

Боривоје Живковић,

судија Апелационог суда у Београду у пензији

UDK: 349.22:331.106.44

ВИШАК ЗАПОСЛЕНИХ И КРИТЕРИЈУМИ

Апстракт: Престанак потребе послодавца за радом запосленог у радном односу на неодређено време може довести под *ex lege* условима до његовог вишка и с тим у вези отаказа на иницијативу послодавца. Критеријуми као метод селекције су у примени код утврђивања вишка само онда када постоји више запослених на истим пословима где је дошло до персоналне редуције. Програм је по слову закона овлашћен да пропише критеријуме у назначеној намени Мерила селекције су у примени само онда када постоје материјалне претпоставке у чијем је присуству послодавац дужан да донесе програм решавања вишка запослених. Искључиво у циљу заштите од дискриминације немогу се од послодавца захтевати критеријуми у назначеној намени када не постоје законски услови за њихову примену. То не искључује право То не искључује право запосленог који се је нашао у овој ситуацији на образложену одлуку која садржи разумно прихватљиве разлоге због чега је одређени запослени вишак. Тада није нужна примена мерила селекције. Довољни су разлози који оправдавају радњу послодавца да одређеног запосленог огласи вишком.

Кључне речи: потребе посла вишак, мерила селекције, програм решавања вишка запослених колективни уговор, дискриминација.

* e-mail: borazivkovic50@gmail.com

Рад примљен: 14.07.2017.

Рад прихваћен: 25.07.2017.

1. Уводне напомене

Оперативни разлози послодавца као основ за отказ уговора о раду на његову иницијативу имају свој узрок у престанку потребе за радом запосленог. То је за ову намену правно важна чињеница, јер образује претпоставку диспозиције за престанак радног односа. У одредби члана 4 Конвенције о престанку радног односа на иницијативу послодавца у том смислу се користи исказ: Радни однос радника неће престати ако за такав престанак не постоји ваљан разлог везан за оперативне потребе предузећа, установе, или службе.¹ То решење прати и одредба члана 179 став 1. Закона о раду² Законски разлог овог решења је у чињеници је да је потреба посла везала рад запосленог за послодавца, а њен престанак доводи до његовог „одвезивања“ једностраним раскидом у виду отказа уговора на иницијативу послодавца. На тај начин се поштују промењене околности у односу на стање материјално правног односа у време заснивања радног односа. Промена са становишта потреба послодавца је такође резултат деловања клаузуле о промењеним околностима пошто је престанак потребе законски разлог за отказ уговора о раду на иницијативу послодавца. У теорији се закључује да се у овом случају не примењује клаузула *rebus sic stantibus* –клаузула промењених околности³. Међутим, не може се занемарити да је престанак потребе резултат промењених околности насталих у току трајања радног односа које доводе до назначене последице. Она је узрок чија је последица раскид раднофункционалне везе на иницијативу послодавца. Престанак потребе

1 Видети одредбу члана 4 Конвенције о престанку радног односа на иницијативу послодавца К.158 “Службени лист СФРЈ” - Међународни уговори, бр. 4/84, 7/91) Конвенција је усвојена на Генералној конференцији Међународне организације рада, коју је у Женеви сазвао Административни савет Међународног бироа рада и која се састала на свом 68. заседању 2. јуна 1982. године, У тексту К.158. О томе и одредба члана 24 Ревидиране Социјалне повеље Савета Европе усвојене у Стразбуру 3. маја 1996. године (Закон о потврђивању Ревидиране европске социјалне повеље Службени гласник РС - Међународни уговори”, број 42/2009). У тексту: Повеља.

2 Видети одредбу члана 179. Закона о раду (“Службени гласник РС”, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014). У тексту: ЗОР или Закон. У истом значењу је и одредба члана 127 став 2 Закона о раду Републике Хрватске Народне новине 93/14, на снази од 07.08.2014 године) чији је наслов Колективни вишак радника која с обзиром на свој садржај ставља нагласак на значају великих промена.

3 У теорији се тврди : Отказ уговора раду на неодређено време због престанка потребе за послом („оперативне потребе послодавца“) наводи се законом као разлог оправданог отказа, тако да се не примењује клаузула *rebus sic stantibus* тј клаузула о промењеним околностима као разлог за раскид или измену уговора о раду (распоређивање на друге послове“ Б..Лубарда: Радно право Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу Београд 2012. стр.31 стр.560

за радом запосленог само је њен материјални израз. Реч је о промени околности које су постојале у време после закљученог уговора о раду запосленог. На то указује и хипотетички исказ употребљен у одредби ставу 1 члана 153. Закона који гласи: „ако утврди да ће због технолошких, економских или организационих промена у оквиру периода од 30 дана доћи до престанка потребе за радом запослених на неодређено време“. То је још један про у корист значаја промењених околности у току трајања радног односа на његово трајање.

На тај начин се правно елиминише и значај престанак потребе за обављањем одређених послова која је настала пре и у време закључења уговора о раду. Када се не би водило рачуна о промени околности изгубила би на значају и чињеница времена престанка потребе. Исказ: престанак потребе и сам сведочи да је потреба за радом запоосленог постојала и да је дошло до њене правно важне промене. послодавац се не може успешно позивати на свој пропуст да заснује радни однос на пословима где не постоји потреба, већ је приморан да трпи последице које из тога следе.⁴

Одредба члана 153 став 1 Закона дефинише врсте тих промена као технолошке економске или организационих промене.

Организационе промене се односе на промену постојећег стања организације посла у ново стање.⁵ То могу бити статусне промене али и промене у организацији посла. На тај начин се препознаје меродавни општи акт у коме треба да на одговарајући начин буде материјализација промена. То се остварује дуално и виду:

- укидања одређених послова или организационих целина када је у суштини резултат исти пошто више нема послова на којима је запослени био распоређен – квалитативна промена;

- смањења броја извршилаца на одређеним пословима – квантитативна промена, јер послови нису укинати, али је смањена потреба за одређеним извршиоца који су до тада радили на овим пословима (квантитативна промена).

Назначене промене које прати престанак потребе за радом запосленог су ствар одлуке послодавца. Вршење делатности у циљу стицања добити подразумева и његову самосталну одлуку у погледу

4 На то упућује исказ из одредбе члана 153 Зстав 1 ЗОР: који гласи: ако утврди да ће због технолошких, економских или организационих промена у оквиру периода од 30 дана доћи до престанка потребе за радом запослених на неодређено време,

5 У теорији се у тој намени користи и израз: “реорганизација процеса рада у циљу ефикаснијег коришћења средстава и опреме за рад смањења трошкова „(Лубарда оп цит стр.561

начина на који ће се она организовати да би се тај циљ остварио. Суд зато нема овлашћење да у контроли отказа уговора о раду на иницијативу послодавца из овог разлога вреднује да ли је ту промену требало или не извршити. У овом делу суд у поступку контроле назначеног појединачног правног акта само утврђује да ли су промене остварене, али не и да ли је постојао разлог да се оне изврше. Последица је и да у решењу о отказу послодавац није дужан да образложи разлоге промена али их мора навести⁶.

Међутим, формална промена имена послова када је њихов садржај остао исти не представља организациону промену меродавну за вишак нити је у тој ситуацији остварен разлог за вишак запосленог који је радио на тим пословима. Не представља, јер послови које је запослени обављао и ради чијег је вршења засновао радни однос нису укинута. Извршена је само промена назива послова. У тој ситуацији организациона промена није довела до стварног престанка потребе за радом запосленог. Та потреба и даље постоји само што је измењен њен назив, односно организациони облик у чијем ће се оквиру ти послови *pro futuro* остваривати. О томе се је изјаснила и судска пракса⁷.

6 О томе и ова судска одлука: "Послодавац није у обавези да у решењу о отказу запосленом образложе разлоге рационализације радних места нити је суд овлашћен да преиспитује наступање технолошких, економских или организационих промена које су условиле престанак потребе за радом запослених јер то представља економску политику послодавца, већ суд само преиспитује законитост спроведеног поступка утврђивања вишка запослених и доношења решења по том основу што је у конкретном случају испоштовано" (Пресуда Врховног касационог суда Рев 2 1137/15 од 11.02.2016 године објављена у научном стручном и информативном часопису: „Избор судске праксе број 4/2017 стр.55„Глосаријум).

7 Ево како се то образлаже у овој одлуци: Правилно су нижестепени судови применили и материјално право када су усвојили захтеве тужиоца за поништај оспорене одлуке туженог о отказу уговора о раду обзиром да за престанак радног односа тужиоцу по основу из члана 179. став 1. тачка 9. Закона о раду нису били испуњени прописани законски услови. Технолошке, економске или организационе промене морају имати објективну структурну вредност да би се отказ због престанка потребе за радом запосленог могао сматрати оправданим, па се околност да послови које је обављао тужилац нису укинута, већ су преименовани формалним укидањем одредаба општег акта туженог којима су били утврђени послови које је обављао код туженог и њихово другачије именовање и систематизовање на које је распоређен други запослени (чији су послови остали без извршиоца) и по оцени Врховног касационог суда не могу сматрати оправданим разлогом за престанак радног односа тужиоца по основу из члана 179. став 1. тачка 9. Закона о раду: Пресуда Врховног касационог суда Србије Рев2 574/10 од 18.02.2010. година објављена на сајту тога суда.

2. Промене и премештај

Назначене промене неће увек имати за последицу отказ уговора о раду

Та последица ће изостати када се радноправни статус запосленог може решити применом правила која важе у случају измене уговорених услова рада. Реч је о односу два института :премештаја на други одговарајући посао и правила о вишку. Њихов заједнички разлог се односи на потребу посла. У том значењу и исказ из одредбе члана 172 став 1 тачка 1. Закона: Послодавац у том случају може запосленом да понуди измену уговорених услова рада (у даљем тексту: анекс уговора) 1) ради премештаја на други одговарајући посао, због потреба процеса и организације рада.

Одредба члана 153 став 1. ЗОР такође користи појам :потребе послодавца, али у другом циљу са становишта радноправних последица које настају у том случају. Дејство потребе процеса и организације рада примарно се остварује премештајем запосленог на други одговарајући посао. Тада је потреба за радом постоји само што се због процеса и организације рада она остварује на другим пословима. Само у случају када то није могуће наступа правило из одредбе члана 179 став 5 тачка 1. овог закона које гласи: Запосленом може да престане радни однос ако за то постоји оправдан разлог који се односи на потребе послодавца и то: ако услед технолошких, економских или организационих промена престане потреба за обављањем одређеног посла или дође до смањења обима посла.

Овде би опонент могао да приговори да је ствар избора послодавца да ли ће запосленом понудити премештај, или отказати уговор о раду. Тај став не кореспондира са номо решењима на ову тему. Нека томе у прилог послуже ови разлози:

1) Однос премештаја и отказа уговора о раду показује дужност послодавца да примарно употреби институт премештаја ако за то постоје услови. Пошто је разлог заснивања радног односа запосленог његов рад подразумева се да у конкуренцији прилагођавања уговора о раду промењеним околностима примаран је циљу његов опстанак у правном саобраћају. У односу на раскид уговора о раду на основу диспозиције једне стране-овде послодавца предност треба дати примени института премештаја запосленог који се је нашао у овој ситуацији на други одговарајући посао.

2. Послодавац се не може позивати на потребе посла као разлог за примену правила из одредбе члана 179 став 5 тачка 1. ЗОР када захтев

потребе може бити остварен уз истовремени опстанак уговора о раду :премештајем запосленог на други одговарајући посао.

3. Када се одредба члана 179 став 5 тачка 1. Закона тумачи атомистички тада се губи из вида однос између института премештаја због потребе и отказа због престанка потребе за радом запосленог. Није законски разлог назначених норми да се избор препусти одлуци послодавца као једне од уговорних страна.Томе у прилог и то што код института премештаја није престала потреба за радом запосленог већ само за његовим радом на одређеном послу. Законски разлог овог решења је предност ревизији уговора о раду у односу на његов отказ.⁸

5. Томе у прилог нека послужи и решење из одредбе члана 155 став 1 тачка 5. Закона према којој норми :програм садржи мере за запошљавање: премештај на друге послове, рад код другог послодавца, преквалификација или доквалификација, непуно радно време али не краће од половине пуног радног времена и друге мере.

Разлог да се овде ради о престанку потребе за радом запосленог занемарује да је у садржај мера за запошљавање сврстан је и премештај на друге послове. То је још један разлог у корист приоритета примене института премештаја у односу на орказ уговора о раду због вишка.

Запосленом вишку се такође као мера запошљавања може понудити да ради са половином пуног радног времена. У осталим случајевима, ако је запослени засновао радни однос са пуним радним временом, не може се понудити да ради са непуним радним временом⁹.

3. Услови за примену критеријума за решавање вишка запослених

Примена критеријума код утврђивања вишка запослених није увек присутна. Предходно до њихове примене неће доћи у случају добровољног вишка као облика аутоохоног начина престанка потребе за радом запосленог.То је ситуација када запослени по позиву чини понуду послодавцу да буде изложен раскиду раднофункционалне везе због престанка потребе за његовим радом. Овде такође фигурира престанак потребе као разлог за раскид раднофункционалне везе само што је начин на који до тога долази добровољан-остварује се уз обострану сагласност

⁸ Видети одредбу члана 133. Закона о облигационим односима(Службени лист СФРЈ”, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, “Службени лист СРЈ”, бр. 31/93, (22/99, 23/99, 35/99, 44/99). У тексту: ЗОО.

⁹ Исти став се заступа у у Мишљењу Министарства рада, запошљавања и социјалне политике, бр. 011-00-00389/2005-02 од 30.6.2005. године.

послодавца и запосленог а не једнострано на иницијативу послодавца. При томе није битно и да ли је послодавац учинио понуду на исту тему, а запослени учинио њен прихват или обратно. Битно је да се раскид радног односа због престанка потребе остварује на основу њихове обостране сагласности.

Такође у општем радно правном режиму Републике Србије да би дошло до примене мерила селекције потребно је да су предходно испуњени одређени кумулативни услови. То су:

- Потреба да се запослени изложи конкуренцији са другим запосленим који ради на истим пословима. До њихове примене неће доћи када постоји само један запослени на пословима у односу на које је престала потреба ¹⁰. Тада нема разлога за упоредно вредновање, јер нема више запослених који раде на истим пословима.

Овде би опонент могао да приговори да и тада треба изложити запосленог примени критеријума који се је нашао у овој ситуацији са запосленима који раде на другим пословима где није дошло до редукције а за које он такође испуњава услове - одговарајући посао. Погрешно, јер послови на којима ради запослени у односу на кога се захтева вредносно упоређење нису захваћени назначеним променама из одредбе члана 153 став 1. ЗОР. Од тога треба разликовати случај када су укинута одређени организациони облици али је остала потреба за пословима које је запослени обављао, пошто они и даље постоје али сада у новоорганизованом делу процеса рада. Тада у суштини за њиховим обављањем није престала потреба само је промењен организациони облик у коме се они стварно обављају.

- Испуњени услови који су материјална претпоставка за доношење програма решавања вишка запослених. Програм решавања вишка запослених је *constitutio sine qua non* законите процедуре отказа уговора о раду из овог разлога, али не увек већ само онда када је реч о великим променама. На то упућује одредба члана 153. ЗОР. Материјална претпоставка за његово доношење је престанак потребе за одређеним

¹⁰ О томе и ова судска одлука: “ Тужени није био у обавези да донесе програм решавања вишка запослених у смислу члана 153-156. Закона о раду и тужиљи је исплаћена отпремнина у складу са чланом 158. овог Закона. Поред тога, у ситуацији када су послови услед организационих промена укинута, а на којима је било више запослених, послодавац је у обавези да примени мерила и критеријуме како би на основу њих могао да утврди ко је од више запослених технолошки вишак, што код тужиље није био случај јер је тужиља била једини извршилац на пословима које је обављала и који су укинута, па тужени није био у обавези да примени критеријуме прописане Правилником о раду.” (Извод из Пресуда Врховног касационог суда, Рев2 759/2015 од 17.11.2015. године). Одлука је објављена у Судској пракси *Paragraf lex*.

бројем запослених на неодређено време мерено према укупном броју запослених у ех lege прописаном времену¹¹.Та обавеза постоји без обзира на укупан број запослених када послодавац утврди да ће доћи до престанка потребе за радом најмање 20 запослених у оквиру периода од 90 дана, из разлога наведених у ставу 1. овог члана.

Ово ново решење није посебност процедуре утврђивања престанка потребе за радом запосленог у радном праву Републике Србије. Истоврсна решења присутна су и у радном праву у региону. Покажимо то на упоредној анализи неких решења:

Одредба чланна 93.став 1 и 2 тачка 2 Закона о раду Републике Црне Горе чији је наслов:Програм остваривања права запослених за чијим је радом престала потреба прописује: Програм из става 1 овог члана садржи нарочито:критеријуме за утврђивање запослених за чијим је радом престала потреба. Овај програм чији је елеменат и критеријуми за утврђивање запослених за чијим је радом престала потреба доноси се под истоврсним условима а обавјештење послодавац који утврди да ће доћи до престанка потребе за радом најмање 20 запослених у периоду од 90 дана, без обзира на укупан број запослених, доставља синдикату, односно представнику запослених и Заводу за запошљавање Црне Горе (у даљем тексту: Завод)-аргументат из одредбе члана 92 овог закона¹².

У теорији се примећује да колективно отпуштање захтева доношење назначеног програма и у његовом садржају исказаних критеријума Тај појам по дефиницији из Упуства Савета број 98/59 од 20 јула 1998 године је отпуштање запослених од стране послодавца у одређеном временском периоду и за одређени, минимални, број запослених обухваћених колективним отпуштањем.¹³ Исте елементе за његову дефиницију користи и Директива већа 98/59 /ЕЗ од 20 јула 1998. Код малих промена „овај поступак је мање сложе и краткотрајан“.¹⁴

Вишак се односи само на запослене који се налазе у радном односу заснованом на неодређено време.То значи да запослени који су у радном односу на одређено време не могу бити изложени вишку.Не могу јер је потреба за заснивање њиховог радног односа временски ограниченог

11 Видети одредбу члана 153.ЗОР.

12 Видети одредбу члана 93 и 92 Закона о раду Републике Црне Горе(“Службеном листу ЦГ”, бр. 49/2008, 26/2009, 59/2011, 66/2012 и 31/14) У тексту:ЗОР РЦГ.

13 Видети потпуније Г. Обрадовић М. Јевтић:Значајни аспекти радног права Европске уније Београд, децембар 2008. Фондација Fridrih Ebert Регионални птројект радни односи и социјални дијалог у југоисточној Европи стр.44.

14 На то указује и Б. Лубарда исти извор стр.575 .

трајања. На то подсећају случајеви прописани одредбом члана 37. Закона који активирају правну допуштеност ове врсте радног односа. Томе у прилог и одредба члана 153. Закона која када говори о условима за доношење програма за решавање вишка запослених говори искључиво о запосленима у радном односу на неодређено време. У том значењу и почетни фрагмент из става 1. ове норме који гласи: Послодавац је дужан да донесе програм решавања вишка запослених (у даљем тексту: програм), ако утврди да ће због технолошких, економских или организационих промена у оквиру периода од 30 дана доћи до престанка потребе за радом запослених на неодређено време. Исто значан се појам користи и у осталом делу садржаја ове норме при говору о запосленима чији број треба узети обзир при одлуци да ли је доношење програма решавања вишка запослених *ex lege* обавезно или не.¹⁵

У одсуству програма решавања вишка запослених када је његово доношење обавезно у присуству алтернативних претпостави из одредбе члана 153. ЗОР није остварена нужна материјална претпоставка да се запослени утврди као вишак.¹⁶

4. Програм решавања вишка запослених и критеријуми

Програм решавања вишка запослених садржи критеријуме за утврђивање вишка запослених. На то упућује одредба члана 155 став 1 тачка 4. Закона. Према тој норми: Програм нарочито садржи: критеријуме за утврђивање вишка запослених¹⁷. Применом разлога супротности у тумачењу ове правне норме добија се и негативан одговор у погледу овлашћења формалних извора права да у присуству критеријума из програма пропишу мерила селекције. Они важе за све запослене код истог послодавца који су се нашли у истој конкретној ситуацији-потреби да буду изложени конкуренцији пошто радне на истим пословима на којима је дошло до персоналне редукације. Критеријуми су метод избора вишка запослених.

Програм важи *ad hoc* само за конкретно решавање вишка запослених па зато утврђивање вишка запослених у његовом садржају делује само за конкретну ситуацију која постоји у одређеном периоду. Утврђени критеријуми исцрпљују своју примену само у односу на ту

15 Исто и одредба члана 10 Закона о одређивању максималног броја запослених у локалној самоуправи („Сл. гласник РС“ број 104/2009).

16 О томе се изјашњава и Пресуда Врховног касационог суда Рев2. 1494/10 од 27.05.2010 године.

17 П. Јовановић: Радно право, Седмо измењено и допуњено издање Нови Сад 2015 стр.220.

ситуацију. То значи да та мерила селекције не могу имати капацитет да се примене и на ново настале будуће ситуације. За ново насталу ситуацију вреди нови програм решавања вишка запослених и у његовом садржају исказани ново утврђени критеријуми.

Ови критеријуми зато имају персонално територијално и временско ограничење-њихово дејство лимитирано је важењем програма решавања вишка запослених.

Слово закона не дефинише врсту критеријума. То значи да је надлежни орган послодавца слободан у избору критеријума селекције уз законску забрану коришћења недопуштених мерила у смислу одредбе члана 147. ЗОР.¹⁸ На слободи послодавца у утврђивању критеријума осим назначених недозвољених мерила селекције из одредбе члана 147. ЗОР инсистира се и у теорији¹⁹.

У теорији се као допуштени критеријуми наводе успешност у раду, имовно стање и дужина рада код послодавца.²⁰ Сваки од ових критеријума нагласак ставља на одређеним вредностима. То су резултати рада, социјални критеријум и верност. Позитивно радно право Републике Србије не врши њихову индивидуализацију па зато пропушта послодавцу да у профраму исказе њихов избор и да одреди приоритет у њиховом међусобном односу у случају да користи више различитих мерила селекције односно да исказе њихово кумулативно дејство.

Пошто се програм не доноси када за то *ex lege* нису испуњени прописани и по карактеру алтернативни услови у њиховом одсуству примена критеријума код одређивања вишка запослених неће бити обавезна.²¹ Садржај ове правне норме подсећа да ће програм решавања

18 Према одредби члана 147. ЗОР: Критеријум за утврђивање вишка запослених не може да буде одсуствовање запосленог са рада због привремене спречености за рад, трудноће, породилског одсуства, неге детета и посебне неге детета. О томе и ова Одлука Уставног суда: „Полазећи од изложеног, Уставни суд је оценио да је оспорена одредба члана 2. тачка 4. Колективног уговора несагласна са чланом 157. Закона о раду, којим је изричито прописано да одсуствовање запосленог са рада због привремене спречености за рад не може бити критеријум за утврђивање вишка запослених. Оспореном одредбом се, по оцени Уставног суда, нарушава и уставни принцип обавезне сагласности општег акта са законом из члана 119. став 3. Устава. (Одлука Уставног суда Републике Србије ИУ број 158/2004 од 14. априла 2005. године, објављена у “Сл. гласнику РС”, бр. 49/2005 од 10. јуна 2005. године).

19 Зоран М.Ивошевић и М. Ивошевић Коментар Закона о раду, друго измењено и допуњено издање, Службени гласник 2007, стр.287.

20 П. Јовановић: Радно право шесто измењено и допуњено издање Нови Сад 2012 стр.214

21 Према садржају те норме: Послодавац је дужан да донесе програм решавања вишка запослених (у даљем тексту: програм), ако утврди да ће због технолошких,

вишка запослених изостати код малих промена. То значи да тада не постоји законска наредба за примену критеријума у назначеној намени. Само је под условима из одредбе члана 153 ЗОР послодавац у општем радноправном режиму дужан да донесе назначени програм и примени критеријуме за одређивање вишка. Од тога постоји изузетак као на пример код запослених који су у радном односу у установи образовања и васпитања. На то упућује одредба члана 131. Закона о основама система образовања и васпитања која прописује када се запослени који је остао нераспоређен преузима са листе за преузимање²² Тада се примењују критеријуми одређени одредбом члана 33/4 Посебног колективног уговором за запослене у основним и средњим школама и домовима ученика²³.

Законски разлог који је определио програм решавања вишка запослених као меродаван извор на тему утврђивања критеријума у општем радно правном режиму је то што мерила селекције треба да одговаре стварним захтевима послодавца за одговарајућим избором. Ради тога се у овој процедури учешће савета и представника запослених своди на форму консултације и обавештења где је њихов

економских или организационих промена у оквиру периода од 30 дана доћи до престанка потребе за радом запослених на неодређено време, и то за најмање: 1) десет запослених код послодавца који има у радном односу више од 20, а мање од 100 запослених на неодређено време; 10% запослених код послодавца који има у радном односу најмање 100, а највише 300 запослених на неодређено време; 30 запослених код послодавца који има у радном односу преко 300 запослених на неодређено време. Програм је дужан да донесе и послодавац који утврди да ће доћи до престанка потребе за радом најмање 20 запослених у оквиру периода од 90 дана, из разлога наведених у ставу 1. овог члана, без обзира на укупан број запослених код послодавца.

22 Према одредби члана 131 Закона о основама система образовања и васпитања (*Службени гласник РС*, бр. 72/2009, 52/2011, 55/2013, 35/2015 (Аутентично тумачење), 68/2015, 62/2016 (Одлука Уставног суда): Запослени који је у установи у радном односу на неодређено време, а остао је нераспоређен или има статус запосленог са непуним радним временом на основу члана 137. ст. 2. и 3. овог закона, остварује право на преузимање стављањем на листу запослених са које се врши преузимање.

Листа из става 1. овог члана утврђује се до 15. августа за сваку наредну школску годину, у оквиру школске управе по јединицама локалне самоуправе, а на основу пријава установа о запосленима који имају право на преузимање. Право на преузимање остварује се споразумом, уз сагласност запосленог.

Установе могу извршити и међусобно преузимање запослених на неодређено време, на одговарајуће послове, уз претходно потписан споразум о преузимању уз сагласност запослених, ако је разлика у проценту њиховог радног ангажовања мања од 20%.

Запослени који се преузима мора да испуњава услове за послове за које се преузима.

23 Видети одредбе 33/4 Посебног колективног уговора за запослене у основним и средњим школама и домовима ученика (*Службени гласник РС*, бр. 12/2009, 67/2011, 1/2012

степен утицаја већи код колективног отпуштања и то примарно на социјалном плану.²⁴ Ово решење прати одредбу члана 29 Равидиране социјалне повеље која у случају колективног отпуштања нагласак ставља на праву на информације и консултацију. Код великих промена послодавац консултује радничке представнике, благовремено и пре него што дође до колективног отпуштања о начину и средствима да се избегне колективно отпуштање или оствари ограничавање такве појаве и ублаже њене последице, на пример, увођењем одговарајућих социјалних мера, нарочито са циљем прераспоређивања на друга радна места или преквалификацијом заинтересованих радника што је завршни фрагмент ове норме Повеље.²⁵ Ова консултација се према Директиви 98/59 /ЕЗ од 20 јула 1998 односи и на критеријуме. На то подсећа и овај њен садржај :Да би се представницима радника омогућило да дају конструктивне предлоге, послодавци су им дужни правовремено током саветовања:и то дати све потребне податке и у сваком случају обавестити их писаним путем о предложеним критеријумима за одабир радника којима се отказује као вишку у оној мери у којој национално законодавство или пракса дају за овлашћење послодавцу

5. Примена критеријума и колективни уговор

Овде и дилема да ли општи, односно посебни колективни уговор када је изостао програм решавања вишка запослених и ако су испуњени *ex lege* услови за његово доношење може бити меродаван да пропише мерила селекције у назначеној намени. Ово ограничење у погледу врсте колективног уговора резултат је чињнице што колективни уговор код послодавца не може бити меродаван формални извор права на ову тему. Неможе јер је тада меродаван искључиво програм решавања вишка запослених као акт који важи само за ту ситуацију. Разлог за то је што је у смислу одредбе члана 155 став 1 тачка 4 ЗОР искључиво програм, када су испуњене претпоставке за његово доношење из одредбе члана 153 овог закона, меродаван да под *ex lege* дефинисаним условима пропише критеријуме ради утврђивања вишка запослених.²⁶

24 О томе сведочи и одредба члана 155 став 2. ЗОР која прописује: Послодавац је дужан да предлог програма достави синдикату из члана 154. овог закона и републичкој организацији надлежној за запошљавање, најкасније осам дана од дана утврђивања предлога програма, ради давања мишљења.

25 П. Јовановић оп цит.на страни 220 наводи:“Сврха достављања предлога програма јесте порибавање мишљења, предлога и сугестија од стране наведеног синдиката и службе запошљавања.“

26 О томе и ово и сада актуелно мишљење: Закон предвиђа шта се не може утврдити

Препуштено је послодавцу у општем радноправном режиму да у програму утврди критеријуме у назначеној намени. То је исказано у наведеним нормама ЗОР и у назначеној Директиви када се говори о мерилима селекције употребом исказа :у оној мери у којој национално законодавство или пракса дају за овлашћење послодавцу. Међутим, када се мерила селекције утврде одговарајућом нормом посебног колективног уговора или општег колективног уговора тада је то у одсуству програма правно вредна норма на ову тему у правном саобраћају под условом да су зато испуњене материјалне претпоставке из одредбе члана 153.ЗОР. Тачно је да по слову закона програм решавања вишка запослених меродаван акт да пропише критеријуме што дерогира на ту тему колективни уговор код послодавца, али у његовом одсуству када су испуњени услови из одредбе члана 153 ЗОР нема сметњи да се примени неки од назначених колективних уговора. Томе у прилог наведимо три про:

а) словом закона то није забрањено;

б) у закључивању ових општих аката учествује послодавац преко својих представника или им приступа;

ц) ови колективни уговори се непосредно примењују. На то упућује одредба члана 226 став 1. Закона којом је прописано: Општи и посебан колективни уговор непосредно се примењују и обавезују све послодавце који су у време закључивања колективног уговора чланови удружења послодавца.

У теорији се у том смислу наводи : да је позитивно право препустило послодавцу да утврди критеријуме у програму решавања вишка запослених с тим што се у случају када је програм пропустио да то учини примењују се критеријуми из општег колективног уговора као меродавна мерила селекције.²⁷

као критеријум за утврђивање вишка запослених. Чланом 157. Закона је предвиђено да критеријум за утврђивање вишка запослених не може да буде одсуствовање запосленог са рада због привремене спречености за рад, трудноће, породилског одсуства, неге детета и посебне неге детета.

Према томе, Закон не утврђује критеријуме за утврђивање вишка запослених.

Програмом решавања вишка запослених утврђују се критеријуми и остављено је право органу који, у складу са чланом 155. Закона доноси програм да утврди критеријуме и да их вреднује. Најчешће ће то бити резултати рада - квалитет и обим обављених послова и однос запосленог према радним обавезама, стручна спрема, стаж осигурања, дужина радног стажа код послодавца, број издржаваних чланова породице и сл.” (Извод из Мишљења Министарства рада, запошљавања и социјалне политике, бр. 110-00-00537/2005-02 од 21.6.2005. године): Мишљење је објављено у Судској пракси Paragraf lex.

27 „У упоредном праву стога нема униформног концепта мерила селекције, односно

Постоји и схватање да критеријуми из програма решавања вишка запослених треба да буду ближе уређени колективним уговором, али се при томе не објашњава нормативни основ за став да колективни уговор буде допунски формални извор права у погледу разраде мерила селекције.²⁸ За ово схватање нема покрића у слову закона. Нема јер је словом закона дефинисан начин за утврђивање критеријума-програм решавања вишка запослених и услови за његово доношење. Ради тога само у одсуству програма решавања вишка запослених општи, односно посебни колективни уговор може деловати као његов супститут чија примена зависи у овом делу од испуњности услова из одредбе члана 153.ЗОР.

6. Pro et contra

У судској пракси се правилно примећује да општи колективни уговор

може да буде супститут програма решавања вишка запослених али погрешно закључује да је послодавац увек дужан да примени критеријуме независно од тога да ли су испуњени услови а за доношење програма или не, јер се на тај начин искључује произвољност код утврђивања који запослени треба да буде изложен вишку.²⁹

јављају се три основне концепта селекције: концепт који приоритетно мерило утврђује резултате рада-нпр раније југословенско право, док позитивно домаће право препушта послодавцу да критеријуме предвиди у програму решавања вишка запослених, али ако то не учини примењују се критеријуми из ОКУ(2008) који резултатима рада дају ранг приоритетног критеријума, б) концепт који је најшире прихваћен а који комбинује резултате рада и верност (радни стаж) исказане у систему старешинства(право сениората)-нпр британско, америчко, шведско право, в)концепт који имовном стању запослених(прихода по члану домаћинства/породице даје поред резултата рада и верности посебно важно место-нпр.немачком и (у нешто мањој мери) француском праву “(Б.Лубарда: Радно право, Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу, Београд 2012, стр. 565).

28 “Избор мерила њихово рангирање и квантификација представља интегрални елемент програма решавања вишка запослених који се односи на критеријуме за утврђивање вишка запослених а биже је уређено колективним уговором уз уважавање законом одређених ограничења –критеријум за утврђивање вишка запослених не може бити одсуствовање запосленог са рада због привремене спречености за рад, трудноте породилског одсуства, неге детета и посебне неге детета пошто запослени не може тврпети остваривање права из радног односа“ (.Д. Радовановић доцент Правног факултета за привреду и правосуђе Универзитета, Привредна академија Нови Сад: Технолошке, економске или организационе промене у процесу рада :узрок несигурности запослења Чланак је објављен у часопису за привредноправну теорију и праксу Привреда и право број 4-6 /2017 Удружење правника година LV,стр. 695.

29 О томе се изјашњава ова судска одлука:Међутим, одсуство програма решавања вишка

Ово схватање у том делу не може са становишта примене права остати без приговора. Нека томе у прилог послуже ови разлози:

1. У садржају разлога на којима се заснива овај став који је предмет анализе изостао је одговор на питање где је садржан нормативни основ да суд захтева примену критеријума и тако изврши нормативну допуну супротно садржају потпуне законске правне норме којој није потребна дорегулација на тему критеријума и материјалних услова за доношење меродавног акта за прописивање критеријума за утврђивање вишка запослених па ни у виду формалних извора права ниже правне снаге од закона.³⁰

2. Слово закона одређује :

- услове за доношење програма решавања вишка запослених;
- да програм садржи критеријуме;

запослених не ослобађа обавезе послодавца да примени критеријуме који су прописани чланом 39 Општег колективног уговора („Сл.гласник РС“ број 50/08,104/08,122/08, 8/09) који је био у примени у време отказа. Тужени је оспорено решење донео без примене икаквих критеријума предвиђених Општим колективним уговором који се примењују увек када дође до смањења броја запослених на одређеним пословима како би се могло оценити који од радника који раде на истим пословима заиста представља технолошки вишак за послодавца. И у ситуацији када број запослених који су технолошки вишак у односу на укупан број запослених захтева доношење програма који такође предвиђа критеријуме као и у ситуацији када тај број није довољан, али се примењује општи колективни уговор увек је примена критеријума основ за оцену ко од радника на истим пословима треба даље да настави са радом а ко је технолошки вишак. Таква одлука не може бити донета на произвољан начин као што је то у конкретном случају учињено. Погрешно тужени сматра да чињеница што није био обавезан да донесе програм решавања вишка запослених искључује његову обавезу да примени критеријуме који су прописани општим колективним уговором. Из наведених разлога Врховни касациони суд је оценио да је тужбени захтев тужиље основан јер је тужиљи отказ дат супротно члану 179 став 2 тачка 9. Закона о раду.(Пресуда Врховног касационог суда Рев2. 948/15 од 09.03.2016 године објављена у научном стручном и информативном часопису Избор судске праксе број5/2017 стр.55.У теорији Параскева Михајловић у чланку :Решавање вишка запослених по новом Закону о раду наводи :“критеријуми за утврђивање вишка запослених морају да буду садржани у програму, а по нашој оцени треба их утврдити општим актом послодавца(колективним уговором или правилником о раду“.Чланак је објављен у Зборнику радова Радни односи Глосаријум 2005. стр. 243.

30 О томе се у теорији наводи и ово:“Тако домаће право не предвиђа обавезу доношења програма решавања вишкова запослених ако послодавац запошљава мање од 20 запослених односно ако утврди престанак чпотребе за радом запослених у мањем броју, односно проценту од законом прописаног (у начелу ако намерава даисказе престанак потребе за мање од 10 процената запослених).Рестриктивнија решења за послодавца садржи хрватско право које предвиђе да се одредбе закона о програму разлозима, мерилима селекције примењују само ако послодавацзапошљава више од пет запослених и ако уговор о радукоји се отказује траје од шест месеци,, (Лубарда исти извор стр.575/6).

- и надлежни орган за његово доношење код послодавца, -аргументат из одредбе става 3 члана 155. Закона;

Такође нема законске норме којом би било прописано овлашћење колективног уговора код послодавца да одређује критеријуме за утврђивање вишка, односно да се критеријуми увек безусловно морају применити. Супротно њихова примена је ограничена већ самом чињеницом да се они утврђују у програму решавања вишка запослених.

3. Одредба члана 1 став 2 ЗОР у почетном фрагменту садржи исказ: Права, обавезе и одговорности из радног односа уређују се колективним уговором и уговором о раду, али то је дерогирано правилом из одредбе члана 155 став 1 тачка 4 овог закона када се ради о прописивању мерила селекције. На тај начин применом разлога супротности у тумачењу ове правне норме истовремено је одређено да општи акт у значењу из одредбе члана 8 став 1 ЗОР није овлашћен да да супротан одговор у погледу услова за доношење програма који утврђује критеријуме. *Lex specialis derogat legi generali*. Тврдити супротно значи дозволити неусклађеност радноправног система што није циљ стварања права. Последица тога би биле и неразрешиве антиномије код одговора на питање међусобног односа назначеног програма и колективног уговора и с тим у вези њихове правне снаге са становишта приоритета примене. Томе у прилог и то што је програм једностран правни акт послодавца који се доноси под словом закона прописаним условима и важи за тачно одређену ситуацију.

4. Не могу се мењати законски услови за примену критеријума.

5. Однос закона и колективног уговора уређен је применом правила *in favorem laboratoris in melius*, али то важи уз допунско правило прописано завршним фрагментом става 2 члана 8 Закона које гласи: „осим ако законом није друкчије одређено“. У овом случају законом је другачије прописано. То онда искључује дерогацију законских одредби применом правила о повољнијим правима и условима рада запосленог. Овде зато не долази у обзир правило о томе да однос закона и колективног уговора треба тумачити сходно начелу да треба применити оно што је прописано као повољније за запосленог –дерогација законских норми у корист запосленог.

Томе у прилог то што се ради о потпуној законској норми каквог су карактера на пример и одредбе:

- члана 153 (услова под којима је послодавац обавезан да донесе програм решавања вишка запослених)

- члана 155 став 1 тачка 4 и став 2 и 3 (меродавног извора права на тему утврђивања критеријума, надлежног органа који је овлашћен за

његово доношење и улоге синдиката: да му достави назначени предлог на мишљење).

6. Не могу се императивне законске норме мењати нормама аутономног права када им то недопушта слово закона. Немогу ни судским тумачењем. Није јасно ни зашто би критеријуми из колективног уговора били повољнији од критеријума утврђених назначеним програмом.

7. Инсистирање на примени критеријума занемарује да је словом закона њихова примена везана искључиво за колективно отпуштање што значи да она није присутна код малих промена. Тврдити супротно значи *contra legem* занемарити законско правило које прописује да је постојање потребе да се у одређеном временском периоду откаже уговор о раду одређеном броју запослених услов за доношење назначеног програма. Истина то су услови за доношење програма решавања вишка запослених али се само у његовом садржају могу и прописати критеријуми мерила селекције за одређивање вишка.

8. Да је законодавац резервисао за колективни уговор код послодавца прописивање критеријума у овој намени он би то прописао а у сваком случају изоставио би решење из члана 155 став 1 тачка 4. Закона које гласи: програм нарочито садржи критеријуме за утврђивање вишка запослених.

9. Аргументат који полази од садржаја почетног фрагмента става 2 члана 1. овог закона који гласи: Права, обавезе и одговорности из радног односа уређују се и колективним уговором занемарује правило *lex specialis derogat generali* и да је посебним и с тим у вези правило из његове одредбе члана 155 став 1 тачка 4.

10. Критеријуми су у функцији метода у значењу начина чијом се применом врши избор између запослених који ће бити вишак.

11. Резервисање критеријума за садржај назначеног програма има своје објашњење у пословном разлогу – оперативним потребама послодавца који зато улогу синдикалних представника своди на консултативну улогу

7. Критеријуми и дискриминација

Предходни разлози показали су услове за доношење програма решавања вишка запослених који садржи критеријуме за утврђивање вишка запослених. У правној пракси се заступа схватање да су критеријуми обавезни и у ситуацији када не постоји обавеза доношења назначеног програма што се образлаже потребом за елиминисање дискриминације у процедури отказа на иницијативу послодавца из

овог разлога. Тако се тврди да када постоји више запослених на истим пословима критеријуми су нужни независно од тога да ли се ради о колективном отпуштању или малим променама.³¹

Овде се може са становишта примене права основано приговорити и из разлога:

1. У складу са одредбом Конвенцији МОП број 111 која се односи на дискриминацију у погледу запошљавања и занимања захтева се једнакост поступања³². То важи и у погледу престанка потребе за радом запосленог.³³ Међутим, то не значи да треба приморати послодавца да супротно слову закона пропише критеријуме када му закон то не наређује да би избегао повреду начела забране дискриминације. Ово начело у области рада има уставни и законски основ. Оно мора бити везано за учињену повреду или ускраћивање уставом зајемченог права и слободе.³⁴ Нема повреде права када су изостала мерила селекције јер слово закона тако прописује. Суд није надлежан када зато нема покриће у закону да налаже примену мерила селекције код одређивања вишка и да њихово одсуство квалификује као повреду забране дискриминације. Суд примењује, а не ствара право. Тврдити супротно као у примеру из назначеног јудиката значи преузети *contra legem* законску надлежност

31 „Програм решавања вишка запослених послодавац је дужан да донесе када се стекне неки од услова из члана 153 овог закона у зависности од броја запослених који представљају вишак у односу на укупан број запослених. Међутим, чак и у ситуацији када послодавац није у обавези да донесе Програм решавања вишка запошљаних то му не даје право да без одређеног критеријума сам одлучи који запослени представља вишак од више извршилаца на истом радном месту без примене критеријума такву одлуку чини незаконитом. Дугачије поступање односно отказ по дискреционом овлашћењу директора без унапред утврђеног критеријума по коме ће се утврдити ко од запослених представља вишак могло би довести до дискриминације која је забрањена чланом 18 став 1 тачка 5. Закона о раду. У конкретном случају утврђено је да тужени није дредио критеријуме на основу којих ће одредити који Запослени представљају технолошки вишак. При томе неосновано закључујући да у ситуацији када послодавац није у обавези да донесе Програм решавања вишка запослених он има дискреционо право да сам одреди ко од запослених представља вишак те да ли је код свих запослених одређено исто мерило због чега Врховни касациони суд налази да је због погрешне примене материјалног права чињенично стање остало непотпуно утврђено па је применом члана 416 став Закона о парничном поступку укинуо нижестепене одлуке односно одлучио као у изреци“ (Решење Врховног касационог суда Србије Рев 2 1693/15 од 03.02.2016 године које је објављено у часопису Избор судске праксе број 2/2017 стр.57)

32 Конвенција МОП број 111 донета 25. јуна 1960. Женева („Сл. лист ФНРЈ“ број 3/61)

33 Видети одредбу члана 1 Конвенцији 111.

34 У том смислу изјашњава се и Уставни суд у Одлуци Уж.8771/13 од 14.04.2016. године.

на ту тему.Томе у прилоги то што ни Закон о забрани дискриминације не прописује критеријуме па недостаје нормативни основ за то овлашћење.

2. Право на образложену одлуку треба разликовати од примене критеријума.Послодавац је у овој ситуацији дужан да да разумно прихваљиве разлоге за своју одлуку али не и да изврши упоређивање применом критеријума који се захтевају код колективног отпуштања.

3. Код заснивања радног односа послодавац је слободан у избору између више кандидата па није јасно зашто би му се одузимало законско овлашћење када је то допуштено не утврди и примени критеријуме већ да своју одлуку образложи у погледу оцене код избора између више запослених коме ће од њих престати радни однос. Тада закон не налаже утврђивање критеријума а вишак запослених је резултат искључиво престанка потребе за његовим радом. То су у суштини пословни разлози што је и било ралог за ограничену законску интервенцију код прописивања материјалних претпоставки за примену критеријума.

4. Да је била неопходна интервенција са проширеним дејством са становишта прописивања опште правне норме у погледу мерила селекције независно од врсте промена то би било и унето у садржај одредбе члана 155 Закона.Пошто је по слову закона примена критеријума условљена доношењем програма решавања вишка запослених а он увек није обавезан већ искључиво под условима из одредбе члана 153. Закона неможе се позивом на институт забране дискриминације захтевати примена критеријума и када то закон не прописује.На то подсећа и почетни фрагменат дат у форми хипотетичког исказа у форми ако онда из одредбе става 1 члана 153. Закона

5. Доследна примена назначеног става имала би за последицу *contra legem* захтев за примену критеријума и када је реч о премештају у ситуацији смањеног броја извршилаца на пословима где је распоређено више запослених.То је случај због потребе организације рада из одредбе члана 171 став 1 тачка 1. Закона према којој норми :Послодавац може запосленом да понуди измену уговорених услова рада (у даљем тексту: анекс уговора:ради премештаја на други одговарајући посао, због потреба процеса и организације рада.Међутим слово закона оставља послодавцу одлуку да изврши избор не захтевајући да она буде заснована на критеријумима селекције. Овде је такође направљена разлика при давању првенства, што не значи да је самим тим и остварена повреда начела забране дискриминације у области рада. Да би се радило о повреди овог начела у случају вишка код малих промена разлика мора бити неоправдана. Када се послодавац понаша по диспозицији

одговарајуће правне норме код премештаја и у случају вишка сврха којој на тај начин тежи не сматра се неоправданом већ је резултат његове пословне одлуке.³⁵

6. Забрањена је дискриминација у области рада што подразумева забрану нарушавања једнаких услова у погледу остваривања права на рад. Њена повреда је могућа и погледу разлога за раскид раднофункционалне везе али искључиво ако је праћена повредом права. Међутим, нема повреде права када се не утврде и примене критеријуми у ситуацији када то закон не налаже. То не искључује право на образложену одлуку која мора да садржи разумно прихватљиве разлоге примерене демократском друштву који оправдавају избор одређеног запосленог за вишак.

Литература

Ивошевић З и Ивошевић М.: Коментар Закона о раду, друго измењено и допуњено издање, Службени гласник 2007.

Јовановић Р: Радно право, Седмо измењено и допуњено издање, Нови Сад, 2015.

Лубарда Б: Радно право Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу, Београд 2012.

Михајловић Р. :Решавање вишка запослених по новом Закону о раду, Зборник радова Радни односи Глосаријум 2005.

Г. Обрадовић, М. Јевтић: Значајни аспекти радног права Европске уније, Београд, децембар 2008, Фондација Fridrih Ebert Регионални пројекат радни односи и социјални дијалог у југоисточној Европи.

Радовановић Д: Технолошке, економске или организационе промене у процесу рада: узрок несигурности запослења. Чланак је објављен у часопису за привредноправну теорију и праксу *Привреда и право*, број 4-6 /2017 Удружење правника година LV.

³⁵ Видети одредбу члана 16. Закона о забрани дискриминације “Сл.гласник ТС“ бр. 22 од 30.03.2009. године).

Borivoje Živković,

retired judge of the Appellate court of Belgrade Republic of Serbia

Surplus of employees and criteria

Summary

Cease of the necessity for labor of the employee, who is permanently engaged (indefinite term labour engagement) may lead, under the “ex lege” conditions, to this labour being considered as a surplus and, in connection with that, termination of the labour agreement, on the employers initiative. Criteria for determining the surplus are being used only in cases when there are multiple employees on the same job position upon which the personal reduction is being carried out. Program, in accordance to the law, is entitled to prescribe the criteria for the stated purpose. Measures of the selection are used only when there are material circumstances in presence of which the employer is obliged to make a Program for resolving the surplus of employees.

Solely for the purposes of protection from discrimination, the criteria for the stated purpose cannot be demanded from the employer if the legal conditions for its application didn't take place. This does not exclude the right of the employee, who finds himself in this situation, to be given a reasoned decision that shall incorporate rationally acceptable reasons out of which the certain employee is to be deemed as “surplus”.

Key words: *requirements of work process, surplus, measures of selection, program for resolving the surplus of employees, collective agreement, discrimination.*

