

? KA **drovska** KO **nferenca**

9. in 10. november 2017, Zreče

VPRAŠANJA IN ODGOVORI

Kako – odgovori na vprašanja 2017¹

1. Delodajalec ima v svojem splošnem aktu določeno, da ima pravico do dodatnih dni letnega dopusta delavec, ki opravlja »delo v izmenskem delu z nočnim delom 690 ur ali več v koledarskem letu«. Ali se v te ure štejejo le ure dela, ki jih je delavec dejansko opravil v nočnem delu, ali tudi ure, ki bi jih delavec moral opraviti, a je bil odsoten z dela? Kakšne so posledice v primeru, da delodajalec delavcu ni priznal dodatnih dni letnega dopusta za nočno delo, čeprav bi to moral storiti? Ali bi lahko delavec za nazaj (če ja, za koliko let) uveljavljal dodatne dneve letnega dopusta za nočno delo, če je skladno z ZDR-1 opredeljen kot nočni delavec?

Nočni delavec je v 151. členu ZDR-1 definiran kot delavec, ki dela ponoči vsaj tri ure svojega dnevnega delovnega časa oziroma delavec, ki dela ponoči vsaj tretjino polnega letnega delovnega časa. Delodajalec mora nočnim delavcem zagotoviti:

- daljši dopust,
- ustrezno prehrano med delom,
- strokovno vodstvo delovnega oziroma proizvodnega procesa.

Po direktivi 2003/88/ES o določenih vidikih organizacije delovnega časa delavec, ki dela ponoči, pomeni:

- (a) po eni strani vsakega delavca, ki v nočnem času opravi najmanj tri ure svojega enodnevnega delovnega časa na običajen način in
- b) po drugi strani vsakega delavca, ki med nočnim časom lahko opravi določen delež svojega letnega delovnega časa, kakor ga določi posamezna država članica:
 - (i) z nacionalno zakonodajo, po posvetovanju s socialnimi partnerji ali
 - (ii) s kolektivnimi pogodbami ali sporazumi, sklenjenimi med socialnimi partnerji na državni ali regionalni ravni.

Slovenski zakonodajalec je v skladu z direktivo določil obdobje, v katerem lahko nočni delavec opravi določen delež svojega delovnega časa tako, da je določil mejo na tretjino polnega delovnega časa. Menimo, da bi bilo v nasprotju z namenom in ciljem direktive (prav tako tudi z ZDR-1), če bi se določba razlagala na način, da delavcu ne bi pripadal dodaten dan (ali ustrezno več – glede na zavezujoče kolektivne pogodbe oziroma splošne akte) dopusta, v primeru, da bi delavec imel teden dni dopusta v času, ko dela ponoči in ne bi izpolnil kriterija, da dejansko dela 690 ur ali več svojega delovnega časa ponoči.

Če delavec meni, da delodajalec ne izpolnjuje obveznosti iz delovnega razmerja ali krši katero od njegovih pravic iz delovnega razmerja, ima pravico pisno zahtevati, da delodajalec kršitev odpravi oziroma da svoje obveznosti izpolni. Če delodajalec v roku osmih delovnih dni po vročeni pisni zahtevi delavca ne izpolni svoje obveznosti iz delovnega razmerja oziroma ne odpravi kršitve, lahko delavec v roku 30 dni od poteka roka za izpolnitev obveznosti oziroma odpravo kršitev s strani delodajalca zahteva sodno varstvo pred pristojnim delovnim sodiščem. Delavec lahko zahteva dodaten dan letnega dopusta v obdobju, v katerem se lahko letni dopust izkoristi v skladu z veljavno zakonodajo.

¹ Odgovori na vprašanja so izdelani na podlagi skrbne proučitve tematike vprašanj, obravnavane na ?KaKo, in ne izključujejo možnosti drugačnih razlag oziroma stališč. Odgovori ne predstavljajo uradnega mnenja nobenega izmed sodelujočih ali organizatorjev oziroma nasveta za delovanje. Sodelujoči in organizatorji ne prevzemajo nikakršne odgovornosti za uporabo odgovorov pri delovanju.

Nadomestilo za letni dopust kot denarni zahtevak pa lahko postavi v splošnem zastaralnem roku (5 let), ki velja za denarne terjatve iz delovnega razmerja.

- 2. V 162. členu ZDR-1 je določeno, da je delodajalec dolžan delavcu zagotoviti izrabo letnega dopusta v tekočem koledarskem letu, delavec pa je dolžan do konca tekočega koledarskega leta izrabiti najmanj dva tedna, preostanek letnega dopusta pa v dogovoru z delodajalcem do 30. junija naslednjega leta. Delodajalec bi želel s pravilnikom določiti, da morajo vsi delavci do konca leta izrabiti vsaj 3 tedne letnega dopusta. Je to v skladu z zakonom?**

Delodajalec lahko od delavca zahteva, da načrtuje izrabo najmanj dveh tednov letnega dopusta za tekoče koledarsko leto (2. odstavek 162. člena ZDR-1). Ne glede na to določbo menimo, da lahko delodajalec zahteva, da se načrtuje izraba treh tednov letnega dopusta, saj mora delavec preostanek dopusta izkoristiti v dogovoru z delodajalcem. Pri tem pa je potrebno upoštevati tudi omejitve, ki se nanašajo na odsotne z dela zaradi bolezni ali poškodbe, porodniškega dopusta ali dopusta za nego in varstvo otroka.

- 3. Delavcu je prenehala pogodba o zaposlitvi zaradi smrti. Ali mu pripada nadomestilo za neizrabljeni letni dopust in izplačilo plus ur?**

V skladu z določbo 164. člena ZDR-1 je izjava, s katero bi se delavec odpovedal pravici do letnega dopusta, neveljavna. Neveljaven je tudi sporazum, s katerim bi se delavec in delodajalec dogovorila o denarnem nadomestilu za neizrabljeni letni dopust, razen ob prenehanju delovnega razmerja. Zakonodajca prvotno teži k temu, da se letni dopust izrabi. Šele v primeru, če se to ne zgodi in delovno razmerje preneha, se lahko delavec in delodajalec dogovorita za izplačilo nadomestila za neizrabljeni letni dopust.

Pravica do letnega dopusta je temeljna pravica delavca in posebej pomembno načelo socialnega prava EU. Pravica do dejanske izrabe prostih dni v okviru letnega dopusta je njegova osebna pravica, ki jo lahko izrabi le on sam in ni prenosljiva. Denarno nadomestilo za neizrabljeni letni dopust je denarna terjatev, ki nastane ob prenehanju delovnega razmerja, če delavec dopusta ni v celoti izrabil. Ta terjatev je del njegovega premoženja in je prenosljiva in podedljiva, torej s smrtjo delavca preide na njegove dediče. Zato lahko izplačilo denarnega nadomestila za neizrabljeni letni dopust od delodajalca zahtevajo tudi dediči umrlega delavca.² Višina nadomestila je odvisna od dejanskih okoliščin posamičnega primera.

V primeru, da ima delavec plus ure, morajo biti te ustrezno izplačane, saj mora vsak delavec dobiti ustrezno plačilo za opravljeno delo, obveznost plačila pa je temeljna obveznost delodajalca po 44. členu ZDR-1.

- 4. Delavcu, ki neguje otroka, starega do treh let, se lahko v skladu z določbo 185. člena ZDR-1 naloži opravljanje nadurnega dela ali dela ponoči samo z njegovim predhodnim pisnim soglasjem. Kdo mora dati soglasje? Vsak starš otroka, razen če nima več starševske pravice? Kaj je v primeru, da je otrok star štiri mesece in partner izrablja starševski dopust?**

² Dr. Kresal Barbara, Nadomestilo za neizrabljeni letni dopust v primeru smrti delavca, IKS 11/14.

Določba 185. člena ZDR-1 se nanaša na vsakega delavca, ki neguje otroka. Kaj natanko pomeni nega otroka, ni natančno opredeljeno. V 3. odstavku 185. člena ZDR-1 je določeno še eno posebno varstvo, in sicer se enemu od delavcev – staršev, ki neguje in varuje otroka, mlajšega od sedem let, hudo bolnega otroka ali otroka, ki potrebuje posebno nego in varstvo v skladu s predpisi, ki urejajo družinske prejemke, in živi sam z otrokom, sme naložiti, da opravlja nadurno delo ali delo ponoči samo z njegovim predhodnim pisnim soglasjem.

V tem primeru se kot pogoj definirata nega in varstvo. Tudi iz zakona, ki ureja družinska razmerja, in zakona, ki ureja starševsko varstvo, ni mogoče razbrati, kaj natančno pomeni nega otroka. Dopust iz Zakona o starševskem varstvu in družinskih prejemkih (ZSDP-1) pomeni pravico do odsotnosti z dela zaradi poroda oziroma nege in varstva otroka. V 50. členu ZDR-1 je določeno, da se šteje, da eden od staršev neguje in varuje otroka, če ima roditeljsko pravico in otroka dejansko neguje in varuje. Če je otrok zaupan v varstvo in vzgojo enemu od staršev, se šteje, da drugi od staršev ne neguje in varuje otroka.

V Družinskem zakoniku (Ur. l. RS, št. 15/17), ki se sicer še ne uporablja, je v 137. členu določeno, da morajo starši skrbeti za življenje in zdravje svojih otrok, jih varovati, negovati in vzgajati ter nadzorovati. Nega je torej definirana kot obveznost vsakega starša otroka, razen v primeru, ko je staršu starševska skrb odvzeta.

Glede na zgoraj navedeno je mogoče sklepati, da se šteje, da otroka neguje in varuje vsak starš, ki ima roditeljsko pravico, in ta uživa tudi posebno varstvo po 185. členu ZDR-1.

5. Starejši delavec odkloni soglasje za opravljanje nočnega dela.

Varianta 1: Delovni proces je organiziran izključno kot izmensko delo z nočnim delom.

Varianta 2: Delovni proces je organiziran kot izmensko delo z nočnim delom, so pa sistemizirana tudi delovna mesta, kjer se delo opravlja v dnevni izmeni, vendar so vsa zasedena.

Vprašanje: Kakšne možnosti oziroma kakšne obveznosti ali pravice ima delodajalec v zgornjih situacijah? Možnost odpovedi iz razloga nesposobnosti? Ali je zakonitost odpovedi v tem primeru povezana z osnovnim načelom »prepovedi diskriminacije« iz 6. člena ZDR-1 (starost)?

Starejši delavec uživa posebno varstvo, med drugim mu delodajalec brez delavčevega pisnega soglasja ne sme odrediti nadurnega ali nočnega dela (199. člen ZDR-1).

Starejše mnenje Martine Šetinc-Tekavc je, da je mogoče delavcu v primeru odklonitve podaje soglasja odpovedati pogodbo o zaposlitvi iz razloga nesposobnosti.³

Druga možna razlaga, ki je splošno sprejeta v teoriji in praksi, je, da odpoved pogodbe o zaposlitvi v primeru odklonitve podaje oziroma preklica soglasja za opravljanje nočnega dela ni mogoča. V 4. odstavku 83. člena ZDR-1 je določeno, da je redna ali izredna odpoved pogodbe o zaposlitvi iz razlogov iz 6. člena ZDR-1 neveljavna. Tam je določeno, da mora delodajalec kandidatu pri zaposlovanju ali delavcu v času trajanja delovnega razmerja in v zvezi s prenehanjem pogodbe o zaposlitvi zagotavljati enako obravnavo ne glede na narodnost, raso

³ »Glede na to, da starejši delavec brez podpisa soglasja ne sme delati ponoči, je za svoje dotedanje nočno delo nesposoben, torej mu delodajalec lahko redno odpove pogodbo o zaposlitvi iz razloga nesposobnosti.« Šetinc-Tekavc Martina, Starejši delavci in nočno delo, Pravna praksa, 2005, št. 12, str. 25.

ali etnično poreklo, nacionalno in socialno poreklo, spol, barvo kože, zdravstveno stanje, invalidnost, vero ali prepričanje, starost, spolno usmerjenost, družinsko stanje, članstvo v sindikatu, premoženjsko stanje ali drugo osebno okoliščino v skladu s tem zakonom, predpisi o uresničevanju načela enakega obravnavanja in predpisi o enakih možnostih žensk in moških. Enako obravnavo glede na osebne okoliščine mora delodajalec zagotavljati kandidatu oziroma delavcu zlasti pri zaposlovanju, napredovanju, usposabljanju, izobraževanju, prekvalifikaciji, plačah in drugih prejemkih iz delovnega razmerja, odsotnostih z dela, delovnih razmerah, delovnem času in odpovedi pogodbe o zaposlitvi. Odpoved, ki je posledica izkoriščenja pravice delavca na podlagi njegove starosti bi lahko štela za nedopustno po 83. členu ZDR-1, ker gre za razlog iz 6. člena ZDR-1.

Podobno razlago je podalo Vrhovno sodišče pri obravnavi odpovedi pogodbe o zaposlitvi iz razloga nesposobnosti v primeru neizpolnjevanja zdravstvenih zahtev za opravljanje dela na delovnem mestu (VSRS sodba VIII Ips 8/2015). Vrhovno sodišče je takrat razlagalo, da različno obravnavanje delavcev glede na njihovo zdravstveno stanje mimo navedenih zakonskih določb, vključno z odpovedjo pogodbe o zaposlitvi iz razloga nesposobnosti, pomeni kršitev prepovedi diskriminacije, zaradi katere je odpoved pogodbe o zaposlitvi nezakonita oziroma neveljavna (4. odstavek 83. člena ZDR-1).

6. V službi vzdrževanja imamo organizirano pripravljeno na domu, da zagotavljamo stalno pripravljeno na delo v primeru okvare strojev. Eden izmed delavcev, ki dežurajo, je star 57 let in je odklonil dežuranje na domu. Kaj lahko storimo?

Starejšemu delavcu delodajalec brez delavčevega pisnega soglasja ne sme odrediti nadurnega ali nočnega dela. Določbe ZDR-1 o prepovedi dela preko polnega delovnega časa veljajo tudi v primeru neenakomerne razporeditve ali prerazporeditve delovnega časa (8. odstavek 148. člena ZDR-1). Pripravljenost na domu se lahko starejšemu delavcu odredi samo v primeru, da poda soglasje, saj gre v tem primeru za obveznost delavca, da se odzove na poziv delodajalca po opravljanju dela, ki predstavlja bodisi začasno prerazporeditev delovnega časa bodisi opravljanje nadurnega dela, v primeru pripravljenosti ponoči pa tudi za opravljanje nočnega dela.

7. Delavec dela v turnusu, ki praviloma zajema dva koledarska dneva (od 18.00 ure prvega dne do 7.00 ure drugega dne), v času praznikov pa se delo zaključi ob koncu predprazničnega dela ob 0.00. Ker delo za praznične dneve ni bilo predvideno, delavec ni bil upravičen do nadomestila plače po določbi 137. člena ZDR-1 (Ur. l. RS, št. 21/2013 in naslednji). Delavec pred sodiščem uveljavlja izplačilo nadomestila plače za 8 ur dnevno za dneve praznikov, ki so dela prosti. Ali bo delavec z zahtevkom uspel?

Delavec ima po 166. členu ZDR-1 pravico do odsotnosti z dela ob praznikih Republike Slovenije, ki so določeni kot dela prosti dnevi, in ob drugih, z zakonom določenih dela prostih dnevih. Pravica se delavcu lahko omeji, če delovni oziroma proizvodni proces poteka nepretrgano ali narava dela zahteva opravljanje dela tudi na praznični dan.

Vrhovno sodišče je s sklepom VIII DoR 62/2016 z dne 12. 6. 2016 dopustilo revizijo glede vprašanja, ali je glede na okoliščine tega primera delavec upravičen do plačila nadomestila za praznik po 2. in 9. odstavku 137. člena ZDR-1 v zvezi s 1. členom Zakona o praznikih in dela prostih dnevih v Republiki Sloveniji (ZPDPD, Ur. l. RS, št. 26/91 in naslednji) takrat, ko bi v

primeru, da praznika ne bi bilo, očitno delal v vnaprej določenem turnusu. Fleksibilnost razporejanja delovnega časa ni sopomenka za neenakomerno razporejanje delovnega časa. Bistvena lastnost neenakomerno razporejenega delovnega časa je odstopanje od npr. klasične razporeditve delovnega časa 40 ur na teden, 8 ur na dan, od ponedeljka do petka, da delavec v režimu neenakomerne razporeditve dela tudi po več kot 8 ur na dan, več ali manj kot 5 dni v tednu itd. Vendar je lahko tudi v neenakomerno razporejenem delovnem času določen način razporeditve, ki je fiksni po svoji naravi in s tem predvidljiv (npr. delo vsak drugi dan ali določen z letnim oziroma mesečnim razporedom). Če je razporeditev delovnega časa sistemsko jasna in ima vnaprej razviden način razporeditve, je možno tudi vnaprej določiti dneve, na katere delavec običajno dela.

Z revidentovim stališčem, da bi bilo z drugačno razlago v obravnavani zadevi lahko kršeno načelo enakosti iz 14. člena Ustave RS, revizijsko sodišče soglaša. Revident bi bil prikrajšan za nadomestilo za dela proste dneve, zato teh dni ne bi mogel enako uživati kot drugi zaposleni v enakomerni porazdelitvi delovnega časa. Poleg tega bi moral v primeru sprejemanja stališča sodišč nižjih stopenj na letni ravni dejansko opraviti več ur kot nekdo, ki dela v klasični razporeditvi delovnega časa med ponedeljkom in petkom. Razlikovanje je v obravnavni zadevi nerazumno, saj jo tožena stranka utemeljuje z (naknadno) zmanjšanimi potrebami po delu na dela proste dneve, ko njegovo delovno obveznost ukinja s spremenjenim razporedom (VSRS Sodba VIII Ips 261/2016).

- 8. V podjetju A, d. o. o., izplačujejo nadomestilo v primeru odsotnosti z dela zaradi nezmožnosti za delo iz zdravstvenih razlogov največ v višini osnovne plače ne glede na to, da je njegova povprečna mesečna plača za polni delovni čas iz zadnjih treh mesecev oziroma iz obdobja dela v zadnjih treh mesecih pred začetkom odsotnosti skoraj dvakrat višja. Pri tem se sklicujejo na to, da višina nadomestila plače ne sme presegati višine plače, ki bi jo delavec prejel, če bi delal. Je takšen način izplačila nadomestila v skladu z veljavno zakonodajo?**

V skladu s 7. odstavkom 137. člena ZDR-1 delavcu pripada nadomestilo plače v višini njegove povprečne mesečne plače za polni delovni čas iz zadnjih treh mesecev oziroma iz obdobja dela v zadnjih treh mesecih pred začetkom odsotnosti, če z ZDR-1 ali drugim zakonom oziroma na njegovi podlagi izdanim predpisom ni določeno drugače. Če delavec v obdobju zaposlitve v zadnjih treh mesecih ni delal in je za celotno obdobje prejemal nadomestilo plače, je osnova za nadomestilo enaka osnovi za nadomestilo plače v zadnjih treh mesecih pred začetkom odsotnosti. Če delavec v celotnem obdobju zadnjih treh mesecev ni prejel niti ene mesečne plače, mu pripada nadomestilo plače v višini osnovne plače, določene v pogodbi o zaposlitvi. Višina nadomestila plače ne sme presegati višine plače, ki bi jo delavec prejel, če bi delal.

Osnova za izračun nadomestila je z zakonom natančno določena in jo je treba upoštevati. V ZDR-1 ni nikakršne osnove, da bi se v primeru, da je delavec delal, izplačala le osnovna plača.

- 9. Pri zaposlitvi novega delavca ima delodajalec veliko začetnih stroškov za usposobitev delavca za opravljanje dela. Ali lahko delodajalec zahteva povračilo stroškov (internega in eksternega) usposabljanja delavca v primeru, da delavec preneha z delom pri delodajalcu v določenem času?**

Pogodbene stranki se lahko s pogodbo dogovorita za povračilo stroškov izobraževanja v primeru, da delavec preneha z delom pri delodajalcu pred določenih časom. Obdobje je

odvisno od izobraževanja, na katerega se vračilo stroškov nanaša, upoštevati se mora enaka vrednost vzajemnih dajatev. Pri presoji še dopustnega obdobja, v katerem mora delavec ostati na delu, da ne nosi dela stroškov izobraževanja, ni mogoče spregledati tega, da ta presoja ne more biti enaka v vseh oblikah zagotavljanja izobraževanja in je lahko odvisna tudi od stroškov in dolžine usposabljanja (v posameznih primerih so stroški lahko zelo visoki, izobraževanje pa zelo kratko in obratno). Odvisno je tudi od tega, ali mora delavec v tem obdobju ali kasneje v celoti ali delno opravljati tudi svoje delo, ali je pri delu v času izobraževanja relativno samostojen (razen posameznih konzultacij z mentorjem – podobno kot pri nekaterih specializacijah) oziroma je povsem oproščen dela pri tedanjem delodajalcu itd. (glej Sklep VIII lps 320/2010).

Glede vprašanja: »Ali v pogodbi o izobraževanju pojem „vsi nastali stroški v zvezi z izobraževanjem“ zajema tudi stroške, ki so delodajalcu nastali z izplačilom nadomestila plače za dneve odsotnosti delavca iz naslova Pogodbe o izobraževanju (v bruto znesku)?« je bila dopuščena revizija (VSRS Sklep VIII DoR 95/2016).

10. V skladu z našim Pravilnikom o plačah izplačujemo dodatek za skupno delovno dobo v višini 0,5 odstotka od osnove. V Kolektivni pogodbi za kovinsko industrijo je v 48. členu določeno, da se izplačuje dodatek v višini 0,6 odstotka od osnovne plače za delovno dobo pri zadnjem delodajalcu, če ni v PKP ali splošnem aktu delodajalca določeno drugače.

- Ali zadostujemo določbam KP, če izplačujemo 0,5-odstotni dodatek za skupno delovno dobo in ne 0,6-odstotni za dobo pri zadnjem delodajalcu?

- Ali lahko za vnaprej v Pravilniku o plačah določimo, da bi izplačevali 0,6-odstotni dodatek za delovno dobo v našem podjetju (in tako zadostili določbam 48. člena kolektivne pogodbe dejavnosti) in npr. 0,3-odstotni dodatek na skupno delovno dobo za delo pri prejšnjih delodajalcih do zaposlitve pri nas?

V 129. členu ZDR-1 je določeno, da delavcu pripada dodatek za delovno dobo, višina dodatka pa se določi v kolektivni pogodbi na ravni dejavnosti. V 222. členu ZDR-1 je določeno, da delavci, ki imajo ob uveljavitvi tega zakona dodatek za delovno dobo najmanj v višini 0,5 odstotka od osnovne plače za vsako izpolnjeno leto delovne dobe, ohranijo tak dodatek, razen če je s kolektivno pogodbo na ravni dejavnosti določeno drugače.

48. člen Kolektivne pogodbe za kovinsko industrijo Slovenije določa, da delavcu v primeru, če v podjetniški kolektivni pogodbi ali splošnem aktu delodajalca ni določeno drugače, pripada dodatek na delovno dobo v višini 0,6 odstotka od osnovne plače za vsako izpolnjeno leto zaposlitve pri zadnjem delodajalcu.

Kolektivna pogodba torej v skladu z zakonom opredeljuje višino dodatka na delovno dobo in naslavlja tudi vprašanje delovne dobe, ki naj jo delodajalec upošteva pri odmeri dodatka na delovno dobo. Kolektivna pogodba za kovinsko industrijo hkrati daje tudi možnost že obstoječega ali bodočega drugačnega urejanja dodatka za delovno dobo pri posameznih delodajalcih.

11. Delavec ima v pogodbi o zaposlitvi kot vodilni delavec poleg ostalih pravic določeno tudi pravico do izplačila dela dobička, ki ga družba ustvari v posameznem letu. Pred izplačilom nagrade delavec poda odpoved pogodbe o zaposlitvi. Pogodbeni stranki se dogovorita za krajši odpovedni rok oziroma skleneta sporazum o prenehanju veljavnosti pogodbe o

zaposlitvi z datumom prenehanja 45 dni pred datumom, na katerega bi se iztekel odpovedni rok. Hkrati se dogovorita, da se delavcu ne izplača nagrada (izplačilo dela dobička). Ali se lahko delavec veljavno odpove pravici do izplačila nagrade? Se lahko ta pobota z vrednostjo denarnega nadomestila za skrajšanje odpovednega roka?

Vodilnemu delavcu iz 74. člena ZDR-1 pripadajo pravice in ima obveznosti, kot veljajo za vse ostale zaposlene pri delodajalcu, razen tistih, za katere zakon posebej določa, da se lahko uredijo drugače (delovni čas, nočno delo, odmor, dnevni in tedenski počitek). Ustaljena sodna praksa je, da se delavec ne more veljavno odpovedati pravicam iz delovnega razmerja, ki jih je zakonodajalec predpisal (plača, regres, odpravnina), saj bi bilo to v nasprotju z namenom in smislom zakonsko opredeljenih pravic. Ustavno sodišče RS je v zadevi Up-63/03 zavzelo stališče, da se delavec ne more odpovedati pravicam iz delovnega razmerja, vsaj ne do višine zakonskega minimuma oziroma minimuma po kolektivni pogodbi. V navedeni zadevi je sicer odločalo o odpravnini, vendar je, kot je ustaljena sodna praksa, bistveno stališče, da se delavec ne more odpovedati zakonsko zagotovljenim pravicam. Odpoved tej pravici bi bila tudi v nasprotju z namenom in smislom delovnega prava. V primeru pogodbeno dogovorjene pravice do nagrade ne gre za zakonsko opredeljeno pravico, zato se delavec lahko na enak način, kot se je za pravico dogovoril, tej tudi odpove.

V skladu s 96. členom ZDR-1 se delavec in delodajalec lahko v pisni obliki dogovorita o ustreznem denarnem povračilu namesto dela ali celotnega odpovednega roka. V primeru, da se dogovorita za plačilo povračila s strani delavca namesto odpovednega roka, se lahko delodajalčeva obveznost izplačila nagrade pobota s povračilom. Za pobot se je potrebno dogovoriti, kot določa 136. člena ZDR-1 (pisno soglasje, ne pred nastankom delodajalčeve terjatve).

12. Delavec dela pri delodajalcu po podjetni pogodbi. Njuno razmerje ima vse elemente delovnega razmerja, zato delavec uveljavlja obstoj delovnega razmerja pred sodiščem. Delodajalec se sklicuje, da delavec ne izpolnjuje pogojev za zasedbo delovnega mesta. Ali bo delavec uspešen pri svojem zahtevku?

V skladu s 1. odstavkom 22. člena ZDR-1 mora delavec, ki sklene pogodbo o zaposlitvi, izpolnjevati predpisane, s kolektivno pogodbo ali splošnim aktom delodajalca določene oziroma s strani delodajalca zahtevane in v skladu s 1. odstavkom 25. člena tega zakona objavljene pogoje za opravljanje dela. Tako kot ne velja pogodba o zaposlitvi, ki jo delodajalec sklene z delavcem, ki ne izpolnjuje pogojev, ki jih je delodajalec določil za opravljanje dela, tudi ni možno reči, da ne obstoji delovno razmerje, čeprav so bili ugotovljeni vsi elementi delovnega razmerja, zgolj zato, ker delavec ne izpolnjuje s strani delodajalca predpisanih pogojev za opravljanje dela. V obeh primerih je delodajalec tisti, ki se odloči, da bo s takšnim delavcem kljub neizpolnjevanju pogojev sklenil pogodbo o zaposlitvi (v prvem primeru) oziroma drugo pogodbo civilnega prava, čeprav so podani elementi delovnega razmerja (v drugem primeru).

Vrhovno sodišče je sicer že večkrat zavzelo stališče, da je pri presoji, ali je nastopila zakonska domneva obstoja delovnega razmerja po 18. členu ZDR-1 oziroma 16. členu ZDR, ker obstajajo elementi delovnega razmerja, treba poleg teh elementov dokazovati tudi izpolnjevanje pogojev za zasedbo delovnega mesta (glej VIII Ips 337/2006 z dne 15. 1. 2008, VIII Ips 35/2008 z dne 10. 2. 2009, VIII Ips 266/2009 z dne 5. 9. 2013, VIII Ips 291/2015 z dne 17. 5. 2016).

Res pa je, da v nobenem od navedenih primerov Vrhovno sodišče ni odločilo, da je zahtevek za ugotovitev delovnega razmerja neutemeljen, ker delavec ni izpolnjeval pogojev za zasedbo delovnega mesta bodisi zato, ker je delavec izpolnjevanje pogojev dokazal bodisi zato, ker je šlo za razveljavitvene sklepe. Ne glede na navedeno Vrhovno sodišče meni, da je v primeru, kakršen je ta, treba odstopiti od stališča, da je v primeru spora o obstoju delovnega razmerja treba dokazati tudi izpolnjevanje pogojev za opravljanje dela, saj gre za pogoje, ki jih je delodajalec sam določil, obenem pa se je tudi sam odločil, da teh pogojev ne bo upošteval pri konkretnem razmerju, ki ima sicer vse elemente delovnega razmerja. Primer delavca je treba obravnavati enako kot primer delavca, s katerim delodajalec sklene pogodbo o zaposlitvi, čeprav ne izpolnjuje pogoja zahtevane izobrazbe. V obeh primerih se je delodajalec odločil, da s takšnim delavcem sklene delovno razmerje. Razlika je le v tem, da je šlo pri delavcu iz primera za faktično delovno razmerje, pri delavcu, ki ga delodajalec zaposli kljub neizpolnjevanju pogojev pa gre za pogodbo o zaposlitvi (VSRS Sodba VIII Ips 238/2016).

13. Sklenjena je pogodba o zaposlitvi s krajšim delovnim časom - dopolnilno delo delavca, in sicer za 6 ur na teden (mesečno približno 24 delovnih ur). Kako delavcu odmerimo dopust oziroma določimo pripadajoče število dni dopusta? Kolikšen znesek regresa v takšnem primeru pripada delavcu?

Dopolnilno delo je posebna oblika pogodbenega razmerja, pri kateri v vsakem primeru obstaja pogodba o zaposlitvi pri (vsaj enem) drugem delodajalcu. Zato je v 147. členu ZDR-1 posebej opredeljeno, da je določitev načina uresničevanja pravic in obveznosti iz tega delovnega razmerja glede na pravice in obveznosti delavca pri delodajalcih, pri katerih je zaposlen s polnim delovnim časom, obvezna sestavina pogodbe o zaposlitvi za opravljanje dopolnilnega dela. Glede ostalega ni določenih posebnosti, zato se uporabljajo določbe o pogodbi o zaposlitvi s krajšim delovnim časom od polnega.

Če ima delavec sklenjeno pogodbo o zaposlitvi s krajšim delovnim časom, ima pravico do regresa sorazmerno delovnemu času, za katerega je sklenil pogodbo o zaposlitvi (131. člen ZDR-1).

Smiselno se uporabijo tudi določbe 66. člena ZDR-1, ki se nanašajo na sklenitev pogodbe o zaposlitvi za krajši delovni čas z več delodajalci. Tam je določeno, da se mora delavec sporazumeti z delodajalci o delovnem času, o načinu izrabe letnega dopusta in o drugih odsotnostih z dela, delodajalci, pri katerih je delavec zaposlen s krajšim delovnim časom, pa so dolžni delavcu zagotoviti sočasno izrabo letnega dopusta in drugih odsotnosti z dela, razen če bi jim to povzročilo škodo. Omenjene obveznosti so sestavina pogodbe o zaposlitvi s krajšim delovnim časom.

Število dni letnega dopusta se odmeri na enak način kot pri drugih delavcih, ki delajo s krajšim delovnim časom od polnega, izraba dopusta pa se omogoči sočasno z izrabo letnega dopusta pri delodajalcu (oziroma delodajalcih), pri katerem je delavec zaposlen za polni delovni čas.

14. Po 116. členu ZDR-1 preneha delovno razmerje delavcu, ki je bil ob izteku odpovednega roka v bolniškem staležu, z dnem, ko se vrne na delo. Bolniški stalež za delavca je bil zaključen npr. v petek, 15. 9.

Ali je njegov zadnji dan dela ponedeljek, 18. 9., saj bi se na ta dan vrnil na delo, če mu ne bi bila pogodba o zaposlitvi odpovedana?

Ali to pomeni, da bi ta dan moral delavec še priti na delo?

S katerim dnem se v zgornjem primeru delavec »odjavi« iz zavarovanj?

Delavcu, ki mu je odpovedana pogodba o zaposlitvi iz poslovnega razloga ali iz razloga nesposobnosti in je ob poteku odpovednega roka odsoten z dela zaradi začasne nezmožnosti za delo zaradi bolezni ali poškodbe, preneha delovno razmerje z dnem, ko se delavec vrne na delo oziroma bi se moral vrniti na delo, najkasneje pa s potekom šestih mesecev po izteku odpovednega roka. V odločbi ZZZS se poleg datuma zaključka navede tudi dan, s katerim je delavec sposoben za delo. To je tisti dan, ko se delavca odjavi iz zavarovanja.

- 15. Delavcu je bila podana odpoved pogodbe o zaposlitvi s ponudbo nove zaradi spremembe sistemizacije. V prej veljavni sistemizaciji se je za zasedbo delovnega mesta, za katerega je imel delavec sklenjeno pogodbo o zaposlitvi, zahtevala VII/2 ali VI/1 raven izobrazbe. Za delovno mesto, za katerega je bila delavcu ponujena nova pogodba o zaposlitvi, se po novi sistemizaciji delovnih mest zahteva za zasedbo delovnega mesta le VI/1 raven izobrazbe. Je delovno mesto ustrezno?**

V ZDR-1 je v 5. odstavku 91. člena določeno, da je ustrezna zaposlitev tista, za katero se zahteva enaka vrsta in raven izobrazbe, kot se je zahtevala za opravljanje dela, za katero je imel delavec sklenjeno prejšnjo pogodbo o zaposlitvi, in za delovni čas, kot je bil dogovorjen po prejšnji pogodbi o zaposlitvi, ter kraj opravljanja dela ni oddaljen več kot tri ure vožnje v obe smeri z javnim prevoznim sredstvom ali z organiziranim prevozom delodajalca od kraja bivanja delavca. Delovno mesto po novi sistemizaciji je ustrezno delovno mesto, saj se zanj zahteva enaka raven izobrazbe, kot se je zahtevala (sicer alternativno) za delovno mesto po prej veljavni sistemizaciji.

- 16. Delodajalec je odpovedal pogodbo o zaposlitvi iz poslovnega razloga s ponudbo nove pogodbe o zaposlitvi za isto delovno mesto, vendar na drugem oddelku, saj se je obseg dela na enem oddelku zmanjšal, na drugem pa povečal. Ali je takšna odpoved pogodbe s ponudbo nove zakonita?**

Premeščanje delavca iz enega na drug oddelek s podajo odpovedi pogodbe o zaposlitvi in hkratno ponudbo nove pogodbe za drugo delovno mesto glede na potrebe poslovnega procesa, kot jih vidi in razumno utemelji poslovodstvo, je v okvirih dovoljene proste poslovne odločitve delodajalca, ki na tak način zagotovi nemoten in optimalen potek delovnega procesa (VSRS Sodba in Sklep VIII Ips 122/2016).

- 17. Delodajalec je z delavcem 12. 10. 2017 ob 10. uri izvedel zagovor pred izredno odpovedjo pogodbe o zaposlitvi. Na zagovoru ni bilo zakonitega zastopnika delodajalca. Kmalu po izvedbi zagovora je bila delavcu vročena odpoved pogodbe o zaposlitvi, ki je bila očitno glede na odsotnost zakonitega zastopnika delodajalca vnaprej pripravljena. Ali je takšna odpoved pogodbe o zaposlitvi zakonita?**

Na nezakonitost odpovedi ne vpliva dejstvo, da je bila izredna odpoved v kratkem času po opravljenem zagovoru delavcu tudi že vročena in bi to lahko kazalo tudi na že vnaprej pripravljeno odpoved. Gre za odpoved pogodbe o zaposlitvi brez predvidenega posebnega formalnega postopka, razen zagotovitve predhodnega zagovora, vendar še to ne v popolnoma vseh primerih. Nikjer ni določeno, da delodajalec že pred zagovorom ne more pripraviti izredne

odpovedi pogodbe o zaposlitvi. Še vedno je od delavčevega zagovora lahko odvisno, ali bo prepričal delodajalca, da očitanih kršitev delovnih obveznosti ni storil ali da obstajajo druge okoliščine, ki ne utemeljujejo izredne odpovedi pogodbe o zaposlitvi (VSRS Sodba VIII Ips 131/2016).

- 18. Delodajalec je odpovedal pogodbo o zaposlitvi iz poslovnega razloga, saj je drastično upadel promet, prišlo je do upada kupcev in prodaje. Delavka je uveljavljala, da je bila diskriminirana zaradi daljših odsotnosti z dela zaradi bolezni in rojstva dveh otrok ter zaradi dela s skrajšanim delovnim časom, do katerega je upravičena po predpisih o starševskem varstvu. Na čigavi strani je dokazno breme, ali je bila delavka diskriminirana?**

Koriščenje pravic po predpisih o starševskem varstvu je osebna okoliščina, zaradi katere delodajalec delavca ne sme neenako obravnavati. Dokazno breme, da okoliščine niso bile razlog za izbiro tožnice kot delavke, ki ji bo odpovedana pogodba o zaposlitvi, je bilo ob jasnih in določenih navedbah delavke na delodajalca (VSRS Sklep VIII Ips 115/2016).

- 19. Delodajalec je spremenil sistemizacijo delovnih mest in ukinil delovno mesto svetovalke za preprečevanje pranja denarja v Službi za skladnost poslovanja, ki ga je delavka zasedala. Prav tako je izvedel reorganizacijo z združitvijo Sektorja za korporativno varnost in nadzor in Službe za skladnost poslovanja. V novonastalem Sektorju za korporativno varnost, skladnost in nadzor, ki je nastal z združitvijo, delovnega mesta svetovalca za preprečevanje pranja denarja ni bilo več, bilo pa je sistemizirano novo delovno mesto pooblaščenec za preprečevanje pranja denarja in financiranja terorizma. To delovno mesto ima skoraj identične naloge kot delovno mesto svetovalke za preprečevanje pranja denarja v Službi za skladnost poslovanja, ki ga je delavka zasedala, in samostojni sodelavec za preprečevanje pranja denarja in financiranja terorizma. Slednje je bilo ob odpovedi pogodbe o zaposlitvi ponujeno delavki v podpis. Delavka je ponudbo sprejela. Nato je pred sodiščem uveljavljala nezakonnost odpovedi pogodbe o zaposlitvi, ker gre za spremembo organizacijske narave, ki sama po sebi ne utemeljuje odpovedi pogodbe o zaposlitvi delavki. Ali delavka s takim zahtevkom lahko uspe?**

Če je tožena stranka dejansko le spremenila naziv delovnega mesta, vsebina nalog pa je - čeprav v drugi organizacijski enoti - ostala domala enaka, odpovedni razlog kljub spremenjeni sistemizaciji ne more biti utemeljen (VSRS Sklep VIII Ips 109/2016).

- 20. Delodajalec in delavec sta se dogovorila za sklenitev pogodbe o zaposlitvi s trimesečnim poskusnim delom. V pogodbi sta opredelila, da delo delavca spremlja tričlanska komisija, ki poda tudi oceno poskusnega dela delavca. Pri ocenjevanju poskusnega dela je bil eden izmed članov komisije odsoten, tako da sta oceno poskusnega dela podala le dva člana komisije. Na podlagi negativne ocene poskusnega dela je bila delavcu odpovedana pogodba o zaposlitvi. Delavec je uveljavljal nezakonnost odpovedi pogodbe o zaposlitvi, ker ocene niso podali vsi člani komisije. Ali bo delavec uspešen?**

Naloga komisije za spremljanje poskusnega dela delavca je v vsakem primeru le strokovna ocena, ali je delavec med poskusnim delom s svojim delom zadostil utemeljenim pričakovanjem delodajalca. Komisija poda le strokovno oceno delavčevega dela, sicer pa ne odloča o pravicah delavca. Zgolj zato, ker sta oceno tožničinega poskusnega dela podala le dva člana komisije, tretji pa je bil takrat upravičeno odsoten iz povsem drugih razlogov in

neposredno pri oceni ni sodeloval, podana ocena ni bila nezakonita oziroma neveljavna (VSRS Sodba VIII Ips 135/2016).

- 21. Delavec in delodajalec sta sklenila pogodbo o zaposlitvi za nedoločen čas za delovno mesto, ki je po aktu o sistemizaciji uvrščeno v 5. tarifni razred. Med drugim sta se dogovorila o datumu nastopa dela 12. 7. 2017 in določila poskusno dobo treh mesecev (3. člen pogodbe). Nato sta pred potekom te dobe sklenila še aneks k pogodbi o zaposlitvi (dne 11. 10. 2017), v katerem sta med drugim zapisala, „da med pogodbenima strankama obstoji medsebojni interes za podaljšanje dobe poskusnega dela za en mesec, to je za dobo štirih mesecev od dneva nastopa dela s strani delavca.“ Kolektivna pogodba, ki zavezuje delodajalca v zvezi s poskusnim delom, določa, da poskusno delo za dela od I. do IV. skupine zahtevnosti znaša dva meseca, za dela V. skupine zahtevnosti tri mesece, za dela VI., VII. in VIII. skupine zahtevnosti pet mesecev itd. Delavec je poskusno delo neuspešno opravil, zaradi česar mu je bila 8. 11. 2017 odpovedana pogodba o zaposlitvi zaradi neuspešno opravljenega poskusnega dela. Delavec je vložil tožbo, s katero uveljavlja nezakonitost odpovedi pogodbe o zaposlitvi, saj je doba trajanja poskusnega dela predolga. Kako bi vi odločili v navedenem primeru?**

Ob nezakonitem podaljšanju poskusnega dela je odpoved pogodbe o zaposlitvi zaradi neuspešno opravljenega poskusnega dela tudi prepozna, saj delodajalec lahko delavcu v skladu z določbo 4. odstavka 125. člena ZDR-1 redno odpove pogodbo o zaposlitvi le v času trajanja ali ob poteku poskusnega dela, za katerega ugotovi, da ga delavec ni uspešno opravil, ne pa veliko kasneje.

Določitev poskusnega dela v daljšem obdobju, kot je predvideno v Kolektivni pogodbi dejavnosti, predstavlja pogodbeno določilo, ki je v nasprotju s splošnimi določbami o minimalnih pravicah in obveznostih pogodbenih strank. Določitev poskusnega dela je za delavca namreč dodatni pogoj in njegovo podaljšanje pomeni tudi podaljšanje njegovega negotovega položaja. Zato je treba šteti zakonske določbe in določbe kolektivnih pogodb o maksimalnem trajanju poskusnega dela na posameznih delovnih mestih za del minimalnih standardov, ki morajo biti zagotovljeni tudi v pogodbi o zaposlitvi (VSRS Sodba VIII Ips 222/2016).

- 22. Delavcu je bila v času pripravništva redno odpovedana pogodba o zaposlitvi iz krivdnega razloga v skladu s 3. alinejo 1. odstavka 89. člena ZDR-1. Ali je takšna odpoved zakonita?**

Ker je bila tožniku podana redna odpoved pogodbe o zaposlitvi, je odpoved nezakonita, saj zakon v času pripravništva take odpovedi ne dovoljuje. V skladu s 123. členom ZDR-1 v času trajanja pripravništva delodajalec pripravniku ne sme odpovedati pogodbe o zaposlitvi, razen če so podani razlogi za izredno odpoved ali v primeru uvedbe postopka za prenehanje delodajalca ali prisilne poravnave.

- 23. Delavka je bila zaposlena kot vodja računovodstva in financ v poslovni enoti Novo mesto. Ta je bila ukinjena, poslovanje pa je bilo preneseno na poslovno enoto Celje, kjer potreb po delu delavke ni bilo, saj niso potrebovali dveh vodij oddelka računovodstva in financ. Delavki je bila redno odpovedana pogodba o zaposlitvi iz poslovnega razloga, ker je bila ukinjena poslovna enota, v kateri je delala, poslovanje pa se je preneslo na drugo poslovno enoto, v kateri niso potrebovali dveh vodij oddelka računovodstva in financ. Delodajalec zaposluje**

več kot 300 delavcev in je v času izpodbijane odpovedi podal odpoved pogodbe o zaposlitvi iz poslovnega razloga 20 delavcem ter ni pripravil programa razreševanja presežnih delavcev in izpeljal ostalega postopka, potrebnega pri odpovedi pogodbe o zaposlitvi iz poslovnega razloga večjemu številu delavcev. Delavka je podala zahtevek za ugotovitev nezakonitosti redne odpovedi pogodbe o zaposlitvi iz poslovnega razloga ter reintegracijski in reparacijski zahtevek. Sklicevala se je na to, da je delodajalec pri presoji, ali gre za odpoved večjemu številu delavcev, upošteval samo delavce, ki jim je tožena stranka odpovedala pogodbo o zaposlitvi, čeprav bi moral po spremenjeni praksi Vrhovnega sodišča upoštevati tudi spremembe pogodb o zaposlitvi in nove pogodbe o zaposlitvi z že zaposlenimi delavci. Ali bo delavka uspešna?

Za presojo, ali je bila tožena stranka dolžna ravnati po določbah zakona o odpovedi večjemu številu delavcev, je pomembno, koliko delavcem je zaradi poslovnega razloga prenehala veljati dotedanja pogodba o zaposlitvi, pri čemer lahko štejejo tudi delavci, ki so pristali na podpis nove pogodbe o zaposlitvi.

Kot je Vrhovno sodišče pojasnilo že v več odločbah, ki nekoliko spreminjajo dotedanjo sodno prakso (glej sodbo in sklep Vrhovnega sodišča RS VIII Ips 10/2016, VIII Ips 15/2016, VIII Ips 20/2016, VIII Ips 21/2016, VIII Ips 31/2016, vse z dne 22. 3. 2016), se pri določanju večjega števila presežnih delavcev po določbi 96. člena prej veljavnega ZDR (Ur. l. RS, št. 42/2002 in naslednji), ki je razen relevantnih kvot smiselno enak 98. členu ZDR-1, ne upoštevajo le delavci, ki jim je bila formalno odpovedana pogodba o zaposlitvi iz poslovnega razloga in ki jim je z odpovedjo tudi prenehalo delovno razmerje. Zaradi skladne razlage prava EU se morajo upoštevati vsi delavci, katerih pogodba je bila zaradi prenehanja potrebe po njihovem delu spremenjena (je prenehala veljati), saj ima pojem "odpust" v smislu 1. člena Direktive 98/59/ES veljavo po pravu Skupnosti in ga je treba razlagati tako, da zajema vsako prenehanje pogodbe o zaposlitvi, ki ni po volji delavca in je torej brez njegovega soglasja (Komisija proti Portugalski, C- 55/02 z dne 12. 10. 2004). V relevantno kvoto spadajo vsi delavci, katerih status se je spremenil zaradi ekonomskih razlogov na strani delodajalca (Pujante Rivera, C-422/14 z dne 11. 11. 20153). Zato je za presojo, ali je bil delodajalec dolžan ravnati po določbah zakona o odpovedi večjemu številu delavcev pomembno, koliko delavcem je zaradi poslovnega razloga prenehala veljati dotedanja pogodba o zaposlitvi, pri čemer lahko štejejo tudi delavci, ki so pristali na podpis nove pogodbe o zaposlitvi - delavka ponujene ni sprejela (VSRS Sklep VIII Ips 290/2016, VSRS Sklep VIII Ips 282/2016).