da je za ocjenu postojanja podređenosti nužno uzeti u obzir okolnosti imenovanja članom uprave, prirodu obveza koje su članu uprave povjerene, kontekst u kojem se te obveze ispunjavaju, opseg nadležnosti, širinu nadzora rada člana uprave unutar trgovačkog društva i okolnosti pod kojima se može opozvati njegovo/njezino imenovanje** (paragraf 47). Nezavisni odvjetnik u svojem je mišljenju, u prilog stavu da je gospođa Danosa radnica, naveo da je ona imenovana jedinom članicom uprave na razdoblje od tri godine, da je bila nadležna voditi poslove društva i zastupati ga te da je bila sastavni dio trgovačkog društva, ali iako je uživala određenu slobodu pri vođenju poslova društva, morala je podnositi izvješća o vođenju poslova društva nadzornom odboru i surađivati s njime. U presudi se nadalje ističe da je do otkaza u konkretnom slučaju došlo od strane tijela koje gospođa Danosa nije kontrolirala i koje je moglo u svako doba donijeti odluku suprotnu njezinim željama (paragraf 50). U paragrafu 51 presude u predmetu *Danosa* navodi se da oni članovi uprave koji rade za plaću, a sastavni su dio trgovačkog društva te rade prema uputama

⁹ Rečeno proizlazi iz paragrafa 42 presude u predmetu *Danosa*, a bitno je i za našu praksu za koju je svojstveno da pojedini članovi uprave imaju sklopljene ugovore o radu, pojedini ugovore građanskog prava koji se nazivaju menadžerskim, a pojedini oba ugovora. Detaljnije u: Grgurev, Ivana, *Pravna priroda i sadržaj menadžerskih ugovora*, Zagreb, Radno pravo, 2011.

i uz nadzor drugog organa trgovačkog društva koji ih u bilo koje doba može opozvati bez ikakvih ograničenja te ovlasti, udovoljavaju *prima facie* kriterijima koje praksa Europskog suda traži da bi se koga smatralo radnikom. Dakle, **na prvo postavljeno pitanje, treba li članove uprave društva kapitala smatrati pokrivenima konceptom “radnika” prema pravu EU, Europski sud odgovorio je da je na nacionalnom sudu da utvrdi sljedeće činjenice: je li član uprave koji radi za društvo kapitala sastavni dio trgovačkog društva, radi li član uprave određeno vrijeme prema uputama i pod nadzorom drugog organa trgovačkog društva i prima li zauzvrat plaću. Ako nacionalni sud utvrdi navedene činjenice, članicu uprave treba za potrebe Direktive 92/85/EEZ smatrati radnicom (paragraf 56).**

Osim istaknutih dijelova presude u predmetu *Danosa*, ističemo i za **Europski sud u Luksemburgu atipično “lutanje” i nesigurnost pri ocjeni koja je antidiskriminacijska direktiva u konkretnom slučaju mjerodavna.** Naime, Europski sud razmatra može li se u konkretnom slučaju primijeniti Direktiva 76/207/EEZ¹⁰ ako nacionalni sud utvrdi da nema radnog odnosa, već da je članica uprave vezana ugovorom o nalogu (paragraf 67). Prema stavu Europskog suda, i u tom bi slučaju otkaz zbog trudnoće bio nedopušten jer je protivan čl. 2. st. 7. Direktive 76/207/EEZ. Zaštita trudnica i roditelja od otkaza ne smije ovisiti o formalnoj kategorizaciji njihovih ugovora po nacionalnom pravu ili o izboru vrste ugovora u vrijeme imenovanja (paragraf 69). U presudi se spominje i Direktiva 86/613/EEZ¹¹ kao pravni kontekst relevantan za

¹⁰ Direktive Vijeća 76/207/EEZ od 9. veljače 1976. o provedbi načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pogledu pristupa zaposlenju, stručnom osposobljavanju i napredovanja te uvjetima rada, izmijenjena i dopunjena Direktivom 2002/73/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23. rujna 2002. Vidjeti Direktivu 2006/54/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 5. srpnja 2006. o primjeni načela jednakog postupanja i ravnopravnosti muškaraca i žena u zapošljavanju i pristupu zanimanju (konsolidirana verzija), koja obuhvaća Direktivu 76/207/EEZ, Direktivu 86/378/EEZ, Direktivu 75/117/EEZ i Direktivu 97/80/EZ s njihovim izmjenama.

¹¹ Direktiva Vijeća 86/613/EEZ od 11. prosinca 1986. o primjeni načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama uključenim u aktivnost, uključujući poljoprivredu, kao samozaposlene osobe, i o zaštiti samozaposlenih žena tijekom trudnoće i majčinstva (OJ 1986 L 359, str. 56). Datum 5. kolovoza 2012. godine rok je za provedbu nove Direktive 2010/41/EU Europskog parlamenta i vijeća od 7. srpnja 2010. o primjeni načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama uključenim u aktivnost kao samozaposlene osobe, koja ukida Direktivu vijeća 86/613/EEZ. Nova Direktiva ostavlja i dodatni dvogodišnji rok (do 5. kolovoza 2014.) državama članicama EU koje su suočene s teškoćama uvođenja socijalne zaštite i roditeljskih dopusta za bračne drugove i životne partnere samozaposlenih osoba.

odluku u tom predmetu. Spominje se i čl. 23. Povelje o temeljnim pravima EU, prema kojem ravnopravnost žena i muškaraca mora biti osigurana u svim područjima (paragraf 71). Neovisno o tome koja se od navedenih direktiva primjenjuje, zaštita trudnica prema pravu EU mora biti zajamčena uvijek kada se zbog trudnoće prekine pravni odnos trudnice s drugom osobom (paragraf 60). Iz navedenog zaključujemo kako **Europski sud širi pravnu zaštitu trudnica izvan okvira radnih odnosa**.

U predmetu *Danosa*, osim pitanja treba li trudnu članicu uprave smatrati trudnom radnicom u kontekstu Direktive 92/85/EEZ, Europskom sudu bilo je postavljeno i **pitanje je li odredba nacionalnog zakonodavstva, koja dopušta opoziv člana uprave bez ograničenja i pritom ne uzima u obzir trudnoću članice uprave, usklađena s navedenom Direktivom**. Europski je sud u dispozitivu presude u predmetu *Danosa* odgovorio na to pitanje: "Članak 10. Direktive 92/85 treba tumačiti na način da zabranjuje primjenu nacionalnog zakona ... koji dopušta da član uprave društva kapitala bude opozvan bez ograničenja, ako je riječ o 'trudnoj radnici' u smislu te Direktive i ako je odluka o opozivu donesena u osnovi zbog njezine trudnoće. Čak i ako članica uprave nije 'trudna radnica' u smislu Direktive 92/85/EEZ, ostaje činjenica da opoziv, zbog trudnoće ili uglavnom na račun trudnoće, članice uprave koja obavlja dužnosti, kao što su one opisane u glavnom postupku, može utjecati samo na žene i stoga znači izravnu spolnu diskriminaciju, suprotno čl. 2(1) i (7) i čl. 3(1)(c) Direktive Vijeća 76/207/EEZ od 9. veljače 1976. o provedbi načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pogledu pristupa zaposlenju, stručnom osposobljavanju i napredovanja te uvjetima rada, izmijenjena i dopunjena Direktivom 2002/73/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23. rujna 2002."

Dalje u radu analiziraju se dosezi presude u predmetu *Danosa* na nacionalno zakonodavstvo, odnosno nastoji se odgovoriti na pitanje trebamo li mijenjati odgovarajuće odredbe ZTD-a i Zakona o radu¹² kako bismo se uskladili s pravnom stečevinom EU.

¹² Zakon o radu (Narodne novine, br. 149/2009). Dalje u tekstu: ZR.

2.2. Otvorena pitanja

2.2.1. Član(ica) uprave u radnom odnosu

Iz presude u predmetu *Danosa* proizlazi da je moguć radni odnos s članom uprave. Rad člana uprave za društvo kapitala i rad radnika za poslodavca imaju određene zajedničke elemente: osobnu činidbu rada i kontinuiranu funkciju rada. Razlikovni elementi su: (ne)postojanje podređenosti i u određenim slučajevima (ne)postojanje naplatnosti. Preciznije rečeno, nije moguće ugovoriti nenaplatni radni odnos jer je naplatnost bitan element radnog odnosa, dok je s članom uprave moguće ugovoriti nenaplatan rad. Dakle, za razliku od radnog odnosa koji mora biti naplatan, nenaplatnost rada člana uprave, iako je rijetka, ipak je moguća.¹³ Dok germanska pravna praksa (i teorija) detaljno analizira i određuje se o (ne)postojanju podređenosti člana uprave društvu kapitala, u našoj se praksi o tome ne raspravlja. Ni prije ni nakon uvođenja u naše nacionalno zakonodavstvo odredbe čl. 2. st. 4. ZR-a, koja ograničava radnopravnu zaštitu članova uprave, praksa nije utvrđivala (ne)postojanje podređenosti člana uprave pri ocjeni o tome kakva im zaštita pripada. U nas se sudska praksa isključivo oslanja na ugovorne odredbe ugovora člana uprave o obavljanju poslova u upravi društva kapitala. Tako se, analizirajući domaću sudsku praksu, dolazi do zaključka kako su u nas pojedini članovi uprave vezani ugovorom o radu, pojedini ugovorom obveznog prava, a pojedini s oba ugovora.¹⁴ O kojem je tipu ugovorne obveze riječ, ako ne postoji zakonska obveza sklapanja ugovora o radu s članom uprave,¹⁵ ovisi o volji ugovornih strana / ocjeni suda.

¹³ Primjerice, član uprave ovisnog društva koji ima menadžerski ugovor kojim nije predviđena naplatnost istodobno ima i ugovor o radu u vladajućem društvu. Drugi primjer jest slučaj kada član uprave, koji ima većinski udio u društvu s ograničenom odgovornošću ili je većinski dioničar, prihvaća nenaplatno vođenje poslova društva odnosno članstvo u upravi. Treći primjer jest kada se u kriznoj situaciji za društvo član uprave iz solidarnosti odlučuje raditi nenaplatno u upravi. Detaljnije u: Grgurev, *op. cit.* u bilj. 9.

¹⁴ Detaljnije u: Potočnjak, Željko, *Pravno uređenje rada članova uprave za društva kapitala*, *Pravo u gospodarstvu*, 47, 2008., 3, str. 422 – 461. Vidjeti i: Grgurev, *op. cit.* u bilj. 9.

¹⁵ Postoje posebni propisi koji predviđaju obvezu zasnivanja radnog odnosa s članovima uprave pojedinih trgovačkih društava. Tako predviđaju sljedeći propisi: Zakon o osiguranju (Narodne novine, br. 151/2005, 87/2008, 82/2009), Zakon o kreditnim institucijama (Narodne novine, br. 117/2008, 74/2009, 153/2009), Zakon o leasingu (Narodne novine, br. 135/2006), Zakon o obveznim i dobrovoljnim mirovinskim fondovima (Narodne novine, br. 49/1999, 63/2000, 103/2003, 177/2004, 71/2007) i Zakon o tržištu kapitala (Narodne novine, br. 88/2008, 146/2008, 74/2009).

Suprotno navedenom, u njemačkoj i austrijskoj sudskoj praksi, pri ocjeni o tome je li moguć radni odnos s članom uprave, ključna je ocjena suda o tome je li član uprave podređen u svojem radu trgovačkom društvu. Pritom postoje određene razlike u njemačkoj i austrijskoj sudskoj praksi. Naime, dok Nijemci, neovisno o tome je li riječ o članu uprave dioničkog društva ili društva s ograničenom odgovornošću, isključuju mogućnost postojanja radnog odnosa s članom uprave¹⁶, Austrijanci smatraju da su članovi uprave društva s ograničenom odgovornošću koji nemaju većinski udio u društvu radnici, jer zaključuju da jedino u tom slučaju kod člana uprave postoji podređenost. Ostali članovi uprave smatraju se služboprincipima, osobama vezanim ugovorom o službi – ugovorom obveznog prava. Gotovo svi radnozaštitni propisi u Austriji i Njemačkoj isključuju članove uprave iz pojma radnika. Tako članovima uprave jedino preostaje ona radnopravna zaštita iz koje nisu izrijekom isključeni – zaštita od ovrhe na plaći i zabrana diskriminacije.¹⁷ U nas većina članova uprave ima ugovore o radu, zbog čega se javila potreba da se u ZR unese odredba o isključivanju članova uprave (jer preuzimaju funkciju poslodavca i time im *ex lege* ne bi trebala biti zajamčena radnopravna zaštita) od radnopravne zaštite u pogledu prestanka ugovora o radu.¹⁸ Ta odredba postoji u našem nacionalnom zakonodavstvu odnedavno, od stupanja na snagu novog ZR-a (od 1. siječnja 2010.).

Hoće li navedena presuda dovesti do širenja radnopravne zaštite (i izvan područja zaštite trudnica i antidiskriminacijskog prava) na osobe (članove uprave) kojima nije namijenjena? Treba li očekivati, nakon te odluke, koja ne isključuje mogućnost postojanja radnog odnosa između člana uprave kao

¹⁶ Razlikuju upute usmjerene praćenju rada i procesa rada koje je radnik obavezan slijediti (njem. *arbeitsbegleitenden und verfahrensorientierten Weisungen*) od statusnopravnih uputa kakvima je podređen član uprave (njem. *gesellschaftsrechtlichen Weisungen*). Podređenost statusnopravnim uputama člana uprave ne smatra se podređenošću svojstvenom radniku i radnom odnosu, pa se na članove uprave ne primjenjuje radnopravna zaštita. Detaljnije u: Oberthür, Nathalie, *Unionsrechtliche Impulse für den Kündigungsschutz von Organvertretern und Arbeitnehmerbegriff*, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, Heft 5, 2011., str. 253 – 258. Dostupno na: <http://beck-online.beck.de> (21. travnja 2011.), str. 7.

¹⁷ Detaljnije u: Grgurev, *op. cit.* u bilj. 9.

¹⁸ Presuda u predmetu *Danosa* imat će veće posljedice na njemačko pravo i praksu nego na naše nacionalno pravo i praksu. Naime, prema etabliranoj njemačkoj sudskoj praksi, članovi uprave ne smatraju se radnicima. Hümmerlich, Klaus; Reufels, Martin (ur.), *Gestaltung von Arbeitsverträgen, Kommentierte Klauseln und Musterverträge*, 2. Auflage, Nomos, Köln, 2010., str. 1141 – 1148, 1460 – 1464.

radnika i društva kapitala kao poslodavca, da će članovi uprave, osim zaštite od otkaza tijekom trudnoće / korištenja prava kojima se štiti roditeljstvo, zahtijevati i ostalu radnopravnu zaštitu? U potrazi za odgovorom na to pitanje treba istaknuti da se definiranje pojma radnika u presudi u predmetu *Danosa* naslanja na bogatu praksu u kojoj se Europski sud morao odrediti o tom pojmu.¹⁹ Pritom se pojam radnika ponekad definira jedinstveno na razini EU (tako je primjerice u kontekstu slobode kretanja radnika jer Europski sud smatra da bi, kad bi se definiranje pojma radnika prepustilo nacionalnim pravima država članica, postojala mogućnost izigravanja navedene slobode)²⁰, a ponekad se definiranje tog pojma prepušta državama članicama (tako je izriječno predviđeno u čl. 2. st. 1. (d) Direktive Vijeća 2001/23/EZ od 12. ožujka 2001. o usklađivanju prava država članica, koja se odnosi na očuvanje prava radnika u slučaju prijenosa poduzeća, pogona ili njihovih dijelova).²¹ U predmetu ***Lawrie-Blum* kontinuirani subordinirani osoban rad za plaću** istaknut je kao bitno svojstvo radnog odnosa.²² Smjernice za odgovor na pitanje što se smatra subordiniranim radom člana uprave nalazimo u presudi u predmetu *Asscher*. **U predmetu *Asscher* utvrđeno je da manjka subordinacija jer je gospodin *Asscher* član uprave dioničkog društva čiji je jedini dioničar. Zbog navedenog Europski sud drži da ga se ne može smatrati radnikom, već samozaposlenom osobom.**²³

Treba reći da nije realno očekivati da će članovi uprave zahtijevati, osim zaštite od otkaza tijekom trudnoće / korištenja prava kojima se štiti roditeljstvo,

¹⁹ Vidjeti primjerice sljedeće predmete: *Lawrie-Blum* 66/85, ECR 1986 p. 2121, *Meeusen* C-337/97, ECR 1999 p. I-03289, *Allonby* C-256/01, ECR 2004 p. I-873 i *Wippel* C-313/02, ECR 2004 p. I-09483.

²⁰ Do izigravanja slobode kretanja radnika, prema mišljenju Europskog suda, moglo bi doći kad bi pojam radnika jednostrano mogao biti određen ili mijenjan bez nadzora institucija EU (tada EZ). Vidjeti paragraf 11 u predmetu *D. M. Levin* 53/81, ECR 1982, p. 1035.

²¹ O razlici u nazivu te Direktive na njemačkom i na engleskom jeziku vidjeti: *Grurev, Ivana, Produžena primjena pravnih pravila sadržanih u kolektivnom ugovoru – (ne) potreban institut?*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 60, br. 5, 2010., str. 1095, fusnota 43.

²² "Bitno svojstvo radnog odnosa ... jest to da tijekom određenog vremenskog razdoblja osoba radi za drugu osobu i po njenim uputama a za to zauzvrat dobiva plaću.", predmet *Lawrie-Blum* 66/85, ECR 1986, p. 2121, paragraf 17. U kasnijim odlukama Europskog suda citira se i time potvrđuje navedeni koncept radnika u pravu EU. Vidjeti: *Lehtonen and Castors Braine* C-176/96, ECR 2000 p. I-2681, *Collins* C-138/02, ECR 2004 p. I-2703, i *Kiiski* C-116/06 ECR 2007 p. I-7643.

²³ Predmet *Asscher* C-107/94, ECR 1996 p. I-3089 (paragraf 26).

i ostalu radnopravnu zaštitu jer direktive koje jamče radnopravnu zaštitu, pri definiranju pojma radnika, u pravilu upućuju na nacionalno zakonodavstvo.²⁴ To znači da je ponekad dopušteno nacionalnim zakonodavstvom isključiti članove uprave iz pojma radnika, odnosno dopušteno ih je isključiti od radnopravne zaštite,²⁵ a ponekad nije. Nije dopušteno isključiti iz radnopravne zaštite zajamčene Direktivom 92/85/EEZ one članice uprave koje ulaze u pojam trudnih radnica, jer se trudna radnica definira jedinstveno na razini EU.²⁶

Nadalje, postavlja se pitanje hoće li navedena odluka imati potencijalno spolno diskriminirajući učinak jer će trgovačka društva radije imenovati članovima uprave muškarce koje mogu opozvati (primjerice zbog dugotrajne bolesti koja ih onemogućuje u vođenju poslova društva)²⁷ i otkazati im ugovore nego žene čije imenovanje ne mogu opozvati zbog trudnoće niti im mogu otkazati ugovore tijekom trajanja trudnoće i korištenja prava kojima se štiti roditeljstvo.²⁸ Projicirajući navedeno na hrvatsku stvarnost, treba reći da je u Hrvatskoj i dosad zabrinjavajuće malen broj žena članica uprava trgovačkih društava. Slično je i u drugim usporednopravnim sustavima. Ponegdje se uvođe i pozitivne mjere – sustav kvota za članice uprave u određenim društvima kapitala.²⁹

²⁴ Tako je predviđeno u Direktivi 1999/70/EC od 28. lipnja 1999., koja se odnosi na okvirni sporazum o radu na određeno vrijeme sklopljen između ETUC-a, UNICE-a i CEEP-a (OJ L 175, 10. srpnja 1999., str. 43, ispravak: OJ L 244, 16. rujna 1999., str. 64), Direktivi Europskog parlamenta i vijeća 2008/94/EZ od 22. listopada 2008. o zaštiti radnika u slučaju stečaja poslodavca – kodificirana verzija (OJ L 283, 28. listopada 2008., str. 36) i Direktivi 2001/23/EZ od 12. ožujka 2001. o usklađivanju prava država članica, koja se odnosi na očuvanje prava radnika u slučaju prijenosa poduzeća ili pogona (OJ L 82, 22. ožujka 2001., str. 16).

²⁵ Tako to izrijekom stoji u čl. 17. st. 1. toč. a Direktive 2003/88/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 4. studenog 2003. o određenim aspektima organizacije radnog vremena (OJ L 299, 18. studenoga 2003., str. 9.).

²⁶ Iako se koncept „trudne radnice“, u kontekstu primjene Direktive 95/85/EEZ, definira na razini prava EU, dio definicije „trudne radnice“ iz navedene Direktive referira se na nacionalno zakonodavstvo i praksu. Naime, trudna radnica je ona koja obavijesti poslodavca o svojoj trudnoći u skladu s nacionalnim zakonodavstvom i/ili praksom. Dakle, način obavješćivanja poslodavca o trudnoći radnice prepušten je nacionalnom zakonodavstvu i/ili praksi. Vidjeti predmet Kiiski C-116/06, ECR 2007 p. I-7643, paragraf 24.

²⁷ O razlozima za opoziv imenovanja, vidjeti detaljnije dalje u tekstu (u poglavlju 5. Opoziv imenovanja člana uprave).

²⁸ O tome detaljnije dalje u tekstu (u poglavlju 3. Zaštita trudnih radnica).

²⁹ O tome detaljnije dalje u tekstu (u poglavlju 4. Podzastupljenost žena u upravama trgovačkih društava).

2.2.2. *Odvojenost statusnopravnog od obveznopravnog položaja člana/članice uprave*

Iz presude u predmetu *Danosa* proizlazi to da se zabranjuje zbog trudnoće ne samo otkazivanje ugovora već i opoziv imenovanja (u presudi stoji: “Članak 10. Direktive 92/85 treba tumačiti na način da zabranjuje primjenu nacionalnog zakona ... koji dopušta da član uprave društva kapitala bude opozvan bez ograničenja, ako je riječ o ‘trudnoj radnici’ u smislu te Direktive i ako je odluka o opozivu donesena u osnovi zbog njezine trudnoće.”).

Međutim, u presudi u predmetu *Danosa* nije jasno istaknuta razlika između statusnopravnog položaja člana uprave (do kojeg dolazi imenovanjem i prihvatom imenovanja) i obveznopravnog odnosa člana uprave s društvom kapitala (koji se uspostavlja sklapanjem ugovora). U nas su ta dva položaja, po uzoru na germanski pravni krug³⁰, jasno odvojena (čl. 244. st. 2. i čl. 424. st. 1. ZTD-a). Odvojenost statusnopravnog položaja od obveznopravnog znači da nema zakonskog povezivanja prestanka članstva u upravi i prestanka ugovora člana uprave o obavljanju poslova u upravi društva kapitala.

U našem nacionalnom zakonodavstvu trudne radnice od otkaza su zaštićene odredbom ZR-a (čl. 71. st. 1.), a spolnu diskriminaciju zabranjuje Zakon o suzbijanju diskriminacije³¹ i Zakon o ravnopravnosti spolova.³² Kako čl. 71. st. 1. ZR-a **sadržava apsolutnu zabranu otkazivanja ugovora o radu tijekom trudnoće od strane poslodavca**, uzevši u obzir presudu u predmetu *Danosa*, treba zaključiti sljedeće: zabranjeno je otkazati ugovor ne samo zbog trudnoće već i zbog razloga nevezanih uz trudnoću kada članica uprave ulazi u koncept radnika. Članicama uprave koje ne ulaze u taj koncept zabranjeno je otkazati ugovor obveznog prava zbog trudnoće (jer to znači izravnu spolnu diskriminaciju zabranjenu Zakonom o suzbijanju diskriminacije i Zakonom o ravnopravnosti spolova), ali ne i iz razloga nevezanih uz trudnoću.

Prema čl. 6. st. 2. Zakona o ravnopravnosti spolova nepovoljnije postupanje prema ženama na osnovi trudnoće i majčinstva smatra se diskriminacijom. Iz navedenog zaključujemo kako **opoziv zbog trudnoće (i majčinstva) i u nas znači spolnu diskriminaciju**, ali i to da je opoziv tijekom trudnoće iz

³⁰ Detaljnije u: Hümmelich, Klaus; Reufels, Martin (ur.), *op. cit.* u bilj. 18, str. 1138 i 1458 – 1459.

³¹ Zakon o suzbijanju diskriminacije (Narodne novine, br. 85/2008).

³² Zakon o ravnopravnosti spolova (Narodne novine, br. 82/2008).

razloga nevezanih za trudnoću dopušten.³³ Dakle, **dopušteno je opozvati imenovanje tijekom trudnoće, ali ne zbog trudnoće.**³⁴

3. ZAŠTITA TRUDNIH RADNICA

3.1. Uloga Europskog suda u zaštiti trudnih radnica

Guerrina navodi kako je postizanje ravnopravnosti žena i muškaraca jedan od glavnih ciljeva Europskog suda i da su radni odnosi područje u kojem je Europski sud najuspješniji u zaštiti prava žena.³⁵ Dok jedni kritičari rada Europskog suda (Hoskyns) smatraju kako je Europski sud u nekim predmetima bio radikalniji pri tumačenju načela sadržanih u europskim dokumentima,³⁶ drugi (Charpentier) smatraju da podržava percepciju da su žene manje pouzdan dio radne snage i podupire navodnu primarnu predanost žena obitelji.³⁷

Razlozi zašto Direktiva 92/85/EEZ i nacionalna zakonodavstva poput našeg zabranjuju otkaz zbog trudnoće očiti su. Takav otkaz može imati štetan učinak na fizičko i mentalno zdravlje trudnice i roditelje (paragraf 15 preambule Direktive 92/85/EEZ). Dodatna opasnost jest činjenica da prijetnja otkazom može potaknuti trudnu radnicu na pobačaj (paragraf 60 presude u predmetu *Danosa*). U praksi Europskog suda jasno je utvrđeno da otkaz ugovora o radu zbog trudnoće znači izravnu spolnu diskriminaciju jer samo žene na taj način mogu biti stavljene u nepovoljniji položaj.³⁸ Preciznosti radi, treba reći kako je ipak riječ o intersekcijskoj diskriminaciji – diskriminaciji koja ne pogađa žene sve dobi, već samo one koje su u fertilnoj dobi.

³³ O tome kako funkcionira uprava društva kapitala u slučaju kada je član/članica uprave onemogućen u vođenju poslova, vidjeti dalje u tekstu.

³⁴ Slično u: Oberthür, *op. cit.* u bilj. 16.

³⁵ Guerrina, Roberta, *Mothering the Union, Gender politics in the EU*, Manchester University Press, Manchester and New York, 2010., str. 88.

³⁶ Hoskyns, citirano prema: Guerrina, *op. cit.* u bilj. 35.

³⁷ Charpentier, citirano prema: Guerrina, *op. cit.* u bilj. 35, str. 96.

³⁸ Kao potvrdu navedenog vidjeti sljedeće primjere iz prakse Europskog suda: *Handels C-179/88*, ECR 1990 p. I-03979, *Brown C-394/96*, ECR 1998 p. I-4185 i *Paquay C-460/06*, ECR 2007 p. I-08511.

3.1. Zaštita trudnih radnica u nas

Ključne odredbe o zaštiti trudnih radnica sadržane su u Zakonu o radu (čl. 45. st. 6, čl. 47. st. 11., čl. 49., čl. 67. – 73. i čl. 113. st. 2.)³⁹, dok Zakon o roditeljskim potporama (čl. 12. – 26.) uređuje trajanje prava vezanih uz zaštitu roditeljstva.⁴⁰ U nas je duljina roditeljskih dopusta znatno dulja od najkraćeg trajanja predviđenog Direktivom 92/85/EEZ,⁴¹ a i zaštita od otkaza traje ne samo tijekom roditeljskog već i za vrijeme korištenja roditeljskog, posvojiteljskog dopusta, rada s polovicom punog radnog vremena, rada u skraćenom radnom vremenu radi skrbi i njege djeteta s težim smetnjama u razvoju, odnosno u roku od petnaest dana od prestanka trudnoće ili prestanka korištenja tih prava.⁴² Od otkaza se štiti i otac djeteta ako koristi koje od spomenutih

³⁹ Navedene odredbe uređuju prekovremeni rad, preraspodjelu radnog vremena i noćni rad trudnica, zabranjuju nejednako postupanje prema trudnicama, uređuju prava trudnica i dojilja koje rade na poslovima koje ugrožavaju njihov život ili zdravlje, odnosno djetetov život ili zdravlje, predviđaju pretpostavku rada u punom radnom vremenu u slučaju korištenja prava vezanih uz zaštitu roditeljstva, uređuju najavu i korištenje prava vezanih uz zaštitu roditeljstva, zabranjuju otkaz, omogućuju trudnici i roditelji da izvanrednim otkazom otkaze ugovor o radu, predviđaju pravo povratka na prethodne ili odgovarajuće poslove nakon proteka roditeljskog i drugih dopusta vezanih uz zaštitu roditeljstva te predviđaju da otkazni rok ne teče za vrijeme trudnoće i korištenja prava vezanih uz zaštitu roditeljstva. Analiza navedenih prava izlazi izvan dosega teme koju obrađujemo u ovom radu.

⁴⁰ Zakon o roditeljskim potporama (Narodne novine, br. 85/2008, 110/2008 – isp., 34/2011). Dalje u tekstu: ZRRP.

⁴¹ Čl. 8. Direktive 92/85 obvezuje države članice EU da predvide pravo na roditeljski dopust u neprekidnom trajanju od najmanje 14 tjedana prije i/ili nakon poroda, pri čemu obvezni roditeljski dopust mora trajati najmanje dva tjedna. U nas roditeljski dopust traje od 28 dana (iznimno 45 dana) prije dana očekivanog poroda do navršenih 6 mjeseci života djeteta (čl. 12. st. 1. ZRRP-a), od toga je 98 dana obvezni roditeljski dopust (čl. 12. st. 2.). Nakon toga svaki od roditelja ima pravo na roditeljski dopust u trajanju od 6 mjeseci ili 30 mjeseci za blizance, treće i svako sljedeće dijete (čl. 14. ZRRP-a). Osim navedenih prava, ZRRP predviđa i dopust za slučaj smrti djeteta (čl. 17.), prijenos prava na jednog roditelja (čl. 18.), stanku za dojenje (čl. 19.) i dopust trudne radnice ili dopust radnice koja je rodila, ili dopust radnice koja doji dijete (čl. 20.), slobodan radni dan za prenatalni pregled (čl. 20.a), mirovanje radnog odnosa do treće godine života djeteta (čl. 22.) i prava zaposlenog roditelja djeteta s težim smetnjama u razvoju (čl. 23.).

⁴² Ta odredba zabranjuje otkaz ugovora o radu tijekom korištenja svih prava zajamčenih ZRRP-om, osim tijekom korištenja prava na mirovanje radnog odnosa do treće godine djetetova života iz čl. 22. ZRRP-a. Kako to pravo nije navedeno u čl. 71. st. 1. ZR-a, zaključujemo da je poslodavcu dopušteno otkazati korisniku tog prava ugovor o radu.

prava (čl. 71. st. 1. ZR-a). Zbog neravnopravne raspodjele roditeljskih obveza, u pravilu žene koriste sva navedena prava, što utječe na stav poslodavaca da je zaposliti ženu skuplje nego zaposliti muškarca, i time dovodi do diskriminacije i marginalizacije žena na tržištu rada. Podaci o korištenju roditeljskih dopusta od strane očeva porazni su.⁴³ Neokonzervativna politička struja utjecala je i na najnovije izmjene Zakona o roditeljnim i roditeljskim potporama⁴⁴, kojima je produljeno trajanje obveznog roditeljnog dopusta koji mora koristiti majka.⁴⁵ Dosad je nakon poroda majka morala koristiti 42 dana obveznog roditeljnog dopusta, a sada mora koristiti 70 dana. Dakle, obvezni roditeljni dopust mora koristiti, kada se uračuna 28 dana prije očekivanog poroda kada ga trudnica mora početi koristiti, **98 dana u neprekidnom trajanju** (čl. 12. st. 2. ZRRP-a). Postavlja se pitanje od čega treba štiti zaposlene žene. Ako je poticaj za zakonsko produljenje trajanja obveznog roditeljnog dopusta bila činjenica da na zaposlene majke poslodavci mogu vršiti pritisak da se vrate na radno mjesto, ne mislimo da je rješenje u produljenju obveznog roditeljnog dopusta jer to onemogućuje zaposlene majke koje mogu i žele da se vrate na svoje radno mjesto i prije proteka 70 dana od poroda.⁴⁶ Navedeno zakonsko rješenje institucionali-

⁴³ Vidjeti podatke o spolnoj strukturi korisnika/ca roditeljnog/roditeljskog dopusta navedene na str. 49 u Izvješću o radu Pravobraniteljice za ravnopravnost spolova za 2010. godinu: "Rodiljni dopust nakon 42 dana obveznog roditeljnog dopusta majke nastavilo je koristiti 28.974 majke te samo 131 **otac (0,4 %)**. Produženi roditeljni dopust (za ranije rođeno dijete) koristile su 934 majke i 4 **oca (0,42 %)** ... Roditeljski dopust do 180 dana koristilo je 29.660 majki i 877 **očeva (2,9 %)**. Roditeljski dopust od 181 do 900 dana koristilo je 5128 majki i 201 **otac (3,8 %)**. Dopust za njegu djeteta s težim smetnjama u razvoju koristilo je 2876 majki i 138 **očeva (4,6 %)** ..." (http://www.prs.hr/docs/rh_prs_izvjescje_2010.pdf)

⁴⁴ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o roditeljnim i roditeljskim potporama (Narodne novine, br. 34/2011).

⁴⁵ Treba spomenuti kako je Odbor, koji nadzire primjenu Konvencije o ukidanju svih oblika diskriminacije žena (CEDAW), u više navrata kritizirao nacionalna zakonodavstva pojedinih država istočne Europe i središnje Azije jer pretjeranom zaštitom žena potiču stereotipe o ženama majkama i ograničavaju ekonomske uvjete žena. Detaljnije u: Holtmaat, Rikki; Naber, Jonneke, *Women's Human Rights and Culture, From Deadlock to Dialogue*, Intersentia, Cambridge, 2011., str. 37. Navedenu Konvenciju ratificirala je i Republika Hrvatska 1992. godine, a obvezivala ju je i u okviru bivše države.

⁴⁶ Iako **Europski sud** igra važnu ulogu u zaštiti prava žena i jedan od najvažnijih ciljeva mu je ravnopravnost muškaraca i žena, ipak **u pojedinim presudama po-država tradicionalni model muškarca kao hranitelja obitelji**. U tom kontekstu treba spomenuti **predmet Hofmann** (184/83, ECR 1984 p. 3047), **iz kojeg proizlazi da je produljenje obveznog roditeljnog dopusta u nas u skladu s pravnom**

zira tradicionalnu podjelu rodni uloga, model muškarca kao hranitelja obitelji i sprečava očeve u aktivnom roditeljstvu. Interesi djeteta, u slučaju kada se zaposlena majka želi vratiti na rad prije navršene prve godine života djeteta, zaštićeni su institutom stanke za dojenje (čl. 19. ZRRP-a).⁴⁷ Novo zakonsko rješenje može se kritizirati na jednak način na koji praksu Europskog suda kritizira Charpentier: podržava se percepcija da su žene manje pouzdan dio radne snage i podupire se navodna primarna predanost žena obitelji.

Treba reći kako je posebnim propisom, Stečajnim zakonom⁴⁸, u čl. 120. st. 3. predviđena iznimka od apsolutne zabrane otkazivanja ugovora o radu trudnici i korisniku prava vezanih uz zaštitu roditeljstva. Navedena odredba predviđa kako, nakon otvaranja stečajnog postupka, stečajni upravitelj u ime dužnika poslodavca i radnik mogu otkazati ugovor o radu, bez obzira na dogovoreno trajanje ugovora ili dogovoreno isključenje prava na redoviti otkaz te **bez obzira na zakonske ili ugovorene odredbe o zaštiti radnika.**

Iako je u više navrata u presudi u predmetu *Danosa* istaknuto kako je u slučaju otkazivanja trudnici riječ o spolnoj diskriminaciji, **mislimo da je presuda usmjerena na radnopravnu zaštitu trudnica, a ne na zabranu spolne diskriminacije.** Taj zaključak izvodimo iz činjenice što u presudi nije napravljena jasna razlika između opoziva imenovanja/otkazivanja ugovora **zbog trudno-**

stečevinom EU. Guerrina u toj presudi vidi usmjerenje Europskog suda prema zaštiti, a ne prema unapređivanju prava žena. Guerrina, *op. cit* u bilj. 35, str. 96. Pojašnjenja radi, u predmetu Hofmann Europski sud zaključio je kako države članice uživaju u razumnim granicama slobodu prosudbe pri zaštiti majčinstva jer to spada u opći sustav socijalne zaštite svake države članice. Iz tog je razloga presudio kako dopust isključivo namijenjen majkama, nakon proteka obveznog roditeljskog dopusta, nije protivan Direktivi 76/207 niti ta Direktiva nameće obvezu državama članicama da dopuste očevima korištenje tog dopusta. Mnogi kritiziraju takvu praksu Europskog suda jer smatraju da Europski sud održava postojeću rodnu podjelu u svijetu rada. Tako Charpentier i Shaw. Detaljnije u: Guerrina, *op. cit* u bilj. 35, str. 96. Različito od prakse Europskog suda, **nova Direktiva o roditeljskom dopustu 2010/18/EU polazi od suvremenijeg pristupa i predviđa, među ostalim, jedan mjesec neprenosivog roditeljskog dopusta u cilju pravednije raspodjele roditeljskih uloga na oba roditelja.** Rok za njezinu primjenu u nacionalnim zakonodavstvima država članica EU jest 18. ožujka 2012.

⁴⁷ Interesi djeteta da ne bude predugo odvojeno od majke/roditelja štite se i u čl. 45. st. 6. i čl. 47. st. 11. ZR-a, na temelju kojih se ne može roditelja djeteta do tri godine starosti prisiliti na prekovremeni rad (osim u slučaju više sile) niti na rad u preraspodijeljenom radnom vremenu.

⁴⁸ Stečajni zakon (Narodne novine, br. 44/1996, 161/1998, 29/1999, 129/2000, 123/2003, 82/2006).

će i opoziva imenovanja/otkazivanja ugovora **tijekom trudnoće**. “Cilj zaštite trudnica zahtijeva apsolutnu zabranu otkazivanja **tijekom** trudnoće, dok cilj jamstva ravnopravnosti muškaraca i žena zahtijeva mjere koje zabranjuju otkaz (ili drugo nepovoljno postupanje) **zbog** trudnoće. U toj presudi, kao ni u pravu EU, te dvije zabrane nisu jasno odvojene...”⁴⁹ Budući da **pretjerana radnopravna zaštita žena vodi njihovoj diskriminaciji na tržištu rada**, smatramo kako bi relativna zabrana otkazivanja ugovora o radu trudnici (zbog trudnoće)⁵⁰, umjesto postojeće apsolutne (tijekom trudnoće), u našem nacionalnom zakonodavstvu⁵¹, osim neprenosivog dijela roditeljskog dopusta (koji bi morao iskoristiti otac djeteta), bila korak prema većoj zastupljenosti žena na tržištu rada.

4. PODZASTUPLJENOST ŽENA U UPRAVAMA TRGOVAČKIH DRUŠTAVA

Podzastupljenost žena u upravama trgovačkih društava uočena je u nas, u usporednopravnim sustavima, jednako kao i na razini EU. U Norveškoj je od 2003. propisima predviđen sustav kvota koji obvezuje da u svakoj upravi društva s ograničenom odgovornošću sa 100%-tnim udjelom države bude imenovano najmanje 40 % osoba jednog spola.⁵² Taj ekstremni oblik pozitivnih mjera (koji je u razdoblju njegova uvođenja izazvao velike debate)⁵³, širi se i

⁴⁹ Tako: *Social non-discrimination law – dismissal of pregnant women*: ECJ, Case C-232/09 Dita Danosa (11 November 2010),

<http://media.leidenuniv.nl/legacy/ecj-c-232-09-danosa.pdf> (20. travnja 2011.).

⁵⁰ Njemački Zakon o zaštiti majčinstva u čl. 9. st. 3. sadržava iznimku od zabrane otkazivanja ugovora o radu trudnoj radnici; http://www.gesetze-im-internet.de/muschg/_9.html (20. travnja 2011.).

⁵¹ Jamstvo da poslodavci ne bi olako otkazivali trudnim radnicama ugovore o radu bila bi obveza da poslodavac bez suglasnosti nadležnog tijela ne bi mogao otkazati trudnici ugovor o radu.

⁵² Iznimno, sustav kvota ne primjenjuje se ako su u vrijeme imenovanja u društvu s ograničenom odgovornošću pripadnici jednog spola činili manje od 20 % od cjelokupne radne snage. Aune, Helga; Mo Fredriksen, Preben, *Norwegian Employment Law – an overview*, N. W. Damm & Son AS, Oslo, 2008., str. 68 i 69.

⁵³ Detaljnije o debati u Norveškoj i argumentima za i protiv uvođenja ženskih kvota u: Storvik, Aagoth; Teigen, Mari, *Women on Board, The Norwegian Experience*, Friedrich Ebert Stiftung, 2010., <http://library.fes.de/pdf-files/id/ipa/07309.pdf> (20. svibnja 2011.).

na države članice EU.⁵⁴ Razlog je premalen broj žena na ključnim položajima u društvu (kapitala). Prema podacima objavljenim u siječnju ove godine na službenoj stranici Europske komisije, u EU gotovo 97 % predsjednika uprava i 88 % članova uprava društva kapitala jesu muškarci. Svake godine povećava se broj žena u upravama društva kapitala, ali samo za 0,5 %. To znači da će se, nastavi li se tim tempom povećavati udio žena u upravama, tek za 50 godina postići da svaki spol sudjeluje s najmanje 40 % u upravama društva kapitala.⁵⁵ Ni Hrvatska ne odskaače od navedenih negativnih statistika. Prema podacima iz 2006. godine samo je 13,3 % žena u upravama dioničkih društava u Hrvatskoj.⁵⁶

Potpredsjednica Europske komisije zadužena za pravosuđe i temeljna prava Viviane Reding potiče društva u EU čije dionice kotiraju na uređenom tržištu kapitala (engl. *publicly listed companies*) da na dobrovoljnoj osnovi povećaju zastupljenost žena u upravama trgovačkih društava na 30 % do 2015. godine i 40 % do 2020. godine. Ako se u godinu dana ne poduzmu nikakve mjere u tom smjeru, Europska komisija mogla bi krenuti sa zakonodavnom inicijativom. Norveška služi kao primjer uspješnog uvođenja ženskih kvota. Nakon što nije funkcionirao dobrovoljni sustav povećavanja zastupljenosti žena u upravama trgovačkih društava, uveli su zakonsku obvezu i za dvije godine (od 2007. do 2009.) povećali zastupljenost žena sa 6 % na 39,6 %.⁵⁷

Iako smatramo kako spol nije kvalifikacija za članstvo u upravi društva kapitala i jamstvo dobrog vođenja poslova društva te smatramo kako će uvođenje ženskih kvota izazvati burne reakcije i debate, realno je očekivati da će Europska komisija uskoro krenuti sa zakonodavnom inicijativom o obveznom uvođenju ženskih kvota pri imenovanju članova/članica uprave u društvima kapitala, a to će tražiti analognu intervenciju i od našeg zakonodavca.

Dalje u tekstu analiziraju se zakonske odredbe i sudska praksa o opozivu imenovanja članova uprave u nas i u usporednopravnoj praksi, kako bi se

⁵⁴ Sličan sustav kvota planira se uvesti tijekom sljedećih 5-6 godina i u Španjolskoj, Nizozemskoj, Francuskoj, Belgiji, Velikoj Britaniji, Njemačkoj i Švedskoj; <http://blog.globalsister.org/?tag=board-of-directors> (25. studenoga 2010.).

⁵⁵ *Women and men in decision-making: highlights (Fourth quarter 2010) - EU*, <http://ec.europa.eu/social/> (10. siječnja 2011.).

⁵⁶ Podatak preuzet iz: Tipurić, Darko, *Uloga nadzornog odbora u korporativnom upravljanju*, u: Tipurić, Darko et al., *Korporativno upravljanje*, Sinergija, Zagreb, 2008., str. 405.

⁵⁷ Pop, Valentina, *Voluntary female quotas do not work, Norway says*, <http://euobserver.com> (31. ožujka 2011.).

utvrdilo koji članovi uprave ulaze u koncept radnika te naglasile poteškoće pri primjeni stavova Europskog suda iznesenih u presudi u predmetu *Danosa*.

5. OPOZIV IMENOVANJA ČLANOVA UPRAVE

5.1. Općenito o opozivu imenovanja članova uprave i izvršnih direktora u društvima kapitala

Najveći broj društava pravnih osoba u Republici Hrvatskoj jesu društva kapitala. Ona su ujedno i gospodarski najvažniji poslovni subjekti. Jedno od temeljnih obilježja društava kapitala jest činjenica da je vođenje poslova odnosno upravljanje u tim društvima zakonom povjereno organima društva.⁵⁸ Članovi društava kapitala nisu ovlašteni na vođenje poslova društva osim u slučaju kada su oni ujedno i članovi uprave odnosno izvršni direktori društva. **Položaj i ovlasti osoba ovlaštenih na vođenje poslova društva razlikuju se ovisno o tome je li riječ o dioničkom društvu s dualističkim ili monističkim ustrojem organa odnosno društvu s ograničenom odgovornošću.**⁵⁹ Na razlike u položaju, među ostalim, snažno utječe mogućnost, postupak, dopuštenost i razlozi za opoziv imenovanja članova uprave odnosno izvršnih direktora društava kapitala.

5.2. Opoziv imenovanja članova uprave dioničkog društva

Članove uprave dioničkog društva imenuje nadzorni odbor društva odlukom o imenovanju na vrijeme od najviše pet godina, s time da ih može ponovno imenovati.⁶⁰ Nadzorni odbor ne može tu odluku povjeriti nekom drugom organu društva, nekom drugom tijelu ili pojedinom članu nadzornog odbora.⁶¹ Opoziv imenovanja članova uprave također je u isključivoj nadležnosti nadzornog

⁵⁸ Tako Barbić, Jakša, *Pravo društava*, knjiga prva, *Opći dio*, treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2008., str. 157.

⁵⁹ U Republici Hrvatskoj društvima se kapitala smatraju još i društvo za uzajamno osiguranje te kreditna unija, no ta društva gotovo da i nemaju gospodarskog značenja stoga se posebno ne osvrćemo na položaj osoba ovlaštenih na vođenje poslova u tim društvima.

⁶⁰ Čl. 244. st. 1. ZTD-a.

⁶¹ Tako Barbić, Jakša, *Pravo društava*, knjiga druga, *Društva kapitala*, svezak prvi, Dioničko društvo, peto izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2010., str. 688. Autor ističe da je za valjanost imenovanja, izuzev odluke nadzornog odbora, potrebno priopćenje te odluke imenovanim članovima te njihovo prihvaćanje imenovanja.

odbora društva, koji može opozvati odluku o imenovanju člana uprave samo kada za to postoji važan razlog.⁶² **Propisivanje postojanja važnog razloga za opoziv imenovanja članova uprave znači konkretizaciju pravila po kojem uprava dioničkog društva vodi poslove na vlastitu odgovornost.**⁶³ Time se sprečavaju samovolja i lakomislenost nadzornog odbora pri donošenju odluke o opozivu imenovanja članova uprave, neizvjesnost koja bi postojala s mogućnošću svakodobnog bezrazložnog opoziva te se ujedno upravi osigurava nužno potrebna nezavisnost u djelovanju.⁶⁴ Članovi uprave stavljeni su na taj način u položaj u kojem se mogu suprotstaviti zahtjevima i uputama nadzornog odbora da u vođenju poslova poduzimaju radnje s kojima se ne slažu ili koje nemaju poslovnog opravdanja.⁶⁵ Oni moraju postupati u skladu s pravilima struke, onako kako bi to činio razuman gospodarstvenik u njihovu položaju.⁶⁶

Postojanje važnog razloga za opoziv imenovanja članova uprave mora se posebno utvrditi u svakom pojedinom slučaju.⁶⁷ Važan je razlog, dakle, pravni standard koji svoj sadržaj dobiva odlukom nadzornog odbora o postojanju određenih činjenica koje nadzorni odbor smatra dovoljno važnima, ozbiljnima i teškima da bi član uprave mogao dalje uspješno vršiti svoju dužnost. Važnim razlogom za opoziv imenovanja osobito se smatra gruba povreda dužnosti, nesposobnost za uredno obavljanje poslova društva ili izglasavanje nepovjerenja u glavnoj skupštini društva.⁶⁸ Navedeni slučajevi svakako ne predstavljaju *numerus clausus* važnih razloga za opoziv imenovanja članova uprave, ali ih zakonodavac posebno ističe kao tipične primjere slučajeva dopuštenog, opravdanog i zakonitog opoziva imenovanja.

⁶² Čl. 244. st. 2. ZTD-a.

⁶³ Usp. čl. 240. st. 1. ZTD-a.

⁶⁴ Tako Barbić, *op. cit.* u bilj. 61, str. 763. Autor upozorava na to da bi drukčije rješenje štetno utjecalo na kreativnost članova uprave u vođenju poslova društva i sprečavalo razvoj struke s obzirom na to da se članovi uprave ne bi odlučivali na poduzimanje radnji koje u sebi sadržavaju određeni poslovni rizik, čak i onaj koji se u pojedinoj struci smatra razumnim rizikom.

⁶⁵ Tako Barbić, *op. cit.* u bilj. 61, str. 763.; Barbić, Jakša, *Uprava u trgovačkim društvima kapitala*, I. dio, str. 1316 – 1332, Hrvatska gospodarska revija, 1997., str. 1327.

⁶⁶ Tako Barbić, *op. cit.* u bilj. 61, str. 763.

⁶⁷ Tako Barbić, *op. cit.* u bilj. 61, str. 764.

⁶⁸ Čl. 244. st. 2. ZTD-a.

5.2.1. Gruba povreda dužnosti

Za postojanje grube povrede dužnosti nije nužno dokazati postojanje krivnje člana uprave društva koji grubu povredu dužnosti može počinuti i nesvjesno, ali i zbog razloga koji bi isključivali krivnju člana uprave.⁶⁹ Pri donošenju odluke o tome što jest, a što nije gruba povreda dužnosti nadzorni odbor preventivno bi trebao voditi računa o interesima društva.⁷⁰ Manja i beznačajnija povreda dužnosti (primjerice lakši disciplinski prijestup, prekršaj) ne bi u pravilu mogao biti važan razlog za opoziv imenovanja člana uprave. Primjere grubih povreda dužnosti nalazimo u izrazito bogatoj njemačkoj sudskoj praksi. Tako se grubom povredom dužnosti osobito smatra nanošenje štete društvu sklapanjem špekulativnih poslova; poduzimanje kažnjivih radnji, pa i u osobnim stvarima članova uprave; prisvajanje imovine društva; neprimjereno visoka zaduženost društva; primanje i davanje mita; krivotvorenje isprava; neprimjereno visoka osobna zaduženost članova uprave društva; nanošenje štete ugledu društva neprimjerenim ponašanjem; upotreba položaja i ovlasti člana uprave isključivo na vlastitu korist, a ne u interesu društva; neovlašteno korištenje godišnjeg odmora; manipuliranje financijskim izvješćima i uskladištenom robom; napad (pa i verbalni) na dioničare, osobito u prostorijama društva; povrede obveza prema drugim organima društva; namjerno skrivanje ili krivo prikazivanje važnih činjenica ostalim članovima uprave; opetovano upletanje u dužnosti i nadležnosti ostalih članova uprave; izdavanje godišnjih financijskih izvješća bez sudjelovanja ostalih članova uprave i njihova predaja sudskom registru radi objave, a da ih nije utvrdio nadzorni odbor; nedopušteno kreditiranje; ponašanje protivno dragovoljnim, ali široko prihvaćenim, pa i kodificiranim standardima vođenja poslova pažnjom urednog i savjesnog gospodarstvenika (primjerice kodeksima korporativnog upravljanja), također može biti važan razlog za opoziv imenovanja člana uprave.⁷¹ Svi bi navedeni primjeri, s obzirom

⁶⁹ Tako Barbić, *op. cit.* u bilj. 61, str. 764.

⁷⁰ Tako Barbić, *op. cit.* u bilj. 61, str. 764, pozivajući se na presudu Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske od 10. prosinca 2002. u predmetu Pž-6149/02.

⁷¹ Ove slučajeve za njemačku sudsku praksu navode Hüffer, U., *Aktiengesetz*, 9. izdanje, 2010. Rbr. 28, uz § 84 Aktiengesetza, dostupnom u bazi podataka Beck-online; Spindler, G. u: *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, 3. izdanje, 2008., Rbr. 120, uz § 84 Aktiengesetza, dostupnom u bazi podataka Beck-online; Weber, M. u: Hölter, W. (ured.) *Aktiengesetzkommentar*, 1. izdanje, 2011., Rbr. 74, uz § 84 Aktiengesetza, dostupno u bazi podataka Beck-online. Za austrijsku praksu neke od primjera navodi Kalss, S., u: Kalss, S.; Nowotny, C.; Schauer, M., *Oestereichisches Gesellschaftsrechts*, Wien, 2008., str. 655. Gotovo sve navedene primjere možemo naći i u Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 61, str. 764. i 768.

na sličnost zakonskog uređenja, i po hrvatskom pravu činili važan razlog za opoziv imenovanja člana uprave. Primjerice, neiskrenost člana uprave prema nadzornom odboru po njemačkoj, austrijskoj, ali i hrvatskoj sudskoj praksi također znači grubu povredu dužnosti.⁷²

5.2.2. *Nesposobnost za uredno obavljanje poslova društva*

Nesposobnost za uredno obavljanje poslova društva postoji kada član uprave nije objektivno sposoban obavljati poslove društva, ali i kada član uprave nije u mogućnosti ispunjavati određene posebne, osobne dužnosti zbog kojih je imenovan za člana uprave društva.⁷³ Kao i u slučaju grube povrede dužnosti, krivnja člana uprave nije pretpostavka za opoziv imenovanja zbog nesposobnosti za uredno obavljanje poslova društva.⁷⁴ Njemačka sudska praksa i u ovom slučaju može ponuditi veliki broj primjera nesposobnosti za uredno obavljanje poslova društva. Tako se nesposobnošću za uredno obavljanje poslova društva smatra primjerice nedostatak potrebnih stručnih znanja i vještina člana uprave društva; osobni nedostaci koji dovode do nepouzdanosti člana uprave u poslovnom smislu; nedostatak određenih svojstava propisanih statutom društva; nedostatak sposobnosti rada u grupi ako se uprava sastoji od više članova, a osobito animozitet prema ostalim članovima uprave.⁷⁵

S obzirom na okolnosti predmeta *Danosa*, čini nam se osobito važnim istaknuti i mogućnost opoziva člana uprave dioničkog društva zbog nesposobnosti za uredno obavljanje poslova društva zbog dugotrajne bolesti. Dugotrajna je bolest u njemačkoj sudskoj praksi i pravnoj književnosti prepoznata i prihvaćena kao uzrok nesposobnosti za uredno obavljanje poslova

⁷² Tako za njemačko pravo Hüffer, *op. cit.* u bilj. 71, Rbr. 74, Spindler, *op. cit.* u bilj. 71, Rbr. 120, Weber, *op. cit.* u bilj. 71, Rbr. 74. Za austrijsko pravo Kalss, *op. cit.* u bilj. 71, str. 655. To je stajalište zauzeo i Vrhovni sud Republike Hrvatske u presudi Revt-138/2003. od 24. ožujka 2004., objavljenoj na www.vsrh.hr, a obrađenoj u Barbić, *op. cit.* u bilj. 61, str. 764. U presudi je utvrđeno da je "...na liniji poslovanja i upravljanja došlo do netrpeljivih međuljudskih odnosa ... te da je uprava društva izgubila povjerenje nadzornog odbora zbog neiskrenosti prema nadzornom odboru vezanom za sklapanje nagodbe u odnosu na visinu ulaganja u poslovnu prostoriju u Zagrebu..."

⁷³ Tako Pichler, J.; Weninger, E., *Der Vorstand der AG*, Wien, 2004., str. 37.

⁷⁴ Tako Pichler, Weninger, *op. cit.* u bilj. 73, str. 38; Barbić, *op. cit.* u bilj. 61, str. 768.

⁷⁵ Primjere možemo pronaći u Hüffer, *op. cit.* u bilj. 71, Rbr. 28; Spindler, *op. cit.* u bilj. 71, Rbr. 121; Weber, *op. cit.* u bilj. 71, Rbr. 75, a kao primjenjive i u domaćem pravu navodi ih i Barbić, *op. cit.* u bilj. 61, str. 768.

društva, a posljedično i kao važan razlog za opoziv člana uprave.⁷⁶ Jednako bi u istim situacijama trebao suditi i sud u Republici Hrvatskoj.⁷⁷ Stajalište o dopuštenosti opoziva imenovanja zbog dugotrajne bolesti ima poslovno i pravno opravdanje. Član uprave društva mora biti psihofizički sposoban obavljati odgovornu i važnu dužnost osobe koja kreira i provodi poslovnu politiku društva, brine o povjerenom kapitalu dioničara, imovini društva, radnim mjestima. ZTD, kao temeljni propis kojim se uređuje dioničko društvo, ima zadatak zaštititi interese čitavog niza različitih osoba (dioničara, vjerovnika, članova organa), ali i interese samog društva kao zasebnog pravnog subjekta. Smisao je odredbe o opozivu imenovanja člana uprave zbog nesposobnosti za uredno obavljanje poslova zaštita interesa društva. Poslovanje društva ne može trpjeti zato što član uprave nije sposoban obavljati svoj posao. U kontekstu razmatranja dugotrajne bolesti kao dopuštenog razloga za opoziv imenovanja člana/članice uprave dioničkog društva, **treba istaknuti posebnosti bolesti radnice uzrokovane trudnoćom i porođajem na koje upozorava praksa Europskog suda.** Naime, kad je trudnoća uzrok bolesti, i tada će, prema praksi Europskog suda, trudna radnica biti, tijekom trudnoće i rodiljnog dopusta, (a u nas i dulje, tijekom korištenja prava vezanih uz zaštitu roditeljstva) zaštićena od otkaza.⁷⁸ Naime, takav otkaz znači izravnu spolnu diskriminaciju, jer nesposobnost za rad zbog bolesti uzrokovane trudnoćom zahvaća samo žene. Ugovorna odredba (i nacionalno zakonodavstvo) koje predviđa pravo poslodavca da otkáže ugovor o radu nakon proteka određenog (ugovorenog) vremena radnikove nesposobnosti za rad, spolno je diskriminirajuća ako ne pravi razliku između bolesti uzrokovane trudnoćom i bolesti muškog radnika. Ta zaštita ima svoje vremenske granice: ako bolest uzrokovana trudnoćom ili porodom nastupi nakon rodiljnog dopusta, tretira se po općim pravilima koja se primjenjuju na bolest.⁷⁹ Navedena praksa razvijena je u okviru radnog odnosa i odnosi se na otkazivanje ugovora o radu. Međutim, u presudi u predmetu *Danosa* utvrđeno je kako je zabranjeno ne samo otkazati ugovor već i opozvati imenovanje članice uprave zbog trudnoće. Iako se presuda u

⁷⁶ Tako Hüffer, *op. cit.* u bilj. 71, Rbr. 28., Spindler, *op. cit.* u bilj. 71, Rbr. 121; Weber, *op. cit.* u bilj. 71, Rbr. 75.

⁷⁷ Barbić, *op. cit.* u bilj. 61, str. 768, također navodi dugotrajnu bolest kao primjer nesposobnosti za uredno obavljanje poslova društva.

⁷⁸ Vidjeti predmet Brown C-394/96, ECR 1998 p. I-4185.

⁷⁹ Paragraf 26 presude u predmetu Brown, u kojem se Europski sud poziva na presudu u predmetu Hertz (C-179/88, ECR 1990 p. I-3979). Kritiku presude Hertz vidjeti kod: Guerrina, Roberta, *op. cit.* u bilj. 35, str. 102 i dalje.

predmetu *Danosa* odnosi na trudnicu, nezaobilazno je pitanje koliko dugo traje zaštita od opoziva imenovanja? Je li dopušteno opozvati imenovanje tijekom korištenja prava vezanih uz zaštitu roditeljstva? Poklapa li se ta zaštita s vremenskim ograničenjem otkazivanja ugovora o radu? Naime, u nas je zaštita od otkaza protegnuta na korištenje svih prava vezanih uz zaštitu roditeljstva (osim tijekom korištenja prava na mirovanje radnog odnosa do treće godine djetetova života), a neka od njih traju godinama (primjerice, čl. 14. st. 2. ZRRP-a predviđa pravo na roditeljski dopust u trajanju od 30 mjeseci za rođene blizance, treće i svako sljedeće dijete, a čl. 16. istog propisa predviđa pravo na rad u skraćenom radnom vremenu radi pojačane njege djeteta do navršene 3. godine života djeteta). Kako nakon proteka obveznog roditeljskog dopusta prava vezana uz zaštitu roditeljstva može koristiti i otac djeteta, iako statistike pokazuju da ih u pravilu koriste majke, bi li opoziv, zbog nesposobnosti urednog obavljanja poslova društva, bio moguć nakon proteka obveznog roditeljskog dopusta, a tijekom korištenja kojeg od prava vezanih uz zaštitu roditeljstva? Ako se opoziv imenovanja članice uprave zbog korištenja prava vezanih uz zaštitu roditeljstva ne bi smatrao neizravnom spolnom diskriminacijom, iako statistike o ženama kao gotovo isključivim korisnicama tih prava govore suprotno, smatramo da bi u tom slučaju moglo doći do primjene drugih antidiskriminacijskih odredaba, poput zabrane diskriminacije zbog rodbinskih veza s djetetom / djetetom s invaliditetom (čl. 2. Zakona o suzbijanju diskriminacije).⁸⁰ Imajući u vidu duljinu trajanja određenih prava vezanih uz zaštitu roditeljstva i potrebu urednog vođenja poslova društva, postavlja se pitanje kako funkcionira uprava društva kapitala kada član/članica uprave dulje vrijeme koristi prava vezana uz zaštitu roditeljstva. Ponavljamo, opoziv imenovanja tijekom trudnoće i korištenja prava vezanih uz zaštitu roditeljstva moguć je zbog postojanja drugih važnih razloga (npr. zbog grube povrede dužnosti), ali ne zbog trudnoće i roditeljstva.

I kad nije riječ o trudnoj članici uprave ili članu uprave koji koristi pravo vezano uz zaštitu roditeljstva, nadzorni odbor ne mora uvijek posegnuti za mjerom opoziva imenovanja kada član uprave ne može obavljati svoju funkciju. Prema čl. 261. st. 2. ZTD-a **nadzorni odbor može neke svoje članove imenovati**

⁸⁰ Zaštitu od asocijativne diskriminacije, smatramo, uživao bi i otac djeteta, tj. član uprave čije je imenovanje opozvano zbog korištenja prava vezanih uz zaštitu roditeljstva. O asocijativnoj diskriminaciji vidjeti detaljnije u: Horvat, Ana, *Novi standardi hrvatskoga i europskoga antidiskriminacijskog zakonodavstva*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 58, br. 6, 2008., str. 1464 i 1465.

za zamjenike članova uprave koji nedostaju ili koji nisu u mogućnosti obavljati svoju funkciju. Njihov mandat u tom slučaju ne može trajati više od ukupno godinu dana. Kao primjer nemogućnosti obavljanja funkcije u pravnoj se književnosti navodi bolest člana uprave.⁸¹ Hoće li u konkretnom slučaju bolesti člana uprave društva nadzorni odbor posegnuti za opozivom imenovanja ili za imenovanjem nekog od svojih članova zamjenikom, ovisit će o okolnostima slučaja. Ako bi bolest člana uprave bila dugotrajnija i jačeg intenziteta te ako bi prouzročila nesposobnost za uredno obavljanje poslova, tada bi nadzorni odbor trebao posegnuti za opozivom imenovanja te na taj način zaštititi interese društva. Osim toga, moguće je da nadzorni odbor nema u svojem sastavu članove koji su dovoljno sposobni, stručni, voljni i spremni prihvatiti se odgovorne dužnosti zamjenika člana uprave. U svakom slučaju, valja naglasiti da je ovdje riječ o dvama različitim i međusobno neovisnim institutima prava društava, pri čemu se mogućnost imenovanja nekog od članova nadzornog odbora zamjenikom člana uprave ne smije nikako shvatiti kao nužan korak prije opoziva imenovanja zbog nesposobnosti za uredno obavljanje poslova. Kako ZTD propisuje da mandat člana nadzornog odbora kao zamjenika člana uprave ne može trajati više od godinu dana, postavlja se pitanje koje mogućnosti stoje društvu na raspolaganju u slučaju kad član/članica uprave koristi koje od prava vezanih uz zaštitu roditeljstva u trajanju duljem od godine dana. Ako je statutom propisano da uprava ima veći broj članova nego što ih je u tom trenutku imenovano (statutom je, primjerice, određeno da uprava može imati od 2 do 5 članova, a imenovana su 3), tada bi nadzorni odbor mogao imenovati novog člana uprave ili zamjenika člana uprave. Pravi se problem javlja kada je statutom propisano da uprava ima samo jednog člana ili nekoliko članova, a svi su članovi uprave, uključujući i trudnu članicu, imenovani, i to na dulje razdoblje.⁸² Nadzorni bi odbor tada trebao inicirati sazivanje ili sam sazvati glavnu skupštinu društva na kojoj bi se morala donijeti odluka o izmjeni statuta za koju je potrebna kvalificirana većina od najmanje tri četvrtine temeljnoga kapitala zastupljenoga na glavnoj skupštini pri odlučivanju o statutu.⁸³ Slični se problemi javljaju i u slučaju kada članovi uprave društva vode poslove društva zajednički ili skupno zastupaju društvo. Navedeni primjeri ilustriraju problem usklađivanja rješenja koja u

⁸¹ Tako Barbić, *op. cit.* u bilj. 61, str. 693.

⁸² Prema članku 244. st. 1. ZTD-a mandat članova uprave može trajati najviše pet godina.

⁸³ Vidi čl. 301. st. 2. ZTD-a.

ovim pitanjima nudi Europski sud s potrebama poslovne prakse i dogmatike prava društava. ZTD, kao i primjerice njemački *Aktiengesetz*, čvrsto stoje na stajalištu kako je za opoziv imenovanja potrebno dokazati nesposobnost za uredno obavljanje poslova društva bez obzira na krivnju člana uprave za nesposobnost ili uzroke te nesposobnosti. Pri tome se štite materijalna prava koja član uprave uživa na temelju obveznopravnog ili radnopravnog odnosa koji član ima s društvom.⁸⁴ Uvjereni smo u ispravnost stava Europskog suda kako otkaz ugovora i opoziv imenovanja članice uprave zbog trudnoće znači spolnu diskriminaciju. Međutim, smatramo kako će uključivanje trudne članice uprave u koncept radnika dovesti u našem nacionalnom zakonodavstvu (zbog postojanja apsolutne zabrane otkazivanja ugovora o radu tijekom trudnoće i korištenja prava vezanih uz zaštitu roditeljstva, od kojih neka mogu trajati godinama i u pravilu ih koriste žene) do faktične diskriminacije žena pri njihovu imenovanju u uprave društva kapitala.

5.2.3. *Izglasavanje nepovjerenja na glavnoj skupštini društva*

Glavna skupština dioničkog društva nema izravnog utjecaja na imenovanje i opoziv članova uprave društva. Posljedica je to **nepostojanja hijerarhijskog odnosa organa u dioničkom društvu s dualističkim ustrojem** i činjenice da su imenovanje i opoziv u isključivoj nadležnosti nadzornog odbora. Glavna se skupština ipak ima pravo izjasniti o načinu vođenja poslova društva davanjem ili uskraćivanjem razrješnice.⁸⁵ Razrješnica je poseban institut prava društava kojim glavna skupština odobrava obavljenu rad osobe koja djeluje u upravi (ali i nadzornom odboru) društva i istodobno joj iskazuje povjerenje za buduće obavljanje poslova.⁸⁶ Nedavanje razrješnice pojedinom članu uprave smatra se izglasavanjem nepovjerenja na glavnoj skupštini i čini jedan od važnih razloga za opoziv imenovanja. Ako se na glavnoj skupštini članu uprave ne da razrješnica iz očito neutemeljenih razloga, to neće biti važan razlog za opoziv imenovanja.⁸⁷ Odluku o utemeljenosti razloga o nedavanju razrješnice donosi nadzorni odbor.

⁸⁴ Vidi čl. 244. st. 3. ZTD-a i § 84 Abs. 3. *Aktiengesetz*.

⁸⁵ Čl. 275. st. t. 3. propisano je da glavna skupština osobito odlučuje, među ostalim, o davanju razrješnice članovima uprave i nadzornog odbora odnosno upravnog odbora društva.

⁸⁶ Tako Barbić, *op. cit.* u bilj. 61, str. 1079.

⁸⁷ Usp. čl. 244. st. 2. ZTD-a.

Iako ZTD o tome nema posebnih odredbi, stajalište je domaće sudske prakse da odluka nadzornog odbora o opozivu imenovanja člana uprave dioničkog društva mora biti obrazložena, jer bi u protivnom bila ništetna.⁸⁸ Stajalište sudova opravdano je s obzirom na to da nadzorni odbor mora utvrditi postojanje određenih činjenica, događaja, propuštanja, pojava ili stanja u društvu koja čine postojanje važnog razloga za opoziv odluke o imenovanju člana uprave.⁸⁹ Iako se odluka o opozivu donosi na temelju određenih objektivnih činjenica, dovoljna je subjektivna ocjena nadzornog odbora o postojanju važnog razloga, pri čemu bi se osobito u obzir trebale uzeti posljedice koje radnje ili propuštanja člana uprave mogu imati na poslovanje društva.⁹⁰

Nužnost obrazloženja odluke nadzornog odbora proizlazi i iz mogućnosti opozvanog člana uprave društva za pobijanjem opoziva imenovanja tužbom.⁹¹ **Postojanje važnog razloga za opozivom imenovanja i mogućnost sudske kontrole odluke nadzornog odbora ključni su mehanizmi osiguranja samostalnosti uprave društva u vođenju poslova.** Tužbu protiv društva, koje u ovom slučaju zastupa nadzorni odbor, podiže opozvani član uprave, pri čemu je teret dokaza o postojanju važnog razloga na društvu.⁹² Pravna književnost prepoznaje mogućnost podizanja dviju različitih tužbi za utvrđenje nevaljanosti opoziva. Ako se tužbom traži utvrđenje suda kako ne postoji važan razlog za opoziv imenovanja te se nastoji ponovno uspostaviti imenovanje, tužba je konstitutivne prirode.⁹³ Presuda po toj tužbi ima *ex nunc* učinak s danom

⁸⁸ Tako Barbić, *op. cit.* u bilj. 61, str. 770. Autor se poziva na odluku Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske od 3. listopada 2000., donesenu u predmetu Pž-4243/00; odluku Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske od 26. lipnja 2001., donesenu u predmetu Pž-5376/00; odluku Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske od 16. listopada 2007. u predmetu Pž-3859/04.

⁸⁹ Tako Barbić, *op. cit.* u bilj. 61, str. 771, pozivajući se na stajalište Vrhovnog suda Republike Hrvatske, izraženo u odluci od 16. ožujka 2000., II Rev-258/99.

⁹⁰ Tako Barbić, *ibid.*

⁹¹ Usp. čl. 244. st. 2. ZTD-a: "Opoziv je valjan dok se njegova nevaljanost ne utvrdi sudskom odlukom."

⁹² Tako Barbić, *op. cit.* u bilj. 61, str. 775, pozivajući se na odluku Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske od 9. rujna 2003. u predmetu Pž-5466/02 te na odluku Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske od 13. veljače 2007. u predmetu Pž-3104/04.

⁹³ Tako Barbić, *op. cit.* u bilj. 61, str. 775 i 776. Autor upozorava kako sud u tom slučaju uzima u obzir samo argumentaciju iz odluke o opozivu, pri čemu bi u postupku trebalo dopustiti i iznošenje novih razloga koji su postojali u vrijeme donošenja odluke ako nadzorni odbor za te razloge nije znao u vrijeme donošenja odluke. Pritom se kritizira stajalište Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske u odluci od 26. lipnja 2001. u predmetu Pž-5376/00, prema kojem iznošenje novih razloga ne bi bilo moguće.

njezine pravomoćnosti, u kojem trenutku opozvani član ponovno postaje član uprave.⁹⁴ Ako se tužbom traži utvrđenje suda da odluka nadzornog odbora nije valjana donesena, pa je zbog toga ništetna, ili odluke nije niti bilo, riječ je o utvrđujućoj (deklarativnoj) tužbi, u kojem slučaju presuda ima *ex tunc* učinak s danom pravomoćnosti presude.⁹⁵ Tužiteljima se preporučuje podnošenje tužbe kojom se traži utvrđenje da je odluka nadzornog odbora ništetna te kojom se podredno traži oglašavanje opoziva nevaljanim zbog nepostojanja razloga za opozivom imenovanja.⁹⁶

Zbog svega navedenog smatramo kako članovi/članice uprave dioničkog društva ne udovoljavaju kriterijima, ustanovljenim u praksi Europskog suda, da ih se smatra radnicima⁹⁷, ali i da je njihovo uključivanje u koncept radnika nepotrebno. Naime, naše nacionalno antidiskriminacijsko zakonodavstvo ne dopušta otkazivanje bilo kojeg ugovora obveznog prava, a čini se ni opoziv imenovanja članica uprave zbog trudnoće. To proizlazi iz Zakona o suzbijanju diskriminacije, koji ne zabranjuje diskriminaciju samo u području radnih odnosa, već kao opći propis zabranjuje diskriminaciju u svim sferama društvenog života (u čl. 8. toč. 1., među ostalim se navodi kako je zabranjena diskriminacija u području mogućnosti obavljanja samostalne ili nesamostalne djelatnosti), a to je zajamčeno i Zakonom o ravnopravnosti spolova. Tako je čl. 6. st. 1. Zakona o ravnopravnosti spolova zabranjeno diskriminirati na temelju spola u svakom području života, a st. 2. te odredbe izrijeком navodi kako se nepovoljnije postupanje prema ženama na osnovi trudnoće i materinstva smatra diskriminacijom.

5.3. Opoziv imenovanja izvršnih direktora dioničkog društva

Zakonom o izmjenama i dopunama zakona o trgovačkim društvima iz 2007. godine⁹⁸, koji je stupio na snagu 1. travnja 2008. godine, u hrvatski je pravni sustav za dionička društva uvedena mogućnost izbora između du-

⁹⁴ Tako Barbić, *op. cit.* u bilj. 61, str. 776.

⁹⁵ Tako Barbić, *ibid.*

⁹⁶ Tako Barbić, *ibid.*

⁹⁷ Tako za njemačko pravo u kontekstu predmeta *Danosa*: Baeck, U.; Winzer, T., *Mitglied des Vertretungsorgans einer Gesellschaft als Arbeitnehmer*, NZG 2011, 101, dostupno u bazi podataka Beck-online.

⁹⁸ Narodne novine, br. 107/2007.

alističkog i monističkog ustroja organa.⁹⁹ U dualističkom ustroju dioničkog društva (*two tier system, dual board system*) organi društva jesu glavna skupština, nadzorni odbor i uprava. U monističkom ustroju dioničkog društva (*one tier system, single board system*) organi društva jesu glavna skupština i upravni odbor. Društvo mora imati i najmanje jednog izvršnog direktora, no izvršni direktori ne čine poseban organ društva.¹⁰⁰ Izbor ustroja društva slobodan je, a određuje se statutom društva.¹⁰¹

Monistički ustroj organa dioničkog društva omogućuje udruživanje funkcija vođenja poslova društva i nadzora nad vođenjem poslova u jednom organu – upravnom odboru.¹⁰² Navedeno proizlazi iz zakonom propisanih nadležnosti upravnog odbora.¹⁰³ S druge strane, najvažnija nadležnost izvršnih direktora jest vođenje poslova društva.¹⁰⁴ U tom smislu pogrešno bi se moglo zaključiti da je položaj izvršnih direktora blizak položaju članova uprave dioničkog

⁹⁹ O monističkom ustroju organa dioničkog društva, razlozima uvođenja u hrvatski pravni sustav i razlikama prema dualističkom ustroju detaljno u: Barbić, *op. cit.* u bilj. 61, str. 972 – 1065; Barbić, Jakša, *Upravni odbor dioničkog društva prema noveli zakona o trgovačkim društvima*, Pravo u gospodarstvu, br. 3, 2008., str. 355 – 421; Gorenc, V., *Hijerarhijski odnos upravnog odbora i izvršnih direktora monističkog sustava*, Pravo i porezi, br. 6, 2009., str. 3 – 10.

¹⁰⁰ Vidi čl. 272.1 st. 1. ZTD-a.

¹⁰¹ V. čl. 272.a ZTD-a. Dionička društva mogu biti osnivana u skladu s monističkim ustrojem, no i ona društva koja imaju dualistički ustroj mogu prijeći na monistički izmjenom statuta uz odgovarajuću odluku glavne skupštine. Postoje, međutim, pojedini posebni zakoni koji ograničavaju mogućnost izbora unutarnjeg ustroja organa. Primjerice Zakon o osiguranju, Zakon o kreditnim institucijama, Zakon o investicijskim fondovima, koji za društva koje ti zakoni uređuju predviđa postojanje isključivo nadzornog odbora. U pravnoj se književnosti drži da se zbog višegodišnje ustaljene prakse ne očekuje veliki broj društava s monističkim ustrojem organa. Očekuje se da će monistički ustroj koristiti oni osnivači odnosno većinski dioničari koji u svojim matičnim društvima imaju monistički ustroj organa, kao i društva sa zatvorenim, manjim brojem dioničara ili tzv. obiteljska društva. Tako Barbić, *op. cit.* u bilj. 99, str. 358. Praksa je pokazala da je od stupanja izmjena i dopuna ZTD-a 1. travnja 2008. na snagu svega nekoliko društava iskoristilo mogućnost monističkog ustroja organa.

¹⁰² Tako Barbić, *op. cit.* u bilj. 99, str. 383.; Barbić, *op. cit.* u bilj. 61, str. 1006.

¹⁰³ Vidi čl. 272.h ZTD-a. Kao nadležnosti upravnog odbora možemo izdvojiti vođenje društva, postavljanje osnova za obavljanje predmeta poslovanja, nadziranje vođenja poslova društva, zastupanje društva prema izvršnim direktorima društva, sazivanje glavne skupštine društva radi dobrobiti društva, briga o urednom vođenju poslovnih knjiga. Upravni odbor imenuje i opoziva izvršne direktore društva, što proizlazi iz čl. 272.1 ZTD-a, a na što ćemo se posebno osvrnuti.

¹⁰⁴ Vidi čl. 272.1 st. 2. ZTD-a.

društva. Iako njihove ovlasti u vođenju poslova odgovaraju ovlastima članova uprave dioničkog društva¹⁰⁵, oni su u vođenju poslova ograničeni širokim ovlastima koje po zakonu ima upravni odbor.¹⁰⁶ **Izvršni direktori u vođenju su poslova dužni postupati po uputama upravnog odbora. Oni nemaju samostalan i neovisan položaj kakav je osiguran članovima uprave dioničkog društva u dualističkom ustroju organa jer za njihov opoziv nije potrebno postojanje važnog razloga, a samim tim niti ne postoji mogućnost sudske zaštite koju uživaju članovi uprave dioničkog društva.**¹⁰⁷ Iz svega proizlazi kako u dioničkim društvima s monističkim ustrojem organa postoji hijerarhijski odnos upravnog odbora i izvršnih direktora kakvog nema u dualističkom ustroju dioničkog društva između nadzornog odbora i uprave.¹⁰⁸ Upravni odbor postavlja strateške ciljeve društva, određuje sredstva i metode kojima se ti ciljevi ostvaruju, a izvršni direktori to sve provode u svakodnevnom poslovanju uz nadzor i po uputama upravnog odbora.

U kontekstu izloženog stajališta Europskog suda o proširivanju koncepta radnika na članove društava kapitala čini se da je u slučaju izvršnih direktora uvjet subordinacije,¹⁰⁹ odnosno rada pod nadzorom i uputama drugog organa društva ispunjen.¹¹⁰ Upravni odbor dioničkog društva, ako se statutom ne propiše što drugo, može u svako doba opozvati imenovanje izvršnih direktora ne navodeći važan (ili bilo koji) razlog za opoziv imenovanja.¹¹¹ Ne traži se obrazloženje odluke upravnog odbora. Izvršni direktori u slučaju opoziva imenovanja nemaju mogućnost tražiti sudsku zaštitu zbog neopravdanosti opoziva koju uživaju članovi uprave dioničkog društva. Postoji samo ograničena mogućnost pozivanja na činjenicu da odluka o opozivu imenovanja nije uopće donesena zbog nedovoljnog broja glasova ili nedostatka kvoruma.¹¹² I ovdje, kao i kod uprave dioničkog društva, valja istaknuti odredbu ZTD-a po kojoj

¹⁰⁵ Vidi čl. 272.1 st. 3. ZTD-a.

¹⁰⁶ Tako Barbić, Jakša, *Poslovi, nadležnosti i prestanak mandata izvršnog direktora*, RRiF, br. 1, 2009., str. 301 – 304, str. 303.

¹⁰⁷ Tako Barbić, *ibid.*; Barbić, *op. cit.* u bilj. 99, str. 416; Barbić, *op. cit.* u bilj. 61, str. 1057.

¹⁰⁸ Tako Barbić, *ibid.*; Gorenc, *op. cit.* u bilj. 99, str. 10.

¹⁰⁹ Vidi izlaganje pod 2. 1.

¹¹⁰ Malo je vjerojatna situacija da je izvršni direktor ujedno i većinski dioničar jer je za njih rezervirana pozicija člana ili predsjednika upravnog odbora.

¹¹¹ Vidi čl. 272.1 st. 6. ZTD-a.

¹¹² Tako Barbić, *op. cit.* u bilj. 106, str. 303; Barbić, *op. cit.* u bilj. 61, str. 1057.

se opozivom imenovanja izvršnog direktora ne dira u ugovor što ga je izvršni direktor sklopio s društvom.¹¹³ Statutom bi bilo moguće propisati da je za opoziv imenovanja izvršnog direktora potreban važan razlog. Time bi se ublažio utjecaj upravnog odbora na vođenje poslova, a izvršni direktor približio položaju člana uprave. U tom slučaju izvršni direktor u načelu ne bi ispunjavao uvjete koje Europski sud propisuje za širenje koncepta radnika na člana uprave društva.

5.4. Opoziv imenovanja članova uprave društva s ograničenom odgovornošću

Društva s ograničenom odgovornošću najzastupljeniji su oblik društava kapitala u Republici Hrvatskoj. Problem kojim se ovaj rad bavi osobito je važan za društvo s ograničenom odgovornošću s obzirom na položaj uprave u odnosu na ostale organe i na članove društva.

U društvu s ograničenom odgovornošću obvezni organi jesu skupština i uprava društva. Društvenim se ugovorom određuje hoće li društvo imati nadzorni odbor, iz čega proizlazi da je nadzorni odbor načelno fakultativan organ čije postojanje ovisi o volji članova društva.¹¹⁴ ZTD samo u iznimnim slučajevima propisuje obveznost nadzornog odbora.¹¹⁵ Zakonski model ustroja društva s ograničenom odgovornošću u osnovi je monistički, a dualistički je načelno fakultativan, a samo iznimno obavezan.¹¹⁶ Skupština društva jest organ koji je prvenstveno ovlašten odlučivati o imenovanju i opozivu članova uprave društva.¹¹⁷ To proizlazi i iz čl. 423. st. 2. ZTD-a, u kojem je propisano kako članovi društva svojom odlukom imenuju upravu društva ako društvenim ugovorom nije predviđeno da je imenuje tko drugi u društvu. Izuzev skupštine društva, ta se ovlast može dati još i nadzornom odboru ako ga društvo ima, nekom tijelu u društvu, nekome od članova društva, ali i nekom javnopravnom tijelu.¹¹⁸

¹¹³ Vidi čl. 272.1 st. 6. ZTD-a.

¹¹⁴ Vidi čl. 434. st. 1. ZTD-a.

¹¹⁵ Vidi čl. 434. st. 2. ZTD-a.

¹¹⁶ Tako Barbić, Jakša, *Pravo društava*, knjiga druga, *Društva kapitala*, svezak drugi, Društvo s ograničenom odgovornošću, Društvo za uzajamno osiguranje, Kreditna unija, peto izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2010., str. 320.

¹¹⁷ Vidi čl. 441. st. 1. t. 3. ZTD-a.

¹¹⁸ Tako Barbić, *op. cit.* u bilj. 116, str 335; Mišković, Davor, *Uprava društva s ograničenom odgovornošću u hrvatskom, njemačkom i talijanskom pravu, magistrski rad (neobjavljen)*, Zagreb, 1995., str. 27. O mogućnosti da netko treći izvan društva sudjeluje u imenovanju i opozivu članova uprave vidi Barbić, *op. cit.* u bilj. 116, str 442.

Položaj članova uprave u društvu s ograničenom odgovornošću blizak je položaju izvršnih direktora u dioničkom društvu s monističkim ustrojem organa. To možemo zaključiti iz čl. 422. st. 2. ZTD-a, u kojem je propisano kako uprava društva vodi poslove društva u skladu s društvenim ugovorom, odlukama članova društva i obveznim uputama skupštine i nadzornog odbora, ako ga društvo ima.¹¹⁹ **Nesamostalnost uprave društva s ograničenom odgovornošću potvrđena je čl. 424. st. 1. ZTD-a, u kojem je propisano kako članovi društva mogu svojom odlukom u svako doba opozvati članove uprave.**¹²⁰ Isto može učiniti i nadzorni odbor društva ako je društvenim ugovorom predviđena njegova nadležnost za imenovanje, a nije isključena njegova nadležnost za opoziv imenovanja članova uprave. Članovi društva, ali i nadzorni odbor, pri donošenju odluke nisu dužni obrazlagati odluku o opozivu imenovanja članova uprave.¹²¹ **Opozvani član uprave, isto kao i izvršni direktor, nema mogućnost sudskim putem zatražiti procjenu opravdanosti opoziva njegova imenovanja.** Zaštita se može tražiti samo u slučaju sumnje u nadležnost i ovlasti organa ili osoba koje su donijele odluku o opozivu imenovanja, kada odluka zbog nedostatka kvoruma na skupštini ili pogrešnog broja glasova nije uopće donesena i sl.¹²² **Iz navedenog proizlazi da članovi uprave društva s ograničenom odgovornošću odgovaraju konceptu radnika onako kako ga utvrđuje Europski sud.**

Međutim, članovi uprave načelno se neće uklapati u koncept radnika ako je u društvenom ugovoru propisano postojanje važnog razloga za opoziv imenovanja. Oni tada imaju mogućnost sudske zaštite protiv opoziva podnošenjem tužbe za utvrđenje neopravdanosti razloga za opoziv, što ih približava položaju koji uživaju članovi uprave dioničkog društva. Posebno treba raspravljati o položaju člana društva koji je ujedno i član uprave društva. Ako takva osoba nema prevladavajući utjecaj u skupštini društva (primjerice nema običnu ili kvalificiranu većinu za donošenje odluka u skupštini, društvenim je ugovorom propisano da se odluke u skupštini donose jednoglasno i sl.), ne može se reći da se nalazi u odnosu subordinacije. Moguće je da član uprave ima naizgled manji ili neznatan udio u temeljnom kapitalu društva, ali su njegovi glasovi zbog podijeljenosti

¹¹⁹ Usp. čl. 240. st. 1. ZTD-a, u kojem je za upravu dioničkog društva izričito propisano vođenje poslova društva na vlastitu odgovornost.

¹²⁰ Tako i § 38 Abs. 1. njemačkog *GmbHGesetz*a i § 16 Abs. 1. austrijskog *GmbHGesetz*a.

¹²¹ Tako Barbić, *op. cit.* u bilj. 116, str 376; Mišković, *op. cit.* u bilj. 118, str. 49.

¹²² Tako Barbić, *op. cit.* u bilj. 116, str 377.

glasova ili nekih drugih razloga odlučujući. U tom se slučaju ne bi moglo reći da se takav član uprave nalazi u subordiniranom položaju u odnosu na skupštinu društva u kojoj je njegov glas odlučujući, te se ne bi mogao smatrati radnikom u smislu stajališta Europskog suda.

Da sažmemo. Uzevši u obzir činjenice čije utvrđenje Europski sud traži pri ocjeni je li član/članica uprave radnik, je li član uprave koji radi za društvo kapitala sastavni dio trgovačkog društva, radi li član uprave određeno vrijeme prema uputama i pod nadzorom drugog organa trgovačkog društva, i prima li zauzvrat plaću, te uzevši u obzir dosadašnju praksu Europskog suda o konceptu radnika (osobito u predmetu *Asscher*), postavlja se pitanje koji član/članica uprave društva kapitala udovoljava tim kriterijima. Pritom je ključno utvrđenje postojanja subordinacije (rad prema uputama i pod nadzorom drugog organa trgovačkog društva) jer su članovi uprave sastavni dio trgovačkog društva i u pravilu za svoj rad primaju plaću. Za ocjenu o tome je li član uprave u svojem radu subordiniran drugom organu trgovačkog društva, u nas su mjerodavne odredbe ZTD-a. Iz odredbe ZTD-a koja uređuje način vođenja poslova društva člana uprave dioničkog društva (čl. 240. st. 1.) i odredbe koja uređuje opoziv njegova/njezina imenovanja samo uz postojanje važnog razloga (čl. 244. st. 2. ZTD-a) zaključujemo kako članica uprave dioničkog društva ne ulazi u koncept radnika, kako ga definira praksa Europskog suda. S druge strane, smatramo kako bi pojedine članice uprave društva s ograničenom odgovornošću i izvršne direktorice dioničkih društava, zbog načina vođenja poslova društva i opoziva imenovanja, mogle ući u koncept trudne radnice.

6. ZAKLJUČAK

Pokušavajući primijeniti stavove Europskog suda iz presude u predmetu *Danosa* na naše nacionalno pravo, ali i pomiriti trudnoću sa zahtjevima tržišta, došli smo do sljedećih zaključaka. Prema kriterijima za ocjenu o tome je li članica uprave radnica, a koje je Europski sud, naslanjajući se na svoju dotadašnju praksu, ustanovio u predmetu *Danosa*, zaključili smo kako članove uprave dioničkog društva ne možemo smatrati radnicima, dok bi izvršni direktori i članovi uprave društva s ograničenom odgovornošću koji nemaju većinski udio ili prevladavajući utjecaj u skupštini društva ušli u koncept radnika.

Kada članica uprave ulazi u koncept radnika, tada joj je u nas zajamčena apsolutna zabrana otkazivanja ugovora o radu tijekom trudnoće, dakle i iz razloga nevezanih uz trudnoću (arg. iz čl. 71. st. 1. ZR-a). U tom je slučaju

poslodavcu zabranjeno otkazati joj ugovor o radu (neovisno o tome kakvu su pravnu prirodu tom ugovornom odnosu stranke predvidjele), ne samo zbog trudnoće već i zbog razloga nevezanih uz trudnoću. Kada ne ulazi u taj koncept, onda je zabranjeno otkazati joj ugovor obveznog prava zbog trudnoće, ali ne i iz razloga nevezanih uz trudnoću. Zbog koncepta radnika u pravnoj stečevini EU, po kojem bi pojedine članice uprave trebalo smatrati radnicama, a ostale ne bi, kao i zbog apsolutne zabrane otkazivanja ugovora o radu sadržane u našem zakonodavstvu, postoji razlika u zaštiti trudnih članica uprave. One koje ulaze u koncept radnika apsolutno su zaštićene od otkaza tijekom trudnoće (čak i kada im bude tijekom trudnoće opozvano imenovanje nevezano za njihovu trudnoću), dok će ostalim članicama uprave koje neće ući u koncept radnika biti moguće otkazati ugovor obveznog prava tijekom trudnoće, ali ne zbog trudnoće (navedeno zabranjuje Zakon o ravnopravnosti spolova). Takva razlika u zaštiti ne javlja se u onim nacionalnim zakonodavstvima (poput njemačkog), koja su iskoristila mogućnost koju nudi Direktiva 92/85/EEZ – da je iznimno dopušteno otkazati ugovor o radu trudnoj radnici, ali zbog razloga nevezanih za trudnoću i uz dopuštenje nadležnog tijela. Analogna izmjena čl. 71. st. 1. ZR-a istaknula bi u prvi plan zabranu spolne diskriminacije (a ne zaštitu žena) te bi u kombinaciji s neprenosivim roditeljskim dopustom namijenjenim isključivo očevima djeteta (na način da se neiskorišteni dio gubi – “*take it or lose it*”), smatramo, pridonijela većoj zastupljenosti žena na tržištu rada. Naime, pretjerana zaštita žena u svijetu rada vodi njihovoj faktičnoj diskriminaciji. Širenje koncepta radnika i na članicu uprave (koja preuzima funkciju poslodavca i zato joj radnopravna zaštita nije *ex lege* namijenjena) nepotrebno je jer je prema Zakonu o ravnopravnosti spolova opoziv imenovanja i otkaz ugovora o obavljanju poslova u upravi društva kapitala zbog trudnoće članice uprave nedopušten (prema čl. 6. st. 2. nepovoljnije postupanje prema ženama na osnovi trudnoće i materinstva smatra se diskriminacijom). Ističemo, spolna diskriminacija zabranjena je i izvan okvira radnog odnosa.

Ponavljamo, u pogledu opoziva imenovanja trudne članice uprave treba reći da je dopušteno opozvati imenovanje tijekom trudnoće, ali ne zbog trudnoće. Društvima se stoga sugerira obrazlaganje opoziva imenovanja, čak i u slučaju kada Zakon o trgovačkim društvima predviđa svakodobni opoziv i ne ulazi u opravdanost razloga opoziva kada se opoziva trudna članica uprave društva s ograničenom odgovornošću. Navedeno predlažemo zbog mogućeg antidiskriminacijskog spora u kojem bi opozvana trudna članica uprave tvrdila da je opozvana zbog trudnoće jer je teret dokazivanja da do opoziva nije došlo zbog

trudnoće na društvu. Kako naše nacionalno zakonodavstvo (Zakonom o suzbijanju diskriminacije i Zakonom o ravnopravnosti spolova) zabranjuje spolnu diskriminaciju, smatramo da su izmjene Zakona o trgovačkim društvima, u kontekstu stavova Europskog suda iznesenih u presudi u predmetu *Danosa*, nepotrebne, već je potrebno adekvatno tumačenje postojećih odredaba. Dakle, na pitanje sadržano u naslovu ovog rada treba odgovoriti: opoziv imenovanja trudne članice uprave neće značiti spolnu diskriminaciju ako je do opoziva došlo zbog razloga nevezanog uz trudnoću, ali ako je članica uprave opozvana zbog trudnoće, tada je to oblik izravne spolne diskriminacije, zabranjen i našim nacionalnim zakonodavstvom i pravnom stečevinom EU.

Pristup Europskog suda u slučaju *Danosa* valja, sa stajališta prava društava, ocijeniti nedovoljno promišljenim. Sud ne razlikuje ili ne želi razlikovati statusni i ugovorni odnos koji postoji između članova uprave i pojedinog društva. Zakon o trgovačkim društvima je, kao opći i temeljni propis kojim su uređena društva kapitala u Republici Hrvatskoj, vrlo jasan kad su u pitanju imenovanje i opoziv članova uprave tih društava i razlikuje statusnopravne od ugovornih odnosno radnih odnosa, ograničavajući svoju primjenu na statusnopravne odnose članova uprave i društva. Kako će se odredbe europske pravne stečevine, stavovi Europskog suda u slučaju *Danosa*, ali i odgovarajuće odredbe domaćeg antidiskriminatornog zakonodavstva primjenjivati u konkretnim slučajevima opoziva imenovanja trudnih članica uprave? Iako se, rečeno je, članice uprave dioničkog društva ne smatraju radnicama, one uživaju zaštitu od spolne diskriminacije. Odluka nadzornog odbora o njihovu opozivu imenovanja mora biti obrazložena i one imaju mogućnost osporiti opoziv imenovanja pozivajući se na konkretne razloge koje je nadzorni odbor ocijenio važnima, pri čemu je teret dokaza o njihovu postojanju na društvu. S druge strane, izvršne direktorice i članice uprava društava s ograničenom odgovornošću moraju pristati prihvatanjem imenovanja na mogućnost svakodobnog, neobrazloženog opoziva. Ulazak trudnih izvršnih direktorica i članica uprava društava s ograničenom odgovornošću u koncept radnica po Zakonu o trgovačkim društvima ne štiti ih od opoziva imenovanja, suprotno onome što je Europski sud odlučio u predmetu *Danosa*, ali Zakon o suzbijanju diskriminacije i Zakon o ravnopravnosti spolova pružaju dostatna jamstva da se opoziv zbog trudnoće treba smatrati spolnom diskriminacijom.

Presudom *Danosa* dodatno se štite prava trudnih članica uprave, ali se zadiru u neka od temeljnih načela prava društava. Njezina opasnost krije se ne samo u uočenom zadiranju već i u mogućim neželjenim posljedicama zauzetih

stavova. Organi i osobe koje odlučuju o imenovanju i opozivu članova uprave mogli bi se suzdržavati od imenovanja žena u organe i na funkcije s kojih se vode poslovi društva. Ono što je još vjerojatnije i nije manje loše jest to da bi žene mogle biti imenovane kao članice uprave / izvršne direktorice na kraća mandatna razdoblja u usporedbi s muškarcima. Uvjereni smo u ispravnost stava Europskog suda kako otkaz ugovora i opoziv imenovanja članice uprave zbog trudnoće znači spolnu diskriminaciju. Međutim, smatramo kako će uključivanje trudne članice uprave u koncept radnika dovesti do faktične diskriminacije žena pri njihovu imenovanju u uprave društva kapitala.

U radu smo kritizirali presudu u predmetu *Danosa* iz tog razloga što je u većoj mjeri usmjerena zaštiti žena nego zabrani spolne diskriminacije, kao i iz tog razloga što ne razgraničuje na jasan način obveznopravni od statusnopravnog položaja članice uprave. Kritizirali smo i naše nacionalno zakonodavstvo zbog istog pretjeranog usmjerenja na zaštitu žena, koje se očituje apsolutnom zabranom otkazivanja ugovora o radu tijekom korištenja prava vezanih uz zaštitu roditeljstva, od kojih pojedina traju godinama. Nadalje, i najnovije izmjene Zakona o roditeljnim i roditeljskim potporama, kojima je obvezni roditeljni dopust produljen, smatramo, neće pridonijeti većoj zastupljenosti žena na tržištu rada niti će uključivanje članica uprave u koncept radnika pridonijeti njihovu imenovanju u uprave društva kapitala. Ozbiljnost problema naglašena je statistikom o malom broju članica uprava u nas, ali i u državama članicama EU. Pojedina nacionalna zakonodavstva pribjegli su sustavu kvota za članice uprave, a postoje naznake da bi se moglo krenuti u analognu zakonodavnu inicijativu i u pravu EU.

Konačno, smatramo kako bi usmjerenje Europskog suda i našeg nacionalnog zakonodavstva prema zabrani spolne diskriminacije, a ne prema širenju zaštite žena (koja vodi njihovoj faktičnoj diskriminaciji), uspješno pomirilo trudnoću sa zahtjevima tržišta.

Summary

Ivana Grgurev*
Petar Ceronja**

**A REMOVAL FROM THE POST OF A PREGNANT MEMBER
OF A CAPITAL COMPANY'S BOARD OF DIRECTORS –
DISCRIMINATION BASED ON SEX?**

Several questions were raised in the analysis of the judgment of the European Court of Justice in the Danosa case: Are board members workers or self-employed persons? If they fall under the definition of workers, should they be protected during pregnancy and while enjoying parental benefits from being removed from a company board and from the termination of contract for carrying out activities in the board? Are the provisions of the Companies Act relating to the removal of board members aligned with EU acquis, considering that they do not feature a restriction, i.e. that they do not take into account the fact that a board member may be pregnant at the time of removal? In light of efforts to reconcile pregnancy and parenthood with market demands, the following question arises: how does a company board whose pregnant member or member enjoying a parental benefit cannot perform her board duties for a longer period of time?

The authors criticise the Danosa judgment for being focused on the protection of women, rather than on the prohibition of discrimination on grounds of sex, and for not differentiating clearly between the position of board members in terms of the law of obligations and in terms of status law. They consider that, under Croatian legislation, pregnant board members are guaranteed protection from discrimination on grounds of sex even without including pregnant board members in the concept of worker. In turn, the authors criticise Croatian national legislation for overly focusing on the protection of women, evidenced in the absolute ban on dismissals while the worker is enjoying parental benefits, which can last for years. Furthermore, the authors do not believe that the latest amendments to the Act on Maternity and Paternal Benefits, which extend the duration of compulsory maternity leave, will contribute to a higher participation of women in the labour market, nor that the inclusion of board members in the concept of worker will encourage appointment of women to company boards. The seriousness of the problem is underlined by the statistics indicating a small number of female board members in Croatia, but also in EU member states. Some national legislations have resorted to

* Ivana Grgurev, Ph. D., Assistant Professor Faculty of Law, Zagreb University, Trg maršala Tita 14, Zagreb

** Petar Ceronja, LL B, Assistant Lecturer, Faculty of Law, Zagreb University, Trg maršala Tita 14, Zagreb

quota systems in the appointment of board members, and there are indications that a similar legislative initiative might be taken in EU law as well. The authors conclude that pregnancy could be successfully reconciled with market demands if the European Court of Justice and Croatian legislation were focused more on the prohibition of discrimination on grounds of sex, and less on broadening the scope of protection of women (which leads to their factual discrimination).

Key words: female member of a capital company's board of directors, pregnancy, removal from the post, discrimination based on sex, Danosa case

Zusammenfassung

Ivana Grgurev*

Petar Ceronja**

**IST DIE ABBERUFUNG EINES SCHWANGEREN
MITGLIEDS DER UNTERNEHMENSLEITUNG
EINER KAPITALGESELLSCHAFT
GESCHLECHTERDISKRIMINIERUNG?**

Mit der Analyse des Urteils des Europäischen Gerichtshofes in der Rechtssache Danosa drängen sich bestimmte Fragen im Zusammenhang mit dem Schutz schwangerer Geschäftsführerinnen oder Vorstände auf. Sind sie Arbeitnehmerinnen oder Selbstständige? Sollten sie, falls sie nicht unter den Arbeitnehmerbegriff fallen, während der Schwangerschaft und der Inanspruchnahme der mutterschutzrechtlichen Regelungen gegen die Abberufung aus der Unternehmensleitung von Kapitalgesellschaften geschützt werden und Kündigungsschutz bezüglich ihres Dienstvertrags genießen? Sind die Bestimmungen des kroatischen Gesetzes über die Handelsgesellschaften zur Abberufung von Geschäftsführern und Vorständen im Einklang mit dem Acquis, da sie keine Einschränkung bei einer Schwangerschaft des Organmitglieds zum Zeitpunkt der Abberufung vorsehen? Im Kontext der Vereinbarung von Schwangerschaft und Elternschaft mit den Forderungen des Marktes stellt sich die Frage, wie die Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft funktioniert, wenn ein Mitglied schwangerschaftsbedingt oder aufgrund der Wahrnehmung von Elternschutzrechten über längere Zeit nicht in der Lage ist, seinen Geschäftsführungsaufgaben nachzukommen.

Die Verfasser üben Kritik am Urteil in der Rechtssache Danosa, weil es mehr auf den Schutz der Frau ausgerichtet ist als auf das Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts und weil es das schuldrechtliche Verhältnis nicht klar abgrenzt von der statusrechtlichen Position einer Geschäftsführerin. Sie vertreten den Standpunkt, dass die kroatische nationale Gesetzgebung schwangeren Mitgliedern der Unternehmensleitung, auch ohne sie dem Arbeitnehmerbegriff zuzuordnen, Schutz gegen geschlechtsbezogene Diskriminierung gewährleistet. Sie unterziehen die nationale Gesetzgebung der Kritik, weil sie ebenso in übertriebenem Maße den Schutz der Frauen in den Vordergrund stellt, was im absoluten Kündigungsverbot während der Nutzung von elternschutzbezogenen Rechten, die teilweise auch über mehrere Jahre gelten können, zum Ausdruck kommt.

* Dr. Ivana Grgurev, Dozentin an der Juristischen Fakultät in Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb

** Petar Ceronja, Diplom-Jurist, Assistent an der Juristischen Fakultät in Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb

Ihrer Einschätzung nach werden auch die neuesten Änderungen des Gesetzes über Wöchnerinnen- und Elternbeihilfen, mit denen der Pflichtmutterschaftsurlaub verlängert wurde, nicht zu einer besseren Beteiligung der Frauen am Arbeitsmarkt führen noch wird die Zuordnung von Geschäftsführerinnen oder Vorständen zum Arbeitnehmerbegriff ihre Berufung in die Unternehmensleitungen von Kapitalgesellschaften fördern. Wie ernst das Problem ist, belegt die Statistik mit ihren geringen Zahlen von Frauen in Geschäftsleitungen und Vorständen in Kroatien, aber auch in den EU-Mitgliedstaaten. Einzelne nationale Rechtsordnungen haben inzwischen die Frauenquote für Vorstände und Geschäftsführungen eingeführt, und die Anzeichen sprechen dafür, dass eine analoge Gesetzesinitiative auch im EU-Recht angepeilt wird. Die Autoren kommen zu dem Schluss, dass der Europäische Gerichtshof und die kroatische Gesetzgebung den Weg weiter in Richtung geschlechtsbezogenes Diskriminierungsverbot und nicht in Richtung Erweiterung des Frauenschutzes gehen sollten (da diese letztlich in ihre faktische Diskriminierung führt), was eine erfolgreiche Vereinbarung von Schwangerschaft und Marktanforderungen in Aussicht stellt.

Schlüsselwörter: Mitglied der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft, Schwangerschaft, Abberufung, Geschlechterdiskriminierung, Rechtssache Danosa

