REPUBLIKA SLOVENIJA
ZAGOVORNIK NAČELA ENAKOSTI

Zadeva: 0700-14/2020/7
Datum: 22. 2. 2021

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 gospodarsko družbo, izdaja naslednjo

ODLOČBO

1. Ugotovi se, da je gospodarska družba z določitvijo kriterijev za določitev višine izplačila poslovne uspešnosti za leto 2019, vsebovanih v Sklepu o izplačilu poslovne uspešnosti, ki so vezani na prisotnost posameznega delavca na delu na način, da po vnaprej določeni progresivni lestvici nižajo višino izplačila iz katerega koli razloga odsotnosti delavca z dela, razen iz razloga koriščenja rednega letnega dopusta in odmora za malico, **kršila prepoved posredne diskriminacije po drugem odstavku 6. člena ZVarD.**

2. Stroški v tem postopku niso nastali.

OBRAZLOŽITEV

Zagovornik načela enakosti (v nadaljevanju: Zagovornik) je prejel anonimni predlog za obravnavo domnevne diskriminacije zaposlenih v gospodarski družbi. Iz predloga izhaja, da naj bi gospodarska družba v decembru 2019 izplačala božičnico, ki je bila vezana na število bolniških dni, ki jih je posamezen zaposleni nabral tekom leta. Kot navaja anonimni prijavitelj, naj bi Zagovornik v podobni zadevi[1] že ugotovil diskriminacijo zaposlenih in ker meni, da gre pri izplačilu božičnice v decembru 2019 v gospodarski družbi za primerljivo situacijo, je na Zagovornika naslovil predlog za obravnavo diskriminacije.

Zagovornik je na podlagi anonimnega predloga, skladno s prvim odstavkom 34. člena ZVarD, v konkretni zadevi pričel s postopkom ugotavljanja morebitne diskriminacije po uradni dolžnosti. V okviru postopka ugotavljanja diskriminacije, ki ga vodi skladno z določbami 5. poglavja ZVarD (33.-37. člen) ter po določbah Zakona o splošnem upravnem postopku[2] (v nadaljevanju: ZUP), je Zagovornik gospodarsko družbo (v nadaljevanju: družba) z dopisom št. 0700-14/2020/3 z dne 19. 5. 2020 zaprosil za posredovanje pojasnil.

Zagovornik je dne 11. 6. 2020 prejel pojasnila družbe (po pooblaščeni odvetniški pisarni), iz katerih izhaja, da je šlo v konkretni zadevi za nagrado za poslovno uspešnost (in ne za božičnico), ki ni bila vezana na število bolniških dni, kot to želi prikazati anonimni prijavitelj. Sklep o izplačilu poslovne uspešnosti za leto 2019 (v nadaljevanju: Sklep) je družba sprejela

[1] Prijavitelj navaja vir: https://www.mladina.si/194933/je-prav-da-bonus-dobi-delavec-ki-v-sluzbi-nikoli-ne-manjka/
[2] Uradni list RS, št. 24/06, s spremembami.

na podlagi drugega odstavka 126. člena Zakona o delovnih razmerjih (v nadaljevanju: ZDR-1) in 76. člena Kolektivne pogodbe za tekstilne, oblačilne, usnjarske in usnjarsko-predelovalne dejavnosti Slovenije[3] (v nadaljevanju: KP).

Kot dalje izhaja iz pojasnil, kriterije za izplačilo nagrade za poslovno uspešnost določi delodajalec sam v svojih splošnih aktih, ob upoštevanju splošnih načel ZDR-1. V konkretnem primeru podrobnejšo usmeritev glede določanja kriterijev ureja tudi KP, ki v četrtem odstavku 76. člena določa, da so do izplačila nagrade za poslovno uspešnost upravičeni vsi delavci v sorazmerju s prisotnostjo delavcev na delu v času, na katerega se poslovna uspešnost nanaša. Skladno s 7. členom KP je bila družba to določbo zavezana spoštovati.

Iz 2. člena Sklepa izhaja, da so bili do izplačila poslovne uspešnosti (v neto znesku 500 EUR) upravičeni vsi delavci, ki so bili zaposleni v obdobju med 1. 12. 2018 in 30. 11. 2019 in so na dan izplačila še zaposleni v družbi. Družba je določila kriterije za izplačilo na način progresivne lestvice, in sicer so 100-odstotno nagrado prejeli tisti delavci, ko so bili odsotni 24 ur ali manj, tisti, ki so bili odsotni 25–48 ur so prejeli 80%, tisti, odsotni med 49 in 80 ur so prejeli 50%, 20% so prejeli posamezniki, ki so bili odsotni med 81 do 160 ur, 5% pa so prejeli posamezniki, ki so bili odsotni 161 ali več ur. Kot izhaja iz pojasnil, je v zadevi ključno to, da so bili do izplačila upravičeni prav vsi delavci, zgolj višina pa je variirala glede na njihovo odsotnost.

Po mnenju družbe naj bi bile napačne in zavajajoče trditve anonimnega prijavitelja, da naj bi bila nagrada vezana na bolniško in da je bil zgolj kriterij bolniške odsotnosti relevanten pri presoji. Kot poudarja družba, naj bi iz Sklepa jasno izhajalo, je bil kriterij oblikovan objektivno in nevtralno, na način, da se zagotovi enakopravna obravnava vseh delavcev. Kot kriterij ni bila določena bolniška odsotnost, temveč vsakršna odsotnost (z izjemo odsotnosti iz razloga koriščenja rednega letnega dopusta in odmora za malico) in kot tak je kriterij utemeljen in upravičen, saj delavci, ki niso prisotni na delovnem mestu, po naravi stvari ne morejo prispevati k poslovni uspešnosti toliko kot tisti, ki so prisotni.

Družba je dalje pojasnila, da je tovrsten kriterij prisoten v več kolektivnih pogodbah, njegove (ne)ustreznosti pa ne problematizira niti sodna praksa (npr. sodba Vrhovnega sodišča RS VIII Ips 117/2010 z dne 21. 11. 2011). Iz prakse Sodišča EU (npr. zadeva C-333/97 Lewen v. Denda) naj bi celo izhajalo, da je dopustno, da delavcem, ki so bili redno prisotni tekom celega koledarskega leta, pripada nagrada za poslovno uspešnost v celoti, tistim, ki so bili odsotni zaradi koriščenja starševskega dopusta ali pa zdravstvenih razlogov pa nagrada *pro rata* glede na njihovo prisotnost.

Obravnavani Sklep je po mnenju družbe nevtralen, objektiven in zagotavlja dejansko enako obravnavno vseh delavcev. Sklep ne izpolnjuje elementov neposredne niti posredne diskriminacije, saj merilo temelji na legitimnem cilju, sredstva za dosego tega cilja pa so ustrezna in nujno potrebna. Kot pojasnjuje družba, kriterij temelji na legitimnem cilju, saj zasleduje uresničevanje obvezne in zavezujoče določbe KP, namen kriterija pa ni v tem, da bi se s tem ukrepom spodbujalo zmanjševanje odsotnosti z dela, v čemer naj bi bila tudi ključna razlika med primerom, na katerega se sklicuje anonimni prijavitelj, in primerom družbe. V konkretnem primeru je bila namreč nagrada za poslovno uspešnost izplačana prvič, Sklep o izplačilu pa je bil sprejet po obdobju, za katerega je določal nagrado. Po naravi stvari torej ta Sklep oziroma v njem vsebovani kriteriji ne bi mogli vplivati na odsotnost. Cilj, ki ga je kriterij zasledoval, je v tem, da se zagotovi enakopravna in objektivno primerljiva obravnava vseh delavcev in da se jim izplača zaslužena nagrada za poslovno uspešnost. Določitev efektivne prisotnosti je tudi ustrezno, saj so delavci, ki so bili več prisotni na delovnem mestu, po naravi

[3] Uradni list RS, št. 18/14, s spremembami.

stvari tudi bolj pripomogli k poslovni uspešnosti in so zaradi tega upravičeni do sorazmerno višjega izplačila. Tovrstno merilo pa je upoštevajoč zavezujočo naravo KP tudi nujno, saj druga možnost merila sploh ne obstaja.

V zaključku je družba še pojasnila, da so bili v konkretnem primeru vsi delavci brez razlikovanja upravičeni do izplačila (pravica do izplačila nagrade za poslovno uspešnost je bila zagotovljena vsem) ter da je bila na podlagi kriterijev različna le višina izplačila, pri čemer najnižje plačilo ni bilo enako nič. Možnost, da se zagotovi plačilo, ki je sorazmerno z dejansko prisotnostjo, pa je bila priznana tudi s sodno prakso Sodišča EU. Na podlagi vsega navedenega je predlagala, da Zagovornik ustavi postopek ugotavljanja domnevne diskriminacije oziroma da ugotovi, da diskriminacija v konkretnem primeru ni podana.

*

Zagovornik je z dopisom št. 0700-14/2020/5 z dne 28. 10. 2020 družbi posredoval v seznanitev in izjasnitev dotedanje ugotovitve, v katerih je pojasnil, da je v trenutni fazi postopka v obravnavanem primeru na podlagi zbranih podatkov izkazan sum, da je družba s postavitvijo kriterija, ki kot relevanten pri izplačilu višine nagrade za poslovno uspešnost upošteva delavčevo odsotnost z dela, kršila prepoved posredne diskriminacije po ZVarD.

Zagovornik je ocenil, da kriterij, ki za določitev višine izplačila nagrade za poslovno uspešnost kot relevantno upošteva delavčevo odsotnost z delovnega mesta na način, kot ga določa družba, kaže na neenako obravnavo delavcev (in sicer tak kriterij bistveno bolj prizadene posameznike, ki so na račun osebne okoliščine zdravstvenega stanja, materinstva, očetovstva, starševstva, dalj časa odsotni z delovnega mesta) ter da v konkretnem primeru ni podana morebitna izjema od prepovedi diskriminacije po drugem odstavku 6. člena ZVarD. Zagovornik je ocenil, da ob sicer legitimnem cilju družbe po enakopravni in objektivni obravnavi delavcev, da se jim izplača nagrada za poslovno uspešnost, sredstvo za dosego tega legitimnega cilja ni ustrezno in nujno potrebno.

*

Izjavo o ugotovitvah, dejstvih in okoliščinah (v nadaljevanju: izjasnitev) je družba Zagovorniku podala dne 18. 11. 2020. V svojih izjasnitvah je primarno pojasnila, da se sklicuje in vztraja na vseh predhodnih pravnih naziranjih, dodatno pa navedla, da je interpretacija KP, ki jo podaja Zagovornik, napačna, saj predstavlja nedovoljeno spreminjanje jasnega besedila in posledično nedovoljen odstop od namena pogodbenih strank. Po mnenju družbe je besedilo 76. člena KP jasno in ne dovoljuje drugačne, pretirano omejujoče, razlage.

Družba se dalje ne strinja z Zagovornikovim mnenjem, da nagrada za poslovno uspešnost ne sme biti določena v sorazmerju s prispevkom posameznega delavca k poslovni uspešnosti družbe. Po mnenju družbe je namreč poslovna uspešnost družbe skupek posameznih individualnih prispevkov delavcev; družba je uspešna toliko, kolikor so uspešni njeni zaposleni. Vsi delavci vsaj v nekem delu prispevajo k uspešnosti družbe, iz same narave stvari pa izhaja, da prispevki delavcev k uspešnem poslovanju družb niso in ne morejo biti enaki. Po mnenju družbe bi izplačilo enakega zneska nagrade za poslovno uspešnost vsem delavcem, ne glede na to, koliko in na kakšen način so prispevali k uspehu družbe, kršilo načelo pravičnosti.

Glede Zagovornikove navedbe, da zgolj prisotnost delavca na delu ni pokazatelj njegove učinkovitosti, družba pojasnjuje, da je odsotnost delavca nedvomno eden od elementov, ki nujno vplivajo na obseg vpliva delavcev na poslovno uspešnost družbe. Sklepno družba zaključi, da je Sklep o izplačilu poslovne uspešnosti, ki določa izplačilo vsem delavcem na način, da se pri določanju upravičenega sorazmernega zneska upošteva dni odsotnosti z dela, zakonit in ni diskriminatoren. O nezakonitem in diskriminatornem izplačilu pa bi lahko govorili

zgolj, če do izplačila dela plače za poslovno uspešnost ne bi bili upravičeni vsi delavci. Temu stališču naj bi pritrjevala tudi praksa Sodišča EU. V zadevi Lewen proti Denada naj bi sodišče izrecno določilo, da se delodajalcu ne sme preprečiti, da ne bi pri izplačilu bonusa upošteval tudi odsotnost zaposlenega. Družba v tem delu tudi poudarja, da se ne strinja z Zagovornikovo navedbo, da sodba za konkretni primer ni relevantna, saj sta nemški in pravni red neprimerljiva. Družba meni, da je slovenska ureditev *de facto* primerljiva nemški, Zagovornik pa, da suspenzu pogodbe, kot ga razume nemški delovno-pravni red, očitno pripisuje drugačen pomen od dejanskega.

Da v zadevi ni podana posredna diskriminacije, družba utemeljuje z navedbo, da merilo temelji na legitimnem cilju, sredstva za dosego tega cilja pa da so ustrezna in nujno potrebna. Z Zagovornikovo oceno, da izplačilo nagrade po kriteriju odsotnosti z dela po progresivni lestvici, kot jo je predvidela družba, ni ustrezno in nujno primerno (sorazmerno) sredstvo za dosego cilja, se družba ne strinja. Zagovornikove navedbe, *da bi se s postavitvijo (milejšega) kriterija, ki bi kot relevantno še zmeraj upošteval delavčevo prisotnost na delu, v kontekstu zaposlenosti delavca (obstoja delovnega razmerja) v obdobju, za katerega se izplačuje nagrada za uspešnost poslovanja, še vedno zasledoval legitimni cilj družbe, hkrati pa bi se s tako postavitvijo kriterija sledilo tudi določilu KP, da so do plačila upravičeni vsi zaposleni v sorazmerju s prisotnostjo delavcev na delu v času na katerega se poslovna uspešnost nanaša*, družba ocenjuje za preveč pavšalne, brez konkretnih usmeritev in navodil, kakšni naj bi bili po mnenju Zagovornika sploh primerni kriteriji. Omenjeno pomanjkanje jasnih navodil in usmeritev pa bo po mnenju družbe v praksi zagotovo povzročilo zmedo in rezultiralo v veliki negotovosti za delavce in delodajalce.

Po mnenju družbe bi bilo z merilom, kot ga predlaga Zagovornik, nemogoče doseči cilj zaslužene nagrade in zagotovitve enakopravne ter objektivno preverljive obravnave vseh delavcev. Predlagano merilo bi po mnenju družbe učinkovalo negativno na tiste delavce, ki so prisotni tekom celega leta, vplivalo bi tudi na nezadovoljstvo med zaposlenimi in v končni fazi na (množične) odločitve delodajalcev, da nagrado za poslovno uspešnost v nadaljnjem več ne bodo izplačevali.

Sklepno družba zaključi, da v konkretnem primeru ni podana niti neposredna niti posredna diskriminacija, saj so merila za izplačilo nagrade za poslovno uspešnost, kot jih določa Sklep družbe, povsem zakonita, skladna s KP ter zagotavljajo enakopravno, pravično in objektivno preverljivo obravnavo vseh zaposlenih v družbi. Zagovorniku predlaga, da postopek ugotavljanja domnevne diskriminacije ustavi, oziroma podredno, da ugotovi, da diskriminacija ni podana.

*

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, starševstvo, družinsko stanje, 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 ZDR-1 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,[4] nedvomno za diskriminacijo in da so v tem okviru materinstvo, nosečnost, starševstvo 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[5] in domače sodne prakse.[6]

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).

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[7].

[4] 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.)
[5] Glej npr. Dekker, C – 177/88 in druge, Thibault, C 136/95, Alabaster, C-147/02, itd.
[6] Glej npr. VSRS Sodba in Sklep VIII Ips 255/2017, VSRS Sodba VIII Ips 287/2015, itd.
[7] 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. 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.

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 domnevnem 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 anonimnega predloga, skladno s prvim odstavkom 34. člena ZVarD. Slednji 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, ki teče pred Zagovornikom, je upravni postopek, Zagovornik pa ga vodi skladno z določbami 5. poglavja ZVarD (33.-37. člen) ter po določbah ZUP. 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 zadevnem primeru se je Zagovornik, upoštevaje navedbe anonimnega prijavitelja, da naj bi družba izplačilo božičnice (kot izhaja iz prejetih pojasnil družbe, je v konkretni zadevi dejansko šlo za izplačilo poslovne uspešnosti) vezala na število bolniških dni, osredotočil na presojo kriterijev, ki jih je družba sprejela glede izplačil poslovne uspešnosti za leto 2019. Zagovornik se je osredotočil na vprašanje, ali je kriterij, po katerem družba višino izplačila veže na delavčevo odsotnost z dela, skladen z določbami ZVarD oziroma ali kriterij odsotnosti z dela ustreza posredni diskriminaciji po drugem odstavku 6. člena. Ta obstaja, kadar je oseba ali skupina oseb z določeno osebno okoliščino bila, je ali bi lahko bila zaradi navidezno nevtralne določbe, merila v manj ugodnem položaju kot druge osebe, razen če ta določba, merilo objektivno temelji na legitimnem cilju in so sredstva za doseganje tega cilja ustrezna in nujno potrebna.

Zagovornik uvodoma ugotavlja, da je družba s Sklepom, ki je temeljil na določbi 76. člena Kolektivne pogodbe za tekstilne, oblačilne, usnjarske in usnjarsko-predelovalne dejavnosti Slovenije, določila kriterije za izplačilo poslovne uspešnosti za leto 2019. Iz sklepa izhaja, da so do plačila upravičeni vsi delavci, zaposleni v družbi med 1. 12. 2018 in 30. 11. 2019, ki so na dan izplačila še zaposleni v družbi ter da višina izplačanega zneska variira (progresivno) glede na delavčevo odsotnost z delovnega mesta v urah. Pri tem je kot odsotnost z delovnega mesta štela vse ure rednega delovnega časa, ko je bil delavec iz kateregakoli razloga odsoten z delovnega mesta, razen iz razloga koriščenja rednega letnega dopusta in odmora za malico.

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 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.

Kot že navedeno, velja za družbo Kolektivna pogodbe za tekstilne, oblačilne, usnjarske in usnjarsko-predelovalne dejavnosti Slovenije, ki plačilo za poslovno uspešnost ureja v 76. členu. V četrtem odstavku tega člena je določeno, da so do plačila plače za poslovno uspešnost upravičeni vsi zaposleni v sorazmerju s prisotnostjo delavcev na delu v času, na katerega se poslovna uspešnost nanaša. Po mnenju družbe je v zadevi treba upoštevati samo naravo tovrstnega izplačila; gre za dispozitivno plačilo in ne za eno od kogentnih plačil na podlagi ZDR-1. Ker slednji ne določa kriterijev za izplačilo, jih ima pravico določiti delodajalec sam, ob upoštevanju splošnih načel ZDR-1 ter, v primeru družbe, tudi ob upoštevanju določil zavezujoče KP. S tem v zvezi Zagovornik pojasnjuje, da ne glede na to, da je delodajalec pri odločitvi 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.[8]

Kot izhaja iz pojasnil družbe, je bila slednja pri postavitvi kriterijev, skladno s 7. členom KP, dolžna spoštovati določbe zavezujoče KP, zlasti četrti odstavek 76. člena KP, ki določa, da so do plačila plače za poslovno uspešnost upravičeni vsi zaposleni v sorazmerju s prisotnostjo delavcev na delu v času, na katerega se poslovna uspešnost nanaša. Po mnenju družbe omenjena določbe ni mogoče interpretirati drugače, kot na način, kot ga je v Sklepu določila družba. Zagovornik se z omenjeno trditvijo ne strinja in vztraja, da iz omenjene določbe sicer jasno izhaja, da je prisotnost delavca na delu ključna za presojo, ali je posameznik upravičen do izplačila nagrade za poslovno uspešnost, vendar pa je treba po stališču Zagovornika omenjeno prisotnost presojati z vidika obstoja posameznikovega delovnega razmerja pri konkretnemu delodajalcu. Kot že izpostavljano, je pri izplačilu nagrade za poslovno uspešnost seveda bistveno, da je posameznik k tej uspešnosti prispeval. Nekomu, ki v podjetju ni zaposlen, ne moremo pripisati prispevka k uspešnosti poslovanja podjetja. Lahko pa tak prispevek, skladno z naravo izplačila poslovne uspešnosti, pripišemo vsem zaposlenim delavcem (podrobneje o tem v nadaljevanju). Po oceni Zagovornika besedilo četrtega odstavka 76. člena KP določa zgolj, da delavcu, ki je nastopil delo tekom obdobja, za katerega se priznava nagrada za poslovno uspešnost, in torej pri delodajalcu ni delal vse upoštevano obdobje, pripada sorazmeren del izplačila. Drugačna interpretacija pa po mnenju Zagovornika z vidika ureditve protidiskriminacijske zakonodaje, kot velja v Republiki Sloveniji, niti ne bi bila vzdržna. Skladno z določbami ZDR-1 velja tudi, da je v primeru, če je določilo kolektivne pogodbe oziroma splošnega akta delodajalca v nasprotju z načelom prepovedane plačne diskriminacije, tako določilo neveljavno, zato bi bilo tudi sklicevanje na takšno nezakonito določilo brezpredmetno.

V zvezi s pojasnili družbe, da je kriterij odsotnosti utemeljen in upravičen, saj delavci po naravi stvari ne morejo prispevati k poslovni uspešnosti toliko kot tisti, ki so prisotni, in bi bilo torej izplačilo enakega zneska za vse ne glede na njihov prispevek k uspehu družbe neskladno z načelom pravičnosti, Zagovornik primarno navaja, da zgolj prisotnost delavca na delu ni

[8] 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.

pokazatelj njegove efektivnosti oziroma uspešnosti. Kot izhaja iz komentarja ZDR-1, se poslovni uspeh praviloma presoja po doseganju načrtovanih ciljev, ki so določeni v planskih aktih družbe (ustvarjeni dobiček, dosežena planirana prodaja, povečan izvoz, povečana proizvodnja in obseg storitev, itd.). Ker gre pri poslovnem uspehu družbe za poslovni uspeh družbe kot celote, pa so do izplačila dela plače za poslovno uspešnost po kolektivnih pogodbah praviloma upravičeni vsi delavci.[9] 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, kot tudi KP, razlikujeta med delom plače za poslovno uspešnost in delom plače za delovno uspešnost (individualna delovna uspešnost). Kot izhaja iz komentarja ZDR-1,[10] 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 za izplačilo individualne uspešnosti, za katerega pa ne velja ugodnejša davčna obravnava (12. točka prvega odstavka 44. člena Zakona o dohodnini).[11] 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 prisotnost delavca na delu oz. odsotnost z dela ne more biti določena kot merilo za višino izplačila poslovne uspešnosti.

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. Zato je po oceni Zagovornika tudi primerno, da posameznik, ki v družbi ni bil zaposlen celotno obdobje, za katerega se izplačuje poslovna uspešnost, prejme sorazmeren del nagrade, torej del, ki ustreza obstoju delovnega razmerja delavčevi zaposlitvi v podjetju, v okviru katere je s svojim delom sploh lahko doprinašal k uspehu družbe.

Glede navedbe družbe, da naj bi bil kriterij, kot ga je določila družba, skladen tako z domačo (sodba Vrhovnega sodišča RS, opr. Št. VIII Ips 117/2010 z dne 21. 11. 2011) kot s tujo sodno prakso (sodba SEU v zadevi C-333/97) oziroma, da ustreznost kriterija, kot ga določa družba, v sodni praksi ni problematiziran, Zagovornik poudarja, da navedena sodba Vrhovnega sodišča tega ne potrjuje, saj se v omenjeni zadevi sodišče sploh ni ukvarjalo z vprašanjem, ali se lahko delavcu zmanjša višina izplačila za poslovno uspešnost v primeru bolezni ali drugih podobnih okoliščin, katerih posledica je (dolgotrajnejša) odsotnost delavca. Sodišče se je v zadevi ukvarjalo zgolj z vprašanjem, kakšna je pravna narava božičnice ter kdo je do nje v konkretnem primeru upravičen (ugotovilo je, da tudi delavci, ki niso več v delovnem razmerju, ker jim je delovno razmerje zaradi upokojitve že prenehalo). Omenjena sodba skladnosti kriterija, kot ga je postavila družba, torej ne potrjuje. Nedvomno pa sodba potrjuje pravilnost Zagovornikovega naziranja, da je določbo KP, ki velja za družbo, moč interpretirati na način, da je za izplačilo nagrade za poslovno uspešnost relevantna tista odsotnost delavca, ki je

[9] Prav tam.
[10] Prav tam, str. 759.
[11] Uradni list RS, št. 13/11 (UPB), 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, 28/19 in 66/19.

vezana na obstoj njegove zaposlitve. Tako kot v aktualnem primeru, je tudi v obravnavani sodni zadevi (VIII Ips 117/2010) kolektivna pogodba določala, da del plače (božičnica) pripada delavcu *v sorazmerju s časom, prebitim na delu v navedenem letu* (drugi odstavek 155.a člena podjetniške kolektivne pogodbe). Upoštevaje to določbo KP ter na njegovi podlagi sprejet sklep uprave, ki je razširil krog upravičencev do božičnice na delavce, ki so pred zaključkom koledarskega leta zaradi izpolnitve pogoja za upokojitev sklenili sporazum o razveljavitvi pogodbe o zaposlitvi ali podali odpoved, je sodišče zaključilo, da so do božičnice upravičeni tudi delavci, ki jim je pred zaključkom leta prenehalo delovno razmerje, in sicer na način, da jim pripada *sorazmeren del božičnice glede na obdobje delovnega razmerja v koledarskem letu*.

Zagovornik dalje vztraja, da odločitve SEU v zadevi C-333/97,[12] na katero se sklicuje družba, zaradi različnega pravnega urejanja in neprimerljivosti nemške in slovenske pravne ureditve starševskega dopusta ni mogoče aplicirati na aktualni primer. Kot poudarja družba, iz omenjene sodbe izhaja, da je dopustno, da delavcem, ki so bili redno prisotni tekom celega leta, pripada nagrada za poslovno uspešnost v celoti, tistim, ki so bili odsotni zaradi koriščenja starševskega dopusta, pa *pro rata*, glede na njihovo prisotnost. Da je slovenska ureditev *de facto* primerljiva nemški, družba utemeljuje z navedbo, da skladno z nemškim pravom delovno razmerje med delodajalcem in delavcem na starševskem dopustu kljub suspenzu pogodbe še vedno obstoji, pri čemer pa suspenz pogodbe o zaposlitvi pomeni le, da delavec v času suspenza ne prejema plače s strani delodajalcem, temveč nadomestilo s strani države. Družba tako meni, da Zagovornik suspenzu pogodbe, kot ga razume nemški delovnopravni red, očitno podaja drugačen pomen od dejanskega.

Zagovornik se sicer strinja z argumentacijo, da je suspenz pogodbe o zaposlitvi stanje, v katerem pogodba o zaposlitvi ostane v veljavi, pravice in obveznosti, ki izhajajo iz delovnega razmerja, pa mirujejo, ne strinja pa se z argumentacijo, da je ureditev starševskega dopusta v Nemčiji primerljiva slovenski, zato tudi vztraja, da odločitve SEU ni mogoče preslikati na položaj slovenskih delavcev. Namreč, v Sloveniji gredo delavkam v času koriščenja starševskega dopusta, v okviru katerega ostanejo v delovnem razmerju, vse pravice iz delovnega razmerja, in ne samo pravica do starševskega nadomestila. Tako na primer delavka, ki koristi porodniški odpust in se po preteku 365 dni vrne na delo, pridobi pravico do koriščenja celotnega letnega dopusta in ne sorazmernega glede na to, koliko časa je bila prisotna pri delu. Enako velja za izplačilo regresa za letni dopust. ZDR-1 za delavce, ki zaradi porodniškega dopusta niso uspeli izrabiti letnega dopusta v tekočem koledarskem letu oziroma do 30. junija naslednjega leta, določa celo ugodnejši režim, skladno s katerim lahko letni dopust izrabijo do 31. decembra naslednjega leta. Ker torej položaj delavcev, ki koristijo starševski dopust v Nemčiji in Sloveniji že v izhodišču ni primerljiv, tudi sodbe SEU kot take v tem delu ni mogoče preslikati na položaj slovenskih delavcev.

Je pa z vidika primerljivosti slovenska ureditev podobna nemški v delu, ki se nanaša na materinski dopust in v okviru katerega velja zakonska prepoved dela za posameznice.[13] Sodišče je glede obdobja, za katerega velja zakonska prepoved dela za matere, izrecno poudarilo, da znižanje višine nagrade na račun te odsotnosti, ki je zakonsko predpisana in v okviru katere je posameznicam opravljanje dela zakonsko prepovedano, ni dovoljeno in predstavlja prepovedano diskriminacijo (glej 47., 48., 51. točko sodbe). Upoštevaje dejstvo, da je družba kot relevanten kriterij za višino izplačila nagrade štela vsakršno odsotnost z dela,

[12] SEU, Zadeva C-333/97, Lewen v. Denda, sodba z dne 21. 10. 1999.
[13] V Sloveniji materinski dopust ureja Zakon o starševskem varstvu in družinskih prejemkih (ZSDP-1), ki v 19. členu določa, da ima mati pravico do materinskega dopusta v trajanju 105 dni. Mati obvezno izrabi 15 dni materinskega dopusta.

razen odsotnosti iz razloga koriščenja rednega letnega dopusta in odmora za malico, torej tudi odsotnost na račun zakonsko obveznega materinskega dopusta, je skladno z navedeno sodno prakso takšno ravnanje družbe vsekakor diskriminatorno vsaj do mater, torej posameznic, na podlagi osebne okoliščine spola, materinstva (o čemer podrobneje v nadaljevanju).

Zagovornik se je v postopku dalje podrobneje osredotočil na vprašanje, ali je konkretni kriterij družbe, ki višino nagrade za poslovno uspešnost veže na odsotnost delavca z delovnega mesta, skladen z določbami ZVarD. Zagovornik ugotavlja, da izplačevanje poslovne uspešnosti na podlagi kriterija odsotnosti z dela nobenega od delavcev z določeno osebno okoliščino ne postavlja neposredno v slabši položaj. Kriterij je z vidika osebnih okoliščin navidezno nevtralen in velja enako za vse delavce. Da lahko govorimo o posredni diskriminaciji, kot jo ureja drugi odstavek 6. člena ZVarD, pa je treba predhodno 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 konkretni kriteriji odsotnosti sicer oblikovani nevtralno z ozirom na osebne okoliščine in velja za vse delavce, je pa njegov učinek lahko tak, da dejansko določene delavce s specifičnimi osebnimi okoliščinami, na katere ti ne morejo vplivati, postavi v slabši položaj.

Družba je pojasnila, da se pod kriterij odsotnosti upošteva vsakršna odsotnost, razen odsotnost iz razloga koriščenja letnega dopusta in odmora za malico. Upošteva se torej odsotnost iz vseh zdravstvenih razlogov, iz naslova materinskega, očetovskega dopusta ter starševskega dopusta, itd. 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).

Zagovornik ugotavlja, da merilo, določeno v Sklepu družbe, sicer ne posega v 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 nagrade za poslovno uspešnost, ki je sestavni del njihove plače, v primerjavi z delavci, ki teh pravic ne koristijo. Tako znižanje izplačila prizadene tiste delavce, ki so več časa odsotni z dela, to pa so lahko, kot tudi ugotavlja Inšpektorat za delo v svojem odgovoru z dne 4. 6. 2019,[14] 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 in zato daljše bolniške odsotnosti, delavci s statusom invalida, tisti, ki

[14] Zagovornik je družbo v postopku seznanil tudi z omenjenim dokumentom Inšpektorata za delo (št. 0213-76/2019-2 (010106) z dne 4. 6. 2019), za katerega pa družba meni, da za predmetno zadevo ni relevanten, saj da IRSD v letih 2014-2018 sploh ni izrekel nobene kazni zaradi diskriminatornih kriterijev pri izplačilu poslovne uspešnosti, ki bi se navezovala na primerljivo odsotnost dela, prav tako pa, po mnenju družbe, dopis ne vsebuje jasnega stališča IRSD, temveč zgolj pavšalno mnenje, v zvezi s katerim IRSD izrecno izpostavi, da dejanska opredelitev v celoti zavisi od dejanskih okoliščin. Zagovornik ni trdil, da se je IRSD z omenjenim dopisom kakorkoli opredelil do konkretnega ravnanja družbe**, je pa IRSD kot pristojni inšpektorat za delovnopravno področje skladno s svojimi pristojnostmi podal splošna pojasnila glede področja svojega delovanja**. V tem okviru je pojasnil zgolj, da je praksa delodajalca, ki pri odmeri denarne nagrade za poslovno uspešnosti upošteva prisotnost delavca na delu, *lahko* problematična tudi z vidika posredne diskriminacije, saj so zaradi na videz nevtralnega kriterija oz. merila »prisotnosti na delu in s tem večjega prispevka k produktivnosti delodajalca« lahko osebe z določenimi osebnimi okoliščinami postavljene v manj ugoden položaj kot osebe, ki določenih osebnih okoliščin nimajo.

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 prisotnost na delu, 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 z 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 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). 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 le do znižanega izplačila božičnice. 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.

Skladno z vsem navedenim Zagovornik tako ocenjuje, da kriterij, ki za določitev višine izplačila nagrade za poslovno uspešnost kot relevantno upošteva delavčevo odsotnost z delovnega mesta na način, kot ga določa družba, kaže na neenako obravnavo delavcev, in sicer tak kriterij bistveno bolj prizadene posameznike, ki so na račun osebne okoliščine zdravstvenega stanja (kamor sodi tudi v prijavi zatrjevana »bolniška odsotnost« posameznika), materinstva, očetovstva, starševstva dalj časa odsotni z delovnega mesta. Omenjeni posamezniki so v primeru izostanka z dela v seštevku več kot 161 ur namreč upravičeni le do 5% višine izplačila nagrade, kar znaša zgolj 25 EUR.

Na tem mestu Zagovornik v zvezi z navedbami družbe, da je za presojo v konkretni zadevi bistveno, da so bili do izplačila upravičeni prav vsi delavci, variirala pa je zgolj višina zneska izplačane nagrade, ter da bi o diskriminatornem izplačilu lahko govorili le, če do izplačila ne bi bili upravičeni vsi delavci, pripominja, da z vidika presoje diskriminacije, kot jo ureja ZVarD, ni relevantna zgolj izključitev, onemogočanje posameznika v koriščenju, uživanju posamezne pravice. Kot jasno izhaja iz 4. člena ZVarD, je z vidika presoje relevantno tudi tisto dejansko ali pravno neenako obravnavanje, katerega cilj ali posledica je zmanjšanje ali izničevanje enakopravnega priznavanja, uživanja ali uresničevanja pravic.

Ker je torej Zagovornik v zadevi ugotovil prikrajšanje oz. manj ugoden položaj oseb z določeno osebno okoliščino, je v nadaljevanju presojal, ali merilo odsotnosti delavca, na katerega je vezana višina izplačila poslovne uspešnosti, 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.

Družba je pojasnila, da kriterij temelji na legitimnem cilju, saj zasleduje uresničevanje obvezne in zavezujoče določbe KP, in da je cilj, ki ga je kriterij zasledoval v tem, da se zagotovi enakopravna in objektivno primerljiva obravnava vseh delavcev in da se jim izplača zaslužena nagrada za poslovno uspešnost. Določitev efektivne prisotnosti je po mnenju družbe tudi ustrezno, saj so delavci, ki so bili več prisotni na delovnem mestu, po naravi stvari tudi boj pripomogli k poslovni uspešnosti in so zaradi tega upravičeni do sorazmerno višjega izplačila. Opisan kriterij pa naj bi bil, upoštevajoč zavezujočo naravo KP, tudi nujen, saj druga možnost merila sploh ne obstaja.

Zagovornik ugotavlja, da je enakopravna in objektivna obravnava delavcev, da se jim izplača nagrada za poslovno uspešnost, zagotovo lahko legitimen cilj, ki ga družba zasleduje, ne soglaša pa z navedbami družbe, da je sredstvo za dosego tega cilja (kriterij odsotnosti delavca z delovnega mesta, na način kot ga je postavila družba) tudi ustrezno in nujno potrebno sredstvo za dosego sicer legitimnega cilja družbe.

Ustrezna sredstva so tista, ki so po naravi takšna, da se z njimi določen cilj lahko doseže, nujno potrebna pa so takrat, kadar istega cilja ni mogoče doseči z drugimi milejšimi sredstvi oziroma ukrepi. Gre torej za presojo načela sorazmernosti v ožjem smislu. Zagovornik meni, da izplačilo nagrade po kriteriju odsotnosti z dela po progresivni lestvici, kot jo je predvidela družba, ni ustrezno in nujno potrebno (sorazmerno) sredstvo za dosego navedenega cilja, saj se da po mnenju Zagovornika cilj izplačila zaslužene nagrade delavcem za poslovno uspešnost družbe doseči tudi s kriteriji, ki so milejši, ustreznejši od obstoječih in ki upoštevajo zaveze protidiskriminacijske zakonodaje o enaki obravnavi zaposlenih ne glede na posameznikove osebne okoliščine. Z vidika ustreznosti sredstva Zagovornik ponovno opozarja na samo naravo poslovne uspešnosti, pri kateri gre za poslovni uspeh družbe kot celote (ter izplačila, do katerega so upravičeni vsi delavci) in ne za nagrado individualne delovne uspešnosti delavca (ki se kot del plače izplača delavcu zgolj, če dosega dogovorjene delovne rezultate, in pri kateri je efektivnost delavca zagotovo eden od upoštevanih kriterijev). Kriterij efektivne prisotnosti delavca po oceni Zagovornika tako nikakor ni ustrezno, še manj pa nujno potrebo sredstvo, s katerim bi se dosegel sicer legitimen cilj objektivne in enakopravne obravnave delavcev pri izplačilu nagrade za uspešnost poslovanja družbe kot celote. Po Zagovornikovi oceni bi upoštevajoč naravo nagrade za poslovno uspešnost družbe omenjeni cilj lahko dosegli s postavitvijo nevtralnega in objektivnega kriterija, ki bi kot relevantno vsekakor upošteval prispevek delavca k uspehu družbe, in sicer v okviru obstoja delovnega razmerja oz. zaposlenosti delavca v družbi v obdobju, za katerega se izplačuje nagrada za uspešnosti poslovanja družbe. S tako postavitvijo kriterija bi se po oceni Zagovornika sledilo tako določilu KP, da so do plačila upravičeni vsi zaposleni v sorazmerju s prisotnostjo delavcev na delu v času, na katerega se poslovna uspešnost nanaša, kot tudi jasnim zavezam protidiskriminacijske zakonodaje o enaki obravnavi zaposlenih ne glede na posameznikove osebne okoliščine.

Zagovornik v zvezi z navedbami družbe, da bi moral Zagovornik natančneje opredeliti kriterije, ki jih ocenjuje kot primerne, na tem mestu zgolj dodaja, da je v postopkih ugotavljanja diskriminacije dokazno breme zakonitega ravnanja, tudi utemeljevanja obstoja zakonitih izjem od prepovedi diskriminacije, na domnevnem kršitelju, ne na Zagovorniku. Zagovornik ne sledi navedbam družbe o domnevno pavšalnem opisu, iz katerega *naj se ne bi dalo razbrati, kdaj in pod katerimi pogoji bi bili ukrepi za izplačilo sorazmernega dela zasluženega bonusa za poslovno uspešnost sploh primerni in diskriminatorni, obenem pa skladni z zavezujočo KP*. Kot je jasno izpostavil že v dokumentu št. 0700-14/2020/5 z dne 28. 10. 2020, se s postavitvijo kriterija, ki bi kot relevantno upošteval delavčevo prisotnost na delu v kontekstu zaposlenosti delavca (obstoja delovnega razmerja) v obdobju, za katerega se izplačuje nagrada za

uspešnost poslovanja, vsekakor lahko zasledoval postavljen legitimni cilj družbe, hkrati pa bi se s tako postavitvijo kriterija sledilo tudi določilu KP, da so do plačila upravičeni vsi zaposleni v sorazmerju s prisotnostjo delavcev na delu v času, na katerega se poslovna uspešnost nanaša, kakor tudi zavezam protidiskriminacijske zakonodaje.

Skladno z vsem navedenim tako Zagovornik v konkretni zadevi ugotavlja, da družba v skladu s svojim dokaznim bremenom ni uspela izkazati, da bi bilo neenako obravnavanje oz. določitev presojanih kriterijev kot izhajajo iz Sklepa o izplačilu poslovne uspešnosti skladno z drugim odstavkom 6. člena ZVarD. Glede na navedeno je Zagovornik ugotovil, da je družba s postavitvijo kriterija, ki kot relevantno pri izplačilu višine nagrade za poslovno uspešnost upošteva delavčevo odsotnost z dela, pri čemer kot relevantno upošteva vse vrste odsotnosti, razen odsotnost na račun koriščenja rednega letnega dopusta in odmora za malico, kršila prepoved posredne diskriminacije po ZVarD (drugi odstavek 6. člena), zato je odločil, kot izhaja iz 1. točke 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. 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:
Mojca Šmid
Svetovalka Zagovornika II

Miha Lobnik
ZAGOVORNIK NAČELA ENAKOSTI