



**Republika Srbija**  
**VRHOVNI KASACIONI SUD**  
**Rev2 761/2012**  
**23.01.2013. godina**  
**Beograd**

U IME NARODA

Vrhovni kasacioni sud, u veću sastavljenom od sudija: Vlaste Jovanović, predsednika veća, Zvezdane Lutovac i Predraga Trifunovića, članova veća, u radnom sporu tužilje S.J. iz sela B. kod V.B., koju zastupa punomoćnik Ž.S., advokat iz V., protiv tuženog R.d.d. O.K.R doo V., koga zastupa punomoćnik R.R., advokat iz V., radi utvrđenja postojanja radnog odnosa, odlučujući o reviziji tužilje, izjavljenoj protiv presude Apelacionog suda u Nišu 20 Gž.1.1042/11 od 20.04.2012. godine, u sednici održanoj 23.01.2013. godine, doneo je

**P R E S U D U**

**PREINAČUJE SE** presuda Apelacionog suda u Nišu 20 Gž.1.1042/11 od 20.04.2012. godine i presuda Osnovnog suda u Vranju P.1.565/10 od 01.10.2010. godine, pa se utvrđuje da je tužilja bila u radnom odnosu kod tuženog u periodu 04.11.2008. do 04.04.2009. godine na poslovima marketing menadžera.

**OBAVEZUJE SE** tuženi da tužilji na ime naknade štete isplati i to: za period od 04.11.2008. do 31.12.2008. godine 4.152,00 dinara sa zateznom kamatom počev od 31.12.2008. godine pa do isplate; za januar 2009. godine iznos od 9.293,12 dinara sa zateznom kamatom od 28.02.2009. godine; za februar 2009. godine iznos od 16.539,20 dinara sa zateznom kamatom počev od 31.03.2009. godine pa do isplate; za mart 2009. godine iznos od 18.293,12 dinara sa zateznom kamatom počev od 30.04.2009. godine pa do isplate i za april 2009. godine iznos od 2.088,00 dinara sa zateznom kamatom počev od 31.05.2009. godine pa do isplate; na ime neisplaćenih troškova prevoza 15.300,00 dinara sa zateznom kamatom od 04.04.2010. godine; na ime naknade za neiskorišćen godišnji odmor za 2008. i 2009. godinu 4.170,91 dinar i na ime naknade za topli obrok 10.000,00 dinara, kao i uplati doprinosa fondovima socijalnog osiguranja koliko isti budu izneli, sve u roku od 8 dana po prijemu presude pod pretnjom izvršenja. **OBAVEZUJE SE** tuženi da tužilji na ime troškova spora isplati iznos 69.420,00 (šezdesedevethiljadačetiristotinedvadeset) dinara u roku od 15 dana po prijemu presude pod pretnjom izvršenja.

**O b r a z l o ž e n j e**

Presudom Osnovnog suda u Vranju P.1.565/10 od 01.10.2010. godine odbijen je kao neosnovan tužbeni zahtev tužilje kojim je tražila utvrđenje da se nalazila u radnom odnosu kod tuženog u periodu od 04.11.2008. do 04.04.2009. godine na poslovima marketing menadžera i da joj isplati naknadu štete zbog izgubljene zarade i drugih primanja u iznosima bliže opisanim u izreci.

Pobijanom drugostepenom presudom odbijena je kao neosnovana žalba tužilje i prvostepena presuda je potvrđena.

Protiv pravnosnažne drugostepene presude tužilja je blagovremeno izjavila reviziju zbog pogrešne primene materijalnog prava.

Vrhovni kasacioni sud je ispitao pobijanu presudu na osnovu člana 399. ZPP ("Sl. glasnik RS" 125/2004...), pa je našao da je revizija osnovana.

U postupku nije učinjena bitna povreda odredaba parničnog postupka iz člana 361. stav 2. tačka 9. ZPP na koju revizijski sud pazi po službenoj dužnosti.

Prema utvrđenom činjeničnom stanju tuženi je u oktobru preko radio stanice svog društva objavio oglas "dinamičan posao, zarada bez limita" radi zasnivanja probnog rada na poslovima reklamnog menadžera. Tužilja se javila na oglas i stupila na rad 04.11.2008. godine, pa joj je u početnom periodu rada delimično isplaćena naknada za rad. Pre stupanja na rad nije zaključila sa tuženim nijedan od zakonom predviđenih ugovora o zasnivanju radnog odnosa ili radu van radnog odnosa u pisanoj formi. U drugom delu radnog angažovanja tuženi joj nije isplaćivao zaradu pa je ona napustila posao 04.04.2009. godine.

Nižestepeni sudovi smatraju da tužilja nije zasnivala radni odnos na određeno vreme jer nije zaključen ugovor o radu u pismenom obliku u skladu sa članom 32. stav 1. Zakona o radu; da nije postojala volja na strani poslodavca da je primi u radni odnos zato što nije ostvarila predviđene rezultate rada; i da se rad tužilje ima upodobiti faktičkom probnom radu u skladu sa članom 36. Zakona o radu.

Izloženo stanovište nije pravilno.

Radni odnos zasniva se ugovorom o radu koji zaključuju zaposleni i poslodavac i smatra se zaključivim kad god

radni odnos zasniva se ugovorom o radu koji zaključuju zaposleni i poslodavac i smatra se zaključenim kad ga potpišu zaposleni i direktor odnosno preduzetnik (član 30. Zakona o radu). Taj ugovor se zaključuje pre stupanja zaposlenog na rad u pisanom obliku (član 32. stav 1. zakona).

Iz citiranih pravila proizilazi da je ugovor o radu formalan jer se zaključuje u pisanom obliku, teretan, komutativan. Ali u cilju sprečavanja zloupotreba na tržištu rada i eliminacije tzv. rada na crno (faktičkog rada), zakonodavac je još prvim Zakonom o radu iz 2001. godine uveo pravilo o fikciji postojanja radnog odnosa koje je sada u zakonu izraženo (propisano) u članu 32. stav 2. po kome:

"ako poslodavac sa zaposlenim ne zaključi ugovor o radu u skladu sa stavom 1. ovog člana smatra se da je zaposleni zasnovao radni odnos na neodređeno vreme danom stupanja na rad". Ova pravna fikcija omogućuje da radni odnos nastane i bez zaključenja ugovora u pisanom obliku. Za njenu primenu dovoljno je da je radnik stupio na rad, pa se smatra da je danom početka rada zasnovao radni odnos. Pravilo iz čl. 30. i 32. važi za sve vidove zasnivanja radnog odnosa (radni odnos na neodređeno vreme, radni odnos na određeno vreme, na probni rad i za ostale modalitete sa nepunim radnim vremenom, rad van prostorija poslodavca i za radni odnos sa kućnim pomoćnim osobljem).

U situaciji kad je zaposlena stupila na rad, nije nužno (kao što smatra apelacioni sud) da se posebno istražuje volja ugovornih strana. Volja se smatra postojećom samom činjenicom da poslodavac prima zaposlenog na rad i da zaposleni za rad prima naknadu (zaradu). Ako poslodavac ne želi primenu ove odredbe (fikcije o postojanju radnog odnosa) mora zaključiti ugovor o povremenim ili privremenim poslovima ako je rad iz oblasti delatnosti poslodavca ili ugovor o delu ili neki drugi ugovor kojim se izričito ne zasniva radni odnos. U konkretnom slučaju između poslodavca i zaposlenog nisu zaključeni ugovori u pisanom obliku kojima se ne zasniva radni odnos.

S obzirom da je pisana forma uslov punovažnosti i ugovora o probnom radu (član 36) i kako se fikcija o postojanju radnog odnosa iz člana 32. Zakona o radu primenjuje i na probni rad, to se ima uzeti da je tužilja bila u radnom odnosu za vreme u kome je rad obavljala (koji je bio kraći od zakonskog maksimuma za probni rad - šest meseci).

U ovom slučaju očigledno je da je prava volja poslodavca bila zaključenje ugovora o probnom radu jer takav zaključak proizilazi iz iskaza vlasnika i osnivača tuženog koji je saslušan kao stranka. Na zapisniku od 23.09.2009. godine, između ostalog, on nije osporio moment stupanja na rad bez ugovora o pisanom obliku (04.11.2008. godine), moment prestanka rada (04.04.2009. godine), činjenicu da između stranaka nije zaključen ugovor o povremenim ili privremenim poslovima niti ugovor o delu, činjenicu da je tužilja delimično primila naknadu (zaradu) za obavljanje posla. Posle izvršenog veštačenja na ročištu za glavnu raspravu od 01.12.2010. godine punomoćnik tuženog je istakao da nema primedbi na nalaz i mišljenje veštaka finansijske struke.

S obzirom da između poslodavca i zaposlene nije zaključen ugovor u pisanom obliku krivicom poslodavca i da je tužilja provela na radu period od 28.11.2008. do 04.04.2009. godine, to je osnovan tužbeni zahtev za utvrđenje da je u tom periodu postojao radni odnos. Tužilja ne zahteva reintegraciju u proces rada i ima pravo na naknadu štete u vidu gubitka minimalne zarade i ostalih prava iz člana 118. Zakona o radu u skladu sa nalazom i mišljenjem veštaka finansijske struke na koje stranke u postupku nisu imale primedbi kao i na uplatu doprinosa fondovima socijalnog osiguranja. Prekid rada (04.04.2009. godine) ima se upodobiti nezakonitom otkazu zbog čega tužilja ima pravo na naknadu svih vidova štete (član 191. Zakona o radu).

Na osnovu člana 407. stav 1. ranije važećeg ZPP, odlučeno je kao u izreci u stavu prvom i drugom.

Tužilja je uspela u revizijskom postupku, pa joj na osnovu čl. 149. i 150. ZPP pripadaju troškovi spora i to: na ime sastava tužbe 6.000,00 dinara; zastupanja na pet održanih ročišta 31.250,00 dinara; zastupanja na tri ročišta koja nisu održana 9.370,00 dinara, sastava žalbe 15.000,00 dinara, sve u skladu sa važećom advokatskom tarifom i sudskih taksi 7.800,00 dinara (ukupno 69.400,00 dinara).

Napominje se da tužilji nisu priznati troškovi za sastav revizije jer takav zahtev u reviziji nije istaknut.

Na osnovu člana 161. stav 2. ZPP odlučeno je kao u izreci u stavu trećem. Predsednik veća

sudija

Vlasta Jovanović, s.r.