REPUBLIKA SLOVENIJA
ZAGOVORNIK NAČELA ENAKOSTI

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

Datum: 4. 9. 2019
Zadeva: 0700-30/2019/15

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 po uradni dolžnosti v zadevi ugotovitve obstoja diskriminacije po ZVarD zoper domnevnega kršitelja izdaja naslednjo

ODLOČBO

1. Ugotovi se, da **družba** z določitvijo kriterijev za določitev upravičenosti do izplačila in deleža (%) izplačila na posameznika za poslovno uspešnost, vsebovanih v Dogovoru o prejemkih za leto 2019 z dne 9. 4. 2019, ki so vezani na prisotnost posameznega delavca na delu na način, da se po vnaprej določeni lestvici nižajo za primere odsotnosti iz vseh zdravstvenih razlogov, porodniške, očetovskega dopusta in neplačane odsotnosti, **krši prepoved posredne diskriminacije po ZVarD**.

2. Stroški v tem postopku niso nastali.

OBRAZLOŽITEV

Zagovornik načela enakosti je prejel Predlog za obravnavo diskriminacije, iz katerega izhaja, da je družba dne 9. 4. 2019 sprejela Dogovor o prejemkih za leto 2019 (v nadaljevanju: Dogovor), ki naj bi vseboval diskriminatorne pogoje. Po navedbah anonimnega predlagatelja želi družba z diskriminatornimi pogoji za izplačilo nagrade za poslovno uspešnost vplivati na količino bolniškega staleža v družbi. Prvo merilo je količina odsotnosti z dela, drugo pa število neprekinjenih odsotnosti oz. večkratna odsotnost. Drugo merilo po oceni predlagatelja posebej diskriminira zaposlene starše (ne)šoloobveznih otrok ter zaposlene, ki morajo skrbeti za starostnike. Iz Predloga za obravnavo izhaja, da na primer družba delavcu, ki je zaradi zdravstvenih razlogov odsoten z dela do 100 ur v koledarskem letu, izplača 100% nagrade za poslovno uspešnost, za odsotnost od 101 do 274 ur 85% nagrade, vse do odsotnosti nad 1493 ur, ko delavec prejme 20% nagrade. Družba je sprejela tudi dodatni kriterij, ki je vezan na pogostost odsotnosti in sicer: v primeru, da je delavec zaradi odsotnosti iz zdravstvenih razlogov odsoten več kot dvakrat, se mu izplačilo v primeru tretje odsotnosti zniža za 5%, za vsako naslednjo odsotnost pa za 10%.

Zagovornik je primer ocenil kot splošno pomemben za varstvo pred diskriminacijo, ne samo za vse zaposlene v družbi, temveč tudi za vse nadaljnje enake ali podobne primere, ko bodo delodajalci izplačilo nagrad vezali na (upravičeno) odsotnost delavcev[1]. Zagovornik je zato skladno s prvim odstavkom 34. člena ZVarD začel z obravnavo po uradni dolžnosti.

[1] Izrazi, zapisani v slovnični obliki moškega spola, so uporabljeni kot nevtralni in veljajo enakovredno za oba spola.

*

Zagovornik je v postopku ugotavljanja morebitne diskriminacije na podlagi 37. člena ZVarD (dokument št. 0700-30/2018/3) od družbe pridobil pojasnila in dokumentacijo, potrebno za razjasnitev okoliščin v tej zadevi. Družba se je na poziv Zagovornika odzvala in posredovala odgovor z dne 13. 5. 2019. V odgovoru je v celoti nasprotovala trditvi, da so kriteriji, določeni v Dogovoru o prejemkih za leto 2019 postavljeni diskriminatorno. Družba je zavzela stališče, da s postavljenimi kriteriji nikogar ne obravnava neenako, kvečjemu obratno. Meni, da v kolikor bi plačilo bilo enotno za vse delavce, brez postavljenih kriterijev, ne glede na njihovo delo/prisotnost, bi lahko to bilo diskriminatorno ali nepravično do sodelavcev, ki so delo opravljali večino svojega obveznega prisotnega časa in so zagotovo več pripomogli k rezultatu poslovanja, kot tisti, ki so bili z dela odsotni. Družba je med drugim navedla, da je izplačilo nagrade za poslovno uspešnost, kot tudi določitev kriterijev za izplačilo stvar avtonomne ureditve delodajalca (tega ne določa noben predpis). V odgovoru pojasni, da je v podjetju, ki zaposluje cca 1400 delavcev, 20 % sodelavcev pogosto odsotnih po tri do nekaj dni – tudi do 28 x na leto. 80% zaposlenih pa iz teh razlogov ni odsotnih oz. je pri teh zaposlenih frekvenca max. 2 x na leto. Razlog ni v tem, da teh 80% sodelavcev ne bi imelo potrebe po teh odsotnostih, vendar si ti sodelavci zaradi odgovornosti do dela, ki ga opravljajo in pripadnosti podjetju poiščejo druge možnosti, da svoje delo lahko opravijo. Možnosti, ki jih za takšne primere imajo vsi zaposleni, ki opravljajo delo v proizvodnji so: menjava izmene, koriščenje dodatnega dopusta, ki ga prav s tem namenom prejmejo nad pripadajočim dopustom – do 4 dni, koriščenje ur… Zaposleni v t.i. režijskih službah pa svoje delo opravljajo v fleksibilnem delovnem času, kar pomeni, da lahko svoje delo prerazporedijo, imajo možnost opravljanja dela od doma (t.i. Home office – vmes lahko uredijo zadeve za katere bi drugače moral koristiti odsotnost iz zdravstvenih razlogov). 20 % zaposlenih pa o teh možnostih ne razmišlja in koristi »zgolj pravico, ki jim pripada« - torej odsotnost iz zdravstvenih razlogov. Družba se v odgovoru sprašuje, v čem so tako postavljeni kriteriji diskriminatorni do delavcev, ki so zaradi osebnih razlogov (tudi zdravstvenih) odsotni z dela, saj prejmejo zgolj nižje izplačilo nagrade za poslovno uspešnost, tako kot zaradi odsotnosti iz zdravstvenih razlogov prejmejo tudi nižjo plačo – nadomestilo za bolniško in nega znaša zgolj 80%, spremstvo pa 70% plače. Potemtakem sta po oceni družbe diskriminatorna tudi Zakon o delovnih razmerjih (v nadaljevanju: ZDR-1) in Pravila obveznega zdravstvenega zavarovanja, ki določa višino nadomestila. Družba v zaključku še pojasni, da sodelavcem, ki imajo različne zdravstvene težave (sami ali njihovi družinski člani), pomaga na različne načine: z izplačilom solidarnostne pomoči, s plačili določenih stroškov zdravljenja, nakupa pripomočkov, dodatnih zdravil iz sredstev njihove Humanitarne fundacije, ki so jo ustanovili prav za te namene, itd.

Prav tako je Zagovornik 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). 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 družbi posredoval dotedanje ugotovitve ter pojasnila Inšpektorata Republike Slovenije za delo v seznanitev in izjasnitev (dokument št. 0700-30/2019/8) ter jo 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. Družba je zaprosila za podaljšanje roka, ki ji ga je Zagovornik odobril.

Družba je v roku posredovala Izjasnitev z dne 26. 6. 2019 (dokument št. 0700-30/2019/13), kjer je pojasnila smiselno enako, kot v svojem predhodnem odgovoru z dne 13. 5. 2019, zato Zagovornik vseh navedb na tem mestu ne povzema ponovno. Družba je tudi v tej izjasnitvi poudarila, da meni, da z dogovorjenimi kriteriji za izplačilo nagrade za poslovno uspešnost ne ravna diskriminatorno. Dodatno je navedla, da iz 126. člena Zakona o delovnih razmerjih izhaja, da je sestavni del plače (lahko) tudi plačilo za poslovno uspešnost, ki zaposlenim ne pripada po samem zakonu, ampak je stvar »ustreznega« dogovora pri delodajalcu. Izpostavila je 12. točko prvega odstavka 44. člena Zakona o dohodnini ter navedla, da iz pojasnil Finančne uprave Republike Slovenije izhaja, da zakon 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. Družba pojasni, da v je Dogovoru določen znesek izplačila 1000 EUR za 100% doseganje postavljenih ciljev/rezultatov (ob preseganju je lahko znesek tudi 2000 EUR) ter da se dogovorjeni znesek nagrade lahko deli med zaposlene, če, oziroma šele, ko so ti cilji doseženi. Za delitev med zaposlene pa so določeni kriteriji za določitev upravičenosti do izplačila in deleža (%) izplačila. Ti določajo:

- Da so do izplačila za poslovno uspešnost upravičeni vsi delavci, ki so bili zaposleni pri delodajalcu v letu 2019. Delavci so upravičeni do sorazmernega dela izplačila glede na trajanje zaposlitve pri delodajalcu v letu 2019.
- Da se odstotek izplačila določa v odvisnosti od prisotnosti glede na planirano prisotnost za posameznega delavca v koledarskem letu (določena lestvica).

Kot odsotnost se upoštevajo: odsotnosti iz vseh zdravstvenih razlogov, porodniška, očetovski dopust in neplačana odsotnost.

Družba je pojasnila, da je določeno, da so do večjega odstotka izplačila upravičeni tisti sodelavci, ki so tudi dejansko več prispevali k doseženim ciljem za izplačilo nagrade – več pa so prispevali tisti, ki so efektivno delali. To pomeni, da je posamezni delavec upravičen do tolikšnega izplačila, kot je bil njegov dejanski prispevek: dejansko delo (prisotnost na delu). Družba meni, da pri tako določenih kriterijih, pri katerih je znesek izplačila nagrade povezan

s prispevkom posameznika (tudi zato, ker ni v celoti višina odvisna od prisotnosti, ampak so določene tolerance: poln znesek izplačila nagrade za do 100 ur odsotnosti in minimalno izplačilo 20 % nagrade), ni diskriminacije, saj je izplačilo prepuščeno avtonomni ureditvi, pogoji so določeni enotno za vse delavce in so vnaprej znani, noben predpis pa ne določa, da mora biti izplačilo absolutno enako za vse delavce. Ne obstaja manj ugodno obravnavanje, ki bi bilo povezano z eno ali več osebnimi okoliščinami posameznika, ampak je povezano s prispevkom posameznika k rezultatu poslovanja. In sodelavci, ki so več efektivno delali, niso v primerljivi situaciji s tistimi, ki so delali manj, saj so tisti, ki so delali več, tudi več prispevali. V zaključku družba navede, da tudi iz utemeljitev Inšpektorata izhaja, da tudi ta pri presoji kriterijev za upravičenost do izplačila nagrade iz rezultata poslovanja izhaja iz prispevka posameznika k ustvarjenemu rezultatu - utemeljuje, da so več prispevali tisti, ki so delali, kot pa tisti, ki so bili odsotni ter da upoštevanje pomembnosti prispevka posameznega delavca k rezultatu poslovanja lahko zasledimo tudi v sodni praksi (VDDS Sodba in sklep št. PdP 1331/2008 in VDDS Sodba št. Pdp 709/2010).

*

Zagovornik je postopek ugotavljanja diskriminacije začel po uradni dolžnosti na podlagi drugega odstavka 34. člena 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. V konkretni zadevi skladno s prvim odstavkom 1. člena ZVarD uživajo varstvo pred diskriminacijo delavci, zaposleni pri družbi in hčerinskih družbah, za katere se uporablja veljavna Podjetniška kolektivna pogodba družbe, kot posamezniki. Za obravnavo po uradni dolžnosti Zagovornik po drugem odstavku 34. členu ZVarD ni pridobival soglasja diskrimininiranih oseb, saj gre za (večjo) skupino oseb in se obravnava ne nanaša zgolj na točno določenega posameznika oz. posameznike.

Postopek, ki teče pred Zagovornikom, je upravni postopek, pri čemer ima položaj stranke domnevni kršitelj, diskriminirana oseba pa se ima po izrecni zakonski določbi tretjega odstavka 34. člena ZVarD pravico udeleževati postopka. Kot pojasnjeno zgoraj, Zagovornik v postopek ni pritegnil nobene od potencialno diskrimininiranih oseb kot strank in tudi ni presojal ravnanja družbe v konkretnih primerih, saj izplačilo poslovne uspešnosti za leto 2019 še ni bilo izvedeno, ampak bo, če bodo izpolnjeni pogoji, opravljeno v mesecu decembru na osnovi ocene rezultatov do konca leta, kot izhaja iz Dogovora o prejemkih za leto 2019. Zagovornik je presojal kriterije za določitev upravičenosti do izplačila in deleža (%) izplačila na posameznika, vsebovane v Dogovoru. 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 je najprej ugotavljal, ali kriteriji za določitev upravičenosti do izplačila in deleža (%) izplačila na posameznika, vsebovani v Dogovoru, ustrezajo posredni diskriminaciji po drugem odstavku 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.

Zagovornik ugotavlja, da kriteriji za določitev upravičenosti do izplačila in deleža (%) izplačila na posameznika, vsebovani v Dogovoru, nobenega od delavcev z določeno osebno okoliščino ne postavljajo neposredno v slabši položaj, so navidezno nevtralna in veljajo enako za vse delavce. Da lahko govorimo o posredni diskriminaciji, pa je predhodno potrebno ugotoviti, ali je zaradi navidezno nevtralnih kriterijev vsebovanih v Dogovoru posamezen delavec z določeno osebno okoliščino bil, je ali bi lahko bil v manj ugodnem položaju kot druge osebe. Zagovornik ugotavlja, da so kriteriji sicer oblikovani nevtralno z ozirom na osebne okoliščine in veljajo za vse delavce, njihov učinek pa je lahko tak, da dejansko določene delavce s specifičnimi osebnimi okoliščinami, na katere ti ne morejo vplivati, postavi v slabši položaj. Pri tem nekateri delavci ob sprejemu Dogovora te okoliščine že imajo, nekateri pa ne, obenem pa se lahko takšna osebna okoliščina (na primer: nosečnost pri delavkah oz. starševstvo pri delavcih, ter bolezen oz. poslabšanje določenega zdravstvenega stanja itd.) pojavi pri katerem koli delavcu tekom leta 2019 – to je v obdobju, na katerega se ta Dogovor nanaša.

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 družbo velja Kolektivna pogodba za dejavnost elektroindustrije Slovenije (Uradni list RS, št. 108/05, 95/06, 82/07, 32/08, 70/08, 75/09, 10/10, 84/11, 104/11, 32/13, 26/15, 58/17 in 84/18), ki v 46. členu določa, da kriterije za določitev dela plače na podlagi uspešnosti poslovanja določita delodajalec in sindikat pri delodajalcu ob sprejemu letnega poslovnega načrta. Na tej podlagi je bil sprejet Dogovor, v katerem so vsebovani kriteriji, ki so predmet presoje tega postopka. Zagovornik ugotavlja, da je bil Dogovor sklenjen med vodstvom družbe in predstavniki zaposlenih – sveta delavcev in sindikatov. Kljub temu, da gre za dogovor, pa se po oceni Zagovornika ta dogovor ne presoja kot klasični civilno pravni dogovor, za katerega se uporabljajo pravila obligacijskega prava, ampak ima ta dogovor naravo delovno pravnega akta - gre za interni pravni akt delodajalca, ki ureja pravice vseh delavcev, tudi tistih, ki pri njegovemu sprejemu niso (ne)posredno sodelovali. Nanaša se torej na tretje osebe, kar je narava delovno-pravnih aktov, in ne le na stranke, ki so podpisale dogovor. V tem razmerju nastopa družba 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 izključno družba v tem postopku položaj domnevnega kršitelja.

Kot izhaja iz pojasnil Finančne uprave Republike Slovenije[2], ki so javno dostopna, je v Zakonu o dohodnini[3] – ZDoh-2 (12. točka prvega odstavka 44. člena) določen izvzem dela

[2] Iz zbirke Dohodek iz zaposlitve, Dohodek iz delovnega razmerja, 5. izdaja, julij 2019, str. 11-12

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: 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 kriterij za določitev upravičenosti do izplačila in deleža (%) izplačila je v Dogovoru določena frekvenca (pogostost) odsotnosti posameznega delavca v koledarskem letu in prisotnost delavca na delu, pri čemer je v Dogovoru odstotek izplačila določen v odvisnosti od števila ur odsotnosti za poln delovni čas. Kot odsotnost se upoštevajo odsotnosti iz vseh zdravstvenih razlogov, porodniška, očetovski dopust in neplačana odsotnost. Neplačana odsotnost je urejena v 20. členu Podjetniške kolektivne pogodbe družbe in določena kot odsotnost brez pravice do nadomestila plače, za katero se pod vnaprej določenimi pogoji lahko sporazumeta delodajalec in delavec in o čemer skleneta pisni dogovor. Odsotnosti iz zdravstvenih razlogov, 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 Dogovor formalno 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 odstotku izplačila 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 (delo od doma, kompenzacija ur, izraba dodatnega dopusta). Tako znižanje izplačila prizadane tiste delavce, ki so bodisi pogosteje, bodisi dlje časa odsotni, 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

[3] 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

spremeniti (zdravstveno stanje, invalidnost, družinsko stanje, nosečnost, materinstvo, očetovstvo, starost ipd), bodo ti delavci težje dosegli kriterij prisotnosti na delu oz. odsotnosti 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 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 pravica do spremljanja slepega otroka na zdraviliškem zdravljenju). 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 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 je v primeru, da se odloči za koriščenje 30 dni, kolikor znaša njegova pravica, z dela odsoten cca 176 ur, zaradi česar je v skladu z Dogovorom že samo zaradi koriščenja te zakonske pravice upravičen do znižanega (85%) izplačila nagrade. To pa je v nasprotju z razlogi,[4] 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.

Družba je v Odgovoru med drugim navedla, da je izplačilo nagrade za poslovno uspešnost, kot tudi določitev kriterijev za izplačilo, stvar avtonomne ureditve delodajalca. Tudi iz Komentarja Zakona o delovnih razmerjih[5] 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,[6] 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. V kolikor je torej kriterij oblikovan 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

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

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

[6] Str. 759

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. pogostost odsotnosti z dela ne moreta biti določena kot kriterija za višino izplačila poslovne uspešnosti. Družba sicer zatrjuje, da več k poslovni uspešnosti prispeva delavec, ki efektivno dela, Zagovornik pa meni, da zgolj prisotnost delavca na delu ni pokazatelj njegove uspešnosti. Zagovornik soglaša z navedbo družbe, 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, na katero se sklicuje družba, pri čemer pa je šlo v teh sodnih postopkih pravzaprav za vprašanje upravičenosti do izplačila in ne za kriterije oz. višino izplačila poslovne nagrade delavcu. 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 kriteriji za določitev upravičenosti do izplačila in deleža (%) izplačila iz Dogovora kažejo na neenako obravnavo delavcev na podlagi zgoraj navedenih osebnih okoliščin, ki se manifestira kot prikrajšanje oziroma nižji odstotek izplačila poslovne uspešnosti, 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 določbe iz Dogovora objektivno temeljijo 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 v kolikor 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 bila družba tudi izrecno poučena z dokumentom št. 0700-30/2019/8 z dne 12. 6. 2019. Družba je tako v Odgovoru z dne 13. 5. 2019 kot v Izjasnitvi z dne 26. 6. 2019 vztrajala pri navedbi, da ne ravna diskriminatorno. Zagovornik je, kot obrazloženo zgoraj, ugotovil manj ugoden položaj oseb z določeno osebno okoliščino, družba pa v tem postopku ni izkazala, niti ni zatrjevala, da bi pri sprejemu Dogovora in oblikovanju kriterijev sledila legitimnemu cilju in da so sredstva za doseganje tega cilja ustrezna in nujno potrebna. Zagovornik na podlagi odgovora družbe sklepa, da je družba zasledovala cilj zmanjšanja odsotnosti delavcev z dela, ki je lahko povsem legitimen cilj, vendar ocenjuje, da sredstva za doseganje tega cilja niso primerna in nujno potrebna. Že sama družba je navedla vrsto drugih ustreznejših ukrepov, ki jih je že sprejela s ciljem zmanjšanja odsotnosti z dela. Zagovornik zato ugotavlja, da družba v skladu s svojim dokaznim bremenom ni uspela izkazati, da bi bilo neenako obravnavanje oz. določitev presojanih kriterijev iz Dogovora dopustno v skladu z ZVarD, s čimer tudi ni uspela 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.