REPUBLIKA SLOVENIJA
ZAGOVORNIK NAČELA ENAKOSTI

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

Zadeva: 0700-3/2021/6
Datum: 13. 12. 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 podjetje, izdaja naslednjo

ODLOČBO

1. Ugotovi se, da je podjetje, z določitvijo kriterijev za določitev višine izplačila poslovne uspešnosti za leto 2020, vsebovanih v Podjetniški kolektivni pogodbi podjetja in Sklepu, ki so vezani na prisotnost posameznega delavca na delu na način, da se višina izplačila poslovne uspešnosti delavcu, ki je bil v poslovnem letu odsoten zaradi bolezni, porodniškega dopusta ali očetovskega dopusta, zniža za vsak dan odsotnosti za 1/239, kršilo prepoved posredne diskriminacije po ZVarD, kar je v nasprotju z drugim odstavkom 6. člena ZVarD.

2. Stroški v tem postopku niso nastali.

OBRAZLOŽITEV

Zagovornik načela enakosti (v nadaljevanju: Zagovornik) je bil s strani osebe, zaposlene v podjetju (v nadaljevanju tudi: družba), z elektronskim sporočilom obveščen, da naj bi bila božičnica v podjetju izplačana glede na prisotnost na delovnem mestu ter da bodo tisti, ki so bili v bolniškem staležu ali na porodniškem ali očetovskem dopustu, prejeli nižji znesek kot ostali.

Zagovornik je na podlagi obvestila prijavitelja začel s postopkom ugotavljanja morebitne diskriminacije po uradni dolžnosti, skladno z določbami ZVarD. Zagovornik je na podlagi 37. člena ZVarD na podjetje kot domnevnega kršitelja naslovil Zaprosilo za posredovanje dokumentacije in pojasnil (*št. 0700-3/2021/2 z dne 14. 1. 2021*).

Dne 1. 2. 2021 je Zagovornik prejel pojasnila s strani podjetja (*Zaprosilo za posredovanje dokumentacije, št. 0700-3/2021/3*). Podjetje je uvodoma zavrnilo očitke v smeri, da naj bi zaposleni prejeli nižje zneske božičnice kot kazen, ker so bili v bolniškem staležu, na porodniškem ali očetovskem dopustu. Navedlo je, da ima sistem nagrajevanja, ki vse

sodelavce spodbuja k dobremu in odgovornemu delu, ker samo tako delo prispeva k uspešnemu poslovanju družbe. Temeljno vodilo pri izplačevanju dodatnih izplačil, poleg redne plače, kot sta poslovna uspešnost in tudi božičnica, je po navedbah podjetja načelo sorazmernosti. To pomeni, da v primeru uspešnega poslovanja vsi sodelavci prejmejo izplačilo, ki sorazmerno odraža njihov prispevek k dobremu rezultatu družbe (efektivni delovni čas). Osnovni kriterij je prisotnost delavca na delu, ker je tak kriterij sistemsko dovolj enostaven in transparenten. Predvsem pa po navedbah podjetja sistem predstavlja pravičen odnos med vsemi sodelavci, tistimi, ki zaradi svoje prisotnosti, torej s svojim delom, prispevajo k uspehom družbe nekaj več, kot tistimi, ki zaradi subjektivnih okoliščin prispevajo nekaj manj. Podjetje je še poudarilo, da zaposlenih ne diskriminirajo na način, da bi se odsotnost upoštevala nesorazmerno.

V zvezi z načinom izračunavanja božičnice je podjetje pojasnilo, da se za en dan odsotnosti upošteva znižanje božičnice sorazmerno za 1/239 (upoštevajoč, da polna delovna obveznost v obdobju od 1. 1. 2020 do 30. 11. 2020 znaša 239 delovnih dni). V podjetju se efektivni delovni čas tako upošteva absolutno linearno. V letni kvoti delovnega časa v letih 2019 in 2020 je podjetje zabeležilo 6,4 % bolniških odsotnosti ter 3,2 % porodniških odsotnosti, kar pomeni, da rezultat ustvarja 90 % zaposlenih. Vsak dan pa je iz navedenih razlogov povprečno odsotnih 600 zaposlenih. Med bolniškimi odsotnostmi je več kot 40 zaposlenih, ki so odsotni vsaj eno leto, nekaj zaposlenih pa je odsotnih tudi po več let.

V nadaljevanju je podjetje navedlo, da spoštuje vse predpise na področju zaposlovanja in plačil za delo. Načelo sorazmernosti pri izplačevanju nagrad za uspešno poslovanje družbe pa je dogovorjeno tudi med upravo in predstavniki delavcev v Podjetniški kolektivni pogodbi. Posledično podjetje tudi zaradi motivacije in zadovoljstva zaposlenih dosega dobre poslovne rezultate. Navaja, da je tudi eden najbolj zaželenih delodajalcev v državi, in sicer zaradi dobrih in rednih plač, urejenosti in organiziranosti ter zaradi dobrega odnosa vodstva do zaposlenih, kar naj bi kazalo na to, da v družbi niso diskriminirani, kar velja tudi za politiko nagrajevanja.

Navedlo je še, da so Podjetniško kolektivno pogodbo sklenili podjetje in reprezentativna sindikata v družbi. V njej je določeno, da podjetje v mesecu decembru, praviloma pred 25. decembrom, izplača božičnico, in sicer v višini najnižje osnovne plače za 5. tarifni razred v podjetju. Osnova za izplačilo je za vse delavce enaka, dejansko izplačilo pa je odvisno od prisotnosti na delu v obdobju januar – november. Kot prisotnost podjetje šteje redno delo, dopust, državni praznik in izobraževanja. Zaradi izrednih razmer je podjetje v letu 2020 med prisotnost štela tudi čakanje na domu ali druge odsotnosti med pandemijo (npr. varstvo otrok zaradi zaprtja vrtcev in šol). Kljub temu je imelo podjetje v letu 2020 dobre poslovne rezultate, h katerim so prispevali vsi zaposleni s svojim efektivnim delom, in posledično je podjetje izplačalo višjo božičnico v višini 1.700 EUR bruto, posamezniki pa so prejeli božičnico v sorazmernem deležu glede na prisotnost na delu.

Nagrajevanje dela po navedbah podjetja predstavlja legitimen cilj, upoštevanje efektivnega delovnega časa pa naj bi bilo potrebno in primerno sredstvo za doseganje tega cilja. Dodatnih kriterijev za izplačilo nagrade za poslovno uspešnost družba ne upošteva. Družba je navedla, da če bi ravnali drugače in bi pri nagradi za opravljeno delo upoštevali tudi odsotne zaposlene, bi s tem diskriminirali zaposlene, ki niso bili na bolniški, porodniški ali očetovskem dopustu. Ponovno so poudarili, da pri izračunu uporabljajo načelo absolutne sorazmernosti, torej so razlike pri izplačilu minimalne, večje so samo pri sodelavcih, ki so letno odsotni več mesecev. Poudarili so tudi, da družba zmanjševanje bolniških odsotnosti naslavlja z drugačnimi ukrepi, s pozitivnimi spodbudami in nediskriminatornimi praksami. Vsako leto nagradijo vse zaposlene, ki niso bolniško odsotni, s simboličnim darilom, na enak način pa tudi na koncu leta čestitajo ter podarijo skromno darilo vsem sodelavcem.

V zaključku je podjetje še enkrat poudarilo, da po njihovem mnenju upoštevanje efektivnega delovnega časa ob upoštevanju načela sorazmernosti pri izplačilu božičnice ne pomeni neenakega obravnavanja ali razlikovanja zaposlenih (po 4. členu ZVarD), predvsem pa v

ničemer ne zmanjšuje ali celo izničuje pravic iz delovnega razmerja. Družba bi po lastnih navedbah diskriminatorno ravnala samo v primeru, če bi zaradi bolniške ali porodniške odsotnosti nesorazmerno znižala izplačilo poslovne uspešnosti. Ureditev podjetja je skladna tudi z načelom enakega plačila za enako delo ali dela enake vrednosti, kot izhaja 157. člena PDEU, kar potrjuje tudi evropska sodna praksa. Izrecno je podjetje navedlo primer *Lewen vs. Densa* (Sodišče EU, C-333/97). Tudi sama Direktiva 2000/78/ES določa, da je potrebno pri prepovedi diskriminatornosti upoštevati načelo sorazmernosti in da ne sme segati čez meje tistega, kar je za dosego tega cilja nujno. Stališče, da se efektivnega delovnega časa ne sme upoštevati pri poslovni uspešnosti, bi pomenilo neuporabo načela sorazmernosti, kar bi privedlo do drugačne oblike diskriminacije, podjetje še navaja v odgovoru. Bistveno vlogo načela sorazmernosti potrjuje tudi slovenska sodna praksa. Izrecno je podjetje navedlo sodbi Višjega delovnega in socialnega sodišča (VDSS Pdp 1331/2008 in VDSS Pdp 363/2017).

K odgovoru je podjetje priložilo tudi Podjetniško kolektivno pogodbo podjetja ter Sklep uprave o izplačilu božičnice za leto 2020.

*

Zagovornik je z dopisom Posredovanje dosedanjih ugotovitev v seznanitev in izjasnitev (*št. dokumenta 0700-3/2021/4 z dne 3. 9. 2021*) podjetje seznanil, da v trenutni fazi postopka ocenjuje, da kriterij, ki za določitev izplačila nagrade za poslovno uspešnost kot relevantno upošteva delavčevo odsotnost z delovnega mesta, na način, kot ga je določilo podjetje, kaže na neenako obravnavo delavcev, saj tak kriterij prizadene posameznike, ki so zaradi osebnih okoliščin zdravstvenega stanja, spola, starševstva in nosečnosti večkrat odsotni z delovnega mesta. Zagovornik je ugotovil tudi, da test sorazmernosti, ki bi upravičil neenako obravnavo, ni izpolnjen. Podjetju je pojasnil, da se njegovo razumevanje koncepta »sorazmernosti« razlikuje od »načela sorazmernosti« iz proti-diskriminacijskega prava. S tem, ko je podjetje navedlo, da je izplačilo »absolutno sorazmerno« glede na prisotnost zaposlenega na delu (saj se mu izplača sorazmerni del božičnice), je izkazalo razumevanje »sorazmernosti« v matematičnem smislu, kot delež izplačila, ki je proporcionalen glede na število dni prisotnosti zaposlenega na delu v določenem obračunskem obdobju, vendar pa načela sorazmernosti v pravu nediskriminacije ne gre razumeti v matematičnem smislu. Definicija pravnega načela sorazmernosti pomeni, da se pri ugotavljanju, ali je neenaka obravnava dopustna, uporabi tridelni test sorazmernosti. Zagovornik je smiselno kot cilje podjetja sicer prepoznal spodbujanje dobrega in odgovornega dela ter doseganje motivacije in zadovoljstva zaposlenih z namenom doseganja dobrih poslovnih rezultatov, vendar je nato ocenil, da ukrep zniževanja poslovne uspešnosti z namenom zasledovanja navedenih ciljev ni ne ustrezen, ne nujno potreben in prav tako ni sorazmeren v ožjem smislu.

Podjetje se je na Zagovornikove ugotovitve odzvalo v Odgovoru na dosedanje ugotovitve Zagovornika načela enakosti (*št. dokumenta 0700-32/2021/5 z dne 28. 9. 2021, v nadaljevanju: Odgovor*). V Odgovoru je podjetje podalo dodatna pojasnila v zvezi z ugotovitvami Zagovornika. Ključne navedbe podjetja Zagovornik povzema v nadaljevanju:

1. Prisotnost na delovnem mestu ni kriterij za izplačilo oziroma »navidezno nevtralni pogoj«, ampak je predpogoj za izplačilo katerekoli oblike plačila za delo. Plača kot generalni izraz za plačilo za delo po 126. členu ZDR-1 vsebuje 4 elemente, med katerimi so tudi dodatki za poslovno uspešnost. Za izplačilo teh 4 elementov pa je potrebna prisotnost na delu oziroma opravljanje dela. Zaposlenim na materinskem, očetovskem in starševskem dopustu ne pripadajo ne plača, ne dodatki, ne povračila stroškov, ne delovna uspešnost, tako tudi poslovna uspešnost ne more biti sestavni del plače zaposlenih, ki so v bolniškem stažu ali na dopustih zaradi starševstva. Gre za socialne pravice, katerih namen je zagotavljanje socialne varnosti in socialne pravičnosti, vendar te pravice oziroma plačila ne predstavljajo plačila/nagrade za opravljeno delo.

2. Pri izplačilu poslovne uspešnosti gre za izvajanje medsebojnega dogovora med delodajalcem in delojemalci in ne za enostransko odločitev delodajalca. V primeru podjetja je način določanja višine poslovne uspešnosti opredeljen v Podjetniški kolektivni pogodbi (v nadaljevanju: PKP), ki sta jo podpisala uprava družbe ter sindikata, ki delujeta v podjetju. Pri izplačilu božičnice družba spoštuje PKP, zato je pravno nevzdržna trditev Zagovornika, da gre za posredno diskriminacijo, če družba pri izplačilu božičnice spoštuje pogodbeno dogovorjene kriterije. Zagovornik očitno zagovarja nespoštovanje pogodbenih obvez ter oblastno posega v medsebojno dogovorjene in usklajene pravice pogodbenih strank. S tem posega tudi v avtonomno področje urejanja dodatnega (sicer neobveznega) nagrajevanja zaposlenih, s takim ravnanjem pa enostransko posega tudi v ustavno varovano področje gospodarske pobude in zasebne lastnine gospodarske družbe, ki je v nasprotju z 67. členom Ustave.

3. Trditev Zagovornika, da med odsotnosti, ki vplivajo na višino izplačila božičnice, štejejo odsotnosti iz zdravstvenih razlogov in iz naslova starševstva, je nedosledna in pomanjkljiva. Na višino izplačila božičnice vpliva vsakršna odsotnost, kar je jasno dogovorjeno v 11. členu PKP. Sem spadajo vse druge odsotnosti od 165. do 168. člena ZDR-1, kot tudi izredne neplačane odsotnosti.

4. Zagovornik uvaja sistem »uravnilovke«, po katerem morajo vsi zaposleni prejeti enako plačilo, ne glede na opravljeno delo oziroma svoj konkretni prispevek. Ker se izrek Zagovornika glasi, da se pri izplačilu poslovne uspešnosti ne sme upoštevati odsotnosti, torej da morajo enako božičnico prejeti vsi zaposleni, ne glede na PKP, podjetje Zagovorniku očita, da s pozicije oblastnega organa posega v civilna, delovnopravna razmerja oziroma v zasebno lastnino. Zasebni gospodarski družbi določa, na kakšne način mora uporabljati lastnino in ji onemogoča izvrševanje gospodarske in socialne funkcije lastnine. Menijo, da Zagovornik takih pristojnosti nima, tak zaključek bi lahko sprejel samo zakonodajalec.

5. 5. odstavek 6. člena ZDR-1 določa, da ne gre za diskriminacijo, če pride do različne obravnave, ki je sorazmerna in upravičena z legitimnim ciljem. Zagovornik se je postavil na stališče, da ni legitimen cilj delodajalca, da višjo božičnico kot obliko poslovne uspešnosti dobijo tisti sodelavci, ki so tudi s svojo prisotnostjo, torej z več vloženega dela prispevali več k poslovni uspešnosti/rezultatu podjetja. Torej, tudi tisti, ki so celo leto odsotni z delovnega mesta, imajo pravico dobiti absolutno enak znesek poslovne uspešnosti. Po mnenju podjetja Zagovornik s svojim stališčem diskriminira tiste zaposlene, ki so s svojim delom prispevali k uspešnosti družbe in tudi ustvarili sredstva, ki družbi omogočajo sredstva za vzpostavitev socialnega sistema in plačevanja nadomestil kot socialnih korektivov. Navajajo še, da tako ni pretirana trditev, da zavzemanje za uravnilovko podpira tudi absentizem.

6. Iz določb ZDR-1 izhaja, da je plačilo odsotnosti v nasprotju z ZDR-1. 67. člen ZDR-1 določa pravice delavca s sklenjeno pogodbo o zaposlitvi za krajši delovni čas v posebnih primerih. V drugem odstavku je določeno, da je delavec, ki dela za krajši delovni čas, upravičen do plačila za delo po dejanski delovni obveznosti. Plačilo za delo pa obsega tudi poslovno uspešnost.

   Sistem nagrajevanja podjetja obsega tako individualno delovno uspešnost kot tudi izplačilo poslovne uspešnosti. Pri individualni se upošteva gospodarnost, kvaliteto in obseg opravljenega dela, za katerega je delavec sklenil pogodbo o zaposlitvi. Delovna uspešnost je po svoji naravi tako bolj subjektivna. Zato je sistem nagrajevanj dopolnjen s poslovno uspešnostjo, ki je skupni rezultat dela zaposlenih. Po prepričanju podjetja je poslovna uspešnost tako bolj nediskriminatorno izplačilo, saj ne upošteva individualnih in konkretnih doprinosov, ki so vedno predmet subjektivne ocene – pod pogojem sorazmernosti.

7. Ves čas samostojne države Slovenije je v zasebnem sektorju ustaljena praksa, da se poslovna uspešnost izplačuje glede na prisotnost na delu. Podjetje je Zagovorniku posredovalo primere 12 kolektivnih pogodb različnih dejavnosti, ki imajo med kriteriji določeno prisotnost delavcev na delovnem mestu. To kaže na dolgoletno prakso izplačila božičnic glede na prisotnost, ki do odločb Zagovornika ni bila predmet inšpekcijskih postopkov in je široko podprta s strani socialnih partnerjev. Na podlagi odločitev Zagovornika bi tako lahko prišlo do sprememb kolektivnih pogodb. Realna je možnost takojšne odpovedi kolektivnih pogodb, v tem primeru pa delodajalec ne bo več zavezan k plačilu božičnice, ter jo bo vodstvo gospodarske družbe izplačalo po svoji presoji.

8. Absolutna prepoved upoštevanja odsotnosti bi imela v praksi za delavce nepravične posledice. Primeroma to pomeni, da bi morala družba neko odsotno delavko na porodniškem dopustu in delavca, ki jo v tem času nadomešča za določen čas, nagraditi z enakim deležem nagrade za poslovno uspešnost. Torej, da bi morala družba za opravljeno delo izplačati dvakratno božičnico. Poleg tega bi moralo 90% prisotnih, ki opravljajo delo, prejeti 10 % nižjo božičnico, kot bi jo sicer, ker jo bo potrebno razdeliti med vsaj 10 % več zaposlenih. Izvršitev Zagovornikove odločbe pa bi pomenila, da bi bilo potrebno od 90 % zaposlenih zahtevati vračilo preveč plačane božičnice zato, da bi lahko npr. 10 % zaposlenih, ki so bili odsotni, prejeli višjo božičnico.

9. Zanikajo navedbe Zagovornika, da nemški in slovenski pravni sistem nista primerljiva. Čeprav nemški sistem govori o suspenzu v času porodniške, tudi v Sloveniji velja podobna ureditev. V Sloveniji velja dejanski suspenz pogodbe o zaposlitvi glede opravljanja dela in suspenz plačila za delo. Zato ne drži, da v času dopusta iz starševstva velja pogodba o zaposlitvi. V Sloveniji tudi poznamo materinski dopust v trajanju 105 dni, ki ni prenosljiv in ga mati mora izkoristiti ter preostanek 9 mesecev dopusta, ki jih lahko izkoristita oba starša na podlagi dogovora. Regres, ki ga omenja Zagovornik, je zakonsko določen in ga ZDR-1 izrecno določa za vse delavce, ki imajo pravico do dopusta. Pravica do dopusta pa je časovno omejena in se prenaša le za določen čas in ob določenih pogojih. Drži, da je porodniška ali bolniška razlog za podaljšanje pravice do koriščenja letnega dopusta do konca leta za prejšnje leto, vendar ta izjema velja tudi za primer razloga na strani delodajalca. Zato je odločba evropske sodne prakse C-333/97 povsem relevantna za presojo tega primera.

10. Nerazumljiva je navedba Zagovornika, da nagrajevanje tistih delavcev, ki so več prisotni na delu, ne predstavlja legitimnega cilja, ampak sredstvo za doseganje drugih ciljev. Zagovornik navaja, da je cilj podjetja zmanjševanje odsotnosti. To je Zagovornikova arbitrarna razlaga, ki nima temelja v dejanskem stanju in ne v pravu. Trditev Zagovornika, da je izplačilo božičnice vodilo za doseganje drugih ciljev, je arbitrarno in abstraktno. Zagovornik ni navedel, katerih ciljev, predvsem pa se ni opredelil do vprašanja sorazmernosti oziroma nesorazmernosti. Kot že pojasnjeno je edini cilj in edini način za nagrajevanje opravljenega dela upoštevanje prisotnosti za opravljeno delo. Nesprejemljivo je tolmačenje, da je delavec, ki je sicer opravičeno odsoten celo leto, prikrajšan. Ni nobene podlage, da bi morala dobiti isti znesek božičnice, ne glede na opravljeno delo.

V zaključku je podjetje zapisalo še, da se ne strinja z Zagovornikovimi ugotovitvami in da v podjetju spoštujejo načela enake obravnave vseh zaposlenih, ne glede na njihove osebne okoliščine. Pri nagrajevanju zaposlenih zasledujejo legitimne cilje ter nagrajujejo tiste sodelavce, ki prispevajo več k skupnemu rezultatu, pri tem pa si prizadevajo, da imajo vsi zaposleni čim boljšo socialno varnost.

*

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

Pri diskriminaciji mora biti specifična osebna okoliščina pomemben 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 identiteto in spolni izraz, družbeni položaj, premoženjsko stanje, izobrazba ali katera koli druga osebna okoliščina.

Zagovornik v obravnavanem primeru kot osebne okoliščine, na podlagi katerih posamezniki uživajo varstvo pred diskriminacijo, prepoznava predvsem zdravstveno stanje in starševstvo, pa tudi nosečnost, spol in družinsko stanje. Spol je v ZVarD izrecno naveden kot osebna okoliščina, ki v slovenski zakonodaji uživa pravno varstvo. Nosečnost, starševstvo, družinsko stanje in zdravstveno stanje v ZVarD spadajo med t.i. druge osebne okoliščine, ki so (prav tako) pravno varovane. V delovno pravni zakonodaji pa sta zdravstveno stanje in družinsko stanje izrecno pravno varovana v skladu s 6. členom Zakona o delovnih razmerjih (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 in 203/20 – ZIUPOPDVE, v nadaljevanju: ZDR-1). Ravnanje, ki pomeni diskriminacijo zaradi katere koli osebne okoliščine, je izrecno prepovedano, razen v primerih izjem, določenih v 13. členu ZVarD. Za starševstvo, ki ni posebej zaščitena osebna okoliščina v pravnem redu EU, pa je neenako obravnavanje dopustno, če takšno različno obravnavanje upravičuje zakonit cilj in so sredstva za doseganje tega cilja ustrezna in potrebna.

ZVarD opredeljuje tudi več oblik diskriminacije, pri katerih sta osnovni obliki neposredna in posredna diskriminacija. 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 lahko 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 zagotovljeno z določbami ZVarD-1.

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 (kadar torej domnevno diskriminiran posameznik izkaže dejstva, ki opravičujejo domnevo, da je bila kršena prepoved 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.

Tudi ZDR-1 v 6. členu izrecno določa, da mora delodajalec delavcu v času trajanja delovnega razmerja zagotavljati enako obravnavo ne glede na narodnost, raso ali etnično poreklo, nacionalno in socialno poreklo, spol, barvo kože, zdravstveno stanje, invalidnost, vero ali prepričanje, starost, spolno usmerjenost, družinsko stanje, članstvo v sindikatu, premoženjsko stanje ali drugo osebno okoliščino v skladu s tem zakonom, predpisi o uresničevanju načela enakega obravnavanja in predpisi o enakih možnostih žensk in moških. ZDR-1 prav tako določa, da mora delodajalec enako obravnavo glede na osebne okoliščine zagotavljati delavcu zlasti pri zaposlovanju, napredovanju, usposabljanju, izobraževanju, prekvalifikaciji, plačah in drugih prejemkih iz delovnega razmerja, odsotnostih z dela, delovnih razmerah, delovnem času in odpovedi pogodbe o zaposlitvi. ZDR-1 prav tako določa tudi, da sta prepovedani neposredna in posredna diskriminacija zaradi katere koli osebne okoliščine. Izrecno pa še določa, da se manj ugodno obravnavanje delavcev, ki je povezano z nosečnostjo ali starševskim dopustom, šteje za diskriminacijo.

*

ZDR-1 v svojem 126. členu določa, da je plačilo za delo po pogodbi o zaposlitvi sestavljeno iz plače, ki mora biti vedno v denarni obliki, in morebitnih drugih vrst plačil, če je tako določeno s kolektivno pogodbo. Pri plači mora delodajalec upoštevati minimum, določen z zakonom oziroma kolektivno pogodbo, ki neposredno zavezuje delodajalca. Plača je sestavljena iz osnovne plače, dela plače za delovno uspešnost in dodatkov. Sestavni del plače je tudi plačilo za poslovno uspešnost, če je to dogovorjeno s kolektivno pogodbo ali pogodbo o zaposlitvi.[1] Plača je sicer temeljna pravica po pogodbi o zaposlitvi (osma alineja prvega odstavka 31. člena ZDR-1).

44. člen ZDoh-2 določa dohodke iz delovnega razmerja, ki se ne vštevajo v davčno osnovo. Kot izhaja iz pojasnil Finančne uprave Republike Slovenije (v nadaljevanju: FURS), v dokumentu Dohodek za zaposlitve, Dohodek iz delovnega razmerja,[2] 12. točka 44. člena ZDoh-2 določa izvzem dela plače za poslovno uspešnost iz davčne osnove dohodka iz delovnega razmerja, in sicer do višine 100% zadnje znane povprečne mesečne plače zaposlenih v Sloveniji. Ugodnejša davčna obravnava se uporablja za izplačila dela plače za poslovno uspešnost, ki bodo izplačana enkrat v koledarskem letu vsem upravičenim delavcem hkrati, pod pogojem:

1. da je pravica do tega izplačila določena v splošnem aktu delodajalca, s katerim so delavci vnaprej seznanjeni in imajo hkrati vsi delavci pri delodajalcu pravico do izplačila dela plače za poslovno uspešnost (pogoji do pridobitve pravice morajo biti določeni enotno za vse delavce), ali
2. da je pravica do tega izplačila določena v kolektivni pogodbi, v kateri so določena merila za pridobitev pravice do tega izplačila (ni nujno, da so pogoji določeni enotno za vse delavce).[3]

Iz pojasnil FURS izhaja tudi, da se za poimenovanje nagrade iz naslova poslovne uspešnosti podjetja v pogovornem jeziku uporabljajo različni termini, med drugimi tudi trinajsta plača, božičnica, letna nagrada, ipd. Tako gre tudi v konkretnem primeru za izplačilo nagrade za poslovno uspešnost podjetja, kljub drugačnemu, pogovornemu poimenovanju – božičnica.

[1] 1. in 2. odstavek 126. člena ZDR-1.
[2] FURS: Dohodek iz zaposlitve, Dohodek iz delovnega razmerja, 6. izdaja, januar 2021.
[3] Prav tam, str. 11.

I. Ugotavljanje posredne diskriminacije po drugem odstavku 6. člena ZVarD

V konkretni zadevi se je Zagovornik osredotočil na presojo kriterijev, ki jih je podjetje sprejelo za določitev višine izplačil božičnice / poslovne uspešnosti v podjetju za leto 2020. Zagovornik se je osredotočil na vprašanje, ali je kriterij, po katerem družba višino izplačila veže na delavčevo prisotnost na delu, skladen z določbami ZVarD, oziroma ali kriterij odsotnosti z dela zaradi osebnih okoliščin ustreza definiciji posredne diskriminacije po drugem odstavku 6. člena ZVarD.

Posredna diskriminacija obstaja, kadar je oseba ali skupina oseb z določeno osebno okoliščino bila, je ali bi lahko bila zaradi navidezno nevtralne določbe, merila ali prakse v manj ugodnem položaju kot druge osebe, razen če ta določba, merilo ali praksa objektivno temelji na legitimnem cilju in so sredstva za doseganje tega cilja ustrezna in nujno potrebna.

V podjetju velja Podjetniška kolektivna pogodba (v nadaljevanju: PKP), ki v 11. členu določa izplačilo božičnice. Podrobneje kriterije za izplačilo določa Sklep (*št. dokumenta 210/2020 z dne 19. 10. 2020*), sprejet na osnovi 126. člena ZDR-1 in 44. člena ZDoh-2 na predlog Korporativne ekonomike in potrjen s strani uprave. Sklep je bil dostavljen svetu delavcev, sindikatom v družbi, članom odbora direktorjev, Službi za odnose z javnostmi za objavo v internih medijih, upravi ter namestnici direktorice Korporativne ekonomike. V 5. točki Sklepa je določeno, da se pri obračunu višine izplačane božičnice upošteva sodelavčeva prisotnost na delu v obdobju od januarja do novembra 2020. Podrobneje sicer kriterijev, kot izhajajo iz pojasnil podjetja, ki jih je podjetje posredovalo na podlagi zaprosila Zagovornika, Sklep ne določa.

Zagovornik ugotavlja, da ima Sklep naravo delovnopravnega akta. Gre za interni pravni akt uprave, ki ureja pravice vseh zaposlenih delavcev, ki pri njegovem sprejemu niso neposredno sodelovali in niso podpisniki akta, z njim so bili samo seznanjeni. Akt se torej nanaša na tretje osebe, kar je narava delovnopravnih aktov, in ne na stranke, ki so Sklep podpisale. V tem razmerju nastopa podjetje kot delodajalec in kot močnejša stranka, ki je zavezana k spoštovanju pravil s področja ZVarD in delovnopravne zakonodaje, katere sestavni del so pravila o enaki obravnavi delavcev.

S Sklepom je določeno, da so do božičnice upravičeni vsi sodelavci, ki so bili v delovnem razmerju na dan 30. 11. 2020. Pri obračunu se upošteva prisotnost na delu v obdobju od januarja do novembra 2020. Med prisotnost štejejo redno delo, dopust, državni prazniki ter izobraževanja. V letu 2020 pa se je kot prisotnost štelo tudi čakanje na delo ali druga odsotnost med pandemijo, vendar izključno na podlagi odredbe ali sklepa podjetja. Vse druge odsotnosti vplivajo na višino izplačila božičnice. Med odsotnosti, ki vplivajo na višino izplačila božičnice, se tako štejejo tudi odsotnosti iz zdravstvenih razlogov in iz naslova porodniškega, starševskega in očetovskega dopusta. Podrobneje je kriterij izplačila božičnice podjetje pojasnilo v dopisu Zagovorniku.[4] Za en dan odsotnosti se božičnica zniža sorazmerno za 1/239. V družbi se efektivni delovni čas upošteva absolutno linearno.

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

[4] Odgovor podjetja: Zaprosilo za posredovanje dokumentacije z dne 28. 1. 2021, št. dokumenta: 0700-3/2021/3.

Zagovornik ugotavlja, da kriteriji za določitev višine izplačane poslovne uspešnosti nobenega od delavcev z določeno osebno okoliščino ne postavljajo neposredno v slabši položaj. Kriteriji so navidezno nevtralni in veljajo enako za vse delavce. Tako je treba ugotoviti, ali je bil kljub navidezno nevtralnim kriterijem iz Sklepa prav posamezen delavec z določeno osebno okoliščino v manj ugodnem položaju kot druge osebe. Pri tem nekateri delavci ob sprejemu Sklepa to okoliščino že imajo, nekateri pa ne, obenem pa se lahko osebna okoliščina (npr. poslabšanje zdravstvenega stanja) pojavi pri katerem koli delavcu tekom leta obračunskega obdobja, na katerega se Sklep nanaša.

Zagovornik tako ugotavlja, da je učinek kriterijev tak, da dejansko določene delavce s specifičnimi osebnimi okoliščinami, na katere ti ne morejo vplivati, postavi v slabši položaj. Kljub temu, da Sklep formalno ne posega v pravico delavcev do odsotnosti z dela, pa posega v njihov položaj, kadar delavci to pravico koristijo. Ti delavci so postavljeni v manj ugoden položaj, ki se kaže v nižjem izplačilu poslovne uspešnosti, ki je sestavni del njihove plače, v primerjavi z delavci, ki teh pravic ne koristijo, bodisi zato, ker za to nimajo potrebe ali pa zato, ker se poslužijo katere od možnih drugih oblik odsotnosti, ki jim jih omogoča delodajalec.

Tako znižanje plačila za poslovno uspešnost prizadene zlasti tiste delavce, ki so pogosteje odsotni, to pa so lahko delavci s kroničnimi ali z dlje časa trajajočimi boleznimi in poškodbami, ki terjajo večje zdravstvene posege ali rehabilitacijo, delavci s statusom invalida, tisti, ki negujejo ali spremljajo družinskega člana v primerih bolezni ali poškodb, samohranilci, ki težje usklajujejo poklicno in družinsko življenje, starejši delavci, ipd.[5] Zaradi svojih osebnih okoliščin bodo ti delavci težje dosegli kriterij prisotnosti, s čimer so postavljeni v manj ugoden položaj v primerjavi z delavci, ki navedenih okoliščin nimajo.

Pri tem je pomembno navesti še, da je skladno s prvo alinejo drugega odstavka 5. člena ZVarD enako obravnavanje zagotovljeno tudi osebi, ki je dejansko ali pravno povezana z osebo z določeno osebno okoliščino, torej tudi delavcem, ki z dela niso odsotni zaradi svojega zdravstvenega stanja, ampak zaradi povezave oziroma skrbi za drugo osebo (kot na primer odsotnost zaradi nege družinskega člana). Tako postavljeni kriteriji v slabši položaj postavijo denimo tudi delavca, ki vse leto ni odsoten z dela zaradi bolezni, ampak postane oče in koristi očetovski dopust ali 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. To pomeni, da je v primeru, da se odloči za koriščenje 30 dni, kolikor znaša njegova pravica, že samo zaradi koriščenja te zakonske pravice upravičen do znižanja za 30/239 izplačila nagrade. To pa ni skladno z razlogi, zaradi katerih je bil očetovski dopust uveden v slovenski pravni red. Ti razlogi so implementacija evropskega pravnega reda v slovensko zakonodajo ter prispevek k odpravljanju razlik med ženskami in moškimi na trgu dela. Odpravljanje razlik omogoča, da ženske po rojstvu otroka ostanejo aktivne na trgu dela. Namen očetovskega dopusta pa je tudi spodbujanje bolj enakovredne porazdelitve obveznosti varstva in nege otrok med ženskami in moškimi.

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

II. Opredelitev do navedb podjetja

Zagovornik se v nadaljevanju opredeljuje do vseh navedb podjetja z dne 28. 9. 2021.

Podjetje je v svojih navedbah zapisalo, da prisotnost na delovnem mestu ni kriterij za izplačilo oziroma »navidezno nevtralni pogoj«, ampak je predpogoj za izplačilo katere koli oblike plačila za delo. Navedlo je, da plača kot generalni izraz za plačilo za delo po 126. členu ZDR-1 vsebuje 4 elemente, med katerimi so tudi dodatki za poslovno uspešnost ter individualno delovno uspešnost. Za izplačilo teh 4 elementov pa je po navedbah podjetja potrebna prisotnost na delu oziroma opravljanje dela. Podjetje nato navaja, da zaposlenim na materinskem, očetovskem in starševskem dopustu ne pripadajo ne plača, ne dodatki, ne povračila stroškov, ne delovna uspešnost in iz tega sledi, da tudi poslovna uspešnost ne more biti sestavni del plače zaposlenih, ki so v bolniškem stažu ali na dopustih zaradi starševstva. Gre za socialne pravice, katerih namen je zagotavljanje socialne varnosti in socialne pravičnosti, vendar te pravice oziroma plačila ne predstavljajo plačila/nagrade za opravljeno delo, še navaja podjetje. Poleg tega podjetje navaja, da družbin sistem nagrajevanja poleg nagrade za poslovno uspešnost obsega tudi nagrado za delovno uspešnost zaposlenih. Pri čemer se pri individualni delovni uspešnosti upošteva gospodarnost, kvaliteto in obseg opravljenega dela, za katerega je delavec sklenil pogodbo o zaposlitvi. Delovna uspešnost je po svoji naravi tako bolj subjektivna, zaradi česar je sistem nagrajevanj dopolnjen s poslovno uspešnostjo, ki je skupni rezultat dela zaposlenih. Po prepričanju podjetja je poslovna uspešnost tako bolj nediskriminatorno izplačilo, saj ne upošteva individualnih in konkretnih doprinosov, ki so vedno predmet subjektivne ocene – pod pogojem sorazmernosti.

Zagovornik poudarja, da je treba upoštevati naravo izplačila dela plače za poslovno uspešnost in naravo izplačila dela plače za individualno delovno uspešnost. Del plače za poslovno uspešnost je delodajalec dolžan izplačati, če je dogovorjeno v kolektivni pogodbi ali pogodbi o zaposlitvi. Zakon ne določa kriterijev oziroma kazalnikov, kdaj je neka družba poslovno uspešna, kriteriji so določeni v avtonomnih aktih družbe. Poslovna uspešnost se praviloma presoja po doseganju načrtovanih ciljev, ki so določeni v planskih aktih družbe, med njimi pa so ustvarjen dobiček, dosežena planirana prodaja, povečan izvoz, proizvodnja, povečan obseg storitev, idr.[6] Zagovornik je z namenom vpogleda v druge razloge za poslovno uspešnost podjetja v letu 2020, poleg dela zaposlenih v podjetju, pogledal v letno poročilo podjetja za leto 2020. Iz Letnega poročila podjetja za leto 2020[7] je mogoče razbrati, da je bilo podjetje v letu 2020 izjemno poslovno uspešno.[8] Na poslovni uspeh družbe pa je vplivalo veliko različnih dejavnikov.[9]

Bistveno pri izplačilu za poslovno uspešnost je, da gre za poslovni uspeh družbe kot celote in ne zgolj za individualni prispevek zaposlenih, zato so do izplačila dela plače za poslovno uspešnost praviloma upravičeni vsi delavci. Ko se podjetje odloči izplačati božičnico, jo mora izplačati tudi v skladu s proti-diskriminacijsko zakonodajo.

Individualna delovna uspešnost po drugi strani pomeni stimulativni del plače, ki ga delavec zasluži, če je uspešen pri delu, glede na vnaprej določene kriterije in merila, po katerih se ugotovi njegov dejanski prispevek k uspešnosti dela, ki ga opravlja. Po ZDR-1 na delovno uspešnost vpliva delavčeva gospodarnost, kvaliteta in obseg opravljenega dela, ki ga je dolžan opravljati po pogodbi o zaposlitvi. Enake kriterije je podjetje navedlo tudi v svojem Odgovoru. Delovna uspešnost se ugotavlja individualno za posameznega delavca ali pa za skupino,

[6] Zakon o delovnih razmerjih (ZDR-1) s komentarjem, IUS Software, GV Založba, 2016, Irena Bečan in drugi, str. 759-760.
[7] Letno poročilo 2020.
[8] Članek splet.
[9] Letno poročilo 2020.

odvisno od narave dela. Pri delovni uspešnosti je tako dejanska efektivnost delavca eden ključnih kriterijev za njeno izplačilo.[10]

Če je merilo za izplačilo poslovne uspešnosti oblikovano tako, da je odvisno od individualnega prispevka delavca, pa še ta se meri izključno po dnevih prisotnosti, to povzroči neenako, slabšo obravnavo zaposlenih, ki so odsotni zaradi tistih osebnih okoliščin, ki jih ne morejo spremeniti.

Zagovornik se tudi ne strinja z navedbami podjetja, da je poslovna uspešnost bolj nediskriminatorno izplačilo, ker da ne upošteva individualnih in konkretnih doprinosov, ki so vedno predmet subjektivne ocene (pod pogojem sorazmernosti). Vsa izplačila v podjetju morajo biti nediskriminatorna. Avtonomija, ki jo ima delodajalec pri ureditvi nagrade za poslovno uspešnost družbe, je prav tako kot ostali pogoji dela omejena s prepovedjo diskriminacije po ZDR-1 in ZVarD.

Tudi pri izplačilu delovne uspešnosti morajo biti kriteriji, ki jih mora delavec doseči, vnaprej jasno določeni, delavec pa je do izplačila upravičen, kadar delo opravi uspešneje, kot je zavezan po pogodbi o zaposlitvi. Zagovornik upošteva, da je ocenjevanje individualne delovne uspešnosti posameznega delavca, zlasti kakovosti opravljenega dela, predmet tudi delno subjektivne presoje nadrejenega. Upošteva tudi, da je kriterij obsega opravljenega dela lahko povezan s prisotnostjo delavca na delovnem mestu in da delavec, ki je odsoten, kriterijev v posameznem letu morda tudi ne more doseči, kar je skladno z naravo izplačila individualne delovne uspešnosti.

Zagovor podjetja je nedosleden v tem, da podjetje po eni strani navaja, da pri izplačilu poslovne uspešnosti ne upošteva individualnih in konkretnih doprinosov, zato naj bi bilo izplačilo poslovne uspešnosti manj diskriminatorno, po drugi strani pa poudarja, da je za skupni poslovni uspeh podjetja pomembno, koliko dni je posameznik prisoten na delovnem mestu. Prav slednje naj bi pokazalo, koliko kdo doprinese k uspehu družbe in da nekdo, ki je odsoten 1 mesec, individualno k uspehu družbe prinese toliko manj, da se mu za 30/239 zniža nagrada za poslovno uspešnost. Navedbe Zagovornik šteje za protislovne. Če podjetje ne meri individualnega prispevka delavca, meri pa, koliko je kdo prisoten na delovnem mestu, s tem posredno upošteva individualne osebne okoliščine posameznika, na podlagi katerih so slednji nato neupravičeno postavljeni v slabši položaj. Posledično s tem neupravičeno v slabši položaj postavi tiste, ki so odsotni zaradi svojih osebnih okoliščin, na katere ne morejo vplivati. Za izplačilo poslovne uspešnosti pa bi moralo biti bistveno predvsem, da bi jo prejel tisti, ki je bil v podjetju v relevantnem obdobju zaposlen (prim. npr. s sodbama Višjega delovnega in socialnega sodišča VDSS Pdp 1331/2008 ter VDSS Pdp 363/2017).

Podjetje navaja, da zaposlenim na materinskem, očetovskem in starševskem dopustu ne pripadajo ne plača, ne dodatki, ne povračila stroškov, ne delovna uspešnost in da iz tega sledi, da tudi poslovna uspešnost ne more biti sestavni del plače zaposlenih, ki so v bolniškem stažu ali na dopustih zaradi starševstva. Zagovornik meni, da nadomestil plače za odsotnosti z dela ni mogoče enačiti oziroma primerjati s poslovno uspešnostjo, saj gre tudi pri tem za popolnoma različna pravna instituta. Pri nadomestilu plače za čas odsotnosti z dela gre za socialnovarstveno pravico iz delovnega razmerja in pomeni kontinuitetno plačilo v primeru opravičene odsotnosti z dela.[11] Nadomestilo predstavlja odmik od načelne vzajemne dolžnosti izpolnitve obveznosti 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. Nadomestilo plače je neprimerljivo s poslovno uspešnostjo, saj slednja ni v funkciji socialnega korektiva plače, temveč gre za dispozitivno, s strani delodajalca avtonomno odločitev o plačilu dela plače kot nagrade vsem delavcem iz naslova uspešnega poslovanja družbe kot celote. Poslovna

[10] Zakon o delovnih razmerjih (ZDR-1) s komentarjem, str. 766.
[11] Glej npr. sodbo Vrhovnega sodišča: VSRS VIII Ips 206/2018, z dne 8. 10. 2019, URL: https://sodisce.si/vsrs/odlocitve/2015081111433824/.

uspešnost se uvršča med t. i. pogoje dela iz tretje alineje prvega odstavka 2. člena ZVarD (ki opredeljuje področja varstva pred diskriminacijo oz. enako obravnavanje vseh oseb).

Podjetje je v svojih navedbah Zagovorniku očitalo nedoslednost in pomanjkljivost v zvezi z njegovimi trditvami, da med odsotnosti, ki vplivajo na višino izplačila božičnice, štejejo odsotnosti iz zdravstvenih razlogov in iz naslova starševstva. Podjetje je navedlo, da na višino izplačila vpliva vsakršna odsotnost, kar je jasno dogovorjeno v 11. členu PKP. Sem pa spadajo vse druge odsotnosti od 165. do 168. člena ZDR-1, kot tudi izredne neplačane odsotnosti.

Zagovornik v zvezi z navedbo podjetja pojasnjuje, da vse odsotnosti, ki se upoštevajo, pri izračunu, niso neskladne z ZVarD. Med odsotnosti iz 165. do 168. člena ZDR-1 spadajo tudi odsotnosti, ki niso posredno povezane z osebnimi okoliščinami posameznika. Neskladne z ZVarD so samo tiste, ki posredno postavljajo v slabši položaj zaposlene, odsotne zaradi osebnih okoliščin, na katere slednji ne morejo vplivati. Zagovornik sicer na podlagi prejetih podatkov podjetja ugotavlja, da odsotnosti iz naslova bolniške, porodniške ter očetovskega dopusta predstavljajo skoraj celoten delež med tistimi, ki so bili v preteklem letu v podjetju odsotni. Podjetje je namreč v svojem prvem dopisu samo navedlo, da so v letih 2019 in 2020 zabeležili 6,4 % bolniških odsotnosti ter 3,2 % porodniških odsotnosti, ostalih 90 % zaposlenih pa po navedbah podjetja ustvarja rezultat. Zagovornik dodaja, da so za rezultat poleg tega pomembne tudi številne že omenjene okoliščine poslovnega okolja, v katerem deluje podjetje.

*

Podjetje navaja, da gre pri izplačilu poslovne uspešnosti za izvajanje medsebojnega dogovora med delodajalcem in delojemalci in ne za enostransko odločitev delodajalca. V konkretnem primeru gre za Podjetniško kolektivno pogodbo (v nadaljevanju: PKP), ki sta jo podpisala uprava družbe ter sindikata, ki delujeta v podjetju. Pri izplačilu božičnice podjetje spoštuje PKP, zato navaja, da je pravno nevzdržna trditev Zagovornika, da gre za posredno diskriminacijo, če družba pri izplačilu božičnice spoštuje pogodbeno dogovorjene kriterije. Zagovornik po navedbah podjetja zagovarja nespoštovanje pogodbenih obvez, s tem pa naj bi posegal v ustavno varovano področje gospodarske pobude in zasebne lastnine gospodarske družbe, ki je v nasprotju z 67. členom Ustave. Podjetje Zagovorniku očita tudi, da s pozicije oblastnega organa posega v civilna, delovnopravna razmerja oziroma v zasebno lastnino zasebne gospodarske družbe in ji onemogoča izvrševanje gospodarske in socialne funkcije lastnine. Podjetje meni, da Zagovornik takih pristojnosti nima ter da bi tak zaključek lahko sprejel samo zakonodajalec.

Zagovornik se z navedbami podjetja ne strinja. Kot že pojasnjeno, je izplačilo dela plače za poslovno uspešnost res da prepuščeno avtonomni ureditvi delodajalca v smislu, ali bo to plačilo sploh zagotovljeno in kakšna bo njegova višina, vendar je avtonomija omejena s kogentnimi normami, vključno z zakonsko določbo o prepovedi diskriminacije. Sklep, na podlagi katerega je v podjetju zaposlenim izplačana božičnica oziroma nagrada za poslovno uspešnost družbe, ima naravo delovnopravnega akta. Ureja pravice vseh zaposlenih, tudi tistih, ki pri njegovem sprejemu niso neposredno sodelovali in niso podpisniki akta, z njim so bili samo seznanjeni. Akt se torej nanaša na tretje osebe, kar je narava delovnopravnih aktov, in ne le na stranke, ki so Sklep podpisale. V tem razmerju tako nastopa podjetje kot delodajalec in kot močnejša stranka, ki je zavezana k spoštovanju pravil s področja delovnopravne zakonodaje, katere sestavni del so pravila o enaki obravnavi delavcev, ter tudi pravil ZVarD, ki daje Zagovorniku pooblastila ter pristojnosti za ugotavljanje diskriminacije.

Zagovornik pristojnosti črpa zlasti iz 21. člena, ki opredeljuje personalno in materialno pristojnost Zagovornika. Personalna pristojnost se nanaša na vprašanje, kdo lahko uveljavlja varstvo pred diskriminacijo; gre zlasti za fizične osebe ali skupine oseb, v določenem obsegu

pa tudi pravne osebe.[12] Materialna pristojnost pa se nanaša na področja, na katerih osebe uživajo varstvo pred diskriminacijo; pri tem je med izrecno naštetimi »varovanimi področji« v 2. členu ZVarD (1. - 4. alineja) posebej izpostavljeno tudi področje zaposlovanja in dela, kamor sodijo tudi zaposlitveni pogoji, vključno s plačami. S prvim odstavkom 1. člena ZVarD je pristojnost Zagovornika določena izrecno tudi za civilno področje. Z ZVarD so bile v slovenski pravni red prostor prenesene evropske direktive, med njimi izrecno tudi direktivi Sveta 2000/78/ES z dne 27. novembra 2000 o splošnih okvirih pravnega obravnavanja pri zaposlovanju in delu in Direktiva 2006/54/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 5. julija 2006 o uresničevanju načela enakih možnosti ter enakega obravnavanja moških in žensk pri zaposlovanju in poklicnem delu, katerih predmet urejanja je prav področje dela in zaposlovanja oziroma na tem področju zapovedano varstvo pred diskriminacijo.

21. člen določa tudi, da je Zagovornik pristojen tudi za ugotavljanje diskriminacije (33. – 37. člen ZVarD), pri katerem gre za svojevrsten upravni postopek, ki poteka po pravilih Zakona o splošnem upravnem postopku ter v katerem Zagovornik ugotavlja, ali je konkretno ravnanje skladno z določbami ZVarD oziroma ali konkretno ravnanje krši določbe o prepovedi diskriminacije. Postopek Zagovornik zaključi z izdajo ugotovitvene odločbe, s katero bodisi ugotovi obstoj diskriminacije bodisi ugotovi, da diskriminacija v zadevi ni podana. Zagovornik je v odločbi presojal kriterije za določitev upravičenosti in sorazmernega dela izplačila poslovne uspešnosti vsebovane v PKP, akt, s katerim se postopke pri Zagovorniku zaključi, pa je ugotovitveni akt, ki kot takšen niti ni izvršljiv. Je pa ugotovitev Zagovornika pomembna za nadaljnja ravnanja, ki so usmerjena v odpravo učinkov diskriminacije in njeno nadaljnje preprečevanje.

Zagovornik s svojo ugotovitvijo, da je podjetje z določitvijo kriterija prisotnosti za določitev upravičenosti posameznika do izplačila dela nagrade za poslovno uspešnost, kršilo prepoved posredne diskriminacije, kot izhaja iz izreka odločbe, ni v ničemer posegel v kolektivno dogovarjanje med delodajalcem in predstavniki zaposlenih oziroma v PKP. Prav tako s svojo odločitvijo Zagovornik z ničemer ne onemogoča izvrševanje gospodarske in socialne funkcije lastnine. Zagovornik ni posegel v kolektivno dogovarjanje med delodajalci in predstavniki zaposlenih oziroma v sam PKP, saj ugotovitvena odločba ne spremeni ali razveljavi PKP in Sklepa. Za razveljavitev kolektivnih pogodb Zagovornik, kakor navaja tudi podjetje, ni pristojen. Poseg v PKP ali v akt delodajalca se lahko doseže z dogovorom med pogodbenimi strankami ali v sodnem postopku pred pristojnim delovnim sodiščem.

Po mnenju podjetja Zagovornik s svojim stališčem diskriminira tiste zaposlene, ki so s svojim delom prispevali k uspešnosti družbe in tudi ustvarili sredstva, ki družbi omogočajo sredstva za vzpostavitev socialnega sistema in plačevanja nadomestil kot socialnih korektivov. Navaja, da ni pošteno, da bi moralo 90 % prisotnih, ki opravljajo delo, prejeti 10 % nižjo božičnico, kot bi jo sicer, ker jo bo potrebno razdeliti med vsaj 10 % več zaposlenih. Izvršitev Zagovornikove odločbe pa bi pomenila, da bi bilo potrebno od 90 % zaposlenih zahtevati vračilo preveč plačane božičnice zato, da bi lahko npr. 10 % zaposlenih, ki so bili odsotni, prejeli višjo božičnico. Takšno zavzemanje Zagovornika pa naj bi podpiralo absentizem.

Zagovornik na tem mestu ponovno poudarja, da je v zvezi z izplačilom plače za poslovno uspešnost ključna narava plačila za poslovno uspešnost. Gre za nagrade vsem zaposlenim iz naslova uspešnega poslovanja družbe kot celote in ne za nagrado zaposlenemu za njegov individualni delovni prispevek. V primeru, da so kriteriji oblikovani tako, da je izplačilo poslovne uspešnosti odvisno od individualnega prispevka delavca, pa po oceni Zagovornika ni več mogoče govoriti o izplačilu poslovne uspešnosti, ampak gre za izplačilo individualne delovne uspešnosti.[13]

[12] Tretji odstavek 1. člena ZVarD.
[13] 12. točka prvega odstavka 44. člena ZDoh-2.

Zagovornik zato meni, da enako kot nedoseganje delovnih rezultatov delavca ne vpliva na višino izplačila minimalne plače in ga prejmejo tako delavci, ki so dosegli ali celo presegli zastavljene rezultate dela, in tudi tisti, ki jih niso, ker dela niso opravljali pravočasno in kakovostno (za te ima delodajalec na voljo druge delovnopravne institute – v skrajnem primeru celo odpoved pogodbe o zaposlitvi iz razloga nesposobnosti), tudi letna prisotnost delavca na delu oziroma odsotnost z dela ne more biti določena kot merilo za višino izplačila poslovne uspešnosti oziroma božičnice. Izključno prisotnost na delovnem mestu ni edini pokazatelj delavčeve uspešnosti in efektivnosti, pri čemer je treba poudariti, da izplačilo poslovne uspešnosti ni namenjeno nagrajevanju individualne uspešnosti.

Za izplačilo poslovne uspešnosti je sicer lahko bistveno, ali je delavec v letu, za katerega se ugotavlja uspešnost poslovanja, dejansko k tej uspešnosti lahko prispeval, kar je relevantno za delavce, ki v času izplačila niso več zaposleni pri delodajalcu (izplačevalcu). Višje delovno in socialno sodišče je v svojih odločitvah zavzelo stališče, da se poslovna uspešnost izplača tudi delavcu, ki v času izplačila ni bil več zaposlen pri delodajalcu (izplačevalcu), je pa bil zaposlen v letu, za katerega se ugotavlja uspešnost. Zagovornik sicer poudarja, da se sodišče v tem primeru dejansko ni spuščalo v presojo, koliko je ta delavec efektivno delal, temveč je ugotavljalo zgolj, ali je bil v določenem časovnem obdobju v podjetju zaposlen, in ker je bil, je zavzelo stališče, da je zato do izplačila poslovne uspešnosti za to obdobje upravičen (npr. VDSS sodba in sklep Pdp 1331/2008 ter zadeva VDSS Pdp 363/2017).

Zagovornik na tem mestu navaja še sodbo Vrhovnega sodišča (Sodba VIII Ips 145/2013), iz katere izhaja, da je bolniška odsotnost okoliščina, na katero posameznik nima nobenega vpliva in zato na njegove pravice iz delovnega razmerja ne more vplivati. Določitev dveh kriterijev za pridobitev višjih plačnih razredov (bolniške odsotnosti manj kot 5 % in skupaj opravljenih najmanj 90 plus ur in nadur ali najmanj 60 plus ur) je sodišče označilo kot diskriminatorno. Prvi kriterij je sodišče prepoznalo kot neposredno diskriminatornega, saj so zaradi bolezni že v izhodišču posamezniku priznane manjše pravice, drugi kriterij plus ur in nadur pa je sodišče označilo za posredno diskriminatornega do oseb, ki so bile v določenem obdobju bolniško odsotne, prav tako pa kriterija niso mogli doseči invalidi in druge kategorije zaščitenih delavcev.

Zagovornik na podlagi navedenega ne sledi navedbam podjetja o tem, da bi bili diskriminirani zaposleni, ki bi bili več prisotni, pa bi dobili enako izplačilo poslovne uspešnosti kot manj prisotni. Poslovna uspešnost je rezultat poslovnega uspeha podjetja kot celote. Ta pa je odvisen od mnogih faktorjev, na katere pa stalna prisotnost nekaj odstotkov zaposlenih nima bistvenega vpliva. Vsi, za katere pa podjetje meni, da so izjemno uspešno opravljali svoje delo, pa so upravičeni do izplačila individualne delovne nagrade. Samo število ur prisotnosti na delovnem mestu ni ključnega pomena za uspešno opravljanje dela. Nenazadnje lahko zaposleni, ki je bil odsoten 30 dni, v ostalih 11 mesecih opravlja odlično delo in dosega nadpovprečne delovne rezultate, nekdo, ki pa na delo prihaja vsak dan, pa delo opravlja skladno z minimalnimi zahtevami in je njegov doprinos k uspešnosti podjetja morda veliko manjši. A vseeno podjetje s kriteriji za določitev višine izplačila sporoča, da si prav drugi delavec zasluži višjo nagrado za poslovno uspešnost, izključno na podlagi števila dni, ko je prišel na delovno mesto.

Zagovornik tudi ne sledi navedbam podjetja, da naj bi se spodbujal absentizem s tem, ko se pri izplačilu nagrade za poslovno uspešnost ne bi upoštevala prisotnost zaposlenega na delovnem mestu. Odsotnosti iz zdravstvenih razlogov, ki jih je glede na posameznikovo neodvisno diagnosticirano bolezen objektivno določil izbrani družinski zdravnik, in odsotnosti iz naslova porodniške in očetovskega dopusta so opravičene odsotnosti z dela. Nasprotno pa nižanje izplačila nagrade za poslovno uspešnost za vsak dan (opravičene) odsotnosti delavce lahko spodbuja k temu, da ne koristijo zdravstvene odsotnosti takrat, ko so bolni, pač pa hodijo na delo bolni , kar ni ustrezno z vidika zagotavljanja varnosti in zdravja pri delu. Zagovornik

pozdravlja odločitev podjetja, da izostankov zaposlenih, ki so posledica pandemije ter čakanje na domu v času epidemije, ne šteje kot odsotnosti, zaradi katerih bi bil posameznik prikrajšan za del izplačila nagrade za poslovno uspešnost. Hkrati po mnenju Zagovornika takšna odločitev podjetja kaže tudi na to, da pri izplačilu dela nagrade za poslovno uspešnost prisotnost zaposlenih na delovnem mestu ni nujni pogoj. Glede na vsa pojasnila podjetja Zagovornik namreč ne vidi nobenega konkretnega razloga, ki bi opravičeval razlikovanje med tistimi zaposlenimi, ki so bili odsotni zaradi opravičenih odsotnosti (bolniška, ki ni povezana z epidemijo, in bolniška, ki je lahko posledica okužbe s covidom, tudi tiste, ki jo je posameznik lahko dobil na delovnem mestu, ter porodniški in očetovski dopust), in zaposlenimi, ki so bili poslani na čakanje ali pa so bili odsotni zaradi drugih razlogov, povezanih s pandemijo.

Glede navedb podjetja, da bodo zaradi Zagovornikove odločbe nekateri zaposleni vračali svojo božičnico, Zagovornik pojasnjuje, da to ne drži. Kot sicer tudi že predhodno pojasnjeno, se postopek pred Zagovornikom zaključi z ugotovitveno odločbo, ki kot upravni ugotovitveni akt ni izvršljiv. Zagovornik nima pristojnosti, da bi z ugotovitveno odločbo odredil vračanje prejemkov iz delovnega razmerja. Prav tako tega ne more za nazaj odrediti pristojna inšpekcija. V inšpekcijskem postopku se na podlagi Zakona o inšpekcijskem nadzoru ugotovi kršitev in nato v prekrškovnem postopku izreče sankcija zaradi prekrška, vračanje prejemkov pa se v tovrstnih primerih ne odredi.

Glede ponovnih navedb podjetja o relevantnosti odločitve Sodišče EU v zadevi *Lewen v. Densa*, C-333/97[14] Zagovornik vztraja pri svojih navedbah, podrobno obrazloženih v izjasnitvi,[15] da nemški in slovenski pravni red nista primerljiva. V Sloveniji gredo namreč 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 ne moremo govoriti o tem, da gre tudi v Sloveniji dejansko za suspenz pogodbe, kot je to urejeno v Nemčiji.

Podjetje v svoji argumentaciji navede tudi, da iz določb ZDR-1 izhaja, da je plačilo odsotnosti v nasprotju z ZDR-1. 67. člen ZDR-1 določa pravice delavca s sklenjeno pogodbo o zaposlitvi za krajši delovni čas v posebnih primerih. V drugem odstavku je določeno, da je delavec, ki dela za krajši delovni čas, upravičen do plačila za delo po dejanski delovni obveznosti. Plačilo za delo pa obsega tudi poslovno uspešnost.[16] Zagovornik ugotavlja, da ne gre za primerljive položaje. Delavci iz 67. člena ZDR-1 delajo v skrajšanem delovnem času skladno s predpisi o pokojninskem in invalidskem zavarovanju, predpisi o zdravstvenem zavarovanju ali predpisi o starševskem dopustu. Pri delodajalcu pa imajo sklenjeno pogodbo o zaposlitvi za krajši delovni čas, v kateri je v naprej jasno določen obseg dela. Zagovornik v takšnih primerih ne nasprotuje odločitvi delodajalca, da v primerih, ko gre za drugačno obliko pogodbe o zaposlitvi, torej za pogodbo o zaposlitvi za krajši delovni čas, izplača del nagrade za poslovno uspešnost sorazmerno delovnemu času, za katerega je sklenjena pogodba. V primeru pogodbe o zaposlitvi s polovičnim delovnim časom to pomeni izplačilo polovice zneska nagrade za poslovno uspešnost, ki pripada vsem zaposlenim s polnim delovnim časom. Tudi v takšnih primerih pa velja, da morebitna bolniška odsotnost oziroma katerakoli druga opravičena odsotnost ne sme še dodatno vplivati na nižanje (polovičnega) izplačila nagrade za poslovno uspešnost.

[14] SEU, Zadeva C-333/97, Lewen v. Denda, sodba z dne 21. 10. 1999.
[15] Dokument Posredovanje dosedanjih ugotovitev v seznanitev in izjasnitev, št. dokumenta 0700-3/2021/4 z dne 10. 9. 2021.
[16] 67. člen ZDR-1 v prvem odstavku določa, da delavec, ki dela krajši delovni čas v skladu s predpisi o pokojninskem in invalidskem zavarovanju, predpisi o zdravstvenem zavarovanju ali predpisi o starševskem dopustu, ima pravice iz socialnega zavarovanja, kot če bi delal polni delovni čas.
V drugem odstavku pa, da delavec iz prejšnjega odstavka, ki dela krajši delovni čas, ima pravico do plačila za delo po dejanski delovni obveznosti ter druge pravice in obveznosti iz delovnega razmerja, kot delavec, ki dela polni delovni čas, če s tem zakonom ni drugače določeno.

*

Podjetje je del svoje argumentacije utemeljilo na domnevno dolgoletni, ustaljeni praksi podjetij v različnih dejavnostih, ki poslovno uspešnost izplačujejo glede na prisotnost na delu. Navedlo je primere 12 kolektivnih pogodb različnih dejavnosti, ki imajo med kriteriji določeno prisotnost na delovnem mestu. Do odločb Zagovornika takšno urejanje ni bilo predmet inšpekcijskih postopkov. Navedlo je tudi, da obstaja realna možnost takojšnje odpovedi kolektivnih pogodb, pri čemer delodajalec ne bo več zavezan k plačevanju božičnice, vodstvo pa jo bo izplačalo po lastni presoji.

Zagovornik na podlagi podatkov, ki jih je pridobil v postopkih ugotavljanja domnevne diskriminacije pri določanju kriterijev izplačila dela nagrade za poslovno uspešnost (oziroma božičnice, trinajste plače, kot jo poimenujejo nekatera podjetja), ugotavlja, da navedbe podjetja ne držijo. Zagovornik opaža, da se vse več podjetij odloča, da svoje zaposlene pri tej nagradi ne obravnava diskriminatorno, pri tistih podjetjih, ki svoje zaposlene zaradi odsotnosti zaradi zdravstvenega stanja in starševstva še vedno prikrajšujejo za del nagrade za poslovno uspešnost, pa Zagovornik ne prepoznava domnevne ustaljene prakse. V nadaljevanju Zagovornik povzema nekaj meril za odmero nagrade za poslovno uspešnost, pri katerih je ugotovil diskriminacijo:

- **Podjetje 1** je delavcem, ki so bili odsotni do 100 ur, izplačalo 100 % nagrado za poslovno uspešnost, nato pa je nagrado postopoma nižalo. 101 ura do 274 ur odsotnosti je pomenilo 85 % nagrade, od 274 do 1493 ur odsotni so prejeli 20 % nagrade, tisti, ki so bili zaradi zdravstvenih razlogov odsotni več kot dvakrat, so prejeli 5 % nižjo izplačilo, za vsako naslednjo bolniško odsotnost pa 10 % manj.
- **Podjetje 2** je določilo, da se božičnica za vsak dan bolniške odsotnosti zmanjša za 3 odstotke. Zaposleni, ki so bili bolniško odsotni več kot štiri mesece, so prejeli minimalno božičnico**.**
- **Podjetje 3** je določilo, da so do 100 % nagrade upravičeni le delavci, ki so bili z dela odsotni največ 24 ur. Do 80 % nagrade so bili upravičeni delavci, ki so bili odsotni od 25 do 48 ur, do 50 % nagrade tisti, ki so bili odsotni med 49 in 80 ur, 20 % so prejeli delavci, ki so bili z dela odsotni med 81 do 160 ur in do 5 % nagrade tisti, ki so bili odsotni 161 ur ali več.
- **Podjetje 4** je nižjo božičnico izplačalo delavcem, ki so bili odsotni več kot 1 mesec zaradi bolniške oziroma porodniškega ali očetovskega dopusta.
- **Podjetje 5** je določilo, da je višina izplačane nagrade odvisna od števila dni odsotnosti, izključno zaradi bolezni. Podjetje je upoštevalo faktor odsotnosti z dela, ki se v primeru ene bolniške odsotnosti zniža z vrednosti 1,2 na 1. V primeru dveh ali treh odsotnosti znaša faktor odsotnosti 0,8. Za več kot tri bolniške odsotnosti je faktor znašal 0, kar pomeni, da delavec nagrade ni dobil. Tudi v primerih, ko je delavec vse skupaj ob treh bolniških odsotnostih manjkal le nekaj dni.
- **Podjetje 6** je izplačilo dela nagrade za poslovno uspešnost znižalo izključno zaposlenim, ki so bili med letom z dela odsotni zaradi resnejših zdravstvenih težav oziroma iz takih zdravstvenih razlogov, da jim je nadomestilo plače namesto delodajalca nakazoval zavod za zdravstveno zavarovanje Slovenije.
- **Podjetje 7** je prav tako izplačilo nagrade za poslovno uspešnost znižalo izključno zaposlenim, ki so bili odsotni zaradi zdravstvenega stanja. Pri tem je zaposlenim, ki so bili med januarjem in oktobrom leta, za katerega se je izplačala nagrada, v bolniškem staležu več kot 350 ur, izplačalo 50 % nagrade, tistim, ki so bili v bolniškem staležu več kot 500 ur, pa nagrada ni pripadala.

Navedeno po Zagovornikovem mnenju jasno kaže na to, da podjetja, ki še imajo sistem, ki povzroča posredno diskriminacijo, pri določanju kriterijev nimajo ustaljene prakse. Nekatera podjetja upoštevajo le odsotnost zaradi zdravstvenih razlogov, pri nekaterih že nekajdnevna

odsotnost zadostuje, da zaposleni do dela nagrade sploh ni upravičen. Po drugi strani pa nekatera podjetja vsem zaposlenim celotno leto izplačajo božičnico v enako visokem znesku.

Skladno z vsem navedenim Zagovornik ugotavlja, da kriterij, ki za določitev izplačila nagrade za poslovno uspešnost kot relevantno upošteva delavčevo odsotnost z delovnega mesta, na način, kot ga je določilo podjetje, kaže na diskriminatorno obravnavo delavcev, saj tak kriterij prizadene posameznike, ki so na račun osebnih okoliščin zdravstvenega stanja, spola, starševstva in nosečnosti večkrat odsotni z delovnega mesta.

*

III. Presoja, ali merilo objektivno temelji na legitimen cilju in ali so sredstva za doseganje tega cilja ustrezna in nujno potrebna

Ker je Zagovornik ugotovil prikrajšanje oziroma 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 lahko takšna obravnava ustrezala izjemi od prepovedi diskriminacije po drugem odstavku 6. člena ZVarD.

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

Podjetje je v postopku navajalo, da je edini cilj tovrstnega izračunavanja poslovne uspešnosti primerno nagrajevanje opravljenega dela, edini način za to pa da je upoštevanje prisotnosti na delovnem mestu. Navedlo je tudi, da je upoštevanje efektivnega delovnega časa nujno in primerno sredstvo za doseganje cilja. Navedlo je še, da podjetje pri tem spoštuje princip »absolutne sorazmernosti«.

Zagovornik ugotavlja, da podjetje kot cilj svojega načina izračunavanja poslovne uspešnosti navaja nagrajevanje dela zaposlenih. Zagovornik nagrajevanje dela zaposlenih **šteje za legitimen cilj**.

V zvezi z ugotavljanjem, ali je način izračunavanja skladen z načelom sorazmernosti, je Zagovornik že v izjasnitvi pojasnil, da se razumevanje koncepta »sorazmernosti« podjetja razlikuje od »načela sorazmernosti« iz proti-diskriminacijskega prava. S tem, ko podjetje navaja, da je izplačilo »absolutno sorazmerno« glede na prisotnost zaposlenega na delu (saj se mu izplača sorazmerni del božičnice), pokaže na razumevanje »sorazmernosti« v matematičnem smislu, kot delež izplačila, ki je proporcionalen glede na število dni prisotnosti zaposlenega na delu v določenem obračunskem obdobju. Vendar pa načela sorazmernosti v pravu nediskriminacije ne gre razumeti v matematičnem smislu. Definicija pravnega načela sorazmernosti pomeni, da se pri ugotavljanju, ali je neenaka obravnava dopustna, uporabi tridelni test sorazmernosti. Gre za analitično orodje s področja prava, ki pristojnemu organu omogoča sprejem odločitve. Tridelni test sorazmernosti zahteva ugotavljanje, kateri cilj določeni ukrep zasleduje, ali je ta cilj legitimen, nato pa zahteva ugotavljanje, ali je sredstvo ustrezno (t.j. ali se s sredstvom sploh mogoče doseči zadani cilj), ali je sredstvo (nujno) potrebno (t.j. ali se cilja ne da doseči z drugim, milejšim sredstvom) in ali je sredstvo sorazmerno v ožjem smislu (t.j. ali sta teža in obseg sredstva proporcionalna zadanemu cilju ter ali ne povzročata več škode za žrtev diskriminacije kot povzročata koristi).

Iz odgovorov podjetja smiselno izhaja, da podjetje tak kriterij za izračun višine izplačil šteje kot primerno, potrebno in sorazmerno sredstvo zato, ker je tak kriterij sistemsko dovolj enostaven in transparenten, hkrati pa sistem predstavlja pravičen odnos med vsemi sodelavci: tistimi, ki zaradi svoje prisotnosti, torej s svojim delom, prispevajo k uspehom družbe nekaj več, kot tistimi, ki zaradi subjektivnih okoliščin prispevajo nekaj manj. Odsotnost pa se ne upošteva nesorazmerno.

Zagovornik je v zvezi s pojasnili podjetja na temo načela sorazmernosti naprej ugotavljal, ali je način izračuna višine izplačil **primeren**, torej ali ta način po naravi stvari lahko doseže cilj nagrajevanja dela. Zagovornik ugotavlja, da v takšni ureditvi izplačilo poslovne uspešnosti predstavlja nagrado za prisotnost na delovnem mestu. Ne pomeni pa nagrade za delo. Izplačilo namreč ni odvisno od dejansko opravljenega dela, saj se slednjega za namen izplačila poslovne uspešnosti ne meri. Prav tako ne pomeni nagrade za učinkovitost dela niti za dejanski prispevek k poslovni uspešnosti, saj se v podjetju tudi slednjega za namen tega izplačila ne meri. Glede na navedeno Zagovornik ugotavlja, da način izračuna višine izplačila poslovne uspešnosti, ki upošteva odsotnosti zaradi osebnih okoliščin zdravstvenega stanja in starševstva, **ne predstavlja primernega načina za zasledovanje cilja nagrajevanja dela.**

Zagovornik je nadalje ugotavljal, ali je način izračuna višine izplačil poslovne uspešnosti **nujno potreben** za zasledovanje cilja nagrajevanja dela, torej ali tega cilja ni mogoče doseči z milejšimi načini izračuna. Kot bistveno je ugotovil, da obstajajo tudi druga, milejša sredstva za doseganje sicer legitimnega cilja nagrajevanja dela, ki ne prikrajša zaposlenih zaradi njihove odsotnosti iz razloga zdravstvenega stanja in starševstva. To milejše sredstvo pa je izplačilo individualne delovne uspešnosti, namenjeno vrednotenju gospodarnosti, kvalitete in obsega opravljenega dela, za katerega je delavec sklenil pogodbo o zaposlitvi. Glede na navedeno Zagovornik ugotavlja, da način izračuna višine izplačila poslovne uspešnosti, ki upošteva odsotnosti zaradi osebnih okoliščin zdravstvenega stanja in starševstva, **ne predstavlja nujno potrebnega načina za zasledovanje cilja nagrajevanja dela.**

Zagovornik je nadalje ugotavljal, ali je način izračuna višine izplačil **sorazmeren**, torej ali način izračunavanja ne povzroča večje škode pri zaposlenih, ki so posredno neenako obravnavani zaradi svojih osebnih okoliščin, kot povzroča koristi. Zagovornik najprej ugotavlja, da se skupna masa sredstev za izplačilo poslovne uspešnosti zaposlenim ne bi spremenila, če bi podjetje način izračunavanja spremenilo tako, da ne bi več upoštevalo odsotnosti zaradi osebnih okoliščin. Podjetje je navedlo, da bi moralo 90 % prisotnih, ki opravljajo delo, prejeti 10 % nižjo božičnico, kot bi jo sicer, ker jo bo potrebno razdeliti med vsaj 10 % več zaposlenih. To pomeni, da bi vsi ostali zaposleni prejeli le 10 % nižje izplačilo, medtem ko bi tisti, ki so ga prejeli manj ali sploh ne, prejeli celotno izplačilo. Škoda, ki se z obstoječim načinom izračunavanja s tem povzroča za zaposlene, ki dobijo le majhen del ali nič poslovne uspešnosti, je tako neprimerljivo večja, kot je na drugi strani korist za zaposlene, ki dobijo božičnico skoraj v celoti ali v celoti. V obstoječem sistemu način izračunavanja poslovne uspešnosti največ izgubijo tisti, ki so bili na porodniškem oziroma starševskem ter očetovskem dopustu, tisti, ki so skrbeli za bolne otroke, in ostali, ki so bili zaradi bolezni dalj časa odsotni. Glede na navedeno Zagovornik ugotavlja, da način izračuna višine izplačila poslovne uspešnosti, ki upošteva odsotnosti zaradi osebnih okoliščin zdravstvenega stanja in starševstva, **ne predstavlja sorazmernega načina za zasledovanje cilja nagrajevanja dela.**

Skladno z vsem navedenim tako Zagovornik v konkretni zadevi ugotavlja, da podjetje v skladu s svojim dokaznim bremenom ni uspelo 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. S tem tudi ni uspelo upravičiti izjeme od prepovedi posredne diskriminacije. 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 odsotnosti na račun koriščenja rednega letnega dopusta, državnih praznikov, izobraževanj ter čakanje na

domu in druge odsotnosti med pandemijo, vendar izključno na podlagi odredbe ali sklepa družbe, 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:
Nika Stroligo Urankar
Svetovalka Zagovornika III

Miha Lobnik
ZAGOVORNIK NAČELA ENAKOSTI

Vročiti:

Vložiti:
- zbirka dok. gradiva.