REPUBLIKA SLOVENIJA
ZAGOVORNIK NAČELA ENAKOSTI

Zadeva: 0700-5/2021/9
Datum: 31. 1. 2022

Zagovornik načela enakosti (v nadaljevanju: Zagovornik) na podlagi 21. člena v povezavi s 37. členom Zakona o varstvu pred diskriminacijo (Uradni list RS, št. 33/16 in 21/18 – ZNOrg, v nadaljevanju: ZVarD) in na podlagi prvega odstavka 207. člena Zakona o splošnem upravnem postopku (Uradni list RS, št. 24/06 - uradno prečiščeno besedilo, 105/06 - ZUS-1, 126/07, 65/08, 8/10, 82/13, 36/20 - ZZUSUDJZ, 61/20 - ZZUSUDJZ-A, 175/20 - ZIUOPDVE, 203/20 – ZIUPOPDVE, v nadaljevanju: ZUP) v postopku, začetim po uradni dolžnosti, v zadevi ugotovitve obstoja diskriminacije po ZVarD zoper podjetje, izdaja naslednjo

ODLOČBO

1. Ugotovi se, da je podjetje z določitvijo kriterijev za izplačilo poslovne uspešnosti za leto 2020, vsebovanih v IV. členu Splošnega akta delodajalca o izplačilu dela plače za poslovno uspešnost z dne 6. 12. 2017, ki so vezani na prisotnost posameznega delavca na delu na način, da delavci, ki so bili v poslovnem letu, za katerega se izplačuje del plače za poslovno uspešnost, odsotni z dela zaradi materinskega, očetovskega ali starševskega dopusta oz. zaradi bolezni ali poškodbe, ki ni povezana z delom ali zaradi nege ožjega družinskega člana v trajanju več kot dva tedna, niso upravičeni do dela plače za poslovno uspešnost, kršila prepoved neposredne diskriminacije po prvem odstavku 6. člena ZVarD.

2. Stroški v tem postopku niso nastali.

OBRAZLOŽITEV

Zagovornik načela enakosti (v nadaljevanju: Zagovornik) je dne 14. 12. 2020 prejel predlog za obravnavo domnevne diskriminacije zaposlenih v podjetju (v nadaljevanju tudi družba, delodajalec) od enega izmed njenih delavcev. Slednji je navedel, da je bral, da delodajalec pri izračunu božičnice oz. nagrade za poslovno uspešnost upošteva bolniško in očetovski dopust. Zagovornika je zaprosil za ukrepanje, pri tem pa je prosil za popolno anonimnost v zadevi.

Zagovornik je na podlagi prejetega predloga skladno s prvim odstavkom 34. člena Zakona o varstvu pred diskriminacijo (Uradni list RS, št. 33/16 in 21/18 – ZNOrg, v nadaljevanju: ZVarD) v zadevi pričel s postopkom ugotavljanja diskriminacije po uradni dolžnosti. V okviru postopka ugotavljanja diskriminacije, ki ga vodi skladno z določbami 5. poglavja ZVarD (33. – 37. člen ZVarD) ter po določbah Zakona o splošnem upravnem postopku (v nadaljevanju: ZUP),[1] je Zagovornik na družbo kot domnevnega kršitelja naslovil Zaprosilo za posredovanje dokumentacije in pojasnil (dopis št. 0700-5/2021/2 z dne 14. 1. 2021).

Zagovornik je dne 1. 2. 2021 s strani pooblaščenca podjetja, ki ga je podjetje pooblastilo za posredovanje dokumentacije in pojasnil Zagovorniku skladno z njegovim pisnim zaprosilom, prejel Odgovor na zaprosilo za posredovanje dokumentacije in pooblastil.

[1] Uradni list RS, št. 24/06 - uradno prečiščeno besedilo, 105/06 - ZUS-1, 126/07, 65/08, 8/10, 82/13, 36/20 - ZZUSUDJZ, 61/20 - ZZUSUDJZ-A, 175/20 - ZIUOPDVE, 203/20 – ZIUPOPDVE.

Na začetku so pojasnili, da Splošni akt, po katerem je družba v letu 2020 izplačevala božičnico, ne velja več (Splošni akt delodajalca o izplačilu dela plače za poslovno uspešnost z dne 6. 12. 2017, v nadaljevanju: Splošni akt 2020). Za tekoče poslovno leto je podjetje sprejelo nov Splošni akt o izplačilu dela plače za poslovno uspešnost, ki velja za obdobje od 1. 1. 2021 dalje in vsebuje povsem druge kriterije za izplačilo poslovne uspešnosti (Splošni akt delodajalca o izplačilu dela plače za poslovno uspešnost z dne 29. 1. 2021, v nadaljevanju: Splošni akt 2021).

V nadaljevanju je pooblaščenec pojasnil, da družbo zavezuje Kolektivna pogodba dejavnosti, pri čemer je posebej izpostavljen eden izmed členov, ki določa izplačilo nagrade za poslovno uspešnost. Delodajalec je 6. 12. 2017 sprejel Splošni akt o izplačilu dela plače za poslovno uspešnost, v korist zaposlenih, z namenom izpolnitve pogojev za davčno ugodnejše obravnave izplačila poslovne uspešnosti skladno z 12. točko prvega odstavka 44. člena Zakona o dohodnini (v nadaljevanju: ZDoh-2).[2] Četudi izplačilo poslovne uspešnosti ni zakonska pravica zaposlenih in delodajalec tega plačila ni dolžan izplačevati neposredno na podlagi kolektivne pogodbe ali pogodb o zaposlitvi, se podjetje odločilo, da to plačilo zaposlenim pod določenimi pogoji vseeno prizna in je v tem smislu sprejel Splošni akt 2020. Ob pripravi tega akta je delodajalec po navedbah pooblaščenca upošteval določbe delovnopravne zakonodaje, relevantno kolektivno pogodbo in vsa pojasnila ministrstev in davčnih organov v tej zvezi. Vsa pojasnila so si bila enotna, da delodajalec avtonomno določa kriterije, ki pa morajo biti objektivni in enotni za vse.

Pooblaščenec je nadalje predstavil odseke iz uradnih pojasnil Finančne uprave Republike Slovenije (v nadaljevanju: FURS), iz dokumenta »DOHODNINA, Del plače za poslovno uspešnost, januar 2020«, kjer FURS pojasni, kakšna morajo biti merila za pridobitev pravice in za višino izplačila dela plače za poslovno uspešnost[3] ter kako je potrebno poročati podatke za oblikovanje pokojninske osnove.[4] V dokumentu FURS je navedeno, da za poročanje podatkov za oblikovanje pokojninske osnove velja različno poročanje, ki je odvisno od tega, ali je dohodek vezan na prisotnost delavca ali ne. Dohodek se v rubriki M01 poroča v primeru, če je izplačilo dela plače za poslovno uspešnost vezano tudi na prisotnost delavca, v rubriki M05 pa se poroča, če izplačilo dela plače za poslovno uspešnost ni vezano na prisotnost delavca. Pravno podlago za razlikovanje dela plače iz uspešnosti poslovanja v povezavi s prisotnostjo delavca predstavlja 32. člen Zakona o pokojninskem in invalidskem zavarovanju (v nadaljevanju: ZPIZ-2),[5] ki določa, da se zavarovancem iz tretje alineje prvega odstavka za čas prejemanja nadomestila za izračun pokojninske osnove upošteva plača oziroma osnova, od katere so bili plačani prispevki iz koledarskega leta pred začetkom prejemanja nadomestila. S takšnim razlikovanjem se zagotovi, da delavci, ki so bili v bolniški ali na porodniškem dopustu, niso privilegirani oziroma se prepreči neenakopraven položaj preostalih delavcev, ki delajo celo leto.[6] Navedeno naj bi kazalo na to, da bi bila ravno enaka obravnava zaposlenih, ki delajo, in tistih, ki ne delajo, nedopustna. Pooblaščenec v odgovoru dodaja še, da

---

[2] Uradni list RS, št. 13/11 - uradno prečiščeno besedilo, 103/10, 9/11 - ZUKD-1, 105/11, 9/12 - odl. US, 24/12, 30/12, 40/12 - ZUJF, 75/12, 94/12, 102/12, 52/13 - odl. US, 96/13, 108/13, 29/14 - odl. US, 50/14, 94/14, 23/15, 55/15, 102/15 - ZUJF-E, 104/15, 63/16, 69/17, 21/19, 28/19, 66/19, 49/20 - ZIUZEOP, 80/20 - ZIUOOPE, 152/20 - ZZUOOP, 175/20 - ZIUOPDVE, 203/20 - ZIUPOPDVE, 195/20, 15/21 – ZDUOP.

[3] FURS: DOHODNINA, Del plače za poslovno uspešnost, januar 2020, Poglavje 2.1: Določitev pravice v splošnem aktu delodajalca ali kolektivni pogodbi – Merila na podlagi splošnega akta delodajalca, str. 4.

[4] FURS: DOHODNINA, Del plače za poslovno uspešnost, januar 2020, Poglavje 5.1: Izpolnjevanje polj potrebnih za oblikovanje pokojninske osnove – polja M, str. 8.

[5] Uradni list RS, št. 96/12, 39/13, 46/13 - ZIPRS1314-A, 63/13 - ZIUPTDSV, 99/13 - ZSVarPre-C, 101/13 - ZIPRS1415, 111/13 - ZMEPIZ-1, 44/14, 85/14 - ZUJF-B, 95/14 - ZIUPTDSV-A, 97/14 - ZMEPIZ-1A, 95/14 - ZIPRS1415-C, 95/14 - ZUPPJS15, 95/14 - ZUJF-C, 31/15 - ZISDU-3, 90/15 - ZIUPTD, 90/15 - ZUPPJS16, 96/15 - ZIPRS1617, 102/15, 42/16 - odl. US, 80/16 - ZIPRS1718, 88/16 - ZUPPJS17, 40/17, 23/17, 75/17 - ZIUPTD-A, 65/17, 71/17 - ZIPRS1819, 28/19, 75/19 - ZIPRS2021, 75/19 - ZUPPJS2021, 75/19, 36/20 - ZIUJP, 49/20 - ZIUZEOP, 61/20 - ZIUZEOP-A, 139/20 - ZUPPJS2021-A, 139/20, 174/20 - ZIPRS2122, 189/20 - ZFRO, 15/21 - ZDUOP, 51/21, 74/21 - ZIPRS2122-A, 121/21, 162/21.

[6] FURS: DOHODNINA, Del plače za poslovno uspešnost, januar 2020, Poglavje 5.1: Izpolnjevanje polj potrebnih za oblikovanje pokojninske osnove – polja M, str. 8.

dopustnost razlikovanja izhaja že iz splošne delovnopravne zakonodaje in socialno – zdravstvene zakonodaje, saj zaposleni za čas upravičene odsotnosti z dela zaradi bolezni prejme nadomestilo plače v nižjem znesku, kot je plača (80% osnove in ne 100%).

Pooblaščenec je navedel, da z vidika delodajalca, zlasti zasebnega, ni utemeljeno zatrjevati, da ni dopustno razlikovati med zaposlenimi, ki so prisotni na delu in delajo, ter zaposlenimi, ki so, čeprav upravičeno, odsotni z dela. Ni mogoče reči, da morajo biti vsi zaposleni upravičeni do enakih pravic, kvečjemu obratno; za diskriminacijo bi šlo, če bi bili enako obravnavani tisti, ki delajo in tisti, ki ne delajo. Če delodajalec ne bi upošteval elementa prisotnosti, bi manj ugodno obravnaval tiste, ki dejansko delajo in pripomorejo k poslovnim rezultatom ter privilegiral tiste, ki ne delajo. Družba meni, da je edino logično, da so do plačila iz naslova uspešnosti poslovanja upravičeni tisti, ki so prispevali k dobrim poslovnim rezultatom. Delavec, ki je bil celo leto v bolniškem staležu, prav gotovo ne more biti upravičen do enakega plačila kot delavec, ki celo leto dela in izpolnjuje svojo temeljno obveznost iz delovnega razmerja – opravljanje dela. Če ni enako obravnavan, gotovo ne gre za diskriminacijo, saj delavec, ki dela in delavec, ki ne dela, nista v enaki niti v podobni situaciji, da bi morala biti obravnavana enako.

Nadalje pooblaščenec navaja sodno prakso z namenom podkrepitve svojih navedb. Iz sodbe Sodišča EU C-13/05 naj bi jasno izhajalo, da bolezen sploh ni osebna okoliščina v smislu varstva pred diskriminacijo. Poleg tega naj bi tudi iz sodne prakse domačega sodišča izhajala utemeljenost razlikovanja med prisotnimi na delu in upravičeno odsotnimi z dela. Iz sodb Pdp 1331/2008 in Pd 709/2010 izhaja stališče, da se pri plačilu poslovne uspešnosti ugotavlja, ali je delavec v letu, za katerega se ugotavlja uspešnost, dejansko k tej uspešnosti tudi prispeval.

Pooblaščenec nadalje zatrjuje, da gre v zadevi za izjemo iz 13. člena ZVarD, saj je različno obravnavanje zaposlenih, ki delajo, in tistih, ki ne delajo z vidika delodajalca oziroma delovnega razmerja utemeljeno. Bistvo delovnega razmerja je opravljanje dela in plačilo za opravljeno delo. Onemogočanje delodajalcem, da kriterije za izplačilo poslovne uspešnosti oblikujejo v odvisnosti od prisotnosti zaposlenih na delu (kar je ključno za dosego poslovne uspešnosti), lahko škoduje le zaposlenim, saj se delodajalci v takem primeru ne bodo več odločali za izplačila poslovne uspešnosti.

Na koncu pooblaščenec pojasni, da je družba sprejela nov Splošni akt o izplačilu poslovne uspešnosti, ki se uporablja od 1. 1. 2021 dalje. Ob prejemu zaprosila se je družba namreč seznanila s stališči Zagovornika v dani zadevi in se kljub drugačnim stališčem odločila za prilagoditev vsebine splošnega akta za izplačilo poslovne uspešnosti na način, da sedaj v celoti upošteva zavzeta stališča Zagovornika glede kriterijev za izplačilo poslovne uspešnosti.

Odgovoru so bili priloženi Pooblastilo podjetja za pooblaščenca z dne 25. 1. 2021, Splošni akt delodajalca o izplačilu za poslovno uspešnost z dne 6. 12. 2017, Splošni akt delodajalca o izplačilu dela plače za poslovno uspešnost z dne 29. 1. 2021 in dokument FURS »DOHODNINA, Del plače za poslovno uspešnost, januar 2020«.

*

Zagovornik se je po prejetih pojasnilih družbe skladno s 37. členom ZVarD s prošnjo za dodatna pojasnila obrnil na FURS. Z Zaprosilom za posredovanje pojasnil (dopis št. 0700-5/2021/4 z dne 3. 3. 2021) je FURS zaprosil, da navede konkretne podatke, na katerih temeljijo navedbe, da bi bili delavci, ki so bili v koledarskem letu na bolniškem ali porodniškem dopustu, v privilegiranem položaju, če bi za tisto leto prejeli enako izplačilo za poslovno uspešnost družbe kot delavci, ki so delali celo leto. Zaprosil je za podatke, kolikšen delež osnove za obračun prispevkov za socialno varnost predstavlja del izplačila za poslovno uspešnost in kakšna bi bila konkretna razlika pri oblikovanju in višini pokojninske osnove, v primeru dveh delavcev, kjer bi bil en prisoten na delovnem mestu celo leto, drugi pa večkrat bolniško odsoten, posledično bi prejel tudi manjšo izplačilo poslovne uspešnosti.

FURS se je na Zagovornikova zaprosila odzval s Pojasnilom v zvezi z izplačilom božičnice (dokument št. 0100-83/2021-2 z dne 10. 3. 2021), v katerem je pojasnil, da je pri obravnavi Zagovornikovih vprašanj potrebno razlikovati delovnopravni in davčni vidik. V osnovi mora izplačilo izpolnjevati pogoje, določene z delovnopravno zakonodajo, medtem ko davčna zakonodaja ureja ugodnejšo davčno obravnavo za nekatera plačila za poslovno uspešnost (12. točka 44. člena ZDoh-2). Davčna zakonodaja pa ne določa, katere kriterije je treba oziroma se sme uporabiti pri izplačilu za poslovno uspešnost. Izbira kriterija je prepuščena delodajalcem, če jih opredelijo v splošnem aktu, oziroma so kriteriji predmet socialnega dialoga s sindikati, če so opredeljeni v kolektivni pogodbi. Če je pravica do izplačila dela plače za poslovno uspešnost določena v splošnem aktu delodajalca, morajo biti merila za pridobitev pravice in za višino izplačila enotna za vse delavce, torej morajo imeti vsi delavci možnost, da navedena merila izpolnijo. Ob tem poudarjajo, da navedeno ne pomeni, da morajo vsi delavci prejeti absolutno isti znesek. Če pa je s kolektivno pogodbo določeno, da je izbira meril prepuščena delodajalcu, je izbira popolnoma prepuščena delodajalcu, vendar morajo biti kriteriji v skladu z delovnopravno zakonodajo. Na koncu so še enkrat poudarili, da davčna zakonodaja ne določa, katere kriterije mora ali sme uporabiti delodajalec, ampak določa davčno obravnavo dohodka.

Glede ostalih vprašanj Zagovornika, ki so se nanašala na poročanje podatkov za oblikovanje pokojninske osnove, je FURS pojasnil, da je za navedeno področje pristojen Zavod za pokojninsko in invalidsko zavarovanje Slovenije (v nadaljevanju: ZPIZ). Slednjemu je FURS zadevo odstopil v reševanje in posredovanje odgovorov na tista vprašanja Zagovornika, ki se nanašajo na pristojnost ZPIZ.

ZPIZ je dne 25. 3. 2021 Zagovorniku posredoval odgovor na Zagovornikovo zaprosilo v delu, ki se nanaša na področje poročanja podatkov in upoštevanja plačil iz naslova poslovne uspešnosti pri oblikovanju prijave podatkov o osnovah za delavce v delovnem razmerju (dokument št. 103-4/2021 (02150) z dne 25. 3. 2021). Tudi ZPIZ je na začetku pojasnil, da je treba pri obravnavi poslovne uspešnost razlikovati delovnopravni in davčni vidik. Za davčne namene se del plače iz poslovne uspešnosti vedno obravnava kot del plače.

ZPIZ pojasnjuje, da se poročanje podatkov na obračunu davčnega odtegljaja, ki so potrebni za oblikovanje pokojninske osnove, poslovna uspešnost razlikuje in sicer glede na to, na kakšen način je bila izplačana:

- obravnava se kot del plače, če je znesek poslovne uspešnosti vezan na prisotnost delavca na delu (redne ure);
- ne obravnava se kot del plače, v primerih, če vsi delavci dobijo enak znesek izplačil (ne glede na prisotnost na delu) – v tem primeru se znesek iz naslova poslovne uspešnosti obravnava kot drug dohodek iz delovnega razmerja.

Kadar so osebam v delovnem razmerju izplačani deli plače ali drugi prejemki iz delovnega razmerja, ki niso odvisni od časa prisotnosti na delu, se v pokojninsko osnovo upošteva sorazmerni del izplačanega zneska, ki ustreza sorazmernemu delu števila ur rednega dela v primerjavi s številom ur delovne obveznosti zavarovanca na letni ravni (obdobje zavarovanja). Temu je prilagojen tudi različen način javljanja zneskov poslovne uspešnosti v obračunu davčnega odtegljaja (REK obrazec). V prvem primeru delodajalec znesek izplačane poslovne uspešnosti javi v rubriko M01 na REK obrazcu (pri oblikovanju pokojninske osnove se ta znesek v celoti všteje), v drugem primeru pa delodajalec javi znesek v rubriko M05 (pri oblikovanju pokojninske osnove se znesek všteje v sorazmernem delu glede na število ur rednega dela zavarovanca v posameznem letu).

ZPIZ poudarja, da je odločitev o tem, ali bo dohodek za poslovno uspešnost izplačan tudi osebi, ki je pretežni del na bolniški ali je odsotna zaradi materinskega, očetovskega ali starševskega dopusta in v kakšnem znesku, v pristojnosti vsakega posameznega delodajalca. Prispevki za obvezno pokojninsko in invalidsko zavarovanje se plačajo od celotnega zneska

plačila za poslovno uspešnost, ne glede na to, po kakšnih pravilih se to izplačilo upošteva v pokojninsko osnovo. Z vidika ZPIZ je pomembno, da se izplačani znesek pravilno javi na obračunu davčnega odtegljaja (REK obrazec), saj je od tega odvisno pravilno vštevanje letega v pokojninsko osnovo.

V nadaljevanju ZPIZ podrobneje pojasni ureditev iz 30. in 32. člena ZPIZ-2, ki ju je potrebno uporabljati povezano. Tistim zavarovancem, ki prejemajo nadomestilo plače za čas začasne zadržanosti z dela po predpisih o zdravstvenem zavarovanju, po predpisih o delovnih razmerjih oziroma po predpisih o urejanju trga dela, po predpisih o starševskem dopustu in zavarovancem, ki prejemajo nadomestila za čas poklicne rehabilitacije (tretja alineja 1. odstavka 32. člena ZPIZ-2), se za čas prejemanja teh nadomestil za izračun pokojninske osnove upošteva plača oziroma osnova, od katere so bili plačani prispevki iz koledarskega leta pred začetkom prejemanja nadomestil (2. odstavek 32. člena ZPIZ-2). V primerih, da drug dohodek iz delovnega razmerja, tudi izplačilo za poslovno uspešnost, že v internih aktih delodajalca ali podjetniški kolektivni pogodbi ni vezan na prisotnost delavca na delu (redne ure), se zavarovancu v pokojninsko osnovo ne more vštevati v celoti, saj bi bilo to v nasprotju z določbo drugega odstavka 32. člena ZPIZ-2.

Z navedeno zakonsko ureditvijo se za čas, ko zavarovanec dejansko prejme nadomestilo, nižje od plače za redno delo, zagotavlja višina pokojninske osnove in njegova bodoča socialna varnost z vštevanjem zneskov plač za redno delo iz preteklih let. S tem se v pokojninsko osnovo upoštevajo višji zneski od tistih, kolikor so znašala nadomestila, od katerih so bili dejansko plačani prispevki. Hkrati pa, da se prepreči morebitne anomalije, v pokojninsko osnovo za isto obdobje prejemanja nadomestila ni dopustno šteti še drugih prejemkov iz delovnega razmerja, ki se nanašajo na čas odsotnosti (prejemanja nadomestila), čeprav so bili od njih plačani prispevki. Pri tem ni pomembno, kako in zakaj se je delodajalec odločil, da je dohodek za poslovno uspešnost izplačal delavcu tudi za čas začasne zadržanosti z dela po predpisih o zdravstvenem zavarovanju.

*

Svojo Izjasnitev je družba preko pooblaščenca podala dne 14. 6. 2021 (Izjasnitev glede dosedanjih ugotovitev z dne 14. 6. 2021) kot odgovor na Zagovornikov dopis Posredovanje dosedanjih ugotovitev v seznanitev in izjasnitev (dopis št. 0700-5/2021/7 z dne 2. 6. 2021).

Družba se najprej sklicuje na vse že podane navedbe in argumente. Nato opozarja na vsebino dopisa ZPIZ. Odločitev o tem, ali bo dohodek za poslovno uspešnost izplačan tudi osebi, ki je pretežni del leta na bolniški ali je odsotna zaradi materinskega, očetovskega ali starševskega dopusta in v kolikšnem znesku, je v pristojnosti delodajalca. Ob tem velja, da kadar je zaposlenim izplačana poslovna uspešnost na način, da ta dohodek ni odvisen od časa prisotnosti na delu, se v pokojninsko osnovo upošteva le sorazmerni del izplačanega zneska, ki ustreza sorazmernemu delu števila ur rednega dela v primerjavi s številom ur delovne obveznosti na letni ravni. Hkrati velja, da se prispevki za obvezno pokojninsko in invalidsko zavarovanje plačajo od celotnega zneska plačila za poslovno uspešnost v vsakem primeru, torej ne glede na to, po kakšnih pravilih se to izplačilo upošteva v pokojninsko osnovo.

Iz zgoraj navedenega izhaja, da v primeru izplačevanja poslovne uspešnosti vsem zaposlenim v enaki višini, ne glede na njihovo prisotnost oz. odsotnost z dela (iz razloga bolniške, materinske, starševske odsotnosti), delodajalec zaposlenemu, ki je bil npr. polovico leta v bolniškem staležu, izplača polni znesek poslovne uspešnosti (npr. 1.000,00 EUR), enako kot zaposlenemu, ki je celo leto delal; od tega zneska se plača prispevke za socialno varnost, del leta odsotnemu zaposlenemu pa se v pokojninsko osnovo upošteva le sorazmerni del tega izplačila (500,00 EUR). Družba se sprašuje, kaj se zgodi s plačanimi prispevki za pokojninsko in invalidsko zavarovanje od preostalih 500,00 EUR (»Jih »izmakne« država, brez da bi delodajalec ali delavec od tega kaj imela?«).

Družba meni, da način plačevanja poslovne uspešnosti, kot ga zagovarja Zagovornik, sili delodajalca, da delavcu plača nek dohodek, od katerega mora odvesti vse prispevke (delavca in delodajalca), pri čemer gredo plačani prispevki za pokojninsko in invalidsko zavarovanje tako rekoč v nič. Drugače pa je, če se poslovna uspešnost izplačuje upoštevaje prisotnost delavca na delu. V tem primeru se celotno izplačilo poslovne uspešnosti upošteva v delavčevo pokojninsko dobo in plačani prispevki dosežejo svoj namen.

Skladno s 30. členom ZPIZ-2 namreč pokojninsko osnovo tvori mesečno povprečje osnov zavarovanca za posamezno leto zavarovanja, od katerih so bili plačani prispevki za obvezno zavarovanje. Družba meni, da je nedopustno in celo nezakonito zahtevati tako od delodajalca kot od delavca plačilo prispevkov za obvezno zavarovanje, če se teh plačanih prispevkov ne upošteva v pokojninsko osnovo zaposlenega.

Podjetje zaključuje, da družba v stališčih Zagovornika vidi določene sporne vidike. Ob tem poudarja, da visoko ceni svoje zaposlene in vseskozi postopa na način, da jim pravilno in skladno s predpisi zagotavlja prav vse pravice iz delovnega razmerja. Tudi pri določitvi kriterijev, za izplačilo poslovne uspešnosti, ki so veljali v letu 2020, je bila družba prepričana, da postavitev takšnih kriterijev v ničemer ni sporna. Takoj za tem, ko je bila družba s strani Zagovornika opozorjena, da temu ni tako, je družba nemudoma odregirala in v Splošnem aktu 2021 sprejela nove kriterije za izplačilo poslovne uspešnosti.

*

Diskriminacijo opredeljuje 4. člen ZVarD kot vsako neupravičeno dejansko ali pravno neenako obravnavanje, razlikovanje, izključevanje ali omejevanje ali opustitev ravnanja zaradi osebnih okoliščin, ki ima za cilj ali posledico oviranje, zmanjšanje ali izničevanje enakopravnega priznavanja, uživanja ali uresničevanja človekovih pravic in temeljnih svoboščin, drugih pravic, pravnih interesov in ugodnosti.

Pri diskriminaciji mora biti specifična osebna okoliščina odločilen razlog za slabšo obravnavo. Gre za prirojene ali pridobljene osebne značilnosti, lastnosti, stanja ali statuse, ki so praviloma trajno in nerazdružljivo povezani z določenim posameznikom in njegovo osebnostjo, zlasti identiteto ali pa jih posameznik ne spreminja zlahka. Med osebne okoliščine, skladno s 1. členom ZVarD, štejejo **spol**, narodnost, rasa ali etnično poreklo, jezik, vera ali prepričanje, invalidnost, starost, spolna usmerjenost, spolna identiteta in spolni izraz, družbeni položaj, premoženjsko stanje, izobrazba ali katerakoli **druga osebna okoliščina**.

Med t.i. druge osebne okoliščine nedvomno sodijo tudi **zdravstveno stanje, nosečnost, materinstvo in starševstvo**, v zvezi s katerimi posamezniki prav tako uživajo varstvo pred diskriminacijo. Da je z vidika varstva pred diskriminacijo omenjene okoliščine posameznika treba obravnavati v okviru pojma »osebnih okoliščin«, jasno izhaja tudi iz delovnopravne zakonodaje, ki s svojimi normami prav tako tvori protidiskriminacijsko zakonodajo v Republiki Sloveniji. Konkretno prvi odstavek 6. člena Zakona o delovnih razmerjih (v nadaljevanju: ZDR-1)[7] eksplicitno omenja zdravstveno ter družinsko stanje kot osebno okoliščino, na podlagi katere je neenaka, diskriminatorna obravnava delavca prepovedana. ZDR-1 pa dalje v četrtem odstavku 6. člena tudi določa, da za diskriminacijo šteje tudi manj ugodno obravnavanje delavcev, ki je povezano z nosečnostjo ali starševskim dopustom. Dejstvo, da gre pri neugodnem obravnavanju, ki je povezano z nosečnostjo, materinstvom oz. starševstvom,[8] nedvomno za diskriminacijo in da so v tem okviru materinstvo, nosečnost, starševstvo

[7] Uradni list RS, št. 21/13, 78/13 - popr., 47/15 - ZZSDT, 33/16 - PZ-F, 52/16, 15/17 - odl. US, 22/19 - ZPosS, 81/19, 36/20 - ZIUPPP, 49/20 - ZIUZEOP, 61/20 - ZIUZEOP-A, 80/20 - ZIUOOPE, 98/20 - ZIUPDV, 152/20 - ZZUOOP, 175/20 - ZIUOPDVE, 203/20 - ZIUPOPDVE, 195/20, 15/21 - ZDUOP, 28/21 - skl. US, 43/21, 112/21 - ZNUPZ, 119/21 - ZČmIS-A.

[8] Starševstvo oziroma starševski dopust kot okoliščina na podlagi katere je prepovedana diskriminacija skladno s četrtim odstavkom 6.člena ZDR-1 se interpretira kot materinski, očetovski in starševski dopust. (Irena Bečan…[et al.], Zakon o delovnih razmerjih s komentarjem, GV Založba, 2016, str. 57.)

varovane osebne okoliščine (bodisi kot take bodisi v okviru osebne okoliščine spola), na podlagi katerih je diskriminacija prepovedana, izhaja tudi iz mednarodnih dokumentov, ki zavezujejo Republiko Slovenijo oziroma so del njenega pravnega reda (npr. Direktiva 2006/54/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 5. julija o uresničevanju načela enakih možnosti ter enakega obravnavanja moških in žensk pri zaposlovanju in poklicnem delu) kot tudi tuje sodne[9] in domače sodne prakse.[10]

ZVarD opredeljuje več oblik diskriminacije, pri čemer kot osnovni obliki diskriminacije opredeljuje neposredno in posredno diskriminacijo (6. člena ZVarD). Neposredna diskriminacija obstaja, če je oseba ali skupina oseb zaradi določene osebne okoliščine bila, je ali bi lahko bila v enakih ali podobnih situacijah obravnavana manj ugodno, kot se obravnava, se je obravnavala ali bi se obravnavala druga oseba ali skupina oseb (prvi odstavek 6. člena ZVarD). Posredna diskriminacija pa obstaja, kadar je oseba ali skupina oseb z določeno osebno okoliščino bila, je ali bi lahko bila zaradi navidezno nevtralne določbe, merila ali prakse v manj ugodnem položaju kot druge osebe, razen če ta določba, merilo ali praksa objektivno temelji na legitimnem cilju in so sredstva za doseganje tega cilja ustrezna in nujno potrebna (drugi odstavek 6. člena ZVarD).

Izjeme od prepovedi neposredne diskriminacije ureja 13. člena ZVarD. Splošno izjemo ureja njegov prvi odstavek, skladno s katerimi neenako obravnavanje zaradi določene osebne okoliščine ne pomeni diskriminacije po tem zakonu, če takšno različno obravnavanje temelji na legitimnem cilju in so sredstva za doseganje tega cilja ustrezna, potrebna in sorazmerna.

Varstvo pred diskriminacijo je skladno z 2. členom ZVarD zagotovljeno na vseh področjih oblastnega odločanja, delovanja v pravnem prometu in pri drugem delovanju oziroma ravnanju v razmerju do tretjih oseb. ZVarD izrecno zagotavlja varstvo pred diskriminacijo na področju zaposlitvenih pogojev in pogojev dela, vključno s prenehanjem pogodbe o zaposlitvi in plačami. Na omenjenem področju pa je varstvo pred diskriminacijo še dodatno urejeno oziroma zagotavljano z določbami ZDR-1.[11]

V skladu z določbo 40. člena ZVarD v postopkih ugotavljanja diskriminacije velja pravilo obrnjenega dokaznega bremena, skladno s katerim je v primeru izkazanega suma diskriminacije na domnevnemu kršitelju, da dokaže, da ni kršil prepovedi diskriminacije oziroma da je postopal skladno z eno od izjem od prepovedi diskriminacije in je torej v zadevi ravnal zakonito.

*

Zagovornik je predmetni postopek ugotavljanja diskriminacije pričel po uradni dolžnosti na podlagi predloga osebe, ki je želela ostati anonimna. Prvi odstavek 34. člena ZVarD namreč določa, da lahko Zagovornik začne obravnavo diskriminacije po uradni dolžnosti, če je o obstoju diskriminacije seznanjen na podlagi anonimnega predloga, predloga tretje osebe ali na drug način.

Postopek ugotavljanja diskriminacije urejajo členi 33. do 37. ZVarD. Za vsa vprašanja postopka, ki niso urejena z ZVarD, Zagovornik skladno z drugim odstavkom 3. člena ZUP uporabi slednjega.

---

[9] Glej npr. Dekker, C – 177/88 in druge, Thibault, C 136/95, Alabaster, C-147/02, itd.
[10] Glej npr. VSRS Sodba in Sklep VIII Ips 255/2017, VSRS Sodba VIII Ips 287/2015, itd.
[11] V 6. členu ZDR-1 je izrecno določeno, da mora delodajalec delavcu v času trajanja delovnega razmerja 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 v skladu s tem zakonom, predpisi o uresničevanju načela enakega obravnavanja in predpisi o enakih možnostih žensk in moških. ZDR-1 prav tako določa, da mora delodajalec enako obravnavo glede na osebne okoliščine zagotavljati delavcu zlasti pri zaposlovanju, napredovanju, usposabljanju, izobraževanju, prekvalifikaciji, plačah in drugih prejemkih iz delovnega razmerja, odsotnostih z dela, delovnih razmerah, delovnem času in odpovedi pogodbe o zaposlitvi.

Akt, s katerim se postopek pri Zagovorniku zaključi, je upravni ugotovitveni akt, ki kot takšen ni izvršljiv, je pa ugotovitev Zagovornika obvezna in tako pomembna za nadaljnja ravnanja, ki so vedno usmerjena v odpravo učinkov diskriminacije in njeno nadaljnje preprečevanje. Skladno z navedenim je Zagovornik v predmetni zadevi ugotavljal obstoj diskriminacije in izdal ugotovitveno odločbo, kot izhaja iz 1. in 2. točke izreka te odločbe.

*

V zadevnem primeru se je Zagovornik, upoštevaje navedbe anonimnega predlagatelja, osredotočil na presojo kriterijev, ki jih je družba uporabila za izplačilo poslovne uspešnosti v letu 2020. V tem obdobju je veljal Splošni akt delodajalca o izplačilu dela plače za poslovno uspešnost z dne 6. 12. 2017, ki se je uporabljal od (vključno) 6. 12. 2017 dalje. Nadomestil ga je nov Splošni akt delodajalca o izplačilu dela plače za poslovno uspešnost z dne 29. 1. 2021, ki se uporablja od (vključno) 1. 1. 2021 dalje.

Zagovornik kot pozitivno ocenjuje odločitev družbe, da sprejme nov Splošni akt za leto 2021, v katerem odsotnosti na podlagi materinskega, očetovskega in starševskega dopusta, odsotnosti na podlagi bolezni ali poškodbe, ki ni povezana z delom, in odsotnosti zaradi nege ožjega družinskega člana ne vplivajo več na izplačilo poslovne uspešnosti. Vsi delavci, ki so v poslovnem letu zaposleni pri družbi, so bili v letu 2021 za razliko od leta 2020 namreč upravičeni do 100% zneska nagrade za poslovno uspešnost, tisti ki so bili zaposleni le del leta, pa bodo upravičeni do sorazmernega zneska. Zagovornik ocenjuje, da je družba s tem naredila pomemben korak naprej k enaki obravnavi vseh zaposlenih, ne glede na njihove osebne okoliščine na katere posamezniki nimajo vpliva.

K I. točki izreka

Zagovornik se je v postopku primarno osredotočil na presojo, ali so kriteriji, po katerih družba izplačilo poslovne uspešnosti veže na delavčevo prisotnost oziroma (upravičeno) odsotnost z dela, skladni z določbami ZVarD oziroma ali kriteriji odsotnosti z dela ustrezajo definiciji neposredne oz. posredne diskriminacije po prvem oz. drugem odstavku 6. člena ZVarD. Neposredna diskriminacija obstaja obstaja, kadar je oseba ali skupina oseb zaradi določene osebne okoliščine bila, je ali bi lahko bila v enakih ali podobnih situacijah obravnavana manj ugodno, kot se obravnava, se je obravnavala ali bi se obravnavala druga oseba ali skupina oseb. Posredna diskriminacija pa obstaja, kadar je oseba ali skupina oseb z določeno osebno okoliščino bila, je ali bi lahko bila zaradi navidezno nevtralne določbe, merila ali prakse v manj ugodnem položaju kot druge osebe, razen če ta določba, merilo ali praksa objektivno temelji na legitimnem cilju in so sredstva za doseganje tega cilja ustrezna in nujno potrebna.

Zagovornik ugotavlja, da je podjetje s splošnim aktom, ki temelji na določbi 68. člena Kolektivne pogodbe dejavnosti, določilo kriterije za izplačilo poslovne uspešnosti za relevantno leto 2020. Člen 68 določa, da je plačilo za poslovno uspešnost sestavni del plače, če je dogovorjeno s kolektivno pogodbo na ravni delodajalca, s splošnim aktom delodajalca ali s pogodbo o zaposlitvi (prvi odstavek 68. člena Kolektivne pogodbe). Plačilo za poslovno uspešnost je izključeno iz osnov za nadomestila plač in drugih prejemkov iz delovnega razmerja (drugi odstavek 68. člena Kolektivne pogodbe).

Dejstvo, da predmetni Splošni akt ne velja več, saj ga je nasledil nov splošni akt delodajalca, ni relevantno za predmetni postopek, saj Zagovornik v okviru navedb stranke presoja diskriminatornost kriterijev, ki so veljali v letu 2020.

Delodajalec se je s Splošnim aktom delodajalca o izplačilu dela plače za poslovno uspešnost z dne 6. 12. 2017 zavezal k izplačilu poslovne uspešnosti. Delavci, ki so izpolnjevali določene pogoje (iz III. in IV. člen Splošnega akta 2020), so bili upravičeni do izplačila dela plače za

poslovno uspešnost, če je družba v poslovnem letu, za katerega se je izplačeval del plače za poslovno uspešnost, dosegla načrtovani poslovni uspeh (poslovna uspešnost). O tem, ali je bil načrtovani poslovni plan dosežen, o višini dela plače za poslovno uspešnost in dnevu izplačila, je vodstvo obvestilo delavce s pisnim obvestilom vsako leto posebej najkasneje v treh mesecih po zaključku poslovnega leta (II. člen Splošnega akta 2020).

Do plačila poslovne uspešnosti so bili upravičeni vsi delavci, ki so bili na zadnji dan poslovnega leta, za katerega se je izplačeval del plače za poslovno uspešnost, v delovnem razmerju pri delodajalcu vsaj tri mesece (prvi odstavek III. člena Splošnega akt 2020). Delavci, katerim je delovno razmerje prenehalo med poslovnim letom, niso bili upravičeni do izplačila dela plače za poslovno uspešnost (drugi odstavek III. člena Splošnega akt 2020). Z vidika pristojnosti Zagovornika je relevanten IV. člen Splošnega akta 2020, ki je določal:

> »Delavci, ki so bili v poslovnem letu, za katerega se izplačuje del plače za poslovno uspešnost, zaposleni celo poslovno leto in ves čas prisotni na delu, razen:
> - odsotni z dela zaradi koriščenja letnega dopusta in/ali nadur,
> - odsotni z dela zaradi poklicne bolezni ali poškodbe pri delu, ne glede na dolžino trajanja odsotnosti,
> - odsotni z dela zaradi bolezni ali poškodbe, ki ni povezana z delom, ali zaradi nege ožjega družinskega člana, do dveh tednov,
>
> so upravičeni do izplačila dela plače za poslovno uspešnost v višini, kot določeni v pisnem obvestilu iz II. čelna tega Akta.
>
> **Delavci, ki so bili v letu, za katerega se izplačuje del plače za poslovno uspešnost:**
> - **odsotni z dela zaradi materinskega, očetovskega ali starševskega dopusta,**
> - **odsotni z dela zaradi bolezni ali poškodbe, ki ni povezana z delom ali zaradi nege ožjega družinskega člana več kot dva tedna,**
>
> **niso upravičeni do izplačila dela plače za poslovno uspešnost, kot določeni v pisnem obvestilu iz II. člena tega Akta.**«

Zagovornik ocenjuje, da ima Splošni akt naravo delovnopravnega akta. Gre za interni pravni akt delodajalca, pod katerega je podpisan izključno direktor, ki ureja pravice vseh zaposlenih delavcev, ti pa pri njegovem sprejemu dejansko sploh niso neposredno sodelovali in niso podpisniki akta. Akt se torej nanaša na tretje osebe, kar je narava delovno-pravnih aktov. V tem razmerju tako nastopa družba kot delodajalec in kot močnejša stranka, ki je zavezana k spoštovanju pravil s področja delovnopravne zakonodaje, katere sestavni del so pravila o enaki obravnavi delavcev, ter tudi pravil ZVarD.

S Splošnim aktom 2020 je bilo določeno, da so do izplačila sorazmernega dela plače za poslovno uspešnost upravičeni vsi delavci, ki so na zadnji dan poslovnega leta, za katerega se izplačuje del plače za poslovno uspešnost, v delovnem razmerju vsaj tri mesece. Pri obračunu se je nato upoštevala odsotnosti zaradi zdravstvenih razlogov, ki niso povezani z delom (več kot dva tedna), zaradi nege ožjega družinskega člana (več kot dva tedna) in iz naslova materinskega, očetovskega in starševskega dopusta. V tem primeru zaposleni delavci do izplačila sploh niso bili upravičeni.

Zagovornik primarno ugotavlja, da je skladno z drugim odstavkom 126. člena ZDR-1 plačilo za poslovno uspešnost opredeljeno kot sestavni del plače, če je tako dogovorjeno s kolektivno pogodbo ali pogodbo o zaposlitvi. Plača pa je temeljna pravica po pogodbi o zaposlitvi (osma alineja prvega odstavka 31. člena ZDR-1). Za poimenovanje nagrade iz naslova poslovne uspešnosti družbe se v pogovornem jeziku uporabljajo različni termini, med njimi na primer trinajsta plača, štirinajsta plača, božičnica, letna nagrada in podobno. Vsekakor gre pri nagradi

za poslovno uspešnost za plačilo za delo in torej sodi v pojem »plače« iz tretje alineje prvega odstavka 2. člena ZVarD.

Po mnenju družbe je v zadevi treba upoštevati samo naravo tovrstnega izplačila; gre za dispozitivno plačilo. Četudi izplačilo poslovne uspešnosti ni zakonska pravica zaposlenih, prav tako delodajalec tega plačila ni dolžan izplačevati neposredno na podlagi kolektivne pogodbe ali pogodb o zaposlitvi, se je podjetje kljub temu odločilo, da to plačilo zaposlenim pod določenimi pogoji vseeno prizna in je v tem smislu sprejel predmetni splošni akt. Družba vztraja, da je odločitev o tem, ali bo dohodek za poslovno uspešnost izplačan tudi osebi, ki je pretežni del leta na bolniški ali je odsotna zaradi materinskega, očetovskega ali starševskega dopusta in v kolikšnem znesku, v pristojnosti delodajalca. Kriterije za izplačilo ima tako pravico določiti delodajalec sam, ob upoštevanju splošnih načel ZDR-1 in ob upoštevanju določil zavezujoče kolektivne pogodbe. Podjetje poudarja, da je ob pripravi splošnega akta skrbno spremljalo in upoštevalo vse določbe delovnopravne zakonodaje, Kolektivne pogodbe dejavnosti in vsa pojasnila ministrstev in davčnih organov v tej zvezi. Po naziranju družbe so bila slednja enotna: delodajalec avtonomno določa kriterije, ki pa morajo biti objektivni in enotni za vse.

Vendar pa je bistveno, da ne glede na to, da je delodajalec pri določitvi kriterijev za izplačilo nagrade za poslovno uspešnost prost in da gre, kot navaja družba, za »dispozitivno« plačilo, to ne pomeni, da delodajalca pri tem ne zavezuje načelo prepovedi diskriminacije oziroma da je prost obveznosti po protidiskriminacijski zakonodaji. Ker gre pri izplačilu nagrade za poslovno uspešnost za plačilo za delo, je treba upoštevati, da je zakonsko zagotovljeno varstvo pred diskriminacijo v okviru delovnih razmerij opredeljeno zelo široko, tako glede tega, na koga se nanaša, kot tudi glede tega, katera področja pokriva. Delodajalec mora tako tudi kriterije za izplačilo nagrade za delovno uspešnost določiti nediskriminatorno, ne glede na to, ali gre za »dispozitivno« plačilo, za katero se je odločil sam.[12] **Torej – delodajalec se lahko v primeru, da k izplačilu poslovne uspešnosti ni zavezan s kolektivno pogodbo ali s pogodbami o zaposlitvi, prosto odloči, ali bo poslovno uspešnost izplačal ali ne. V primeru, da se odloči za izplačilo, pa mora to storiti pod nediskriminatornimi pogoji.**

Družba nadalje meni, da je bistvo delovnega razmerja opravljanje dela na eni strani in plačilo za opravljeno delo na drugi. Izpostavlja, da z vidika delodajalca (zlasti, ko gre za zasebnga delodajalca) ni utemeljeno zatrjevati, da ni dopustno razlikovati med zaposlenimi, ki so prisotni na delu in delajo, ter zaposlenimi, ki so (četudi upravičeno) odsotni z dela. Delodajalec namreč sklene z delavcem pogodbo o zaposlitvi z enim in edinim namenom – za opravljanje dela na določenem delovnem mestu. V tej zvezi delodajalec delavcu prizna vse pravice iz delovnega razmerja, tudi pravico do nadomestila plače za čas delavčevih upravičenih odsotnosti z dela. Za socialno varnost zaposlenih je torej poskrbljeno tudi v primeru, ko ne delajo, če so odsotni z dela iz upravičenih razlogov, kot so bolniški stalež, starševstvo ter nega in varstvo. Družba meni, da nikakor ni mogoče reči, da morajo biti slednji zaposleni upravičeni do povsem enakih pravic (med drugim do pravice do izplačila poslovne uspešnosti), kot zaposleni, ki hodijo na delo in delajo, ker da gre sicer za diskriminacijo. Družba meni, da bi šlo za diskriminacijo v primeru, če bi bili enako obravnavani tisti, ki delajo in tisti, ki ne delajo. Če delodajalec z določitvijo kriterijev ne bi upošteval tudi elementa prisotnosti na delu (dejanskega izpolnjevanja pogodbenih obveznosti iz pogodbe o zaposlitvi, ki je temelj sodelovanja), bi po mnenju družbe naredil veliko krivico in manj ugodno obravnaval tiste, ki dejansko delajo in pripomorejo k poslovnim rezultatom ter privilegiral tiste, ki ne delajo. Edino logično je, da so do plačila iz naslova poslovne uspešnosti poslovanja upravičeni tisti, ki so prispevali k dobrim poslovnim rezultatom. Delavec, ki je bil celo leto v bolniškem staležu, prav gotovo ne more biti upravičen do enakega plačila kot delavec, ki celo leto dela in izpolnjuje svojo temeljno obveznost iz delovnega razmerja – opravljanje dela. In če ni enako obravnavan, gotovo ne gre za

[12] Da je avtonomija delodajalca pri izplačilu dela plače za poslovno uspešnost omejena z zakonsko določbo o prepovedi diskriminacije in enakem plačilu izhaja tudi iz Komentarja Zakona o delovnih razmerjih (Zakon o delovnih razmerjih (ZDR-1) s komentarjem, IUS Software, GV Založba, 2016, Irena Bečan … et al., str. 760.

diskriminacijo, saj delavec, ki dela in delavec, ki ne dela, nista v enaki niti v podobni situaciji, da bi morala biti obravnavana enako.

Takšno naziranje je po oceni Zagovornika napačno, saj ne izhaja iz dejanske narave izplačila dela plače za poslovno uspešnost. Bistveno za izplačilo poslovne uspešnosti je ugotovljen poslovni uspeh družbe. Kot izhaja iz komentarja ZDR-1,[13] gre pri poslovnem uspehu družbe za poslovni uspeh družbe kot celote, zato so do izplačila dela plače za poslovno uspešnost praviloma upravičeni vsi delavci. Iz navedenega, po oceni Zagovornika, izhaja narava izplačila dela plače za poslovno uspešnost. Gre za nagrado vsem zaposlenim, pod pogojem, da je družba poslovno uspešna, in ne za nagrado posameznemu delavcu, ki bi bila sorazmerna njegovemu prispevku k poslovni uspešnosti družbe. Tudi ZDR-1 razlikuje med delom plače za poslovno uspešnost in delom plače za delovno uspešnost (individualna delovna uspešnost). Kot izhaja iz komentarja,[14] se del plače za individualno delovno uspešnost izplača delavcu le v primeru, ko dosega delovne rezultate, določene v pogodbi o zaposlitvi oz. v kolektivni pogodbi; izplačilo dela plače za poslovno uspešnost pa je odvisno od uspešnosti družbe in avtonomne ureditve. Če je torej merilo oblikovano tako, da je izplačilo poslovne uspešnosti odvisno od individualnega prispevka delavca, po oceni Zagovornika ni več mogoče govoriti o izplačilu poslovne uspešnosti, ampak gre pravzaprav za izplačilo individualne uspešnosti. Zagovornik zato meni, da enako kot nedoseganje delovnih rezultatov delavca ne vpliva na višino izplačila minimalne plače in ga prejmejo tako delavci, ki so dosegli ali celo presegli zastavljene rezultate dela in tudi tisti, ki jih niso, ker dela niso opravljali pravočasno in kakovostno (za te ima delodajalec na voljo druge delovno pravne institute – v skrajnem primeru celo odpoved pogodbe o zaposlitvi iz razloga nesposobnosti), tudi letna prisotnost delavca na delu oziroma odsotnost z dela ne more biti določena kot merilo za višino izplačila poslovne uspešnosti.

Zagovornik pritrjuje, da je za izplačilo poslovne uspešnosti bistveno, ali je delavec v letu, za katerega se ugotavlja uspešnost poslovanja, dejansko k tej uspešnosti tudi prispeval. Tako stališče zavzema tudi sodna praksa, ki jo je družba navedla v svojem odgovoru. Sodišče je zavzelo stališče (VDSS sodba in sklep Pdp 1331/2008 z dne 5. 3. 2009), da se poslovna uspešnost izplača tudi delavcu, ki v času izplačila ni bil več zaposlen pri delodajalcu (izplačevalcu), je pa bil zaposlen v letu, za katerega se ugotavlja uspešnost. Zagovornik ugotavlja, da se sodišče v tem primeru dejansko ni spuščalo v presojo, koliko je ta delavec efektivno delal, temveč je ugotavljalo zgolj, ali je bil v določenem časovnem obdobju v podjetju zaposlen in ker je bil, je zavzelo stališče, da je zato do izplačila poslovne uspešnosti za to obdobje upravičen.

Pri poslovnem uspehu družbe gre torej za celoto različnih dejavnikov, ki soprispevajo k uspehu in ne zgolj za individualni prispevek delavca. Če je merilo oblikovano tako, da je izplačilo poslovne uspešnosti odvisno zgolj od individualnega prispevka delavca, po oceni Zagovornika ni več mogoče govoriti o izplačilu za poslovno uspešnost družbe, ampak o izplačilu za individualno uspešnost. ZDR-1 jasno razlikuje med delom plače za poslovno uspešnost in delom plače za delovno uspešnost (individualna delovna uspešnost). Del plače za individualno delovno uspešnost, ki se določi upoštevaje gospodarnost, kakovost in obseg opravljanja dela, pri čemer je efektivnost delavca zagotovo tudi eden od relevantnih faktorjev, se izplača delavcu le v primeru, ko dosega delovne rezultate, določene v pogodbi o zaposlitvi oziroma v kolektivni pogodbi. Drugače pa je pri izplačilu poslovne uspešnosti, pri kateri, kot rečeno, gre za poslovni uspeh družbe kot celote, do izplačila pa so upravičeni vsi delavci kot del te celote. Naziranje družb, da je namen izplačila poslovne uspešnosti nagraditi tiste delavce, ki so delo opravljali (ki so bili odsotni bodisi zaradi upravičenih bodisi zaradi neupravičenih razlogov), ni ustrezno.

Položaj delavca, ki delo opravlja skozi vse leto (oz. je odsoten zgolj iz razlogov, ki mu ne gredo v škodo v smislu, da do poslovne uspešnosti ni upravičen) in položaj delavca, ki je upravičeno

[13] Zakon o delovnih razmerjih (ZDR-1) s komentarjem, IUS Software, GV Založba, 2016, Irena Bečan et al.
[14] Prav tam, str. 759.

odsoten z dela zaradi bolezni ali poškodbe, ki ni povezana z delom ali zaradi nege ožjega družinskega člana več kot dva tedna oz. zaradi materinskega, očetovskega ali starševskega dopusta, je skozi prizmo tako razumljenega koncepta poslovne uspešnosti primerljiv. **Oba delavca sta v relevantnem časovnem obdobju prispevala k poslovnemu rezultatu družbe, saj sta bila v relevantnem časovnem obdobju pri njej zaposlena, vsak v skladu s svojimi zmožnostmi glede na osebne okoliščine, ki se delavcu ne smejo šteti v škodo.**

Glede navedb družbe, da dopustno razlikovanja izhaja iz drugih pravnih panog (na primer davčnega prava ali prava socialne varnosti) Zagovornik odgovarja, da imajo pravne ureditve posameznega področja drugačno naravo in zasledujejo povsem druge cilje. Zagovornik se je v konkretnem postopku tako osredotočil izključno na morebitno diskriminacijo na področju dela in zaposlovanja na podlagi delovnopravne zakonodaje ter ZVarD.

Enako velja glede prejetih pojasnil s strani FURS in ZPIZ. Tako FURS kot ZPIZ sta v svojih dopisih izrecno poudarila, da je pri obravnavi vprašanj glede dopustne določitve kriterijev za izplačilo poslovne uspešnosti potrebno jasno razlikovati delovnopravni vidik na eni strani in davčni vidik na drugi strani. Zagovornik je v postopku obravnaval izključno delavnopravni vidik področja oz. socialnovarstveni vidik, v kolikor je neposredno povezan s prvim. Do ureditve poročanja podatkov davčnega odtegljaja, ki so potrebni za oblikovanje pokojninske osnove ureditve obračunavanja pokojninske osnove ter do samega vštevanja v pokojninsko osnovo se v konkretnem postopku ni opredeljeval. V zvezi z navedbo družbe, da je bil sporni Splošni akt sprejet v korist zaposlenih, z namenom izpolnitve pogojev za davčno ugodnejšo obravnavo izplačil poslovne uspešnosti skladno s 12. točko prvega odstavka 44. člena ZDoh-2, Zagovornik navaja, da ta argument ne zdrži v razmerju do delavcev, ki zaradi relevantnih osebnih okoliščin poslovne uspešnosti ne prejme niti v sorazmerno zmanjšanem znesku. Če delavec ne prejme dela plače iz poslovne uspešnosti, ni zneska, ki bi ga bilo mogoče ugodneje davčno obravnavati.

Glede navedb družbe, da dopustnost razlikovanja izhaja že iz delovnopravne zakonodaje in socialno-zdravstvene zakonodaje, saj zaposleni za čas upravičene odsotnosti z dela zaradi bolezni prejme nadomestilo plače v nižjem znesku, kot je plača (80% osnove), ker zakon za primer odsotnosti od bolezni ne priznava 100% nadomestila plače, Zagovornik meni, da nadomestila plače za čas odsotnosti z dela ni mogoče primerjati s poslovno uspešnostjo. Po naravi stvari gre za drugačna pravna instituta, ki med seboj nista primerljiva. Nadomestilo plače za čas odsotnosti z dela je del delovnopravnega varstva, ki ga je deležen delavec v primeru realizacije določenih socialnih tveganj, zaradi izrabe letnega dopusta, praznikov in dela prostih dni, razlogov na strani delodajalca itd. V konkretnem primeru sta relevantni le socialni tveganji v obliki bolezni ali starševstva. Plačilo iz naslova poslovne uspešnosti pa predstavlja nagrado vsem zaposlenim, pod pogojem, da je družba poslovno uspešna in ne nagrade posameznemu delavcu, ki bi bila sorazmerna njegovemu prispevku k poslovni uspešnosti družbe. Temu namenu sledi del plače iz naslova delovne uspešnosti. Zagovornik ugotavlja, da primerjava med nadomestili plače (ki so določena v odstotku od plače) in izplačilom poslovne uspešnosti ni ustrezna. Zagovornik tako zaključuje, da lahko o diskriminaciji govorimo takrat, ko gre za različno obravnavanje posameznikov oziroma skupine oseb v primerljivih položajih, pri pravicah iz delovnopravne zakonodaje in pravicah iz zdravstvenega zavarovanja pa gre za popolnoma neprimerljivi področji, četudi sta medsebojno odvisni.

Drug vidik socialno-pravnega varstva, ki ga je izpostavila družba, je obveznost plačila prispevkov. Prispevki za obvezno pokojninsko in invalidsko zavarovanje se namreč skladno s pojasnili ZPIZ plačajo od celotnega zneska plačila za poslovno uspešnost v vsakem primeru, torej ne glede na to, po kakšnih pravilih se to izplačilo upošteva v pokojninsko osnovo. Družba izpostavlja, da se v primeru enotnega zneska tudi za upravičeno odsotnega dela plača vse prispevke za socialno varnost, ker pa je bil delavec del leta odsoten, pa se v pokojninsko osnovo upošteva le sorazmerni del tega plačila. Družbo skrbi, kam gredo potem plačani prispevki za pokojninsko in invalidsko zavarovanje od preostalega zneska, češ da ne delavec ne delodajalec od tega nimata ničesar. V zvezi s tem je treba pojasniti, da obvezno pokojninsko

in invalidsko zavarovanje na podlagi medgeneracijske solidarnosti obsega obvezno in prostovoljno vključitev v obvezno zavarovanje ter pravice in obveznosti iz obveznega zavarovanja za primer starosti, invalidnosti in smrti, določene na podlagi dela, prispevkov, ter po načelih vzajemnosti in solidarnosti (1. odst. 2. člena ZPIZ-2). Četudi se v primeru pokojninskega zavarovanja skuša slediti načelu ekvivalence in medsebojne odvisnosti med vplačili in izplačili v primeru posameznega delavca, temu v primeru invalidskega zavarovanja ni nujno tako. Socialno tveganje starosti, zaradi katere so pod zakonsko določenimi pogoji zavarovanci upravičeni do starostne pokojnine, je danost vseh zavarovancev (če seveda živijo zadostno število let). Socialno tveganje invalidnosti pa ne prizadene vseh zavarovancev – v tem primeru je poudarjeno načelo retributivne, socialne pravičnosti. Vplačani prispevki tako niso vplačani zaman, kot navaja družba, ampak so vplačani v korist sistema socialnega varnosti, iz katerega se črpa financiranje pravic zavarovancev v primeru izpolnjevanja zakonskih pogojev ob realizaciji socialnega tveganja.

Zagovornik v zvezi z navedbami družbe, da je bila pri določitvi kriterijev za izplačilo poslovne uspešnosti, ki so veljali v letu 2020, prepričana, da postavitev takšnih kriterijev v ničemer ni sporna, sklepno pojasnjuje, da opredelitev prepovedi diskriminacije izhaja iz objektivne koncepcije, po kateri za obstoj diskriminacije ni potrebno, da obstaja diskriminacijski namen. Subjektivni odnos delodajalca ni pomemben v postopku ugotavljanja diskriminacije. Ni pomembno, ali se je delodajalec zavedal, ali bi se lahko zavedal oziroma ali bi se moral zavedati, da je njegova praksa, pravilo, ravnanje diskriminatorno, niti ni potrebno, da bi delodajalec imel namen delavca diskriminirati. Za ugotovitev obstoja diskriminacije je torej bistveno ugotoviti, kakšni so učinki nekega delodajalčevega ravnanja oziroma pravila na položaj oseb(e) z eno ali več osebnimi okoliščinami v primerjavi z drugimi osebami.[15]

*

Zagovornik glede na kriterije, vsebovane v predmetnem Splošnem aktu delodajalca, kot relevantne osebne okoliščine prepoznava **zdravstveno stanje, nosečnost, materinstvo, starševstvo** in posredno **spol** posameznika. Ob tem je pomembno poudariti, da delavci, ki so bili v relevantnem letu odsotni z dela zaradi materinskega, očetovskega ali starševskega dopusta, in delavci, ki so bili v relevantnem letu odsotni z dela zaradi bolezni ali poškodbe, ki ni povezana z delom ali zaradi nege ožjega družinskega člana več kot dva tedna, **do izplačila poslovne uspešnosti sploh niso bili upravičeni**.

Odsotnosti iz zdravstvenih razlogov, iz naslova porodniške in očetovskega dopusta so **upravičene odsotnosti z dela**, za katere je (iz različni virov) zagotovljeno nadomestilo plače. Delavec je upravičen do odsotnosti z dela v primerih začasne nezmožnosti za delo zaradi bolezni ali poškodbe in v drugih primerih, v skladu s predpisi o zdravstvenem zavarovanju (167. člen ZDR-1), kamor sodijo tudi pravica do nadomestila zaradi nege otroka oz. za nego ožjega družinskega člana, spremstvo itd. Delodajalec je dolžan zagotavljati pravico do odsotnosti z dela ali krajšega delovnega časa delavcu zaradi izrabe starševskega dopusta, določenega z zakonom (186. člen ZDR-1). Takšni **kriteriji, kot jih je uporabljal delodajalec v letu 2020, delavce kaznujejo za njihovo upravičeno odsotnost z dela**.

Pri tem so nekateri delavci ob sprejemu Splošnega akta delodajalca 2020 osebno okoliščino, ki je razlog za odsotnost, že imeli, nekateri pa ne, obenem pa se je lahko osebna okoliščina (npr. poslabšanje zdravstvenega stanja) pojavila pri katerem koli delavcu tekom leta obračunskega obdobja, na katerega se je akt nanašal. Zagovornik tako ugotavlja, da je učinek kriterijev lahko tak, da dejansko določene delavce s specifičnimi osebnimi okoliščinami, na katere ti ne morejo vplivati, postavi v slabši položaj. **Kljub temu, da akt formalno ne posega v pravico delavcev do odsotnosti z dela, dejansko posega v njihov položaj, kadar delavci to pravico dejansko koristijo. Ti delavci so postavljeni v manj ugoden položaj,**

[15] VDSS Sodba Pdp 672/2017 z dne 14. 12. 2017. Prim. B. Kresal, Diskriminacija in trpinčenje v delovnopravni ureditvi in sodni praksi, Pravosodni bilten, št. 1/2010, str. 137 in nasl.

ki se kaže v tem, da se jim ne izplača poslovne uspešnosti, ki je sestavni del njihove plače, v primerjavi z delavci, ki teh pravic ne koristijo, bodisi zato, ker za to nimajo potrebe ali pa zato, ker se poslužijo katere od možnih drugih oblik odsotnosti, ki jim jih omogoča delodajalec. Tako takšni kriteriji pri izplačilu plačila za poslovno uspešnost prizadenejo zlasti tiste delavce, ki so pogosteje odsotni, to pa so lahko delavci s kroničnimi ali dlje časa trajajočimi boleznimi in poškodbami, ki terjajo večje zdravstvene posege ali rehabilitacijo, delavci s statusom invalida, tisti, ki negujejo ali spremljajo družinskega člana v primerih bolezni ali poškodb, samohranilci, ki težje usklajujejo poklicno in družinsko življenje, starejši delavci, ipd.[16] Zaradi svojih osebnih okoliščin bodo ti delavci težje dosegli kriterij prisotnosti, s čimer so postavljeni v manj ugoden položaj v primerjavi z delavci, ki navedenih okoliščin nimajo.

Pravilo, po katerem do izplačila poslovne uspešnosti niso upravičene osebe, ki so koristile bolniško odsotnost več kot dva tedna, v neposredno v slabši položaj predstavlja posameznike na podlagi osebne okoliščine zdravstvenega stanja.

Vsled navedbam družbe, da zdravstveno stanje oz. bolezen ne spada med varovane osebne okoliščine, Zagotovnik pojasnjuje, kot sledi. Družba se sklicuje na sodbo Sodišča EU C-13/05 z dne 11. julija 2006 iz katere naj bi izhajalo, da bolezen ni osebna okoliščina v smislu varstva pred diskriminacijo. Zagovornik pojasnjuje, da tako direktive EU kot sodbe Sodišča EU določajo le minimum pravnega normiranja, ki so ga države dolžne zagotoviti, ne preprečujejo pa jim, da bi obseg pravic razširile.

Zdravstveno stanje je kot osebna okoliščina v slovenski zakonodaji varovana že v ZDR-1, ki v 6. členu navaja, da mora delodajalec delavcu v času trajanja delovnega razmerja 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 v skladu s tem zakonom, predpisi o uresničevanju načela enakega obravnavanja in predpisi o enakih možnostih žensk in moških.

Prav tako je zdravstveno stanje varovana osebna okoliščina tudi z ZVarD. Med osebne okoliščine skladno s 1. členom ZVarD, štejejo spol, narodnost, rasa ali etnično poreklo, jezik, vera ali prepričanje, invalidnost, starost, spolna usmerjenost, spolna identiteta in spolni izraz, družbeni položaj, premoženjsko stanje, izobrazba ali katera koli druga osebna okoliščina. Gre za prirojene ali pridobljene osebne značilnosti, lastnosti, stanja ali statuse, ki so praviloma trajno in nerazdružljivo povezani z določenim posameznikom in njegovo osebnostjo, zlasti identiteto, ali pa jih posameznik ne spreminja zlahka,[17] ter na podlagi katerih se oblikujejo različne skupine oseb in odnosi njihove pripadnosti. Zdravstveno stanje sicer ni izrecno zapisan med eksimplifikativno naštetimi osebnimi okoliščinami v ZVarD, vendar ga Zagovornik v skladu s tako opredeljeno naravo osebne okoliščine prišteva med t. i. »druge osebne okoliščine«. Zdravstveno stanje pa kot osebno okoliščino prepoznava tudi sodna praksa Vrhovnega sodišča RS. Iz sodbe Vrhovnega sodišča RS VIII Ips 145/2003 z dne 20. 4. 2014 primeroma izhaja, da je bolniški stalež okoliščina, na katero posameznik nima nobenega vpliva

[16] Tako ugotavlja tudi Inšpektorat RS za delo, ki ga je Zagovornik v zvezi z izplačilom nagrade za delovno uspešnost, ki je vezana na frekvenco odsotnosti z dela zaprosil za pojasnila v zadevi 0700-30/2019. Inšpektorat je v svojem odgovoru (odgovor z dne 4. 6. 2019) med drugim pojasnil, da se občasno pojavi kakšno vprašanje o tem, ali je praksa delodajalca, ki upošteva kriterij prisotnosti na delu (in odsotnost začasne zadržanosti z dela iz zdravstvenih razlogov) pri odmeri nagrad za poslovno uspešnost družbe, ustrezna oz. skladna z zakonom. Takšnemu vlagatelju podajo odgovor, da bi lahko bila praksa v primerih ko bi delodajalec pri kriterijih za odmero denarne nagrade upošteval prisotnost delavcev na delu oz. odsotnost bolniškega staleža, problematična tako z vidika posredne diskriminacije zaposlenih delavcev, kot tudi z vidika vzpodbujanja prezentizma, pri katerem gre za prakso, ko delodajalec nagrajuje delavce, da ne izostajajo z dela oziroma ne koristijo zdravstvene odsotnosti takrat, ko so bolni, pač pa hodijo na delo. Slednje je zlasti problematično z vidika zagotavljanja varnosti in zdravja pri delu, po nekaterih strokovnih ocenah pa predstavlja za delodajalca tudi precej višji strošek kot absentizem.

[17] Republika Slovenija, Vlada Republike Slovenije, Predlog Zakon o varstvu pred diskriminacijo. Glej obrazložitev k 1. členu, str. 28.

in zato na njegove pravice iz delovnega razmerja ne more in ne sme vplivati. Določba, ki zaradi bolezni posamezniku priznava manjše izhodišče pravic, je diskriminatorna.

Pravilo, po katerem do izplačila poslovne uspešnosti niso upravičene osebe, ki so koristile materinski oziroma starševski dopust, neposredno postavlja v slabši položaj posameznike na podlagi osebnih okoliščin nosečnosti, materinstva in starševstva ter posredno na podlagi osebne okoliščine spola. To pravilo namreč nesorazmerno prizadene ženske, zaposlene v družbi. Po javno dostopnih podatkih se v Sloveniji za koriščenje starševskega dopusta v večjem delu še vedno večinoma odločajo predvsem ženske, zaradi česar v skladu s sodno prakso neugodno obravnavanje žensk, povezano s starševstvom, lahko pomeni posredno diskriminacijo zaradi spola.[18]

Tako postavljeni kriteriji v slabši položaj postavijo denimo tudi delavca, ki vse leto ni odsoten z dela zaradi bolezni, ampak postane oče in koristi očetovski dopust (in nato tudi starševski dopust). Oče ima skladno z Zakonom o starševskem varstvu in družinskih prejemkih[19] pravico do očetovskega dopusta ob rojstvu otroka oziroma otrok v trajanju 30 dni. Pravica je neprenosljiva. Oče izrabi prvi del očetovskega dopusta v trajanju najmanj 15 koledarskih dni v strnjenem nizu v obliki polne ali delne odsotnosti z dela od rojstva otroka do najpozneje enega meseca po poteku starševskega dopusta v strnjenem nizu oziroma pravice do starševskega dodatka za tega otroka. V primeru, da oče koristi svojo pravico, že samo zaradi koriščenja te zakonske pravice ni več upravičen do izplačila nagrade. To pa je v nasprotju z razlogi, zaradi katerih je bil očetovski dopust uveden v slovenski pravni red, ki so implementacija evropskega pravnega reda v slovensko zakonodajo ter prispevek k odpravljanju razlik med ženskami in moškimi na trgu dela, saj omogoča, da ženske po rojstvu otroka ostanejo aktivne na trgu dela. Njegov namen je tudi spodbujanje bolj enakovredne porazdelitve obveznosti varstva in nege otrok med ženskami in moškimi.

Ob tem je pomembno navesti še, da je skladno s prvo alinejo drugega odstavka 5. člena ZVarD **enako obravnavanje zagotovljeno tudi osebi, ki je dejansko ali pravno povezana z osebo z določeno osebno okoliščino, torej tudi delavcem, ki z dela niso odsotni zaradi svojega zdravstvenega stanja, ampak zaradi povezave oziroma skrbi za drugo osebo (kot na primer odsotnost zaradi nege družinskega člana)**.

Ugotavljanje morebitne izjeme skladno s 13. členom ZVarD

Ker je Zagovornik ugotovil prikrajšanje oziroma manj ugoden položaj oseb z določenimi osebnimi okoliščinami (**zdravstveno stanje, nosečnost, materinstvo, starševstvo** in posredno **spol**), je v nadaljevanju presojal, ali merilo prisotnosti delavca na delu oz. odsotnost z dela, od katerega je odvisno izplačilo poslovne uspešnosti, objektivno temelji na legitimnem cilju in ali so sredstva za dosego tega cilja ustrezna, potrebna in sorazmerna. Ugotavljal je torej, ali bi ugotavljana neenaka obravnava lahko pomenila eno od izjem od prepovedi neposredne diskriminacije po 13. členu ZVarD.

V skladu s 40. členom ZVarD v postopkih varstva pred diskriminacijo velja pravilo obrnjenega dokaznega bremena, ki določa, da če so izkazana dejstva, ki opravičujejo domnevno, da je bila kršena prepoved diskriminacije, mora domnevni kršitelj dokazati, da v obravnavanem primeru ni kršil te prepovedi oziroma da je neenako obravnavanje skladno z eno od zakonskih izjem. O omenjenem je bila družba izrecno poučena z dopisom št. 0700-5/2020/7 z dne 2. 6. 2021.

---

[18] MZZ, Četrto periodično poročilo Republike Slovenije o uresničevanju določil Konvencije o odpravi vseh oblik diskriminacije žensk, 2007.
V zvezi s posredno diskriminacijo zaradi spola glej tudi Višje delovno in socialno sodišče sodba Pdp 411/2015 z dne 27. 8. 2015 ter sodba Pdp 412/2015 z dne 27. 8. 2015, tč. 11: *»V primeru pretežne izrabe starševskega dopusta s strani žensk, kar velja tudi za Republiko Slovenijo, gre za posredno diskriminacijo (na podlagi spola).«*.

[19] Uradni list RS, št. 26/14, 90/15 - ZIUPTD, 90/15, 69/15, 75/17 - ZIUPTD-A, 75/17 - ZUPJS-G, 14/18, 64/18, 46/19, 81/19, 49/20 - ZIUZEOP, 203/20 - ZIUPOPDVE, 158/20, 92/21.

Zagovornik sicer iz naved družbe ne prepoznava konkretnega cilja, ki naj bi ga družba s takšnimi kriteriji za obračun poslovne uspešnosti zasledovala. Glede na pojasnila družbe bi potencialno kot legitimen cilj družbe lahko prepoznali nagrajevanje dela tistih delavcev, ki naj bi k poslovnemu uspehu družbe več prispevali, upoštevanje prisotnosti oziroma efektiven delovni čas pa bi bil v tem primeru nujno in primerno sredstvo za doseganje tega cilja. Glede na vsa do sedaj podana pojasnila družbe Zagovornik pojasnjuje, da cilj nagrajevanja tistih delavcev, ki naj bi več delali, z deležem izplačila poslovne uspešnosti ne predstavlja legitimnega cilja, saj gre za sredstvo in ne za cilj. Kot že pojasnjeno, je izplačilo poslovne uspešnosti vezano na uspeh celotne družbe in ne gre za nagrado posameznemu delavcu za njegov individualni doprinos. Legitimen cilj bi lahko predstavljala enakopravna in objektivno primerljiva obravnava vseh delavcev, spodbujanje učinkovitosti delavcev ali pa da bi družba zasledovala cilj zmanjšanja odsotnosti delavcev z dela. Kljub temu pa Zagovornik meni, da faktor odsotnosti delavca z delovnega mesta, na način, kot je bil določen v spornem Splošnem aktu delodajalca, v nobenem primeru ne predstavlja ustreznega in primernega sredstva za doseganje teh hipotetičnih ciljev. Glede na dejstvo, da delavcem, ki so odsotni z dela zaradi bolniške odsotnosti z dela ali zaradi nege ožjega družinskega člana več kot dva tedna in delavcem, ki so odsotni zaradi koriščenja materinskega, očetovskega ali starševskega dopusta, ne pripada niti sorazmeren del plačila za poslovno uspešnost, nikakor ni mogoče govoriti o sorazmernosti v ožjem smislu.

Družba v tem postopku tako ni izkazala obstoja izjeme od prepovedi neposredne diskriminacije. Zagovornik zato ugotavlja, da družba v skladu s svojim dokaznim bremenom ni uspela izkazati, da bi bil način izplačevanja poslovne uspešnosti v družbi skladen z ZVarD, s čimer tudi ni uspela upravičiti izjeme od prepovedi neposredne diskriminacije. Glede na navedeno je Zagovornik odločil, kot izhaja iz prve in druge točke izreka te odločbe.

K II. točki izreka:

Skladno s prvim odstavkom 35. člena ZVarD je postopek pri Zagovorniku v primeru diskriminacije za stranke brezplačen, posebni stroški pa v tem postopku niso nastali, zato je Zagovornik odločil, kot izhaja iz 2. točke izreka te odločbe.

Pouk o pravnem sredstvu: Zoper to odločbo ni pritožbe, dovoljen pa je upravni spor. Upravni spor se sproži s tožbo, ki se vloži v 30 dneh od vročitve odločbe na Upravno sodišče Republike Slovenije, Fajfarjeva 33, 1000 Ljubljana. Tožba se vloži pri pristojnem sodišču neposredno pisno ali se mu pošlje po pošti. Tožbi je treba priložiti poleg te odločbe v izvirniku ali prepisu tudi po en prepis ali kopijo tožbe in prilog za toženca, če je kdo prizadet z upravnim aktom, pa tudi zanj.

Postopek vodila:
Nika Stroligo Urankar
Svetovalka Zagovornika III

Miha Lobnik
ZAGOVORNIK NAČELA ENAKOSTI

lei

Vložiti:

- zbirka dok. gradiva.