бр. 07-00-00724/2022-02 датум: 4.7.2023.

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
|  | | |  |  |
|  | ЈСВ  1115/2022 |  |  |  |

**МИШЉЕЊЕ**

*Мишљење је донето у поступку поводом притужбе коју je поднела АА, против ББ , власника пекарско трговинско угоститељске радњe ВВ, због дискриминације на основу здравственог стања и инвалидитета. У притужби је наведено да је подноситељка притужбе била запослена на неодређено време код послодавца АА, власника ове радње, и то од 31. маја 2021. године, као и да јој се током боравка на послу погоршало здравствено стање, због чега је морала да отвори боловање ради даљег лечења и операције кука. Даље је навела да је послодавац позвао током трајања боловања да потпише решење којим је проглашена за технолошки вишак чиме јој је прекинут радни однос 15. децембра 2022. године. У изјашњењу послодавца је наведено да је поред подноситељке притужбе још једна радница проглашена технолошким вишком, која није имала здравствених проблема, као и да здравствено стање није био критеријум на основу ког је одлучено да подноситељки притужбе буде отказан уговор о раду. Даље је наведено да је у пословању дошло до промена, односно до смањења обима посла, као и до повећања трошкова пословања због чега је било потребно смањити број запослених. У току поступка је утврђено да је на основу доказа поднетих уз притужбу, подноситељка притужбе учинила вероватним акт дискриминације достављањем доказа да је у току привремене спречености за рад и то 15. децембра 2022. године послодавац отказао Уговор о раду као и да је овај отказ наступио непосредно након оцене РФЗО-Филијале за Борски округ у којој је Првостепена лекарска комисија између осталог утврдила да је обавезно упућивање подноситељке притужбе надлежном органу ради утврђивања губитка радне способности по прописима о пензијском и инвалидском осигурању најкасније до 5. децембра 2022. године. У поступку је даље утврђено, на основу доказа приложених уз изјашњење, да запослена која је такође била проглашена технолошким вишком, није обављала исту врсту послова као и подноситељка притужбе, односно није била распоређена на радно место „продавац у малопродаји“. Такође је утврђено да је према достављеним уговорима о раду уз изјашњење, у периоду од августа месеца, односно од 5. и 28. августа 2022. године (у време док је подноситељка притужбе била спречена за рад) послодавац запослио две запослене на неодређено време са пуним радним временом за обављање послова радног места „продавац у малопродаји“, односно радног места на које је била распоређена и подноситељка притужбе. Повереник је разматрао наводе из изјашњења послодавца да се у поступку проглашења вишка запослених руководио другим критеријумима попут успешности у обављању посла, односа према муштеријама и сл. међутим, послодавац није доказао да је у било ком моменту имао примедбе на рад подноситељке притужбе или да је њен однос према муштеријама био неадекватан и сл. те да је применом таквог критеријума одлучио да подноситељка притужбе буде оглашена технолошким вишком. Поред тога није доставио ни доказе којима доказује да му је опао промет, или да су наступиле такве економске, финансијске или друге промене због којих је био принуђен да смањи број запослених проглашењем запосленог за технолошки вишак. У складу са законом чaк и у ситуaциjи кaдa пoслoдaвaц ниje у oбaвeзи дa дoнeсe Прoгрaм рeшaвaњa вишкa зaпoслeних, кao у кoнкрeтнoм случajу, рaзлoзи зa прeстaнaк пoтрeбe зa рaдoм зaпoслeнoг мoрajу бити oбjeктивни и oпрaвдaни. С обзиром да је послодавац запослио две запослене на неодређено време са пуним радним временом и то, непосредно пре проглашења подноситељке притужбе за технолошки вишак, не може се сматрати да је смањио број запослених на радном месту „продавац у малопродаји“ већ да је фактички повећао број запослених на овом радном месту.* *На основу утврђених чињеница и околности може се закључити да подноситељка притужбе није проглашена технолошким вишком услед стварних организационих промена код послодавца учињених у циљу смањења трошкова пословања и рационализације посла, како је то наведено у изјашњењу, већ услед тога што је у дужем временском периоду била привремено спречена за рад због свог здравственог стања. По спроведеном поступку, применом правила о пребацивању терета доказивања, Повереник је донео мишљење да је послодавац повредио одредбе чл. 6, 16. и 27. став 1. Закона о забрани дискриминације, па је препоручио ББ, да отклони последице дискриминаторног поступања према АА, тако што ће позвати подноситељку притужбе и уколико је она сагласна поново јој понудити посао у овој самосталној занатској радњи. Поред тога је препоручено да убудуће води рачуна да у оквиру својих редовних послова и активности, не крши законске прописе о забрани дискриминације.*

1. **ТОК ПОСТУПКА**

**1.1.** Поверенику за заштиту равноправности притужбом се обратила АА против ББ због дискриминације на основу здравственог стања и инвалидитета.

**1.2.**  У притужби и допуни притужбе је, између осталог, наведено:

* да је подноситељка притужбе била у сталном радном односу код послодавца ББ од 31. маја 2021. године;
* да јој се током боравка на послу погоршало здравствено стање, због чега је морала да отвори боловање ради даљег лечења;
* да чека ревизију уградње вештачког кука, због чега се теже креће;
* да је власник радње, ВВ позвао током трајања боловања да потпише решење којим је проглашена за технолошки вишак чиме јој се прекида радни однос;
* да моли да „се заштити од отказа“ јер сматра да након завршетка лечења може да настави са радом.

Уз притужбу и допуну притужбе су достављени следећи докази: Решење бр. 12-02/2022 од 15. децембра 2022. године; Потврда о поднетој пријави, промени, одјави на обавезно социјално осигурање; Извештај прегледа магнетне резонанце од 22. јуна 2022. године; Извештај лекара специјалисте од 13. јула 2022. године; Извештај лекара специјалисте од 29. августа 1984. године; Извештај лекара специјалисте од 12. октобра 2022. године; Упут за амбулантно-специјалистички преглед од 10. новембра 2022. године; Извештај лекара специјалисте од 10. новембра 2022. године; Упут за амбулантно-специјалистички преглед од 24. новембра 2022. године; Оцену првостепене лекарске комисије за Борски округ са седиштем у Бору бр. 18882 од 21. новембра 2022. године; Упут за амбулантно специјалистички преглед од 25. новембра 2022. године; Извештај лекара специјалисте од 25. новембра 2022. године; Отпусну листу са епикризом; Ортопедски налаз; Отпусна листа завода за коштано-зглобна обољења деце „Др. Милун Митровић“; Отпусна листа са епикризом Института за ортопедско-хируршке болести „Бањица“; Потврду о пријему поднеска (захтев за оцену радне способности) од 5. децембра 2022. године.

**1.3.** Повереник за заштиту равноправности спровео је поступак у циљу утврђивања правно релевантних чињеница и околности, у складу са чланом 37. Закона о забрани дискриминације, те је затражио изјашњење од послодавца, односно власника радње ББ.

**1.4.**   У изјашњењу послодавца, између осталог наведено је:

* да оспорава наводе из притужбе у целости;
* да је због опадања промета и високих трошкова пословања, а ради ефикасније организације посла било потребно да се смањи број запослених;
* да с обзиром да има четири запослена, према одредбама члана 153. и 154. Закона о раду није у обавези да доноси Програм решавања вишка запослених, а самим тим ни да утврђује критеријуме у оквиру тог програма;
* да с тим у вези није донета ни посебна одлука о критеријумима, али да су приликом оцене и утврђивања који ће запослени бити проглашени вишком узимале у обзир чињенице: постојање потребе за радним местима на којима запослени обављају рад, квалитетом извршавања радних обавеза од стране запослених, односом запослених према раду, односом запослених према потрошачима с обзиром на врсту делатности, претходним радним искуством запослених;
* да је на основу урађених анализа утврђено да постоје велики трошкови пословања због великог броја радника и смањеног обима посла, па је закључено да се посао може обавити и са смањеним бројем запослених;
* да су применом наведених критеријума, подноситељка притужбе и ГГ проглашене технолошким вишком, која није имала никакве здравствене проблеме или ограничења;
* да подноситељки притужбе није понуђен премештај на неко друго радно место, јер не постоје друга радна места у предузетничкој радњи, а такође није постојала потреба ни за додатним радом, због чега није понуђен рад са непуним радним временом;
* запосленима које су проглашене технолошким вишком није понуђен премештај на рад код другог послодавца јер не постоји таква пракса код трговинских радњи у Бору и у том смислу не постоји таква сарадња послодавца;
* да раније није спровођен поступак проглашења вишка запослених, а да је подноситељка притужбе била привремено спречена за рад почев од 14. маја 2022. године, па на даље.
* да је запосленима које су проглашене технолошким вишком исплаћена отпремнина у висини и на начин предвиђен Законом о раду.

У прилогу изјашњења достављени су следећи докази: Уговор о раду закључен са ААц; Решење о престанку радног односа АА бр.12-02/2022 од 15. децембра 2022. године; Решење бр.12-03/2022 о престанку радног односа ГГ од 15. децембра 2022. године; Обрачун отпремнине за АА; Налог за пренос; Технолошки вишак-модел обрачуна отпремнине; Налог за пренос.

**1.5**. Повереник за заштиту равноправности затражио је од послодавца допуну изјашњења, а у циљу правилног и потпуног утврђивања чињеничног стања. Захтевом за допуну затражено је да појасни: на којим су радним местима распоређени преостали запослени од укупно четворо запослених; да ли је још неко од запослених на радном месту „продавац у малопродаји“, осим подноситељке притужбе, проглашен технолошким вишком и ко тренутно обавља посао продавца у малопродаји.

**1.6**. У допуни изјашњења, ББ је навео следеће:

* да су у предузетничкој радњи, након престанка радног односа подноситељки притужбе АА и ГГ , запослене укупно четири особе рачунајући и послодавца, власника радње; да су два запослена на радном месту „радник у малопродаји“ док је једна особа запослена на радном месту „пекар“;
* да, осим подноситељке притужбе, други запослени на радном месту „продавац у малопродаји“ нису проглашени технолошким вишком на том радном месту;
* да је постојао технолошки вишак на радном месту продавца у малопродаји, с обзиром на опадање промета и високе трошкове пословања;
* да су тренутно на радном месту „продавца у малопродаји“ запослене ДД иЂЂ;
* да је одлуку да ова лица остану запослена послодавац донео на основу критеријума попут: квалитет извршавања радних обавеза од стране запослених, однос запослених према раду, однос запослених потрошачима, с обзиром на то да се радња бави услужном делатношћу, као и претходно радно искуство запoслених;
* да сматра да је пријава „наводне дискриминације неоснована“, као и да подноситељка притужбе није учинила вероватним да је до акта дискриминације дошло, због чега предлаже да се поступак обустави.

У прилогу допуне изјашњења достављени су следећи докази: фотокопија уговора о раду са ДД бр. 48/2022 од 02.08.2022. године; фотокопија уговора о раду са ЂЂ бр. 49/2022 од 29.08. 2022. године и фотокопија уговора о раду са ЕЕ бр. 42/2021 од 05.08.2021. године

**2. ЧИЊЕНИЧНО СТАЊЕ**

**2.1.** Увидом у Уговор о раду бр. 40/2021 утврђено је да је уговор закључен између ББ , као послодавца и АА . Уговором је предвиђено да запослена обавља послове радног места „продавац у малопродаји“, а Уговор о раду се закључује на неодређено време, почев од 1. јуна 2021. године, са пуним радним временом.

**2.2.** Увидом у Извештај лекара специјалисте ортопедске хирургије и трауматологије од 13. јула 2022. године утврђено је да се пацијенткиња жали на утрнулости бол у педелу леве глутеалне регије, као и леве надлактице. Налазом је дат и закључак да се пацијенткиња ставља на листу за ревизиону хирургију уз физијатријско лечење.

**2.3**. Увидом у Извештај лекара специјалисте ортопедске хирургије и трауматологије Института за ортопедију Бањица од 12. октобра 2022. године утврђено је да код пацијекнткиње постоји субјективно и објективно погоршање, да је оперативна по позиву са ревизионе листе чекања, те да је потребна физикална терапија, примена аналгетика. Такође је наведено да је пацијенткиња неспособна за рад док траје физикална терапија.

**2.4.** Увидом у Упут за Амбулантно-специјалистички преглед од 10. новембра 2022. године за физикалну медицину и рехабилитацију, као и да је дато мишљење да постоји погоршање стања, да пацијенткиња чека ревизиону атропластику левог кука, да је отежано покретна, а физикалне терапије не дају резултате, а једино решење је операција.

**2.5.** Увидом у ЗЗ од 21. новембра 2022. године утврђено је да Првостепена лекарска комисија ББ даје оцену да је привремено спречена за рад од 21. новембра 2022. године и даље, као и да је обавезно упућивање осигуранице надлежном органу ради утврђивања губитка радне способности по прописима о пензијском и инвалидском осигурању најкасније до 5. децембра 2022. године. У оцени је такође наведено да је осигураница привремено спречена за рад до контроле на првостепеној лекарској комисији 12. децембра 2022. године са новим налазом ортопеда и потврдом да је предата документација за лекарску комисију због дужине привремене спречености за рад.

**2.6.** Увидом у Упут за амбулантно-специјалистички преглед за Општу болницу у Бору од 24. новембра 2022. године, утврђено је да се пацијенткиња АА упућује на специјалистички преглед ради обраде за лекарску комисију.

**2.7.** Увидом у Упут социјалном раднику од 24. новембра 2022. године утврђено је да је пацијенткиња АА, упућена на преглед ради упућивања на лекарску комисију због дужине боловања.

**2.8.** Увидом у АА од 25. новембра 2022. године утврђено је да је пацијенткиња АА упућена на преглед ради упућивања на лекарску комисију због дужине боловања.

**2.9.** Увидом у Извештај лекара специјалисте од 25. новембра 2022. године утврђено је да је дат налаз и мишљење лекара специјалисте, у коме је између осталог наведено да је настало погоршање пре осам месеци, те да је стаљена на листу чекања на Бањици ради ревизије артропластике левог кука, те да је због дужине боловања послата на процену лекарске комисије.

**2.10.** Увидом у Решење бр.12-02/2022 од 15. децембра 2022. године утврђено је да АА, **распоређеној на пословима „продавац у малопродаји“ престаје радни однос 15. децембра 2022. године, па јој се отказује уговор о раду** бр. 40/21 од 31. маја 2021. године због престанка потребе за радом услед економских и организационих промена. У образложењу решења, поред осталог је наведено да је овакав поступак смањења радника проистекао из одлуке власника радње да смањи трошкове пословања како би ублажио последице смањеног обима посла. У образложењу је такође наведено да је на основу извршених анализа и оцена стања у пословању, утврђено да је број радника велики, што узрокује високе трошкове пословања, па је због ефикаснијег пословања било потребно извршити организационе промене.

**2.11.** Увидом у Потврду о поднетој пријави, промени и одјави на обавезно социјално осигурање од 19. децембра 2022. године утврђено је да је осигурање престало 15. децембра 2022. године, као и да је основ престанка осигурања техонолошке, економске или организационе промене.

**2.12.** Увидом у обрачун отпремнине утврђен је износ отпремине за АА за период рада од 1. јуна 2021. године до 15. децембра 2022. године

**2.13.** Увидом у Уговор о раду бр. 42/2021 од 5. августа 2021. године утврђено је да је уговор закључен између ББ и ДД , као и да ће запослена обављати послове радног места „пекар“, почев од 5. августа 2021. године са пуним радним временом, на неодређено време.

**2.14**. Увидом у Решење бр. 12-03/2022 од 15. децембра 2022. године утврђено је да се запосленој ДД која је распоређена на пословима „пекар“ престаје радни однос дана 15. децембра 2022. године и отказује се Уговор о раду бр. 27/2018 од 30. октобра 2018. године због престанка потребе за радом услед економских и организационих промена, те немогућности послодавца да запосленом обезбеди обављање других послова, односно да га оспособи за рад на другим радним местима или да га запосли код другог послодавца.

**2.15.** Увидом у Уговор о раду бр. 48/2022 од 2. августа 2022. године утврђено је да је уговор закључен између ББ и ГГ , као и да ће запослена обављати послове **радног места „продавац у малопродаји“, почев од 2. августа 2022. године са пуним радним временом, на неодређено време**.

**2.16.** Увидом у Уговор о раду бр. 49/2022 од 29. августа 2022. године утврђено је да је уговор закључен између АА и ДД, као и да ће запослена обављати послове **радног места „продавац у малопродаји“, почев од 29. августа 2022. године са пуним радним временом, на неодређено време**.

**3. МОТИВИ И РАЗЛОЗИ ЗА ДОНОШЕЊЕ МИШЉЕЊА**

**3.1.** Повереник за заштиту равноправности, приликом одлучивања у овом предмету, имао је у виду наводе из притужбе и изјашњења, достављене прилоге, као и релевантне правне прописе у области заштите од дискриминације.

Правни оквир

**3.2.** Повереник за заштиту равноправности је установљен Законом о забрани дискриминације[[1]](#footnote-1) као самосталан државни орган, независан у обављању послова утврђених законом. Одредбама члана 33. Закона о забрани дискриминације прописана је надлежност Повереника за заштиту равноправности. Једна од основних надлежности Повереника јесте да прима и разматра притужбе због дискриминације, даје мишљења и препоруке у конкретним случајевима дискриминације и изриче законом утврђене мере. Поред тога, Повереник је овлашћен да предлаже поступак мирења, као и да покреће судске поступке за заштиту од дискриминације и подноси захтеве за покретање прекршајног поступка због повреде одредаба којима се забрањује дискриминација. Повереник је, такође, овлашћен да упозорава јавност на најчешће, типичне и тешке случајеве дискриминације и да органима јавне власти препоручује мере за остваривање равноправности[[2]](#footnote-2).

**3.3.**  Устав Републике Србије[[3]](#footnote-3), у члану 21. забрањује сваку дискриминацију, непосредну или посредну, по било ком основу, а нарочито по основу расе, пола, националне припадности, друштвеног порекла, рођења, вероисповести, политичког или другог уверења, имовног стања, културе, језика, старости и психичког или физичког инвалидитета.

**3.4.** Уставна забрана дискриминације ближе је разрађена Законом о забрани дискриминације, који у члану 2. став 1. тачка 1. прописује да акт дискриминације означава свако неоправдано прављење разлике или неједнако поступање, односно пропуштање (искључивање, ограничавање или давање првенства), у односу на лица или групе као и на чланове њихових породица, или њима блиска лица, на отворен или прикривен начин, а који се заснива на на раси, боји коже, прецима, држављанству, националној припадности или етничком пореклу, језику, верским или политичким убеђењима, полу, роду, родном идентитету, сексуалној оријентацији, полним карактеристикама, нивоом прихода**,** имовном стању, рођењу, генетским особеностима, здравственом стању, инвалидитету, брачном и породичном статусу, осуђиваности, старосном добу, изгледу, чланству у политичким, синдикалним и другим организацијама и другим стварним, односно претпостављеним личним својствима. Одредбама члана 16. забрањена је дискриминација у области рада**,** док је одредбама члана 27. забрањена дискриминација лица или групе лица с обзиром на њихово здравствено стање, као и чланова њихових породица.

**3.5.** Закон о раду[[4]](#footnote-4)  у члану 18.  забрањује непосредну и посредну дискриминацију лица која траже запослење, као и запослених, с обзиром на пол, рођење, језик, расу, боју коже, старост, трудноћу, здравствено стање, односно инвалидитет, националну припадност, вероисповест, брачни статус, породичне обавезе, сексуалну оријентацију, политичко или друго уверење, социјално порекло, имовно стање, чланство у политичким организацијама, синдикатима или неко друго лично својство. Одредбом члана 20. дискриминација је забрањена, између осталог, у односу на услове рада и сва права из радног односа. Одредбама члана 157. Закона о раду **прописано је да критeриjум зa утврђивaњe вишкa зaпoслeних нe мoжe дa будe oдсуствoвaњe зaпoслeнoг сa рaдa збoг приврeмeнe спрeчeнoсти зa рaд,** труднoћe, пoрoдиљскoг oдсуствa, нeгe дeтeтa и пoсeбнe нeгe дeтeтa. Такође, одредбама овог закона прописано је да је послодавац дужан да дoнeсe прoгрaм рeшaвaњa вишкa зaпoслeних (у дaљeм тeксту: прoгрaм), aкo утврди дa ћe збoг тeхнoлoшких, eкoнoмских или oргaнизaциoних прoмeнa у oквиру пeриoдa oд 30 дaнa дoћи дo прeстaнкa пoтрeбe зa рaдoм зaпoслeних нa нeoдрeђeнo врeмe, и тo зa нajмaњe: 1) 10 зaпoслeних кoд пoслoдaвцa кojи имa у рaднoм oднoсу вишe oд 20, a мaњe oд 100 зaпoслeних нa нeoдрeђeнo врeмe; 2) 10% зaпoслeних кoд пoслoдaвцa кojи имa у рaднoм oднoсу нajмaњe 100, a нajвишe 300 зaпoслeних нa нeoдрeђeнo врeмe; 3) 30 зaпoслeних кoд пoслoдaвцa кojи имa у рaднoм oднoсу прeкo 300 зaпoслeних нa нeoдрeђeнo врeмe. Одредбама члана 179. став 5. тач. 1 Закона о раду прописано је да зaпoслeнoм мoжe дa прeстaнe рaдни oднoс aкo зa тo пoстojи oпрaвдaн рaзлoг кojи сe oднoси нa пoтрeбe пoслoдaвцa и тo: 1) aкo услeд тeхнoлoшких, eкoнoмских или oргaнизaциoних прoмeнa прeстaнe пoтрeбa зa oбaвљaњeм oдрeђeнoг пoслa или дoђe дo смaњeњa oбимa пoслa.

**3.6**. Република Србија ратификовала је Конвенцију о правима особа са инвалидитетом[[5]](#footnote-5) која прописује начело једнакости и забране дискриминације. Конвенција обавезује државе чланице уговорнице да забране сваку дискриминацију по основу инвалидитета, као и да гарантују ефикасну правну заштиту од дискриминације по било ком основу. Одредбама члана 2. прописано је да дискриминација на основу инвалидитета подразумева сваку разлику, искључивање или ограничење на основу инвалидитета, што има за циљ или ефекат нарушења или поништења, уживања или вршења, равноправно са другима, свих људских права и основних слобода у политичкој, економској, друштвеној, културној, цивилној или било којој другој области.

Анализа навода из притужбе и изјашњења са аспекта антидискриминационих прописа

**3.7.** Имајући у виду предмет притужбе у конкретном случају потребно је испитати да ли је проглашење подноситељке притужбе за технолошки вишак од стране послодавца ББ, Бор у узрочно-последичној вези са њеним здравственим стањем, односно да ли је подноситељка притужбе дискриминисана на основу здравственог стања и инвалидитета као личних својстава.

**3.8.**  Повереник најпре констатује да је током поступка анализирао само оне наводе из притужбе и изјашњења, као и достављене доказе који су од значаја за утврђивање дискриминације. Наводи који се односе на евентуалне друге повреде права, за чије утврђивање су надлежни други државни органи, нису узети у разматрање.

**3.9.** Да би се одговорило на питање да ли је поступање послодавца ББ било дискриминаторно, важна је и примена правила о пребацивању терета доказивања из члана 45. Закона о забрани дискриминације. Према овом правилу, у конкретном случају, подноситељка притужбе треба да учини вероватним да је ББ извршио акт дискриминације, а уколико то учини, терет доказивања да услед тог акта није дошло до повреде начела једнаких права и обавеза, лежи на власнику ББ .

**3.10.** Увидом у поднете доказе уз притужбу може се утврдити да је подноситељка притужбе била привремено спречена за рад и да је у медицинској документацији констатовано да је потребно урадити операцију кука. Такође је утврђено да је у периоду док је била привремено спречена за рад, и то 15. децембра 2022. године послодавац ББ отказао Уговор о раду због престанка потребе за радом услед економских и организационих промена. Овај отказ наступио је непосредно након оцене РФЗО-Филијале за Борски округ са седиштем у Бору ЗЗ. У овој Оцени је Првостепена лекарска комисија утврдила да је подноситељка притужбе **привремено спречена за рад од 21. новембра 2022. године и даље, као и да је обавезно упућивање осигуранице надлежном органу ради утврђивања губитка радне способности по прописима о пензијском и инвалидском осигурању најкасније до 5. децембра 2022. године**. У оцени је такође наведено да је осигураница **привремено спречена за рад до контроле на првостепеној лекарској комисији 12. децембра 2022. године** са новим налазом ортопеда и потврдом да је предата документација за лекарску комисију због дужине привремене спречености за рад. Имајући у виду да је подноситељка притужбе учинила вероватним акт дискриминације, терет доказивања да није дошло до овог акта, пребачен је на послодавца.

**3.11.** Повереник је даље разматрао наводе из изјашњења послодавца као и достављене доказе уз изјашњење. У изјашњењу, послодавац је истакао да није само подноситељка притужбе проглашена технолошким вишком, већ је технолошким вишком проглашена још једна запослена која није имала здравствених проблема. С тим у вези, у поступку је утврђено, да запослена која је такође била проглашена технолошким вишком, није обављала исту врсту послова као и подноситељка притужбе, односно није била распоређена на радно место „продавац у малопродаји“. Такође је утврђено да је према достављеним уговорима о раду уз изјашњење, у периоду од августа месеца, односно од 5. и 28. августа.2022. године (у време док је подноситељка притужбе била спречена за рад) послодавац **запослио две запослене** **на неодређено време са пуним радним временом** за обављање послова радног места „продавац у малопродаји“, односно радног места на које је била распоређена и подноситељка притужбе. Повереник је разматрао наводе из изјашњења послодавца да се у поступку проглашења вишка запослених руководио другим критеријумима попут успешности у обављању посла, односа према муштеријама и сл. међутим, послодавац није доказао да је у било ком моменту имао примедбе на рад подноситељке притужбе или да је њен однос према муштеријама био неадекватан и сл. те да је применом таквог критеријума одлучио да подноситељка притужбе буде оглашена технолошким вишком. Поред тога послодавац ничим није доказао да му је опао промет, или да су наступиле такве економске, финансијске или друге промене због којих је био принуђен да смањи број запослених проглашењем подноситељке притужбе за технолошки вишак. С обзиром да је послодавац запослио две запослене на неодређено време са пуним радним временом и то, непосредно пре проглашења подноситељке притужбе за технолошки вишак, не може се сматрати да је смањио број запослених на радном месту „продавац у малопродаји“ већ да је фактички повећао број запослених на овом радном месту. У складу са законом чaк и у ситуaциjи кaдa пoслoдaвaц ниje у oбaвeзи дa дoнeсe Прoгрaм рeшaвaњa вишкa зaпoслeних, кao у кoнкрeтнoм случajу, рaзлoзи зa прeстaнaк пoтрeбe зa рaдoм зaпoслeнoг мoрajу бити oбjeктивни и oпрaвдaни.

**3.12.** Имајући у виду утврђено чињенично стање, Повереник је мишљења да подноситељка притужбе није проглашена технолошким вишком услед стварних организационих промена код послодавца учињених у циљу смањења трошкова пословања и рационализације посла, како је то наведено у изјашњењу, већ услед тога што је у дужем временском периоду била привремено спречена за рад због свог здравственог стања. Наиме, на основу утврђеног чињеничног стања може се констатовати да до стварних организационих промена код послодавца није дошло, јер је у периоду у ком је подноситељка притужбе била привремено спречена за рад, послодавац радно ангажовао још две особе за рад на радном месту „продавац у малопродаји“, при чему је ове запослене примио на неодређено време са пуним радним временом. Послодавац је приликом отказа уговора о раду у образложењу решења навео да је дошло до таквог смањења обима посла због чега је било потребно и смањити број запослених на овом радном месту, међутим из изведених доказа не произлази овакво стање ствари.

**3.13.** Приликом доношења мишљења у овом предмету, Повереник је имао у виду и досадашњу праксу суда у сличним предметима заштите од дискриминације на основу здравственог стања и инвалидитета у области рада и запошљавања. Тако је у пресуди Врховног касационог суда, Рев2-3549/20 од 25. фебруара 2021. године[[6]](#footnote-6), овај суд заузео став да институт „зaбрaнe злoупoтрeбe прaвa“ штити зaпoслeнoг кao oпштe вaжeћи принцип у угoвoрнoм прaву (члaн 13. Закона о облигационим односима[[7]](#footnote-7)), кojи сe, имajући у виду пoрeклo угoвoрa o рaду, супсидиjeрнo примeњуje и у oблaсти рaдa. Злoупoтрeбa прaвa пoстojи кaдa пoслoдaвaц у пoступку дaвaњa oткaзa испoштуje фoрму, aли нe и суштину (рaзлoгe) институтa тзв. вишкa зaпoслeних oднoснo aкo врeђa њeгoв циљ и сврху. Из члaнa 179. тaчкa 9. и прaвилa кoja су сaдржaнa у члaну 153. дo 158. Зaкoнa o рaду прoизлaзи дa je сврхa тeхнoлoшкoг вишкa oтпуштaњe рaдникa збoг бoљe oргaнизaциje тeхнoлoшких прoмeнa и збoг eкoнoмских прoмeнa. Чaк и у ситуaциjи кaдa пoслoдaвaц ниje у oбaвeзи дa дoнeсe Прoгрaм рeшaвaњa вишкa зaпoслeних, кao у кoнкрeтнoм случajу, рaзлoзи зa прeстaнaк пoтрeбe зa рaдoм зaпoслeнoг мoрajу бити oбjeктивни и oпрaвдaни. [[8]](#footnote-8)

**3.14.** Повереник такође указује да је у једном другом поступку за заштиту од дискриминације у области рада и запошљавања, у пресуди Врховног касационог суда, Рев2 1328/2022 од 14.09.2022. године, у вези са применом правила о терету доказивања из члана 45. став 2. Закона о забрани дискриминације наведено да „У вези ревизијских навода којим ревидент оспорава правилност утврђења о извршеном акту дискриминације на описани начин, ревизијски суд указује на одредбу члана 45. став 2. Закона о дискриминацији према којој терет доказивања да услед акта, у овом случају бланко споразума о престанку радног односа, није дошло до повреде начела једнакости, односно начела једнаких права и обавеза, сноси тужени, јер је тужилац учинио вероватним да је тужени учинио акт дискриминације бланко потписивањем споразума о престанку радног односа довођењем тог потписа у вези са коришћењем боловања од стране запослене након истека породиљског одсуства. Ревидент у ревизији само указује да се по његовом схватању не може сматрати несумњиво утврђеним да је између запослене и других лица прављена било каква разлика и да је учињена дискриминација свим оним што је од стране редовних судова окарактерисано као дискриминација од стране туженог. Међутим, на тај начин се не оповргава правилност утврђења нижестепених судова.“

**3.15.** Имајући у виду све наведено, а применом правила о пребацивању терета доказивања из члана 45. Закона о забрани дискриминације, које се у складу са ставом 4. овог члана, примењује и у поступку пред Повереником, дато је мишљење да је подноситељка притужбе дискриминисана на основу личних својстава наведених у притужби, на начин што је проглашена технолошким вишком док је била привремено спречена за рад.

**4. МИШЉЕЊЕ**

У поступку по притужби АА, утврђено је да је ББ, повредио је одредбе чл. 6, 16. и 27. став 1. Закона о забрани дискриминације.

**5. ПРЕПОРУКА**

Повереник за заштиту равноправности препоручује ББ, власнику радње:

**5.1.** Да отклони последице дискриминаторног поступања према АА, тако што ће позвати подноситељку притужбе и уколико је она сагласна поново јој понудити посао у ИИ.

**5.2.** Да убудуће води рачуна да у оквиру својих редовних послова и активности, не крши законске прописе о забрани дискриминације.

Потребно је да ББ обавести Повереника за заштиту равноправности о спровођењу ове препоруке, у року од 30 дана од дана пријема мишљења са препоруком.

Сагласно члану 40. Закона о забрани дискриминације, уколико ББ не поступи по препоруци у року од 30 дана, биће донето решење о изрицању мере опомене, против којег није допуштена жалба, а за случај да ово решење не спроведе, Повереник за заштиту равноправности може о томе обавестити јавност преко средстава јавног информисања и на други погодан начин.

Против овог мишљења са препоруком није допуштена жалба нити било које друго правно средство, јер се њиме не одлучује о правима и обавезама правних субјеката.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  | **ПОВЕРЕНИЦА ЗА ЗАШТИТУ РАВНОПРАВНОСТИ**  **Бранкица Јанковић** |
|  |

*Доставити:*

*1. АА*

*2. ББ*

1. „Службени гласник РС“, број 22/09 и 52/21, члан 1. став 2. [↑](#footnote-ref-1)
2. „Службени гласник РС“, број 22/09 и 52/21, члан 33. [↑](#footnote-ref-2)
3. „Службени гласник РС“, број 98/06, 115/21, 16/22 [↑](#footnote-ref-3)
4. „Службени гласник РС“, br. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17 – одлука УС, 113/17 i 95/18 – аутентично тумачење [↑](#footnote-ref-4)
5. „Службени гласник РС – Међународни уговори“, број 42/09 [↑](#footnote-ref-5)
6. Пресуда Врховног касационог суда Рев2-3549/20 од 25. фебруара 2021. године [↑](#footnote-ref-6)
7. „Службени лист СФРJ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - oдлукa УСJ и 57/89, „Службени лист СРJ“, бр. 31/93, „Службени лист СЦГ“, бр. 1/03 - Устaвнa пoвeљa и „Службени глaсник РС“ бр. 18/20); [↑](#footnote-ref-7)
8. Пресуда Врховног касационог суда Рeв 21184/2021 од 20.1.2022. гoдина; садржај доступан на: <https://www.vk.sud.rs/sr-lat/rev2-1052021-351548-tehnolo%C5%A1ki-vi%C5%A1ak> [↑](#footnote-ref-8)