REPUBLIKA SLOVENIJA
ZAGOVORNIK NAČELA ENAKOSTI

Zadeva: 0700-55/2020/17
Datum: 11. 10. 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 na predlog Sindikata v zadevi ugotovitve obstoja diskriminacije po ZVarD zoper družbo A ter družbo B, izdaja naslednjo

ODLOČBO

1. Ugotovi se, da sta družbi A ter B z določitvijo kriterijev za določitev višine izplačila poslovne uspešnosti za leto 2020, vsebovanih v Dogovoru o izplačilu poslovne uspešnosti za leto 2020, ki so vezani na prisotnost posameznega delavca na delu na način, da nižajo višino izplačila iz razloga bolniške odsotnosti delavca z dela, tako da je zaposleni z več kot 350 urami bolniškega staleža v obdobju jan-okt 2020 upravičen do 50 % izplačila poslovne uspešnosti, zaposleni z več kot 500 urami bolniškega staleža v obdobju jan-okt 2020 pa ni upravičen do poslovne uspešnosti, kršili prepoved neposredne diskriminacije po prvem odstavku 6. člena ZVarD.

2. Predlog za obravnavo se v delu, v katerem predlagatelj zatrjuje diskriminatornost kriterija, vsebovanega v Dogovoru o izplačilu poslovne uspešnosti za leto 2020, po katerem zaposleni ni upravičen do poslovne uspešnosti, če mu je v obdobju od 1. 1. 2020 do dneva izplačila poslovne uspešnosti izdano opozorilo pred redno odpovedjo iz krivdnega razloga, zavrne.

3. Stroški v tem postopku niso nastali.

OBRAZLOŽITEV

Zagovornik načela enakosti (v nadaljevanju: Zagovornik) je dne 15. 1. 2021 s strani Sindikata (v nadaljevanju: predlagatelj) prejel predlog za obravnavo domnevne diskriminacije zaposlenih v družbi A in B. Iz predloga izhaja, da naj bi omenjeni družbi zaposlenim izplačali poslovno uspešnost za leto 2020 na podlagi kriterijev, ki naj bi bili diskriminatorni. Kot izhaja iz predloga, naj bi se zaposlenim, ki so bili v obdobju januar-oktober 2020 več kot 350 ur v bolniškem staležu, izplačalo le 50 % predlaganega zneska, zaposleni, ki so bili v obdobju januar-oktober 2020 v bolniškem staležu več kot 500 ur, pa do izplačila niti ne bi bili upravičeni. Do izplačila poslovne uspešnosti naj tudi ne bi bil upravičen tisti zaposleni, ki je v obdobju od 1. januarja 2020 pa do dneva izplačila poslovne uspešnosti prejel opozorilo pred izredno odpovedjo pogodbe o zaposlitvi.

Zagovornik je na podlagi prejetega predloga v konkretni zadevi pričel s postopkom ugotavljanja diskriminacije, ki ga vodi na podlagi določb Zakona o varstvu pred diskriminacijo ter po

določbah Zakona o splošnem upravnem postopku[1] (v nadaljevanju: ZUP). V okviru postopka je Zagovornik na podlagi 37. člena ZVarD na družbo A in B z dopisom št. 0700-55/2020/6 ter št. 0700-55/2020/7 z dne 28. 1. 2021 naslovil zaprosilo za posredovanje pojasnil in dokumentacije, potrebne za razjasnitev okoliščin zadeve.

Zagovornik je dne 11. 2. 2021 s strani družbe A in B (v nadaljevanju: A) prejel enotna pojasnila, iz katerih izhaja, da družbo A določila Kolektivne pogodbe, ki področja poslovne uspešnosti ne ureja. Iz pojasnil izhaja, da so bili kriteriji za izplačilo in višino poslovne uspešnosti za leto 2020 sprejeti v obliki Dogovora o izplačilu poslovne uspešnosti za leto 2020 (v nadaljevanju: Dogovor), sklenjenega med A (A in B) in tremi sindikati. Kriteriji so bili glede višine in načina izplačila poslovne uspešnosti za vsako leto, tudi za 2020, sprejeti soglasno s sindikati. Družbi menita, da gre pri Dogovoru nedvomno za soglasje volj obeh udeleženih strani ter pojasnjujeta, da bi bilo, upoštevaje težke razmere v letu 2020 zaradi epidemije COVID-19 ter s tem povezane omejitve, ki so prizadele tudi prevoznike v cestnem potniškem prometu (dvakratna prepoved izvajanja glavne dejavnosti delodajalca), neizplačilo poslovne uspešnosti povsem utemeljeno in razumljivo, a se je delodajalec kljub vsemu odločil drugače in prisluhnil pobudam sindikatom ter z njimi uskladil kriterije za izplačilo.

Glede izplačila poslovne uspešnosti iz pojasnil dalje izhaja, da se skladno z dogovorom za leto 2020 zaposlenemu pri A izplača poslovna uspešnost v višini 40 % od osnove, ki je njegova bruto povprečna mesečna plača za polni delovni čas za obdobje avgust-oktober 2020 z upoštevanjem sorazmernosti trajanja zaposlitve pri delodajalcu v obdobju januar-december 2020, in sicer tako, da za vsak dopolnjen mesec v tem obdobju pripada 1/12 osnove, vendar največ do višine 100 % zadnje znane povprečne plače v Republiki Sloveniji, skladno z naslednjo formulo: bruto povprečna mesečna plača za polni delovni čas za obdobje avgust-oktober 2020 * 40 % < od 100 % zadnje znane povprečne plače v Republiki Sloveniji.

Družbi menita, da upoštevanje časa zaposlitve pri delodajalcu pri določanju višine poslovne uspešnosti ne more biti in ni diskriminatorno. Nobenega od delavcev namreč ne postavlja v slabši položaj, saj neodvisno od osebnih okoliščin delavcev določa, da se delavcu poslovna uspešnost izplača upoštevajoč sorazmernost trajanja zaposlitve pri delodajalcu v obdobju januar-december 2020, pri čemer je jasno, da delavec za čas, ko v navedenem obdobju pri delodajalcu ni bil zaposlen in posledično ni opravljal dela, ni upravičen do izplačila poslovne uspešnosti.

Iz pojasnil dalje izhaja, da je zaposleni z več kot 350 urami bolniškega staleža v obdobju januar-oktober 2020 upravičen do 50 % izplačila osnove, izračunane skladno z zgoraj pojasnjeno formulo, zaposleni z več kot 500 urami bolniškega staleža v obdobju januar-oktober 2020 pa ni upravičen do izplačila. Prav tako do izplačila poslovne uspešnosti ni upravičen posameznik, kateremu je bilo v obdobju od 1. 1. 2020 do dneva izplačila poslovne uspešnosti izdano opozorilo pred redno odpovedjo iz krivdnega razloga.[2] S tem v zvezi še pojasnjujeta, da ne gre za opozorilo pred izredno odpovedjo, kot je navedeno v dopisu Zagovornika, temveč za redno odpoved pogodbe o zaposlitvi (kot tudi izhaja iz samega Dogovora).

[1] Uradni list RS, št. 24/06, s spremembami.
[2] Kar se tiče konkretnega kriterija za neizplačilo, družbi pojasnjujeta, da je kršenje pogodbenih obveznosti ali drugih obveznosti že pojmovno diametralno nasprotno doseganju delovnih in posledično poslovnih rezultatov družbe kot celote, zaradi katerih se poslovna uspešnost sploh plačuje. Takšno ravnanje delavca škoduje ugledu družbe ter lahko povzroči materialno in nematerialno škodo družbi, zato je v nasprotju z namenom poslovne uspešnosti, da bi bili takšni zaposleni upravičeni do njenega izplačila.

V zvezi z opisanimi kriteriji družbi opozarjata na drugi odstavek 126. člena Zakona o delovnih razmerjih[3] (v nadaljevanju: ZDR-1), skladno s katerim je poslovna uspešnost sestavni del »plače«, pri čemer »plača« predstavlja plačilo za (dejansko) opravljeno delo. Menita torej, da če delavec k poslovni uspešnosti podjetja prispeva v manjšem obsegu zaradi odsotnosti zaradi bolniškega staleža, je zato upravičen do nižjega plačila dela plače za poslovno uspešnost. Dodajata, da navedeni kriterij ni diskriminatoren in ga kot takega očitno niso prepoznali niti sindikati, saj v nasprotnem primeru ne bi podpisali dogovora.

Poudarjata, da dejstvo, da odsotni delavci prejemajo nižji prejemek, ne more biti sporno, kajti tudi nadomestilo plače ne dosega 100 % višine plače, v tem času delavci tudi ne prejemajo delovne uspešnosti, itd. Glede na navedeno menita, da je mogoče ugotoviti, da tudi zakon obravnava različno zaposlene, ki opravljajo delo, in zaposlene, ki dela zaradi bolezni ne opravljajo, zato štejeta, da tudi sorazmerno upoštevanje bolniškega staleža pri poslovni uspešnosti, ki nagrajuje delavce, ki so doprinesli k poslovni uspešnosti družbe, ne pomeni nedovoljene diskriminacije. Nasprotno razlogovanje bi po mnenju družb lahko privedlo do zaključka, da zaposleni v bolniškem staležu npr. ne morejo prejemati manj kot 100 % nadomestila plače, saj bi bili v nasprotnem primeru zaradi bolniškega staleža diskriminirani pri plačilu.

Glede samega kriterija odsotnosti družbi pojasnjujeta, da kot relevanten kriterij pri določitvi višine izplačila šteje zgolj odsotnost iz zdravstvenih razlogov, torej tista odsotnost, ki presega 350 oziroma 500 ur bolniškega staleža. Na višino izplačila pa ne vplivajo druge osebne okoliščine oziroma odsotnosti povezane z dopustom zaposlenega, starševskim dopustom, nosečnostjo, koriščenjem letnega dopusta, izolacijo, ki bi bila posledica COVID-19, spremstvom otroka zaradi ukrepov Vlade Republike Slovenije, povezanih s COVID-19.

Zagovornik je s predmetnimi pojasnili družbe A in B seznanil predlagatelja, katerega je pozval, da se lahko v roku izreče o navedbah nasprotne stranke. Predlagatelj je v svojem odzivu[4] pojasnil, da je delodajalca že v fazi priprave dogovora, po prejemu osnutka besedila Dogovora dne 10. 12. 2020, kljub kratkemu postavljenemu roku, preko elektronske pošte dne 14. 12. 2020 opozoril, da se s predvidenimi, izključevalnimi kriteriji, ki jih je za plačilo poslovne uspešnosti predlagal delodajalec, ne strinja, saj po njegovem mnenju predstavljajo posredno diskriminacijo. Menil je, da bi se s postavitvijo predlaganih kriterijev določene delavce s specifičnimi osebnimi okoliščinami, na katere te ne morejo vplivati (bolniški stalež), postavilo v slabši položaj. Kot še izhaja, je predlagatelj zavzel tudi stališče, da iz Dogovora izhaja, da gre za poslovni uspeh družbe kot celote in ne za nagrado posameznemu delavcu, ki bi bila sorazmerna njegovemu prispevku k poslovni uspešnosti družbe. Če je torej kriterij oblikovan tako, da je izplačilo poslovne uspešnosti odvisno od individualnega prispevka delavca, ni mogoče govoriti o izplačilu poslovne uspešnosti, ampak gre pravzaprav za izplačilo individualne uspešnosti, za katero pa ne velja ugodnejša davčna obravnava (12. točka 1. odst. 44. člena Zakona o dohodnini).

Na podano mnenje je, kot pojasnjuje predlagatelj, dne 14. 12. 2020 prejel odziv delodajalca, in sicer elektronsko sporočilo z vsebino, citirano *»potrjujem prejem elektronske pošte, glede vašega mnenja pa vam zelo na kratko odgovarjamo, da razumemo stališče, ki ga zastopate. Seveda je zadeva večplastna in so možne različne interpretacije, problematiziranje pa ima lahko v prihodnosti tudi negativne posledice.«*.

[3] Uradni list RS, št. 21/13, 78/13 - popr., 47/15 - ZZSDT, 33/16 - PZ-F, 52/16, 15/17 - odl. US, 22/19 - ZPosS, 81/19, 36/20 - ZIUPPP, 49/20 - ZIUZEOP, 61/20 - ZIUZEOP-A, 80/20 - ZIUOOPE, 98/20 - ZIUPDV, 152/20 - ZZUOOP, 175/20 - ZIUOPDVE, 203/20 - ZIUPOPDVE, 195/20, 15/21 - ZDUOP, 28/21 - skl. US, 43/21.
[4] Dopis z dne 27. 3. 2021.

Predlagatelj pojasnjuje, da je bila s tem elektronskim sporočilom komunikacija z delodajalcem zaključena. Vztraja pri navedbah, da so postavljeni kriteriji za izplačilo poslovne uspešnosti diskriminatorni, dodatno pa kot problematično izpostavlja še časovno komponento priprave in objave Dogovora. Kot navaja, so bili zaposleni s kriteriji za izplačilo poslovne uspešnosti seznanjeni šele s prejemom osnutka Dogovora dne 10. 12. 2020, kar je po mnenju predlagatelja v popolnem nasprotju s tem, da morajo biti merila ne samo takšna, da jih lahko doseže vsak in vsakdo, ampak tudi vnaprej znana in javno objavljena, da jih lahko vsak delavec tudi v resnici doseže. Sklepno meni, da je delodajalec izkoristil močnejši položaj, ki ga ima v delovnem razmerju in diskriminatorno ter prepozno določil kriterije za izplačilo poslovne uspešnosti po principu »vzemi ali pusti«, kar je po mnenju predlagatelja nedopustno in v nasprotju s primarnim namenom poslovne uspešnosti.

*

Zagovornik je z dopisoma št. 0700-55/2020/11 ter 0700-55/2020/12 z dne 24. 6. 2021 družbama A in B posredoval v seznanitev in izjasnitev dotedanje ugotovitve. V njih se je podrobneje opredelil do navedb oziroma pojasnil družb z dne 11. 2. 2021. Navedel je, da je v trenutni fazi postopka v obravnavanem primeru na podlagi zbranih podatkov izkazan sum, da je s postavitvijo kriterija, ki kot relevantno pri izplačilu višine nagrade za poslovno uspešnost upošteva posameznikovo odsotnost z dela zaradi bolniškega staleža, kršena prepoved neposredne diskriminacije po prvem odstavku 6. člena ZVarD**.**

Zagovornik je, med drugim, izpostavil, da sam kriterij »bolniškega staleža«, določen v Dogovoru, sicer ne posega v pravico delavcev do odsotnosti z dela, posega pa v njihov položaj, kadar delavci to pravico dejansko koristijo v praksi. Ti delavci so zaradi njihove osebne okoliščine zdravstvenega stanja, ki je ne morejo spremeniti, 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 (odsotnosti) ne koristijo oziroma jih niso primorani koristiti. Tako znižanje izplačila prizadene tiste delavce, ki so zaradi bolezni odsotni z dela v obsegu več kot 350 ur, slednji prejmejo zgolj 50 % višino zneska, ter delavce, ki so z dela odsotni v obsegu več kot 500 ur, ki pa do izplačila sploh niso upravičeni.

Glede navedb, da je bil Dogovor sklenjen v soglasju s sindikati, da je šlo torej nedvomno za soglasje volj obeh udeleženih strani, ter da gre za na ravni vseh deležnikov usklajen kriterij, je Zagovornik poudaril, da soglasje pogodbenih strank pri postavitvi kriterijev še ne pomeni skladnosti kriterijev z veljavno (protidiskriminacijsko) zakonodajo. Navkljub dejstvu, da gre pri odločitvi o izplačilu poslovne uspešnosti za avtonomijo delodajalca, da torej delodajalec sam, upoštevaje rezultate poslovanja, dobiček, itd., odloči, ali bo izplačal nagrado ter da sam (ali pa v sodelovanju s pogodbenimi partnerji) določa kriterije za izplačilo, to ne pomeni, da ga pri tem ne zavezuje načelo prepovedi diskriminacije oziroma, da je prost obveznosti po protidiskriminacijski zakonodaji. Delodajalec mora tako tudi kriterije za izplačilo nagrade za delovno uspešnost določiti nediskriminatorno, ne glede na to, ali gre za dispozitivno, prostovoljno plačilo, za izplačilo katerega se je odločil sam.[5]

Zagovornik je v zaključku še pojasnil, da je, upoštevaje 40. člen ZVarD, v primeru izkazanega suma diskriminacije na domnevnem kršitelju, da dokaže pravilnost svojega ravnanja, torej da dokaže, da v obravnavanem primeru ni kršil prepovedi diskriminacije oziroma, da je njegovo

[5] 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.

ravnanje skladno z eno od izjem od prepovedi neposredne diskriminacije po 13. členu ZVarD. Družbi je pozval, da morata v primeru, če ocenjujeta, da opisana neenaka obravnava v konkretni zadevi sodi v izjemo od prepovedi neposredne diskriminacije, izkazati legitimni cilj, ki ga neenaka obravnava zasleduje ter izkazati, da so izbrana sredstva za dosego tega cilja ustrezna (da je z ukrepom sploh mogoče doseči zadani cilj), potrebna (da se cilja ne da doseči z drugim ukrepom) in sorazmerna (da sta teža in obseg ukrepa proporcionalna zadanemu cilju).

*

Enotno izjavo družbe A in B (z dne 12. 7. 2021) je Zagovornik prejel 15. 7. 2021. V njej družbi izpostavljata, da je Zagovornikova argumentacija, da gre v zadevi za neposredno diskriminacijo, zmotna, prav tako pa naj bi bilo v zadevi zmotno uporabljeno materialno pravo.

Družbi primarno ponovno opozarjata na namen izplačila poslovne uspešnosti. Poudarjata, da poslovna uspešnosti predstavlja del plače, ki predstavlja plačilo za delo po pogodbi o zaposlitvi (126. člen ZDR-1). Izplačilo poslovne uspešnosti predstavlja izplačilo zaradi doseženega poslovnega cilja / ciljev, pri čemer pa so doseženi cilji družbe kot celote manifestacija oziroma posledica opravljenega dela. Po oceni družb je nesporno, da delavci, ki so bolniško odsotni, dela ne opravijo. Posledično v času odsotnosti ne prispevajo in ne morejo prispevati k doseganju ciljev, ki so pogoj za izplačilo poslovne uspešnosti.

Družbi se sicer strinjata z Zagovornikom, da prisotnost delavca na delu ni pokazatelj njegove efektivnosti ter da je nagrajevanju delavčeve gospodarnosti, kakovosti in obsega dela namenjen institut delovne uspešnosti (drugi odstavek 127. člena ZDR-1) in ne poslovne uspešnosti. Vztrajata pa, da je v zvezi s slednjo bistveno, da delavci, ki delo opravljajo (čeprav različno učinkovito), prispevajo k poslovnim uspehom delodajalca, delavci, ki dela ne opravljajo zaradi bolniškega staleža, pa ne.

Razlogovanje Zagovornika glede primerjave vpliva prisotnosti / odsotnosti na delu na upravičenost do izplačila do poslovne uspešnosti z vplivom nedoseganja / preseganja poslovnih rezultatov na delu na upravičenost do minimalne plače je po oceni družb zmotno in materialno pravno napačno, saj gre v primeru minimalne plače za socialni korektiv, ki zagotavlja varnost delavca njegove družine. Ravno nasprotno pa je namen poslovne uspešnosti nagraditi uspehe oziroma uspešnost družbe. V tem primeru gre torej za nek presežek in ne zakonsko določen minimum. Do minimalne plače so upravičeni vsi, pri čemer ne drži, da prejemajo tisti, ki so delo opravili nadpovprečno, enako plačilo, saj je za tovrstne primere predvideno izplačilo delovne uspešnosti. Nesmiselno bi bilo, da bi pri izplačilu poslovne uspešnosti enačili delavce, ki so na delu različno prisotni in so različno prispevali k poslovnih uspehom delodajalca. Kot družbi izpostavljata, je namen izplačila poslovne uspešnosti nagraditi tiste delavce, ki so k uspešnosti delodajalca prispevali, torej tiste, ki so delo opravljali. Glede na navedeno bi ravno enačenje tistih, ki so v obdobju, za katero se izplačuje poslovno uspešnost delo opravljali s tistimi, ki ga niso oziroma so bili del obdobja bolniško odstotni, pomenilo neenako obravnavo. Takemu stališču pa naj bi pritrjeval tudi Zagovornik sam, s tem, ko je zapisal, da je za izplačilo poslovne uspešnosti bistveno, ali je delavec v letu, za katerega se ugotavlja uspešnost poslovanja, dejansko imel možnost k tej uspešnosti tudi prispevati.

Družbi poudarjata, da poslovno uspešnost predstavlja del plače, ki predstavlja plačilo za delo po pogodbi o zaposlitvi. Če posameznik ni zaposlen, ni upravičen do poslovne uspešnosti, saj ne opravlja dela po pogodbi o zaposlitvi. Posameznik tudi ne opravlja dela po pogodbi o zaposlitvi, če je bolniško odstoten, pri čemer drži, da je tedaj v delovnem razmerju, vendar kljub temu dela ne opravlja, posledično za čas odsotnosti ni upravičen do poslovne uspešnosti,

oziroma je pri izplačilu poslovne uspešnosti utemeljeno razlikovati med tistimi, ki so delo opravljali in tistimi, ki ga niso zaradi bolniške odsotnosti.

Kot naj bi izpostavil že Zagovornik sam, nadomestilo plače za čas odsotnosti z dela predstavlja odmik od načela vzajemnosti, torej socialno funkcijo plače. Zagovornik naj bi prepoznal, da predstavlja plača plačilo za delo, pri čemer delavec do te v primeru neopravljanja dela ni opravičen. Posledično zakon za čas odsotnosti in ne opravljanja dela zaradi bolezni določa obveznost izplačila nadomestila plače. Kot že večkrat poudarjeno, družbi vztrajata na stališču, da je poslovna uspešnost del plače, zato je posledično edino smiselno, da se pri njenem izplačilu upošteva bolniška odsotnosti delavca, saj če delavec v določenem obdobju ni upravičen do izplačila plače, za navedeno obdobje tudi ni upravičen do izplačila sorazmernega dela poslovne uspešnosti, ki je del plače. Družbi menita, da Zagovornik primerjave instituta nadomestila plače za čas odsotnosti z dela in poslovne uspešnosti ne izvede v celoti.

Napačen naj bi bil tudi zaključek Zagovornika, da če bi bilo merilo oblikovano tako, da je izplačilo poslovne uspešnosti odvisno od individualnega prispevka delavca, tako izplačilo ne bi predstavljalo poslovne uspešnosti, pač pa bi šlo za individualno uspešnost, ki bi terjala drugačno davčno obravnavo (12. točka 1. odstavka 44. čelna ZDoh-2). Določila 12. točke prvega odstavka 44. člena ZDoh-2 se nanašajo na del plače za poslovno uspešnost po zakonu, ki ureja delovna razmerja ali vsebinsko primerljiv dohodek iz tujine, izplačan enkrat v koledarskem letu vsem upravičencem hkrati, če:

- *»imajo vsi delavci pri delodajalcu pravico do izplačila dela plače za poslovno uspešnost in so pravica do izplačila dela plače za poslovno uspešnost ter merila za njegovo izplačilo določeni v splošnem aktu delodajalca, s katerim so delavci vnaprej seznanjeni, ali*
- *je s kolektivno pogodbo dogovorjena možnost izplačila dela plače za poslovno uspešnost po merilih, dogovorjenih v tej kolektivni pogodbi ali dogovorjenih na način ali na podlagi te kolektivne pogodbe,*

in sicer do višine 100 % povprečne mesečne plače zaposlenih v Sloveniji. Šteje se, da imajo pravico do dela plače za poslovno uspešnost vsi delavci pri delodajalcu, če so pogoji za pridobitev pravice do dela plače za poslovno uspešnost s splošnim aktom delodajalca določeni enotno za vse delavce.«

Kot navajata družbi, je jasno, da imajo vsi delavci pri delodajalcu pravico do izplačila dela plače za poslovno uspešnost, pri čemer pa se pri njenem izplačilu upošteva odsotnost zaradi bolniškega staleža. Družbi poudarjata, da naveden kriterij velja za vse delavce enako. Neutemeljene naj bi torej bile navedbe, da naj bi šlo za individualno uspešnost, saj delodajalec kot pogoj postavlja zgolj opravljanje dela, torej izpolnjevanje temeljne obveznosti iz delovnega razmerja, ki je za vse delavce enak, ter ne gospodarnosti, kakovosti in obsega opravljenega dela, ki se med posameznimi delavci razlikuje.

Družbi nadalje izpostavljata, da je Sodišče Evropske unije v zadevi C-333/97 zavzelo stališče, da ne nasprotuje pravnemu redu Evropske unije, če delodajalec pri izplačilu poslovne uspešnosti upošteva tudi dejansko opravljeno delo v zadevnem poslovnem letu in da se lahko takšno izplačilo zniža v sorazmerju z efektivnim delovnim časom. Sodbe EU so sekundarni vir prava EU pri čemer razlaga EU, ki jo poda SEU velja *erga omnes* in praviloma *ex tunc*. Kot take so interpretativne sodbe SEU skladno z uporabo načela primarnosti prava EU zavezujoče tudi za Zagovornika.

V zaključku družbi še pojasnjujeta, da sta glede navedb predlagatelja, da se med delodajalcem in predlagateljem ni razvila daljša razprava glede vprašanja, ali pogojevanje izplačila poslovne uspešnosti s prisotnostjo na delu pomeni izplačilo individualne uspešnosti, prejem predlagateljevega dopisa potrdili ter tudi odgovorili, da so v zvezi z navedeno zadevo možne

različne interpretacije. Vsled navedenega je očitno, da je delodajalec zavrnil predlagateljevo problematiziranje. Stališče, da naj bi šlo pri uporabi kriterija odsotnosti zaradi bolniškega staleža pri izplačilu poslovne uspešnosti dejansko za individualno uspešnost je napačno. Naveden kriterij predstavlja opravljanje temeljne obveznosti iz delovnega razmerja, tj. opravljanje dela, ki je za vse delavce enaka.

Glede navedb predlagatelja o problematični časovni komponente Dogovora družbi izpostavljata, da navedeno ni v nikakršni povezavi z zagotavljanjem varstva pred diskriminacijo in posledično ne more biti predmet predmetnega postopka, saj je Dogovor o izplačilu poslovne uspešnosti za leto 2020 z dne 9. 12. 2020 za vse delavce veljal enako, prav tako je bila seznanitev oziroma možnost seznanitve z vsebino dogovora in kriteriji enaka za vse delavce.

*

Zagovornik je dne 1. 9. 2021 na predlagateljevo poizvedbo glede poteka postopka, slednjega seznanil z aktualnim stanjem postopka ter mu v vednost posredoval dokument o dosedanjih ugotovitvah v postopku št. 0700-55/2020/11 z dne 24. 6. 2021.[6]

Predlagatelj je v zvezi s posredovanim dokumentom primarno opozoril, da predlagatelj sam ni podpisnik dogovora o izplačilu poslovne uspešnosti za leto 2020. Dalje je, glede opredelitve Zagovornika, da okoliščine izdaje opozorila pred redno odpovedjo pogodbe o zaposlitvi iz krivdnega razloga ne prepozna kot osebne okoliščine v smislu urejanja po ZVarD, izpostavil, da pisno opozorilo pred redno odpovedjo pogodbe o zaposlitvi po 85. členu ZDR-1 *a priori* ne uživa samostojnega pravega varstva. To stališče zato omogoča hude zlorabe tega instituta s strani delodajalcev, kot močnejšo stranko v delovnem razmerju in po mnenju predlagatelja močno posega v človekove pravice in temeljne svoboščine iz naslova enakosti pred zakonom. Predlagatelj navaja, da po ustaljeni praksi delovnih sodišč pisno opozorilo pred redno odpovedjo pogodbe o zaposlitvi ne uživa samostojnega pravnega varstva, češ da ga ZDR-1 ne predvideva in ne dopušča, ker naj bi bilo to opozorilo le predpostavka v postopku redne odpovedi iz krivdnega razloga, če do tega kasneje pride, samo po sebi pa ne spreminja delovnopravnega statusa delavca. Po oceni predlagatelja bi moralo pisno opozorilo v praksi, upoštevaje odvisnost položaja delavca, ki izhaja iz definicije delovnega razmerja, izhajati iz preventivnega ravnanja delodajalca, da se lahko delavec izogne utemeljenim krivdnim odpovednim razlogom in delavec iz tega naslova ne bi smel trpeti nobenih posledic, v kolikor ne pride na tej podlagi do odpovedi delovnega razmerja v določenem časovnem obdobju. Delavec po prejemu opozorila nima pravice do samostojnega pravnega varstva, temveč je morebitno kršitev mogoče učinkovito sanirati šele v postopku sodnega izpodbijanja odpovedi, v kolikor do nje pride. Na podlagi navedenega je po oceni predlagatelja tudi izdaja pisnega opozorila pred redno odpovedjo pogodbe o zaposlitvi iz krivdnega razloga element posredne ali celo neposredne diskriminacije, saj lahko delodajalec kadarkoli (upravičeno ali ne) med trajanjem delovnega razmerja delavcu poda pisno opozorilo pred redno odpovedjo iz krivdnih razlogov, ki pa ga delavec samostojno ne more izpodbijati. Takšen delavec je po oceni predlagatelja postavljen v slabši položaj glede izplačil poslovne uspešnosti, kot se je to zgodilo v družbi A in B.

*

Diskriminacijo opredeljuje 4. člen ZVarD kot vsako neupravičeno dejansko ali pravno neenako obravnavanje, razlikovanje, izključevanje ali omejevanje ali opustitev ravnanja zaradi osebnih

[6] Gre za dokument, ki je bil v postopku v seznanitev in izjasnitev posredovan domnevnima kršiteljema ter v zvezi s katerim sta slednja podala pojasnila z dne 12. 7. 2021.

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 sodi tudi **posameznikovo zdravstveno stanje**, v zvezi s katerim posameznik prav tako uživa varstvo pred diskriminacijo. Da je z vidika varstva pred diskriminacijo omenjeno okoliščino potrebno 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 stanje kot osebno okoliščino, na podlagi katere je neenaka, diskriminatorna obravnava delavca prepovedana.

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

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

Varstvo pred diskriminacijo je skladno z 2. členom ZVarD zagotovljeno na vseh področjih oblastnega odločanja, delovanja v pravnem prometu in pri drugem delovanju oziroma ravnanju v razmerju do tretjih oseb. ZVarD izrecno zagotavlja varstvo pred diskriminacijo na področju zaposlitvenih pogojev in pogojev dela, vključno s prenehanjem pogodbe o zaposlitvi in plačami. Na omenjenem področju pa je varstvo pred diskriminacijo še dodatno urejeno oziroma zagotavljano z določbami ZDR-1.[7]

[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.

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 na podlagi podanega predloga Sindikata (predlagatelj), ki je predlog vložili po 5. poglavju ZVarD. Postopek ugotavljanja diskriminacije urejajo členi 33. do 37. ZVarD. Za vsa vprašanja postopka, ki niso urejena z ZVarD, Zagovornik skladno z drugim odstavkom 3. člena ZUP uporabi slednjega.

V predlogu sta bili kot kršiteljici navedeni družbi A in B kot sopodpisnici domnevno diskriminatornega Dogovora na delodajalski strani. Zagovornik je v postopku na omenjeni družbi (kot na dva ločena, samostojna pravna subjekta) ločeno naslovil zaprosilo za posredovanje pojasnil in dokumentacije[8] ter seznanitve in izjasnitve v zadevi.[9] Na oba dokumenta je Zagovornik s strani omenjenih družb prejel enotna pojasnila (pojasnila s strani delodajalca). Zagovornik je, upoštevaje enoten odziv družb ter dejstvo, da gre v obravnavani zadevi za isto dejansko in pravno podlago, omenjeni družbi smatral za materialni sospornici, zato je v zadevi skladno s prvim odstavkom 217. člena ZUP izdal skupno odločbo.

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 je predlagatelj kot domnevno sporna, diskriminatorna izpostavil dva kriterija Dogovora, ki vplivata na višino izplačila poslovne uspešnosti. Konkretno je izpostavil kriterij bolniškega staleža okoliščino izdanega opozorila pred redno odpovedjo iz krivdnega razloga. Predlagatelj je v zadevi kot problematičen izpostavil tudi sam sprejem Dogovora, pri čemer je problematiziral zlasti časovno komponento sprejema – kratki roki za sindikalno usklajevanje oziroma podajo mnenja, vnaprej nejasni / neobjavljeni kriteriji, itd. V zvezi s slednjim je Zagovornik že tekom ugotovitvenega postopka (faza izjasnitve) pojasnil, da se do tovrstnih očitkov v predmetnem postopku ne more opredeljevati, saj lahko v okviru svojih pristojnosti presoja zgolj tista ravnanja, ki so predmet urejanja po ZVarD, torej ravnanja diskriminacije, do morebitnih drugih nepravilnosti ali do nespoštovanja določb delovnopravne zakonodaje pa se v postopku ugotavljanja diskriminacije ne more opredeljevati. Očitki o tovrstnih domnevnih nepravilnostih pa so lahko predmet obravnave drugih nadzornih, inšpekcijskih organov.

K I. točki izreka

Zagovornik se je primarno osredotočil na presojo, ali je kriterij, po katerem je višina izplačila poslovne uspešnosti vezana na posameznikovo odsotnost iz zdravstvenih razlogov, torej okoliščino zdravstvenega stanja, skladen z določbami ZVarD. V postopku je Zagovornik

[8] Dokument š št. 0700-55/2020/6 ter št. 0700-55/2020/7 z dne 28. 1. 2021.
[9] Dokument št. 0700-55/2020/11 ter št. 0700-55/2020/12 z dne 24. 6. 2021.

odločal, ali omenjen kriterij ustreza definiciji neposredne diskriminacije po prvem odstavku 6. člena, ki 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.

Dogovor o izplačilu poslovne uspešnosti za leto 2020 sta sklenili Družbi A in B na delodajalski strani ter trije sindikati. Kriterije glede višine izplačila poslovne uspešnosti določa 3. člen Dogovora:

> *»Zaposlenemu se izplača poslovna uspešnost v višini 40 % od osnove, ki je njegova bruto povprečna mesečna plača za polni delovni čas za obdobje avgust – oktober 2020 z upoštevanja sorazmernosti trajanja zaposlitve pri delodajalcu v obdobju januar – december 2020, in sicer tako, da za vsak dopolnjen mesec v tem obdobju pripada 1/12 osnove (šteje se, da so vsi zaposleni na dan 30. 11. 2020 zaposleni do 31. 12. 2020), vendar največ do višine 100 % zadnje znane povprečne plače v Republiki Sloveniji, skladno z naslednjo formulo: bruto povprečna mesečna plača za polni delovni čas za obdobje avgust – oktober 2020 * 40 % < od 100 % zadnje znane povprečne plače v Republiki Sloveniji.*
>
> *Če zaposleni ni bil zaposlen v celotnem obdobju avgust – oktober 2020, se mu v osnovo upošteva povprečna mesečna bruto plača za polni delovni čas za mesece v navedenem obdobju, v katerih je bil zaposlen. Za zaposlene, ki so se zaposlili v mesecu novembru 2020 se kot osnova upošteva mesečna plača za polni delovni čas za november 2020.*
>
> *Zaposleni z več kot 350 urami bolniškega staleža v obdobju jan-okt 2020 je upravičen do 50 % izplačila iz prvega odstavka tega člena, zaposleni z več kot 500 urami bolniškega staleža v obdobju jan-okt 2020 pa ni upravičen do poslovne uspešnosti.*
>
> *Zaposleni ni upravičen do poslovne uspešnosti, če mu je v obdobju do 1. 1. 2020 do dneva izplačila poslovne uspešnosti izdano opozorilo pred redno odpovedjo iz krivdnega razloga.«*

Družbi izpostavljata, da skladno z drugim odstavkom 126. člena ZDR-1 poslovna uspešnost predstavlja del plače, »plača« pa predstavlja izplačilo za delo po pogodbi o zaposlitvi (prvi odstavek 126. člena ZDR-1). Po mnenju družb nekdo, ki je bil bolniško odsoten dela ni opravil, vsled česar za čas odsotnosti tudi ni upravičen do izplačila poslovne uspešnosti oziroma je upravičen do nižjega plačila. Namen izplačila poslovne uspešnosti naj bi namreč bil v nagraditvi tistih delavcev, ki so k uspešnosti podjetja prispevali, torej tistih, ki so delo opravljali. Nesporno naj bi bilo, da delavci, ki so bolniško odsotni, tega dela ne opravljajo, posledično v času odsotnosti ne prispevajo in ne morejo prispevati k doseganju ciljev, ki so pogoj za izplačilo poslovne uspešnosti.

Zagovornik meni, da je omenjeno stališče družb že v izhodišču napačno. Po eni strani družbi sicer priznavata, da gre pri poslovnem uspehu za uspeh celotne družbe, da se poslovni uspeh, ki je pogoj za izplačilo poslovne uspešnosti, običajno 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.), po drugi pa kot relevantno za izplačilo upoštevata zgolj doprinos delavca (delavcev) k uspehu družbe, katerega vrednotita izključno skozi prizmo njegove prisotnosti na delovnem mestu.

Takšno naziranje je po oceni Zagovornika napačno, saj ne izhaja iz dejanske narave izplačila dela plače za poslovno uspešnost. Bistveno za izplačilo poslovne uspešnosti je ugotovljen poslovni uspeh družbe. Ta pa se, kot to izhaja tako iz komentarja ZDR-1[10] kot tudi navedb družb (argumentacija zgoraj), presoja po doseganju načrtovanih ciljev, ki so določeni v planskih aktih družbe. Pri poslovnem uspehu družbe gre za celoto različnih dejavnikov, ki soprispevajo k uspehu in ne zgolj za individualni prispevek delavca. V kolikor je merilo oblikovano tako, da je izplačilo poslovne uspešnosti odvisno zgolj od individualnega prispevka delavca, po oceni Zagovornika ni več mogoče govoriti o izplačilu za poslovno uspešnost družbe, ampak o izplačilu za individualno uspešnost, ki pa je deležna tudi drugačne davčne obravnave. ZDR-1 jasno razlikuje med delom plače za poslovno uspešnost in delom plače za delovno uspešnost (individualna delovna uspešnost). Del plače za individualno delovno uspešnost, ki se določi upoštevaje gospodarnost, kakovost in obseg opravljanja dela, pri čemer je efektivnost delavca zagotovo tudi eden od relevantnih faktorjev, se izplača delavcu le v primeru, ko dosega delovne rezultate, določene v pogodbi o zaposlitvi oz. v kolektivni pogodbi. Drugače pa je pri izplačilu poslovne uspešnosti, pri kateri, kot rečeno, gre za poslovni uspeh družbe kot celote, do izplačila pa so upravičeni vsi delavci kot del te celote. Naziranje družb, da je namen izplačila poslovne uspešnosti nagraditi tiste delavce, ki so delo opravljali (ki niso bili bolniško odsotni), je torej že v izhodišču napačno.

Glede navedb družbe, da naj bi bil Zagovornikov zaključek, da gre v primeru vrednotenja delavčevega dela upoštevaje zgolj kriterij efektivnega dela pravzaprav za oceno njegove individualne uspešnosti in ne poslovne uspešnosti družbe, ki je deležna drugačne davčne obravnave, napačen, Zagovornik pojasnjuje, da je v tem delu zgolj navedel dejstvo, da sta na zakonski ravni omenjeni situaciji, tj. poslovna uspešnost in individualna uspešnost, davčno drugače obravnavani.

Zagovornik v zvezi naziranjem družb, da naj bi Zagovornik s tem, ko je zavzel stališče, da je za izplačilo poslovne uspešnosti bistveno, ali je delavec v letu, za katerega se ugotavlja uspešnost poslovanja, dejansko imel možnost k tej uspešnosti tudi prispevat, potrdil njuno naziranje glede primernosti nižjega plačila delavcem, ki so bili bolniško odsotni, pojasnjuje, da je tak sklep nepravilen, Zagovornikova argumentacija pa je bila v tem delu iztrgana z konteksta. Zagovornik je namreč omenjeno stališče zavzel glede specifičnega vprašanja primernosti sorazmernega izplačila nagrade delavcem, ki v podjetju niso bili zaposleni celo leto. V konkretni zadevi tovrstno sorazmernost izplačila ureja določba 3. člena Dogovora (skladno s katerim se *poslovna uspešnost izplača v upoštevanja sorazmernosti trajanja zaposlitve pri delodajalcu v obdobju januar – december 2020, in sicer tako, da za vsak dopolnjen mesec v tem obdobju pripada 1/12 osnove*), v zvezi s katerim je Zagovornik zavzel stališče, da z vidika ZVarD tovrstna sorazmernost ni problematična. Razumljivo je namreč, da posameznik, v času, ko v družbi ni bil zaposlen, ni bil del kolektiva in torej za ta čas ni bil upravičen do poslovne uspešnosti. Medsebojne pravice in obveznosti, ki izhajajo iz delovnega razmerja, se vzpostavijo s sklenitvijo pogodbe o zaposlitvi, zato po oceni Zagovornika ni sporno, da v času neobstoja delovnega razmerja delavec do upravičenj oziroma pravic, izhajajočih iz delovnega razmerja, ni upravičen.

Zagovornik dalje glede navedb družb, da je sorazmernost izplačila glede na bolniško odsotnost posameznika skladna tudi z vidika dejstva, da posameznik za bolniško odsotnost ne prejema nadomestila plače v višini 100 % višine plače, da torej že zakon sam obravnava različno zaposlene, ki opravljajo delo in zaposlene, ki ga zaradi bolezni ne opravljajo, vztraja na

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

stališču, da nadomestila plače za čas odsotnosti z dela nikakor ni mogoče enačiti oziroma primerjati s poslovno uspešnostjo, saj gre po naravi stvari za dva popolnoma različna pravna instituta. Pri nadomestilu plače za čas odsotnosti z dela gre socialnovarstveno pravico iz delovnega razmerja in pomeni kontinuitetno plačilo v primeru upravičene odsotnosti z dela.[11] Nadomestilo predstavlja odmik od načelne vzajemne dolžnosti izpolnitve pogodbenih strank, saj delavcu pravica do plačila pripada, kljub temu da dela ni opravil. Gre za izraz socialne funkcije plače in predstavlja del delovnopravnega varstva, ki ga je deležen delavec v primeru realizacije določenega socialnega tveganja. Nadomestilu plače je popolnoma neprimerljiva narava izplačila poslovne uspešnosti, ki ni v funkciji socialnega korektiva plače, temveč gre za dispozitivno, s strani delodajalca avtonomno odločitev o plačilu dela plače kot nagrade za uspešno poslovanje družbe kot celote. Po oceni Zagovornika gre za popolnoma neprimerljiva delovnopravna instituta tako z vidika pravnega urejanja (različna pravna podlaga ureditve institutov; podlaga za izplačilo poslovne uspešnosti je v drugem odstavku 126. člena ZDR-1, podrobnejša merila, kriterije, itd. pa urejajo drugi, podzakonski pravni akti ; nadomestilo plače celostno ureja 137. člen ZDR-1), njune pravne narave (nadomestilo plače kot izraz socialne funkcije plače, zakonsko regulirano, obvezno plačilo; izplačilo poslovne uspešnosti kot avtonomno, dispozitivno plačilo delodajalca, ki predstavlja nagrado za uspešno poslovanje, torej »nadstandardni« prejemek delavca) ter namena in učinkov (kontinuiteta plačila v primeru nastalih socialnih tveganj; nagrada za uspešno poslovanje družbe). Družbi sicer navajata, da Zagovornik primerjave ne izvede v celoti, vendar ne konkretizirata, v katerem delu konkretno naj bi bila primerjava pomanjkljiva/nezadostna, zato se do njunih navedb Zagovornik v tem delu niti ne more podrobneje opredeliti.

Zagovornik tudi ne sledi navedbam družb, da naj bi bilo zniževanje višine izplačila poslovne uspešnosti na račun efektivnega delovnega časa delavca skladno s prakso Sodišča Evropske unije. Družbi izpostavljata, da je Sodišče Evropske unije v zadevi C-333/97 zavzelo stališče, da ne nasprotuje pravnemu redu Evropske unije, če delodajalec pri izplačilu poslovne uspešnosti upošteva tudi dejansko opravljeno delo v zadevnem poslovnem letu in da se lahko takšno izplačilo zniža v sorazmerju z efektivnim delovnim časom. Kot navajata družbi, so sodbe EU sekundarni vir prava EU pri čemer razlaga EU, ki jo poda SEU velja *erga omnes* in praviloma *ex tunc*. Kot take so interpretativne sodbe SEU skladno z uporabo načela primarnosti prava EU zavezujoče tudi za Zagovornika.

Zagovornik soglaša z navedbo, da so sodbe SEU zavezujoče tudi za nacionalna sodišča ter državne organe držav članic EU, vendarle pa omenjeno drži za zadeve, ki so po vsebini enake oziroma naslavljajo istovrstno vsebino. Zagovornik poudarja, da odločitev v zadevi C-333/97[12] za konkretni postopek ni relevantna, kajti ne naslavlja vprašanja diskriminacije zaradi zdravstvenega stanja posameznega delavca, temveč se osredotoča na specifični položaj delavk (mater) oziroma na vprašanja neenake, diskriminatorne obravnave posameznice na materinskem (oziroma starševskem) dopustu, odločitev pa je aplicirana na nemško pravno ureditev, ki v tem delu (ureditev materinskega, starševskega dopustna) tudi ni primerljiva slovenski. Po nemškem pravu delavci v času koriščenja starševskega dopusta ne ostanejo zaposleni, ampak se za obdobje starševskega dopusta pogodba o zaposlitvi suspendira. Suspenz pogodbe o zaposlitvi je stanje, v katerem pogodba o zaposlitvi ostane v veljavi, pravice in obveznosti, ki izhajajo iz delovnega razmerja, pa mirujejo. V Sloveniji delavke v času koriščenja starševskega dopusta ostanejo v delovnem razmerju, kar pomeni, da jim gredo vse pravice iz delovnega razmerja. 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

[11] Glej npr. sodbo VSRS VIII Ips 206/2018.
[12] SEU, Zadeva C-333/97, Lewen v. Denda, sodba z dne 21. 10. 1999.

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 le-ti letni dopust izrabijo do 31. decembra naslednjega leta. Ker torej položaj delavcev, ki koristijo porodniški dopust v Nemčiji in Sloveniji, že v izhodišču ni primerljiv, tudi sodbe SEU (na splošno) ni mogoče preslikati na položaj delavcev v Sloveniji. Konkretna sodba pa v zadevi ni aplikativna tudi iz razloga, ker, kot rečeno, ne naslavlja vprašanja diskriminacije delavcev zaradi zdravstvenega stanja, temveč zaradi materinstva oz. starševstva.

Zagovornik navedbam družb, da naj bi izpostavljeni kriterij veljal za vse delavce enako, ter da naj bi imeli vsi delavci pri delodajalcu pravico do izplačila plače za poslovno uspešnost (pri čemer se pri izplačilu le-te upošteva odsotnost zaradi bolniškega staleža), ne sledi. Kot jasno izhaja iz zapisanega kriterija, vsi delavci že v izhodišču niso upravičeni do izplačila, saj kriterij izrecno določa, da posamezniki, ki so z dela odsotni v obsegu več kot 500 ur, do izplačila niso upravičeni. Prav tako slabše obravnave pa so deležni posamezniki, ki so zaradi bolezni odsotni z dela v obsegu več kot 350 ur, saj so v takem primeru upravičeni zgolj do 50 % višine zneska. Po oceni Zagovornika omenjen kriterij, ki kot relevantno okoliščino upošteva bolniško odsotnost delavca, nedvomno v slabši položaj postavlja delavce, ki so zaradi osebne okoliščine zdravstvenega stanja, ki je ne morejo spremeniti, postavljeni v manj ugoden položaj, ki se kaže v neizplačilu oziroma nižjem deležu izplačila nagrade za poslovno uspešnost, ki je sestavni del njihove plače, v primerjavi z delavci, ki teh pravic (odsotnosti) ne koristijo oziroma jih niso primorani koristiti. Skladno z navedenim je po oceni Zagovornika s postavitvijo kriterija, ki kot relevanten pri izplačilu višine nagrade za poslovno uspešnost upošteva posameznikovo odsotnost z dela zaradi bolniškega staleža, kršena prepoved neposredne diskriminacije po prvem odstavku 6. člena ZVarD.

Zagovornik v zvezi z navedbami družb, da njun namen nikakor ni bila diskriminacija zaposlenih, pojasnjuje, da opredelitev prepovedi diskriminacije izhaja iz objektivne koncepcije, po kateri za obstoj diskriminacije ni potrebno, da obstaja namen diskriminirati. Subjektivni odnos delodajalca ni pomemben v postopku ugotavljanja diskriminacije. Ni pomembno, ali se je delodajalec zavedal, ali bi se lahko zavedal oziroma ali bi se moral zavedati, da je njegova praksa, pravilo, ravnanje diskriminatorno, niti ni potrebno, da bi delodajalec imel namen delavca diskriminirati. Za ugotovitev obstoja diskriminacije je torej bistveno ugotoviti, kakšni so učinki nekega delodajalčevega ravnanja oziroma pravila na položaj oseb(e) z eno ali več osebnimi okoliščinami v primerjavi z drugimi osebami.[13]

Ker je Zagovornik ugotovil prikrajšanje oziroma manj ugoden položaj oseb z določeno osebno okoliščino (zdravstveno stanje), je v nadaljevanju presojal, ali merilo prisotnosti delavca na delu oz. odsotnost z dela, od katerega je odvisna višina izplačane poslovne uspešnosti, objektivno temelji na legitimnem cilju in ali so sredstva za dosego tega cilja ustrezna, potrebna in sorazmerna. Ugotavljal je torej, ali bi ugotavljana neenaka obravnava lahko pomenila eno od izjem od prepovedi neposredne diskriminacije po 13. členu ZVarD.

V skladu s 40. členom ZVarD v postopkih varstva pred diskriminacijo velja pravilo obrnjenega dokaznega bremena, ki določa, da če so izkazana dejstva, ki opravičujejo domnevno, da je bila kršena prepoved diskriminacije, mora domnevni kršitelj dokazati, da v obravnavanem primeru ni kršil te prepovedi oziroma da je neenako obravnavanje skladno z eno od zakonskih izjem. O omenjenem sta bili družbi izrecno poučeni z dokumentom št. 0700-55/2020/11 ter 0700-55/2020/12 z dne 24. 6. 2021.

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

Družbi v tem postopku nista izkazali niti nista zatrjevali obsoja izjeme od prepovedi neposredne diskriminacije. Stališče družb v tem postopku je, da ne gre za diskriminatorno obravnavo delavcev. Zagovornik zato ugotavlja, da družbi v skladu s svojim dokaznim bremenom nista uspeli izkazati, da bi bil način izplačevanja poslovne uspešnosti v družbi A in B skladnem z ZVarD, s čimer tudi nista uspeli upravičiti izjeme od prepovedi neposredne diskriminacije. Glede na navedeno je Zagovornik odločil kot izhaja iz prve točke izreka te odločbe.

K II. točki izreka:

Zagovornik je predlog za obravnavo v delu, ki se nanaša na domnevno diskriminatorni kriterij, po katerem delavec ni upravičen do izplačila poslovne uspešnosti v primeru opozorila pred redno odpovedjo pogodbe o zaposlitvi iz krivdnega razloga, zavrnil. Zagovornik namreč okoliščine izdaje opozorila pred redno odpovedjo pogodbe o zaposlitvi iz krivdnega razloga ne prepoznava kot osebne okoliščine v smislu urejanja po ZVarD.

O diskriminaciji v pravnem smislu govorimo le, kadar razlikovanje med posamezniki ali skupinami posameznikov temelji na določeni osebni okoliščini v smislu določb ZVarD. Z vidika vprašanja diskriminacije je torej nujno potrebno identificirati relevantno osebno okoliščino ali več njih. ZVarD primeroma našteva osebne okoliščine v 1. členu. Krog je odprt (saj ZVarD po naštetih osebnih okoliščinah dodaja »ali katera koli druga osebna okoliščina«), pri čemer Zagovornik v svoji praksi pri zapolnjevanju nedoločnega pravnega pojma »drugih osebnih okoliščin« upošteva definicijo osebnih okoliščin kot »prirojenih ali pridobljenih osebnih značilnosti, lastnosti, stanj ali statusov, ki so praviloma trajno in nezdružljivo povezani z določenim posameznikom in njegovo osebnostjo, zlasti identiteto, ali pa jih posameznik ne spreminja zlahka«.[14] Med »druge osebne okoliščine« je Zagovornik skladno z navedeno definicijo že štel npr. nosečnost, starševstvo, zdravstveno stanje, državljanstvo in kraj stalnega prebivališča.

Po Zagovornikovem mnenju okoliščina opozorila pred redno odpovedjo pogodbe o zaposlitvi ne ustreza pojmu osebne okoliščine po ZVarD (kot podrobneje definiran zgoraj), zato se v konkretnem postopku do očitkov o ne/primernosti vključitve predmetnega kriterija v Dogovor ni opredeljeval. Kot predhodno pojasnjeno, lahko Zagovornik v okviru svojih pristojnosti presoja zgolj tista ravnanja, ki so predmet urejanja po ZVarD, torej ravnanja diskriminacije. Morebitnih slabših položajev posameznikov, katerih vzrok ni v osebni okoliščini (ki je predmet varstva po ZVarD) Zagovornik z vidika svojih pristojnosti ne more obravnavati. Skladno z navedenim je glede očitkov predlagatelja o diskriminatorni obravnavi delavcev, ki dobijo opozorilo pred redno odpovedjo pogodbe o zaposlitvi iz krivdnega razloga, odločil kot izhaja iz druge točke izreka te odločbe.

K III. točki izreka

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

[14] Glej obrazložitev k 1. členu Predloga Zakona o varstvu pred diskriminacijo, dokument št. 00711-1/2016/7 z dne 17. 2. 2016.

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