REPUBLIKA SLOVENIJA
ZAGOVORNIK NAČELA ENAKOSTI

Železna cesta 16, 1000 Ljubljana
T: 080 81 80
E: gp@zagovornik-rs.si

Zadeva: 0700-12/2020/14
Datum: 5. 10. 2020

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 in 82/13, v nadaljevanju: ZUP) v postopku začetem na predlog konkretnega predlagatelja v zadevi ugotovitve obstoja diskriminacije po ZVarD zoper kršitelja, izdaja naslednjo

ODLOČBO

1. Ugotovi se, da podjetje z določitvijo merila »efektivni delovni čas« za obračun in izplačilo božičnice, vsebovanega v 20. členu Podjetniške kolektivne pogodbe z dne 2. 12. 2014, ki je vezano na dejansko prisotnost posameznega delavca na delu na način, da se božičnica sorazmerno zniža za vsak dan odsotnosti z dela, **krši prepoved posredne diskriminacije po ZVarD,** kar je v nasprotju z drugim odstavkom 6. člena ZVarD.

2. Stroški v tem postopku niso nastali.

OBRAZLOŽITEV

Zagovornik načela enakosti (v nadaljevanju: Zagovornik) je prejel Predlog za obravnavo diskriminacije, iz katerega izhaja, da naj bi podjetje v soglasju s sindikatom sprejelo diskriminatorno načelo pri izplačilu božičnice za leto 2020, ki upošteva faktor prisotnosti na delu. Za vsak dan bolniške naj bi se božičnica zmanjšala za 3 %, pri čemer naj bi se izplačala minimalna božičnica (v višini 100 EUR) zaposlenim, ki so štiri mesece ali več bolniško odsotni. Predlagatelj meni, da je to načelo diskriminatorno do vseh, ki so bolni, prav tako pa do žensk na porodniškem dopustu.

*

Na podlagi predloga za obravnavo je Zagovornik pričel z ugotavljanjem morebitne diskriminacije zaradi starševstva, spola in zdravstvenega stanja. Zagovornik je v postopku ugotavljanja diskriminacije na podlagi 37. člena ZVarD podjetje dvakrat zaprosil za posredovanje pojasnil in dokumentacije, potrebne za razjasnitev okoliščin v tej zadevi. Na poziv se je podjetje odzvalo z odgovoroma z dne 20. 3. 2020 (št. dokumenta 0700-12/2020/3) in 20. 7. 2020 (št. dokumenta 0700-12/2020/5), vendar na vsa vprašanja Zagovornika, kljub ponovnemu pozivu, ni odgovorilo. Je pa odgovoru priložilo Sklep Sindikata z dne 28. 1. 2020 ter Podjetniško kolektivno pogodbo z dne 2. 12. 2014.

Podjetje je dne 20. 3. 2020 pojasnilo, da so se na pogajanjih s Sindikatom dogovarjali o izplačilu božičnice za leto 2020 in sicer da faktor 3 na božičnico stopi v veljavo, če se podoben dogovor v drugem podjetju (ki je trenutno na sodišču) ne bo izkazal za diskriminatornega. Faktor 3 na božičnico so dogovarjali z namenom, da bi s tem dodatno nagradili zaposlene, ki

bodo celo leto prisotni v delovnem procesu. Dodatno so pojasnili, da bodo glede na dopis Zagovornika, iz katerega izhaja, da naj bi bil ta dogovor diskriminatoren, faktor 3 na božičnico umaknili. Prav tako so pojasnili, da za njihovo podjetje velja Kolektivna pogodba za papirno in papirno-predelovalno dejavnost ter Podjetniška kolektivna pogodba z dne 2. 12. 2014.

Podjetje je dne 20. 7. 2020 pojasnilo, da bo morebitno izplačilo božičnice za leto 2020 izvedeno na podlagi 20. člena podjetniške kolektivne pogodbe ter da odločitev vodstva v zvezi z izplačilom le-te še ni bila sprejeta, zato ne morejo posredovati dodatnih pojasnil in dokumentacije.

Zagovornik je v zvezi z izplačilom nagrade za delovno uspešnost, ki je vezana na količino in frekvenco odsotnosti z dela, pridobil pojasnila Inšpektorata Republike Slovenije za delo (dokument št. 0700-30/2019 z dne 4. 6. 2019), ki ga je podjetju skupaj z dokumentom št. 0700-12/2020/7 z dne 2. 9. 2020 posredoval v seznanitev in izjasnitev. Inšpektorat je v svojem odgovoru med drugim pojasnil, da so v letu 2018 evidentirali dva primera kršitev, ko je inšpektor v inšpekcijskem postopku presodil, da je delodajalec uporabil diskriminatorna merila pri odmeri nagrade za poslovno uspešnost, in sicer: v enem primeru je izplačal delovno uspešnost samo tistim delavcem, ki so bili pri njem zaposleni pred letom 2017, ne pa tudi tistim, ki so se pri njem zaposlili v letu 2017; v drugem primeru pa je delodajalec izplačal božičnico samo tistim delavcem, ki so bili pri njem zaposleni na dan 30. 11. 2017, tistim, ki jim je delovno razmerje prenehalo pred tem, pa ne, čeprav so tudi slednji prispevali k poslovnemu uspehu delodajalca. Prav tako so pojasnili, da v letu 2019 eden od inšpektorjev za delo obravnava zadevo, ko je delodajalec na podlagi sporazuma z reprezentativnim sindikatom družbe v decembru 2018 izplačal nekakšno denarno nagrado, definirano kot dodatni regres, delavcem, ki so bili v letu 2018 ves čas prisotni na delu – ki torej niso bili odsotni zaradi bolezni ali poškodbe, saj naj bi na ta način (po navedbi delodajalca) s svojim delom prispevali k boljšim poslovnim rezultatom družbe. Inšpektor je v tem primeru uvedel postopek o prekršku, ki pa v fazi priprave odgovora še ni bil zaključen.

Inšpektorat je dodatno pojasnil, da prijav, kjer bi prijavitelji navajali kršitve glede kriterijev za odmerjanje nagrad za poslovno uspešnost, skoraj ni. Občasno se pojavi kakšno vprašanje v smislu strokovne pomoči (ne prijave suma kršitev), ali je praksa delodajalca, ki upošteva kriterij prisotnosti na delu (in odsotnost začasne zadržanosti z dela iz zdravstvenih razlogov delavca) 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 vsaj iz naslednjih dveh vidikov. Prvi je povezan s posredno diskriminacijo zaposlenih delavcev: zaradi na videz nevtralnega kriterija oz. merila »prisotnosti na delu in s tem večjega prispevka k produktivnosti delodajalca« so lahko osebe z določenimi osebnimi okoliščinami postavljene v manj ugoden položaj kot osebe, ki določenih osebnih okoliščin nimajo. Drugi vidik je povezan z vzpodbujanjem prezentizma, pri katerem gre za prakso, ko delodajalec nagrajuje delavce, da ne izostajajo z dela oz. ne koristijo zdravstvene odsotnosti takrat, ko so bolni, pač pa hodijo na delo. Slednje je lahko zelo problematično z vidika zagotavljanja varnosti in zdravja pri delu, po nekaterih strokovnih ocenah pa predstavlja za delodajalca tudi precej višji strošek kot absentizem.

*

Zagovornik je podjetju posredoval dotedanje ugotovitve ter pojasnila Inšpektorata Republike Slovenije za delo v seznanitev in izjasnitev (dokument št. 0700-12/2020/7) ter ga obvestil, da se lahko skladno s 146. členom ZUP v povezavi z 9. členom ZUP o predstavljenih ugotovitvah ter vseh dejstvih in okoliščinah, ki so pomembne za sprejem odločitve, pisno izreče v postavljenem roku.

Podjetje je v roku posredovalo Odgovor z dne 14. 9. 2020 (dokument št. 0700-12/2020/7), kjer je pojasnilo, da se sklicujejo na svoje prejšnje dopise z dne 20. 3. 2020 in 20. 7. 2020 ter poudarilo, da ne drži navedba iz predloga, da bi se naj izplačala minimalna božičnica zaposlenim, ki so štiri mesece ali več bolniško odsotni, ta predlog je bil umaknjen. Podjetje je

pojasnilo tudi, da bo morebitno izplačilo poslovne uspešnosti izplačano skladno z določilom 4. odstavka 76. člena panožne kolektivne pogodbe in skladno z določilom 20. člena podjetniške kolektivne pogodbe in sicer glede na prisotnost oz. odsotnost vsakega posameznega delavca na delu. Za izplačilo poslovne uspešnosti posameznega delavca je torej odločilno, koliko časa je efektivno prebil na delu oz. koliko dni v letu je bil odsoten. Če je posamezen delavec odsoten iz neopravičenih ali opravičenih razlogov, tako ni upravičen do udeležbe na poslovnem rezultatu podjetja (božičnici) razen v sorazmernem delu dejanske prisotnosti, saj k uspešnemu rezultatu ni prispeval oz. je prispeval le sorazmerno. V primeru odsotnosti zaradi koriščenja viška ur pa se višina poslovne uspešnosti ne znižuje, saj je delavec efektivno opravil predvideno število ur.

*

Zagovornik je najprej presojal, ali so podani pogoji za izvedbo postopka pri Zagovorniku v primeru diskriminacije, ter ugotovil, da je predlagatelj dne 7. 2. 2020 vložil predlog za obravnavo skladno s 33. členom ZVarD, pri čemer (tudi) sam nastopa v vlogi diskriminirane osebe, kot zaposleni v podjetju. V konkretni zadevi skladno s prvim odstavkom 1. člena ZVarD uživajo varstvo pred diskriminacijo vsi delavci, zaposleni v podjetju, za katere se uporabljata veljavna Kolektivna pogodba za papirno in papirno-predelovalno dejavnost ter Podjetniška kolektivna pogodbo z dne 2. 12. 2014, kot posamezniki.

Prav tako Zagovornik ugotavlja, da predlog za obravnavo vsebuje vse predpisane sestavine skladno s 36. členom ZVarD. ZVarD določa varstvo vsakega posameznika in posameznice pred diskriminacijo, pa tudi skupine oseb ter varstvo pravne osebe, če se okoliščine, ki bi lahko bile podlaga za diskriminacijo, lahko nanašajo tudi na te osebe.

Zagovornik ugotavlja, da je predlagatelj vložil predlog za obravnavo diskriminacije po 5. poglavju ZVarD, ki se zaključi z ugotovitvijo o obstoju oziroma neobstoju diskriminacije (upravna ugotovitvena odločba). Skladno z navedenim je Zagovornik v predmetni zadevi ugotavljal obstoj diskriminacije in izdal ugotovitveno odločbo, kot izhaja iz 1. točke izreka te odločbe.

Postopek, ki teče pred Zagovornikom, je upravni postopek, pri čemer imata položaj stranke domnevni kršitelj in diskriminirana oseba.

Zagovornik je v tem postopku presojal kriterije za določitev upravičenosti in deleža izplačila za delavce zaposlene v podjetju, vsebovane v navedenih kolektivnih pogodbah. 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. točke izreka te odločbe.

V 4. členu ZVarD je *diskriminacija* opredeljena 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. 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. 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.

Zagovornik v obravnavanem primeru kot osebne okoliščine, na podlagi katerih posamezniki uživajo varstvo pred diskriminacijo, prepoznava nosečnost, starševstvo, spol, družinsko stanje

in zdravstveno stanje. Spol je v ZVarD izrecno naveden kot osebna okoliščina, ki v slovenski zakonodaji uživa pravno varstvo. Medtem ko nosečnost, starševstvo, družinsko stanje in zdravstveno stanje v ZVarD spadajo med t.i. druge osebne okoliščine, ki so (prav tako) pravno varovane. V delovno pravni zakonodaji pa sta zdravstveno stanje in družinsko stanje izrecno pravno varovana v skladu s 6. členom ZDR-1. Ravnanje, ki pomeni diskriminacijo zaradi katere koli osebne okoliščine, je izrecno prepovedano, razen v primerih izjem, določenih v 13. členu ZVarD. Za starševstvo, ki ni posebej zaščitena osebna okoliščina v pravnem redu EU, pa je neenako obravnavanje dopustno, če takšno različno obravnavanje upravičuje zakonit cilj in so sredstva za doseganje tega cilja ustrezna in potrebna.

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 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).

Diskriminacija oz. neenako obravnavanje sta prepovedana na vseh področjih družbenega življenja. Zagovornik ugotavlja, da gre v obravnavanem primeru za področje dela, kamor sodijo tudi zaposlitveni pogoji in pogoji dela, vključno s prenehanjem pogodbe o zaposlitvi in plačami (tretja alineja prvega odstavka 2. člena ZVarD).

V postopkih obravnave diskriminacije velja obrnjeno dokazno breme (40. člen ZVarD). To pomeni, da je v primeru izkazanega suma diskriminacije na domnevnem kršitelju, da dokazuje morebitno upravičenost svojih praks.

Tudi ZDR-1 v 6. členu izrecno določa, 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. ZDR-1 prav tako določa tudi, da sta prepovedani neposredna in posredna diskriminacija zaradi katere koli osebne okoliščine. Izrecno pa še določa, da se manj ugodno obravnavanje delavcev, ki je povezano z nosečnostjo ali starševskim dopustom, šteje za diskriminacijo.

*

Zagovornik uvodoma ugotavlja, da se je podjetje s Sindikatom sprva dogovarjalo o izplačilu božičnice na način, da se pri tem upošteva faktor 3 na božičnico ter da le-ta stopi v veljavo, če se podoben dogovor v drugem podjetju (ki se trenutno nahaja na sodišču) ne bo izkazal za diskriminatornega. Kot izhaja iz zapisnika sindikata z dne 28. 1. 2020, ki ga je posredovalo podjetje, je do sedaj veljalo, da če zaposleni v preteklem letu ni koristil bolniške, se mu je izplačala celotna božičnica (upošteva se efektivni delovni čas). Za tiste, ki pa so v preteklem letu koristili bolniško odsotnost, pa se je božičnica zmanjšala v odstotnem deležu – dan bolniške za dan dela. Od 1. 2. 2020 pa bo dan bolniške pomnožen s faktorjem 3, kar pomeni, da bo en dan bolniške imel težo treh dni efektivne prisotnosti, z namenom, da zaposleni za čas krajše bolniške koristijo viške ur in dopuste. Iz zapisnika je razvidno, da sindikat s predlogom ni soglašal, saj je menil, da bodo prizadeti starši majhnih otrok, zaposleni, ki se

bodo poškodovali pri delu, in zaposleni s psihično izgorelostjo. Podjetje je že tekom postopka pred Zagovornikom umaknilo faktor 3 na božičnico, skladno s katerim je nameravalo izplačati božičnico 2020. O umiku Faktorja 3 na božičnico je podjetje Zagovornika obvestilo v svojem odgovoru z dne 20. 3. 2020.

Zagovornik je zato v nadaljnjem postopu ugotavljal, ali faktor prisotnosti na delu, skladno s katerim bo podjetje izplačalo morebitno božičnico 2020, ustreza posredni diskriminaciji po drugem odstavku 6. člena ZVarD. Kot je pojasnilo podjetje, faktor prisotnosti na delu pomeni, da bo izplačilo božičnice izvedeno glede na prisotnost oz. odsotnost vsakega posameznega delavca na delu. Za izplačilo poslovne uspešnosti posameznega delavca je torej odločilno, koliko časa je efektivno prebil na delu oz. koliko dni v letu je bil odsoten. Če je posamezni delavec odsoten iz neopravičenih ali opravičenih razlogov, tako ni upravičen do udeležbe pri poslovnem rezultatu podjetja (božičnici), razen v sorazmernem delu dejanske prisotnosti, saj k uspešnemu rezultatu ni prispeval oz. je prispeval le sorazmerno. V primeru odsotnosti zaradi koriščenja viška ur pa se višina poslovne uspešnosti ne znižuje, saj je delavec efektivno opravil predvideno število ur.

Posredna diskriminacija 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 izplačevanje božičnice na podlagi merila »faktor prisotnosti na delu«, nobenega od delavcev z določeno osebno okoliščino ne postavlja neposredno v slabši položaj. Merilo je navidezno nevtralno in velja enako za vse delavce. Da lahko govorimo o posredni diskriminaciji, pa je predhodno potrebno ugotoviti, ali je zaradi navidezno nevtralnih kriterijev posamezen delavec z določeno osebno okoliščino bil, je ali bi lahko bil v manj ugodnem položaju kot druge osebe. Zagovornik ugotavlja, da je merilo sicer oblikovano nevtralno z ozirom na osebne okoliščine in velja za vse delavce, njegov učinek pa je lahko tak, da dejansko v slabši položaj postavi določene delavce s specifičnimi osebnimi okoliščinami, na katere ti ne morejo vplivati.

Zagovornik 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 podjetja 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.

Za podjetje veljata Kolektivna pogodba za papirno in papirno-predelovalno dejavnost (Uradni list RS, št. 110/13, 35/14, 52/16, 4/18, 2/19, v nadaljevanju: panožna kolektivna pogodba) ter Podjetniška kolektivna pogodba z dne 2. 12. 2014 (v nadaljevanju: podjetniška kolektivna pogodba).

Panožna kolektivna pogodba v 76. členu prav tako določa, da je plačilo za poslovno uspešnost sestavni del plače, če je dogovorjeno s kolektivno pogodbo ožje ravni ali s splošnim aktom delodajalca ali s pogodbo o zaposlitvi. Plačilo za poslovno uspešnost je izključeno iz osnov za nadomestila plač in drugih prejemkov iz delovnega razmerja. V primeru odločitve o izplačilu poslovne uspešnosti se delodajalec in reprezentativni sindikat pri delodajalcu dogovorita ali se ta del plače izplača v denarju, delnicah in odložitvi njenega izplačila. V primerih, ko se izplačuje poslovna uspešnost, se delavcu, ki ni delal vse leto, izplača del plače iz prvega odstavka sorazmerno času prebitem na delu.

Podjetniška kolektivna pogodba v 20. členu določa, da se zaposlenim v primeru uspešnosti poslovanja družbe v mesecu decembru obračuna in izplača božičnica na osnovi meril: osnovna plača in efektivni delovni čas. Pred odločitvijo o višini izplačila se vodstvo posvetuje

s svetom delavcev in sindikatom. O podrobnostih v zvezi s tem odloča vodstvo, o čemer v informacijah seznani zaposlene.

Zagovornik ugotavlja, da določilo 76. člena panožne kolektivne pogodbe nobenega od delavcev ne postavlja v slabši položaj in je neodvisno od osebnih okoliščin delavcev, saj določa, da se delavcu, ki ni delal vse leto, izplača del plače iz prvega odstavka sorazmerno času prebitem na delu. Zagovornik to določbo interpretira na način, da delavcu, ki je nastopil delo 1. julija in torej pri delodajalcu ni delal vse leto, pripada izplačilo božičnice sorazmerno času prebitem na delu, to je polovica, neodvisno od tega, ali je v tem času koristil letni dopust ali pa je bil bolniško odsoten.

Medtem, ko podjetniška kolektivna pogodba v 20. členu kot merilo za izplačilo božičnice, poleg osnovne plače, določa efektivni delovni čas. Ker je torej s podjetniško kolektivno pogodbo kot merilo za izplačilo božičnice določen efektivni delovni čas in podjetje to tolmači na način, da če je posamezni delavec odsoten iz neopravičenih ali opravičenih razlogov, tako ni upravičen do udeležbe na poslovnem rezultatu podjetja (božičnici) razen v sorazmernem delu dejanske prisotnosti, izjema je koriščenje ur, so s tem po oceni Zagovornika prizadeti delavci, ki so z dela opravičeno odsotni.

Zagovornik je v tem postopku ugotavljal, kakšne učinke ima v praksi podjetniška kolektivna pogodba na pravice delavcev iz naslova izplačila božičnice. Presojo je opravil zgolj z vidika protidiskriminacijske zakonodaje, torej z vidika določb ZVarD, ki določajo varstvo vsakega posameznika pred diskriminacijo, ne glede na njegove osebne okoliščine, na različnih področjih družbenega življenja. Postopek Zagovornik zaključi z izdajo ugotovitvene odločbe, s katero bodisi ugotovi obstoj diskriminacije bodisi ugotovi, da diskriminacija v zadevi ni podana. Gre za upravni ugotovitveni akt, ki kot tak ni izvršljiv in kot tak tudi v ničemer ne posega v obstoječa razmerja oziroma jih ne spreminja, razveljavlja, ali nalaga obveznosti kršiteljem. Ugotovitev Zagovornika je pomembna zlasti z vidika njegove osveščevalne kot tudi preventivne funkcije, v smislu preprečevanja nadaljnjih kršitev, pomembna pa je tudi z vidika nadaljnjih ravnanj, ki so vedno usmerjena v odpravo učinkov diskriminacije in njeno nadaljnjo preprečevanje.

Pooblastila ter pristojnosti Zagovornik črpa iz ZVarD (zlasti 21. člen), ki opredeljuje personalno in materialno pristojnost Zagovornika. Personalna pristojnost se nanaša na vprašanje, kdo lahko uveljavlja varstvo pred diskriminacijo; gre zlasti za fizične osebe ali skupine oseb, v določenem obsegu pa tudi pravne osebe.[1] Materialna pristojnost pa se nanaša na področja,[2] na katerih osebe uživajo varstvo pred diskriminacijo; pri tem je med »varovanimi področji« v 2. členu ZVarD (1. – 4. alineja) še posebej izpostavljeno področje dela, kamor sodijo tudi zaposlitveni pogoji in pogoji dela. Z ZVarD so bile v slovenski pravni prostor prenesene tudi evropske direktive, izrecno tudi Direktiva Sveta 2000/78/ES z dne 27. novembra 2000 o splošnih okvirih enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu ter Direktiva 2006/54/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 5. julija 2006 o uresničevanju načela enakih možnosti ter enakega obravnavanja moških in žensk pri zaposlovanju in poklicnem delu, katerih predmet urejanja je prav področje dela in zaposlovanja oziroma na tem področju zapovedano varstvo pred diskriminacijo.

Zagovornik s svojo ugotovitvijo ne posega v kolektivno dogovarjanje med delodajalci in predstavniki zaposlenih oziroma v samo podjetniško kolektivno pogodbo. Sam poseg v kolektivno pogodbo se lahko doseže zgolj v sodnem postopku, pred pristojnim delovnim sodiščem, katerega pričetek je neodvisen od ugotovitev oziroma postopka pred Zagovornikom.

---

[1] Slednja lahko varstvo pred diskriminacijo uveljavlja le, če je izpostavljena diskriminaciji zaradi osebnih okoliščin posameznikov, ki so povezani s to pravno osebo (3. odstavek 1. člena ZVarD).

[2] Skladno z ZVarD se enako obravnavanje nanaša samo na področja družbenega oziroma javnega življenja, torej na področja, na katerih posamezniki (oz. pravne osebe) uveljavljajo svoje pravice oziroma izvajajo dolžnosti, ter nastopajo v pravnem prometu. Pri tem 2. člen ZVarD še posebej izpostavlja področje dela in zaposlovanja kot eno od »varovanih področij«.

V tem razmerju nastopa podjetje kot delodajalec in kot močnejša stranka, ki je zavezana k spoštovanju pravil s področja delovno pravne zakonodaje, katere sestavni del so pravila o enaki obravnavi delavcev, ter tudi pravil ZVarD, zaradi česar ima podjetje v tem postopku položaj domnevnega kršitelja.

Kot izhaja iz pojasnil Finančne uprave Republike Slovenije[3], ki so javno dostopna, je v Zakonu o dohodnini[4] – ZDoh-2 (12. točka prvega odstavka 44. člena) določen izvzem dela plače za poslovno uspešnost iz davčne osnove dohodka iz delovnega razmerja, in sicer do višine 100 % zadnje znane povprečne mesečne plače zaposlenih v Sloveniji. Ugodnejša davčna obravnava se uporablja za izplačila dela plače za poslovno uspešnost, ki bodo izplačana enkrat v koledarskem letu vsem upravičenim delavcem hkrati, pod pogojem:

1. da je pravica do tega izplačila določena v splošnem aktu delodajalca, s katerim so delavci vnaprej seznanjeni in imajo hkrati vsi delavci pri delodajalcu pravico do izplačila dela plače za poslovno uspešnost (pogoji do pridobitve pravice morajo biti določeni enotno za vse delavce), ali
2. da je pravica do tega izplačila določena v kolektivni pogodbi, v kateri so določena merila za pridobitev pravice do tega izplačila (ni nujno, da so pogoji določeni enotno za vse delavce).

Finančna uprava Republike Slovenije k točki 1 dodatno pojasnjuje, da določba ne določa, da morajo vsi delavci dobiti absolutno enak znesek, temveč da del plače prejmejo vsi delavci, ki izpolnjujejo pogoje, ki so vnaprej določeni in znani (primeroma: do dela plače za poslovno uspešnost so upravičeni delavci, ki so imeli sklenjeno pogodbo o zaposlitvi na določen presečni dan/obdobje).

Kot merilo je v podjetniški kolektivni pogodbi določena efektivna prisotnost delavca na delu. Kot odsotnost pa se po pojasnilih podjetja upoštevajo vse odsotnosti razen koriščenja ur. Torej odsotnosti iz vseh zdravstvenih razlogov, porodniška, očetovski dopust in tudi letni dopust. Odsotnosti iz zdravstvenih razlogov in iz naslova porodniške in očetovskega dopusta so opravičene 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).

Zagovornik ugotavlja, da merilo določeno v podjetniški kolektivni pogodbi sicer ne posega v samo pravico delavcev do odsotnosti z dela, da pa posega v njihov položaj, kadar delavci to pravico dejansko koristijo v praksi. Ti delavci so postavljeni v manj ugoden položaj, ki se kaže v nižjem deležu izplačila božičnice, 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 kompenzacije že opravljenih ur. Tako znižanje izplačila prizadene tiste delavce, ki so več časa odsotni z dela, to pa so lahko, kot ugotavlja tudi Inšpektorat v svojem odgovoru z dne 4. 6. 2019, delavci z določenimi osebnimi okoliščinami, kot npr. noseče delavke, delavci s kroničnimi ali dlje časa trajajočimi boleznimi ali poškodbami, ki terjajo večje zdravstvene posege ali rehabilitacijo, delavci s statusom invalida, tisti, ki negujejo ali spremljajo družinskega člana v primerih bolezni ali poškodb (mladoletne otroke, partnerje, starše, ki potrebujejo dodatno nego in skrb), samohranilci, ki težje usklajujejo poklicno in družinsko življenje, starejši delavci itd. Zaradi svojih osebnih okoliščin, ki jih ne morejo spremeniti (zdravstveno stanje, invalidnost, družinsko stanje, nosečnost, materinstvo, očetovstvo, starost ipd.), bodo ti delavci težje dosegli merilo iz podjetniške kolektivne pogodbe, to je prisotnost na delu oz. odsotnost bolniške, s čimer so postavljeni v manj ugoden položaj v primerjavi z delavci, ki navedenih okoliščin nimajo. Pri tem Zagovornik ugotavlja, da je skladno s prvo alinejo drugega odstavka

[3] Iz zbirke Dohodek iz zaposlitve, Dohodek iz delovnega razmerja, 5. izdaja, julij 2019, str. 11-12
[4] Uradni list RS, št. 13/11 – uradno prečiščeno besedilo, 9/12 – odl. US, 24/12, 30/12, 40/12 – ZUJF, 75/12, 94/12, 52/13 – odl. US, 96/13, 29/14 – odl. US, 50/14, 23/15, 55/15, 63/16, 69/17, 21/19 in 28/19

5. člena ZVarD enako obravnavanje zagotovljeno tudi osebi, ki je dejansko ali pravno povezana z osebo z določeno osebno okoliščino, torej tudi delavcem, ki iz dela niso odsotni zaradi svojega zdravstvenega stanja, ampak zaradi povezave oz. skrbi za drugo osebo (kot na primer odsotnost zaradi nege družinskega člana).

Tako postavljeno merilo v slabši položaj postavi tudi delavca, ki vse leto ni odsoten z dela zaradi bolezni, ampak postane oče in koristi očetovski dopust (in nato tudi starševski dopust). Podjetje je namreč pojasnilo, da je za izplačilo božičnice relevantna samo efektivna prisotnost delavca na delu in da se kot odsotnost štejejo vse odsotnosti, tako iz opravičenih kot neopravičenih razlogov. Oče ima skladno z Zakonom o starševskem varstvu in družinskih prejemkih 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. Če jih izrabi manj kot 15 dni, mu preostanek do 15 dni propade. To pomeni, da če se odloči za koriščenje 30 dni, kolikor znaša njegova pravica, je že samo zaradi koriščenja te zakonske pravice upravičen do znižanega izplačila božičnice. To pa je v nasprotju z razlogi,[5] 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.

Iz Komentarja Zakona o delovnih razmerjih[6] izhaja, da je izplačilo dela plače za poslovno uspešnost (poimenovano božičnica), prepuščeno avtonomni ureditvi (v smislu, ali bo to izplačilo sploh zagotovljeno in kakšna bo njegova višina), vendar je avtonomija omejena z zakonsko določbo o prepovedi diskriminacije in enakem plačilu. Prav tako iz komentarja izhaja, da ker gre za poslovni uspeh družbe kot celote, so do izplačila dela plače za poslovno uspešnost po kolektivnih pogodbah 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,[7] 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, za katerega pa ne velja ugodnejša davčna obravnava (12. točka prvega odstavka 44. člena ZDoh-2).

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 oz. odsotnost z dela ne more biti določena kot merilo za višino izplačila poslovne uspešnosti oz. božičnice. Podjetje v svojem odgovoru z dne 14. 9. 2020 sicer zatrjuje, je razlog za sorazmerno izplačilo božičnice glede na dejansko prisotnost delavca na delu to, da k uspešnemu rezultatu podjetja ni prispeval oz. je prispeval sorazmerno. Zagovornik pa meni, da zgolj prisotnost delavca na delu ni pokazatelj njegove uspešnosti.

---

[5] https://siol.net/novice/slovenija/spodbujanje-ocetov-k-vecjemu-koriscenju-starsevskega-dopusta-72776

[6] Zakon o delovnih razmerjih (ZDR-1) s komentarjem, IUS Software, GV Založba, 2016, Irena Bečan … et al., str. 760

[7] Str. 759

Zagovornik soglaša, 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. Sodišče je tako zavzelo stališče (VDSS sodba in sklep Pdp 1331/2008), 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 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.

*

Zagovornik ocenjuje, da merilo »efektivni delovni čas« za obračun in izplačilo božičnice iz podjetniške kolektivne pogodbe pomeni neenako obravnavo delavcev na podlagi zgoraj navedenih osebnih okoliščin, ki se manifestira kot prikrajšanje oziroma nižji delež izplačila poslovne uspešnosti oziroma božičnice, ki je sestavni del njihove plače.

*

Ker je Zagovornik ugotovil prikrajšanje oz. manj ugoden položaj oseb z določeno osebno okoliščino, je v nadaljevanju presojal, ali merilo »efektivni delovni čas« za izplačilo božičnice objektivno temelji na legitimnem cilju in ali so sredstva za doseganje tega cilja ustrezna in nujno potrebna. Ugotavljal je torej, ali bi takšna neenaka obravnava lahko pomenila izjemo od prepovedi diskriminacije po drugem odstavku 6. člena ZVarD.

V skladu z določbo 40. člena ZVarD v postopkih varstva pred diskriminacijo velja pravilo obrnjenega dokaznega bremena, ki določa, da če so izkazana dejstva, ki upravičujejo domnevo, da je bila kršena prepoved diskriminacije, mora domnevni kršitelj dokazati, da v obravnavanem primeru ni kršil te prepovedi, oziroma da je neenako obravnavanje dopustno in v skladu s tem zakonom.

O tem je bilo podjetje tudi izrecno poučeno z dokumentom št. 0700-12/2020/7 z dne 2. 9. 2020. Zagovornik je podjetje seznanil s 13. členom ZVarD in ga dvakrat zaprosil, da pojasni, ali uvedba kriterijev temelji na legitimnem cilju in so sredstva za doseganje tega cilja ustrezna, potrebna in sorazmerna (dokument št. 0700-12/2020/2 z dne 11. 3. 2020 in 0700-12/2020/5 z dne 15. 7. 2020).

Podjetje v tem postopku ni izkazalo, niti ni zatrjevalo, da bi pri izplačilu božičnice sledilo legitimnemu cilju in da so sredstva za doseganje tega cilja ustrezna in nujno potrebna. Zagovornik na podlagi zapisnika Sindikata z dne 28. 1. 2020 sklepa, da je podjetje zasledovalo cilj zmanjšanja odsotnosti delavcev z dela, saj iz zapisnika izhaja, da je namen faktorja 3, da zaposleni za čas krajše bolniške koristijo viške ur in dopuste. Zagovornik zato ugotavlja, da podjetje v skladu s svojim dokaznim bremenom ni uspelo izkazati, da bi bilo neenako obravnavanje oz. določitev presojanih meril iz podjetniške kolektivne pogodbe dopustno v skladu z ZVarD, s čimer tudi ni uspelo upravičiti izjeme od prepovedi posredne diskriminacije. Glede na navedeno je Zagovornik odločil, kot izhaja iz izreka te odločbe.

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. Tožba z morebitnimi prilogami se vloži najmanj v treh izvodih. Tožbi je treba priložiti tudi to odločbo v izvirniku ali prepisu.

Postopek vodila:
Sergeja Oštir
Samostojna Svetovalka Zagovornika

Miha Lobnik
ZAGOVORNIK NAČELA ENAKOSTI

Poslano:
- zbirka dok. gradiva.