

Ljubljana, 20. 9. 2021

SINDIKATOM DEJAVNOSTI ZAPOSLENIM V ZVEZI

ZADEVA: Obveznost izpolnjevanja pogojev PCT in sporočanje osebnih podatkov

- V kolikor pogoj PCT kljub odloku vlade ni naveden kot ukrep zagotavljanja varnosti in zdravja pri delu v izjavi o varnosti z oceno tveganja ali v zvezi s tem ni sprejet splošni akt oziroma navodilo delodajalca, zavrnitev testiranja ne predstavlja kršitve delovnih obveznosti.
- Zavrnitev testiranja predstavlja kršitev delovne obveznosti, če je ta obveznost opredeljena v izjavi o varnosti z oceno tveganja, ne glede na to, ali delodajalca zavezuje odlok vlade.
- Določitev pogoja PCT ne določa obveznosti cepljenja. Odločitev za cepljenje je prostovoljna, delodajalec delavca v cepljenje ne more prisiliti. Neenaka obravnava delavcev zaradi dejstva, da je delavec cepljen ali ne se šteje za nedopustno diskriminacijo.
- Delavec se testiranju lahko izogne s predložitvijo dokazila o cepljenju ali prebolelosti. Delodajalec je upravičen do delavčeve izjave o izidu testiranja, delavec pa je izvid testiranja dolžan predložiti v primeru inšpekcijskega nadzora.

I. Testiranje na COVID-19 in odklonitev testiranja

Obveznost izpolnjevanja pogoja PCT za opravljanje gospodarske dejavnosti oziroma za opravljanje dela na določenem delovnem mestu je utemeljena na trenutno veljavnem Odloku o načinu izpolnjevanja pogoja prebolelosti, cepljenja in testiranja za zajezitev širjenja okužb z virusom SARS-CoV-2¹ ali na posamezni izjavi o varnosti z oceno tveganja, ki jo delodajalec sprejme, upoštevajoč vlogo sindikata in sveta delavcev, v skladu z Zakonom o delovnih razmerjih² in Zakonom o varnosti in zdravju pri delu³.

Odlok, s katerim se zasleduje cilj preprečitve ponovnih izbruhov okužb in širjenja okužb z nalezljivo boleznijo COVID-19, določa dejavnosti, opravljanje katerih je dovoljeno le, če se ponujanje in prodajanje blaga in storitev opravlja s strani zaposlenih, ki imajo izpolnjen pogoj PCT. V 1. odstavku 7. člena Odlok tudi določa, da preverjanje PCT pogoja organizira delodajalec, ter da je delodajalec dolžan na vidnem mestu pisno opozoriti zaposlene ter uporabnike na izpolnjevanje PCT pogoja in na vstopnih točkah preverjati njegovo izpolnjevanje. V kolikor delodajalec v dejavnostih, ki jih naštevajo odloki Vlade RS ne zagotovi, da njegovi zaposleni izpolnjujejo pogoj PCT, svoje dejavnosti ne sme opravljati. Delavca, ki pogoja PCT ne izpolnjuje, delodajalec v skladu z

¹ Ur. l. RS, št. 147/2021, 149/2021 - v nadaljevanju: Odlok

² Ur. l. RS, št. 21/2013, s spremembami in dopolnitvami - v nadaljevanju: ZDR-1

³ Ur. l. RS, št. 43/2011 - v nadaljevanju: ZVZD-1

Odlokom ne sme razporediti na opravljanje dela na delovno mesto, na katerem se opravlja ponujanje in prodaja blaga in storitev, lahko pa v skladu s 3. odstavkom 7. člena v takem primeru delodajalec uporabi ukrepe v skladu z ZVZD-1, ZDR-1, predpisom, ki ureja uslužbenska razmerja ter kolektivno pogodbo dejavnosti. Ob tem je pomembna okoliščina, da iz besedila Odloka ne izhaja obveznost delavca, da izpolnjuje pogoj PCT, temveč je v njem opredeljena obveznost delodajalca, da zagotovi spoštovanje pogojev za opravljanje svoje dejavnosti. Tudi načeloma smo mnenja, da z odlokom vlade ni mogoče posegati v obstoječe akte, ki veljajo med strankama delovnega razmerja in določajo njune medsebojne pravice in dolžnosti. S potencialno zavrnitvijo testiranja ali neizpolnjevanjem pogoja PCT torej delavec ne bi kršil obveznosti iz delovnega razmerja, saj ta nikjer ni predpisana, vendar pa bi s tem ravnanjem povzročil, da ga delodajalec na njegovo delovno mesto začasno (dokler velja Odlok oziroma dokler delavec ne bo izpolnjeval pogoja PCT) ne bi smel razporediti. V takem primeru bi delodajalec delavca v skladu s 7. členom Odloka lahko napotil na čakanje na delo oziroma sprožil druge postopke zaradi tega, ker delavca ne more razporediti na delovno mesto zaradi neizpolnjevanja začasnih pogojev, ki se vežejo na opravljanje dejavnosti. Zato bi moral delodajalec, za katerega velja PCT in ki obveznosti testiranja nima vzpostavljene kot ukrep za zagotavljanje varnosti in zdravja v izjavi o varnosti z oceno tveganja, v kolikor bi želel vzpostaviti obveznost delavca, da se testira, s tem v zvezi sprejeti splošni akt oziroma navdilo zaposlenim.

Nekoliko drugačen je primer, kadar je periodično testiranje za določena delovna mesta predpisano tudi z izjavo o varnosti z oceno tveganja. To je lahko primer tako pri delodajalcih, ki jih odloki vlade zavezujejo, kot tudi pri tistih, ki z njimi niso zavezani. Izjava o varnosti z oceno tveganja je utemeljena na 1. odstavku 47. člena ZDR-1, ki določa, da mora delodajalec zagotavljati pogoje za varnost in zdravje delavcev v skladu s posebnimi predpisi o varnosti in zdravju pri delu. Obveznost delodajalca nadalje konkretizira ZVZD-1, ki v 17. členu določa, da mora delodajalec pisno oceniti tveganja, katerim so delavci izpostavljeni ali bi lahko bili izpostavljeni pri delu in sprejeti izjavo o varnosti z oceno tveganja. V skladu z 12. členom ZVZD-1 mora delavec spoštovati in izvajati predpise in ukrepe o varnosti in zdravju pri delu ter pazljivo opravljati delo, da zavaruje svoje življenje ter življenje in zdravje drugih oseb. Iz navedenega izhaja, da gre v primeru odklonitve testiranja, kadar je to za delavčevo delovno mesto predpisano v izjavi o varnosti z oceno tveganja, ki je sprejeta na podlagi ZDR-1 in ZVZD-1, kot ukrep zagotavljanja varnosti in zdravja pri delu, za kršitev delovnih obveznosti, ki jih opredeljujeta navedena zakona.

V kolikor se delodajalčeva dejavnost v skladu z odloki lahko opravlja le v kolikor zaposleni izpolnjujejo pogoj PCT menimo, da obstaja zadostna podlaga, da lahko delodajalec obveznost testiranja za delavce vzpostavi s sprejetjem splošnega akta v skladu z 10. členom ZDR-1, na podlagi katerega lahko delodajalec določa organizacijo dela ali določa obveznosti, ki jih morajo delavci poznati zaradi izpolnjevanja pogodbenih in drugih obveznosti, s tem da predlog splošnega akta pred sprejemom posreduje v mnenje sindikatu in svetu delavcev. S takšnim splošnim aktom bi delodajalec vzpostavil obveznost delavcev, ki bi izhajala iz potrebe, da se delo organizira v skladu z izdanimi predpisi. V kolikor pa delodajalca odlok ne zavezuje smo mnenja, da za takšen splošni akt ni podlage in bi bilo potrebno PCT pogoj najprej določiti v izjavi o varnosti z oceno tveganja.

Vsekakor pa je potrebno poudariti, da se Odlok nanaša izključno na delodajalce, ne predstavlja neposredne pravne podlage za uvedbo delovnopravne obveznosti testiranja in delodajalcem nalaga določene obveznosti vezane na opravljanje dejavnosti. Posebej poudarjamo, da so vsi stroški, vezani na testiranje delavcev, breme delodajalca ter da delavec iz tega naslova ne sme imeti nikakršnih finančnih izdatkov. Morebitna obveznost testiranja, ki je kot takšna določena z akti delodajalca (ne glede na obstoj/neobstoj oziroma vezanost/nevezanost vladnega odloka) pa mora biti nediskriminatorna.

Glede nasvetov za ravnanje, ki se pojavljajo v povezavi z domnevno neustavnostjo predpisov, ki urejajo PCT pogoje, cepljenje in podobno opozarjamo, da je edina institucija, ki je pristojna za presojo ustavnosti predpisov v RS Ustavno sodišče. Dokler to ne razsodi, da je določen akt neustaven, se ta akt tudi veljavno izvršuje, Ustavno sodišče pa ima ob izreku tudi na voljo več različnih načinov s katerimi lahko v postopku ugotovljeno neustavnost sanira. Zato smo mnenja, da bi delavci z upoštevanjem nepreverjenih stališč in pozivov tvegali izrek ukrepov s strani delodajalca, ki bi lahko imel tako ekonomske kot tudi socialne posledice in ki jih bi bilo potrebno izpodbijati na sodišču. Izid takšne pravde pa je nepredvidljiv.

II. Cepljenje proti COVID-19

Odločitev za cepljenje je prostovoljna odločitev vsakega posameznika in ni določena kot obvezna za zaposlene v katerikoli dejavnosti. Za nekatere dejavnosti je sicer določen pogoj PCT, vendar to ne pomeni, da se je delavec dolžan cepiti. Odlok namreč zgolj določa dejavnosti, za opravljanje katerih je obvezen pogoj PCT pri zaposlenih na način, da testiranja ni potrebno opraviti zaposlenim, ki izpolnjujejo pogoj prebolečnosti ali cepljenosti, kar dokazujejo z dokazili, določenimi v Odloku. Cepljenje v skladu z Odlokom torej ni predpisano kot obvezno, temveč kot ena izmed dveh okoliščin, ki zaposlenega opraviči periodičnega testiranja, s tem da odločitev o cepljenju ostaja osebna odločitev vsakega posameznika.

Dejstvo, da je posameznik cepljen tudi ne sme biti postavljena za pogoj za zasedbo delovnega mesta, saj bi šlo za nedopustno diskriminacijo na podlagi osebne okoliščine. Glede na 1. odstavek 6. člena ZDR-1 mora namreč delodajalec iskalcu zaposlitve pri zaposlovanju ali delavcu v času trajanja delovnega razmerja in v zvezi s prenehanjem pogodbe o zaposlitvi zagotavljati enako obravnavo ne glede na narodnost, raso ali etnično poreklo, nacionalno in socialno poreklo, spol, barvo kože, zdravstveno stanje, invalidnost, vero ali prepričanje, starost, spolno usmerjenost, družinsko stanje, članstvo v sindikatu, premoženjsko stanje ali drugo osebno okoliščino. Tudi z oceno tveganja se za zasedbo delovnega mesta ne sme določiti pogoj, da mora biti delavec cepljen, saj bi šlo za nesorazmeren poseg v posameznikove pravice, glede na to da se enak cilj, t.j. varnost na delovnem mestu, lahko zagotovi z milejšim posegom, t.j. testiranjem.

Ker gre pri cepljenju za osebno okoliščino delodajalec tudi ne sme sprejemati odločitev, ki bi delavca zaradi nje postavljala v slabši položaj. Ne sme ga na primer neutemeljeno izločati iz delovnega procesa, mu zaradi tega, ker ni cepljen odpovedati pogodbe o zaposlitvi ali mu znižati plače. Delodajalec sicer delavce lahko s ciljem zagotavljanja varnosti in zdravja pri delu nagovarja ter spodbuja k cepljenju, ne sme pa z namenom doseganja precepljenosti zaposlenih uporabljati groženj, negativne retorike ali drugih ukrepov, ki bi delavce, ki se ne želijo cepiti spravljali v slabši položaj, saj gre pri odločitvi za cepljenje za osebno odločitev vsakega posameznika.

III. Razkrivanje podatkov o cepljenju, prebolečnosti in rezultatu testiranja

Glede na že omenjeno ureditev pogoja PCT je jasno, da je razkrivanje informacije o tem, ali je posameznik cepljen ali prebolel COVID-19 odločitev vsakega posameznika in razkritja podatka o tem, ali je delavec cepljen ali prebolelnik delodajalec tudi ne sme zahtevati, lahko pa na podlagi Odloka pridobi informacijo o tem, ali je delavec opravil test na COVID-19. Delodajalec je dolžan zagotoviti, da so delavci, ki v določenih dejavnostih opravljajo ponujanje in prodajo blaga in storitev potrošnikom, testirani v skladu z Odlokom. Lahko pa se testiranju izognejo, če izkažejo, da so COVID-19 preboleli ali da so proti njemu cepljeni in delodajalcu predložijo na vpogled ustrezno potrdilo.

V skladu z Zakonom o varstvu osebnih podatkov⁴ je osebni podatek katerikoli podatek, ki se nanaša na posameznika, ne glede na obliko, v kateri je izražen. V 8. členu ZVOP-1 podaja splošno pravilo glede obdelave osebnih podatkov posameznikov in sicer se osebni podatki lahko obdelujejo le, če obdelavo osebnih podatkov in osebne podatke, ki se obdelujejo, določa zakon ali če je za obdelavo določenih osebnih podatkov podana osebna privolitev posameznika. Namen obdelave osebnih podatkov mora biti določen v zakonu, v primeru obdelave na podlagi osebne privolitve posameznika pa mora biti posameznik predhodno pisno ali na drug ustrezen način seznanjen z namenom obdelave osebnih podatkov. Splošna uredba o varstvu osebnih podatkov določa, da je obdelava osebnih podatkov zakonita, če zanjo obstaja privolitev posameznika, če je obdelava potrebna za izvajanje pogodbe, katere stranka je posameznik, če je obdelava potrebna za izpolnjevanje zakonske obveznosti, za zaščito življenjskih interesov posameznika, katerega podatki se obdelujejo, če je obdelava potrebna zaradi opravljanja naloge v javnem interesu ali pri izvajanju javne oblasti ali zaradi zakonitih interesov, za katere si prizadeva upravljavec ali tretja oseba, razen kadar nad takimi interesi prevladajo interesi ali temeljne pravice in svobosščine posameznika, na katerega se nanašajo osebni podatki, ki zahtevajo varstvo osebnih podatkov. Glede obdelave osebnih podatkov zaposlenih ZDR-1 v 1. odstavku 48. člena določa, da se osebni podatki delavcev lahko zbirajo, obdelujejo, uporabljajo in posredujejo tretjim osebam samo, če je to določeno s tem ali drugim zakonom ali če je to potrebno zaradi uresničevanja pravic in obveznosti iz delovnega razmerja ali v zvezi z delovnim razmerjem.

Pri obdelavi osebnih podatkov je potrebno upoštevati načelo sorazmernosti, ki narekuje, da se v osebne podatke posameznika lahko posega le v obsegu, ki je nujno potreben za doseg zakonskega namena obdelave osebnega podatka in le toliko časa, kolikor je nujno potrebno za doseg tega namena. S posebno občutljivimi osebnimi podatki o zdravstvenem stanju posameznika je potrebno ravnati še posebej previdno in načelo sorazmernosti razlagati restriktivno. Odlok kot enega izmed enakovrednih ukrepov za zagotovitev izpolnjevanja pogoja PCT uveljavlja samotestiranje, v 2. odstavku 5. člena pa določa, da za namen samotestiranja odgovorna oseba posreduje zaposlenemu evidenčni list, ki vsebuje datum samotestiranja, rezultat testa in podpis zaposlenega. Gede na to, da je samotestiranje v Odloku določeno kot ukrep, ki je enakovreden testiranju, je torej vsebinsko enaka izjava zadostna informacija za delodajalca tudi ob izvedbi testiranja HAG ali PCR.

Zato smo mnenja, da je pri izpolnjevanju pogoja PCT delodajalec upravičen do informacije, da delavec izpolnjuje pogoj testiranosti, če ni predhodno izkazal, da je cepljen ali da je prebolel COVID-19. S tem bo delodajalec izpolnil svojo obveznost zagotavljanja pogojev za izvajanje dejavnosti. Delavec je zato delodajalca dolžan o tem seznaniti, delodajalec pa od delavca v ta namen lahko zahteva podpis izjave, s katero delavec potrdi, da pogoj testiranosti izpolnjuje. Ob tem opozarjamo, da bi delavec lahko bil delodajalcu odškodninsko odgovoren, v kolikor bi zaradi njegove lažne izjave delodajalcu nastala škoda. V kolikor pa bi prišlo do inšpekcijskega nadzora zgolj izjava delavcev ne bi zadoščala, saj zgolj na njeni podlagi nadzora inšpektorat ne bi mogel opraviti, zato bi po našem mnenju v takem primeru moral delavec inšpektorju predložiti na vpogled tudi dokazilo oziroma potrdilo, iz katerega izhaja izpolnjevanje pogoja PCT. To izhaja tudi iz 7. člena odloka, ki določa, da se preverjanje izpolnjevanja pogoja PCT opravlja z dokazili o izpolnjevanju pogoja ter da nadzor nad izpolnjevanjem PCT pogoja izvajajo pristojne inštitucije.

Pravna služba ZSSS

⁴ Ur. l. RS, št. 94/2007, s spremembami in dopolnitvami - v nadaljevanju: ZVOP-1