REPUBLIKA SLOVENIJA
ZAGOVORNIK NAČELA ENAKOSTI

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

Zadeva: 0700-17/2021/12
Datum: 6. 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 82/13 in 175/20 – ZIUOPDVE, v nadaljevanju: ZUP) v postopku začetem na predlog predlagatelja v zadevi ugotovitve obstoja diskriminacije po ZVarD zoper domnevnega kršitelja družbo, izdaja naslednjo

ODLOČBO

1. Ugotovi se, da družba z določitvijo merila za obračun in izplačilo poslovne uspešnosti vsebovanega v Pravilniku o plačah in drugih prejemkih delavcev z dne 13. 12. 2019 ter Sklepih o izplačilu dela plače zaposlenim iz naslova poslovne uspešnosti za leto 2020 z dne 13. 1. 2020 in 7. 12. 2020, ki je vezano na prisotnost delavca pri delu tako, da se upošteva razmerje glede na opravljene ure rednega dela napram letnemu fondu ur rednega dela v obdobju od januarja do oktobra 2020, kar v praksi pomeni, da se poslovna uspešnost sorazmerno zniža delavcem, ki so bili v tem obdobju odsotni zaradi zdravstvenih razlogov (bolniška odsotnost, nega otroka, odsotnost iz naslova pravice do spremstva), materinskega dopusta (z izjemo 15 dni, ki šteje v redno prisotnost delavk) oziroma starševskega varstva ter tudi zaradi odsotnosti iz naslova očetovskega dopusta, **krši prepoved posredne diskriminacije po ZVarD,** kar je v nasprotju z drugim odstavkom 6. člena ZVarD.

2. Stroški v tem postopku niso nastali.

OBRAZLOŽITEV

Zagovornik načela enakosti (v nadaljevanju: Zagovornik) je dne 22. 2. 2021 prejel Predlog za obravnavo diskriminacije zoper domnevnega kršitelja (v nadaljevanju: družba). Predlagatelj v Predlogu za obravnavo diskriminacije navaja, da družba svojim zaposlenim ob koncu leta izplačuje nagrado iz naslova poslovne uspešnosti na podlagi Pravilnika o plačah in drugih prejemkov delavcev z dne 13. 12. 2019. Merilo za izračun poslovne uspešnosti pa je efektivna prisotnost delavca na delu, kar je po oceni predlagatelja diskriminatorno.

*

Na podlagi Predloga za obravnavo je Zagovornik pričel z ugotavljanjem morebitne diskriminacije zaradi starševstva, spola in zdravstvenega stanja. Zagovornik je v postopku ugotavljanja diskriminacije na podlagi 37. člena ZVarD družbo zaprosil za posredovanje

pojasnil in dokumentacije, potrebne za razjasnitev okoliščin v tej zadevi (dokument št. 0700-17/2021 z dne 5. 3. 2021).

Na poziv se je družba odzvala z odgovorom, posredovanim po e-pošti dne 25. 3. 2021. Elektronskemu sporočilu je priložila dva Sklepa o izplačilu dela plače zaposlenim iz naslova poslovne uspešnosti za leto 2020 z dne 7. 12. 2020 ter 13. 1. 2021.

Družba je dne 25. 3. 2021 v svojem odgovoru pojasnila, da za zaposlene v družbi velja Kolektivna pogodba gradbenih dejavnosti, ki plačilo za poslovno uspešnost ureja v 63. členu. Kriterije za izplačilo prejemka za poslovno uspešnost za leto 2020 so sprejeli skladno s Sklepom o izplačilu plače zaposlenim iz naslova poslovne uspešnosti za leto 2020 upoštevajoč veljavno zakonodajo, smernice FURS in poslovno prakso.

O razlogih za izbiro kriterija je družba pojasnila, da je osnova za ugotovitev izplačila dela plače za poslovno uspešnost spremljanje poslovanja delodajalca glede na dosežene cilje letnega poslovnega načrta. Na osnovi doseganja pričakovanih letnih rezultatov je v poslovnem letu 2020 delavcem, ki so na presečni datum 1. 12. 2020 bili zaposleni pri delodajalcu na podlagi sklenjene pogodbe o zaposlitvi, skladno s sprejetim Sklepom pripadal del plače iz naslova poslovne uspešnosti, pri čemer velja, da se pri pravici do izplačila poleg zgornjih pogojev upošteva tudi pogoj sorazmerne prisotnosti delavca pri delu v obdobju od januarja do oktobra 2020. Razmerje se torej določi glede na opravljene ure rednega dela napram letnemu fondu ur rednega dela v tem obdobju, t.j. 1744 ur. Pri določanju kriterijev so prav tako sledili veljavni zakonodaji. Iz 126. člena Zakona o delovnih razmerjih izhaja, da je sestavni del plače tudi plačilo za poslovno uspešnost, ki zaposlenim ne pripada po samem zakonu, ampak je dogovorjeno s kolektivno pogodbo. Za družbo velja Kolektivna pogodba gradbenih dejavnosti, ki v tretjem odstavku 63. člena določa kot osnovni kriterij efektivno prisotnost delavca na delu. Prav tako so podlago črpali iz pojasnil Finančne uprave Republike Slovenije, iz katerih izhaja, da zakon ne določa, da morajo vsi delavci dobiti absolutno enak znesek, temveč da del plače prejmejo vsi delavci, ki izpolnjujejo pogoje, ki so vnaprej določeni in znani. V konkretnem primeru so upravičeni delavci, ki so imeli sklenjeno pogodbo o zaposlitvi na določen presečni dan/obdobje oziroma kot izhaja iz Sklepa. Prav tako so pri določanju kriterijev sledili četrtemu odstavku 7. člena Zakona o udeležbi delavcev pri dobičku, ki kot kriterij za udeležbo pri dobičku prepoznava število dni prisotnosti na delu, ki vsebinsko predstavlja kriterij efektivne prisotnosti, na katerega so se oprli pri določanju svojih kriterijev.

Družba meni, da s postavljenimi kriteriji zaposlenih ne obravnavajo neenako, saj so do večjega odstotka izplačila upravičeni tisti sodelavci, ki so tudi dejansko več prispevali k doseženim ciljem za izplačilo nagrade, torej tisti, ki so efektivno delali oziroma prispevali k uspešnemu poslovanju družbe.

Družba je bila zaprošena, da natančno pojasni, za katere vrste odsotnosti se znižuje prejemek za poslovno uspešnost. V zvezi s tem je pojasnila, da se prejemek znižuje za primer neefektivnih ur zaposlenih v primeru bolniške odsotnosti, očetovskega dopusta, ipd.

Družba je navedla, da uvedba kriterijev za izplačilo prejemka za poslovno uspešnost sledi legitimnemu cilju.

Uvedba kriterijev sledi kolektivni pogodbi, veljavni zakonodaji in dosedanji poslovni praksi na trgu. Zavedajo se odgovornosti na vseh področjih in pojasnijo, da njihov cilj zagotovo ni diskriminiranje zaposlenih zaradi osebnih okoliščin, temveč nagrajevanje zaposlenih skladno z njihovim prispevkom z namenom izogibanja izravnavi vseh sodelavcev (»uravnilovka«). Prav tako sodelavcem, ki imajo različne zdravstvene težave, z izplačilom solidarnostne pomoči in s plačili določenih stroškov zdravljenja skušajo zagotoviti finančno pomoč, česar gotovo ne bi izvajali, če bi njihov namen slonel na diskriminatornem ravnanju bolniško ali drugače odsotnih zaposlenih. Prav tako zagotavljajo, da način določanja kriterijev ni povezan z vzpodbujanjem prezentizma zaposlenih. V ta namen se poslužujejo aktivnosti promocije zdravja na delovnem mestu.

*

Zagovornik je družbi posredoval dotedanje ugotovitve, pojasnila Inšpektorata Republike Slovenije za delo ter anonimizirano sodbo Upravnega sodišča RS št. I U 29/2020-21 v seznanitev in izjasnitev (dokument št. 0700-17/2021/5) ter jo obvestil, da se lahko skladno s 146. členom ZUP v povezavi z 9. členom ZUP o predstavljenih ugotovitvah ter vseh dejstvih in okoliščinah, ki so pomembne za sprejem odločitve, pisno izreče v postavljenem roku.

Družba je dvakrat zaprosila za podaljšanje roka, Zagovornik pa ji je rok podaljšal v skladu z njenim predlogom.

Družba je nato dne 8. 7. 2021 po elektronski pošti posredovala dodatna pojasnila, v katerih zatrjuje smiselno enako kot v odgovoru z dne 25. 3. 2021.

Družba navaja, da jo zavezuje Kolektivna pogodba gradbenih dejavnosti. Ta v členu 63(3) ureja plačilo za poslovno uspešnost na način, da je osnovni kriterij za izplačilo efektivna prisotnost delavca na delu. Družba izplačilo poslovne uspešnosti ureja tudi v podjetniški kolektivni pogodbi, tj. Pravilniku o plačah in drugih prejemkih delavcev z dne 13. 12. 2019 (v nadaljevanju: Pravilnik) v členu 7, ki skladno s KPGD določa, da je osnovni kriterij za izplačilo poslovne uspešnosti efektivna prisotnost delavca na delu.

Družba je v letu 2020 na podlagi člena 126(2) ZDR-1 v zvezi s členom 63 KPGD po predhodni seznanitvi sindikatov pri delodajalcu dne 13. 1. 2020 sprejela Sklep o izplačilu dela plače zaposlenim iz naslova poslovne uspešnosti za leto 2020, v katerem je v členu 3 določila, da so do izplačil sorazmernega dela upravičeni vsi delavci, ki bodo na presečni datum zaposleni pri delodajalcu, in sicer v višini glede na dosežene cilje letnega poslovnega načrta v sorazmerju glede na prisotnost delavca pri delu v razmerju z opravljenimi urami rednega dela napram letnemu fondu ur rednega dela v istem obdobju poslovnega leta. V Sklepu o izplačilu dela plače zaposlenim iz naslova poslovne uspešnosti za leto 2020 z dne 7. 12. 2020 je družba ugotovila, da so izpolnjeni pogoji za izplačilo dela plače iz naslova poslovne uspešnosti, ki se izplača vsem zaposlenim v družbi, ki bodo na dan 1. 12. 2020 v delovnem razmerju pri delodajalcu, višina izplačila pa bo vezana na efektivno prisotnost delavca na delu (pogoj sorazmerne prisotnosti delavca pri delu v obdobju od januarja do oktobra 2020).

Pri določanju kriterijev za izplačilo poslovne uspešnosti je družba upoštevala določila ZDR-1, KPGD, Pravilnik o plačah in drugih prejemkih delavcev z dne 13. 12. 2019, Sklep o izplačilu dela plače zaposlenim iz naslova poslovne uspešnosti za leto 2020 z dne 13. 1. 2020 in smernice Finančne uprave Republike Slovenije (FURS), Zakon o udeležbi delavcev pri dobičku ter poslovno prakso.

Družba pojasnjuje, da del plače za iz naslovna poslovne uspešnosti delavcem ne pripada na podlagi zakona, temveč na podlagi KPGD. Ta izrecno določa, da je osnovni kriterij efektivna prisotnost delavca na delu.

Iz pojasnil FURS izhaja, da zakon ne določa, da morajo vsi delavci dobiti absolutno enak znesek, temveč, da del plače prejmejo vsi delavci, ki izpolnjujejo pogoje, ki so vnaprej določeni in znani, kar pomeni, da ni nujno, da so dejansko vsi zaposleni upravičeni do izplačila dela plače za poslovno uspešnost. Tudi Zakon o udeležbi delavcev pri dobičku (ZUDDob) v alineji 3 člena 7(4) določa, da je potrebno pri merilih (udeležbe delavcev pri dobičku) upoštevati število dni prisotnosti na delu. Običajna poslovna praksa v Sloveniji je, da je eden od kriterijev za plačilo iz naslova poslovne uspešnosti efektivna prisotnost delavca na delu. Prisotnost ne temelji na osebni okoliščini.

Tudi Sodišče EU naj bi v svoji praksi potrdilo, da je določitev kriterijev za izplačilo dela plače iz naslova poslovne uspešnosti sorazmerno (pro rata) glede na prisotnost delavca v tekočem

letu ob upoštevanju odsotnosti zaradi obveznega materinskega dopusta kot redne prisotnosti delavk ustrezna.

Efektivna prisotnost delavca na delu, ki jo upošteva družba, je vezana na letni fond ur rednega dela v obdobju med januarjem in oktobrom 2020, tj. 1744 ur. Delavci, ki izpolnijo letni fond ur (1744 ur) prejmejo izplačilo 100 % plačila za poslovno uspešnost. Delavci, ki efektivnih ur ne dosežejo, so upravičeni do izplačila dela plače iz naslova poslovne uspešnosti sorazmerno glede na prisotnost. Odsotnost zaradi koriščenja plačanega letnega dopusta ali kompenzacije ur so upoštevane v letnem fondu ur rednega dela. Prav tako se 15 dni obveznega materinskega dopusta šteje v redno prisotnost delavk. Zaradi ostalih odsotnosti pa se delavcem, ki ne dosegajo efektivne prisotnosti (ker so odsotni zaradi bolezni, koriščenja neplačanega dopusta, starševskega varstva, očetovskega dopusta) plačilo iz naslova poslovne uspešnosti sorazmerno zniža. Do izplačila pro rata nagrade za poslovno uspešnost so tako upravičeni vsi zaposleni v družbi v sorazmerju s prispevkom k poslovni uspešnosti delodajalca.

Namen družbe pri ureditvi plačila iz naslova poslovne uspešnosti je nagraditi vse zaposlene, ki so prispevali k poslovni uspešnosti družbe. Merilo efektivne prisotnosti je za vse zaposlene določeno enako in ne temelji na nobeni osebni okoliščini, temveč na kriteriju prisotnosti na delu, kar so v soglasju določili tako delodajalci kot reprezentativni sindikati na ravni dejavnosti v KPGD in družba z reprezentativnim sindikatom v Pravilniku o plačah in drugih prejemkih delavcev z dne 13. 12. 2019 (v nadaljevanju: Pravilnik). Ne gre zgolj za voljo delodajalca, temveč tudi za voljo delavcev, da so sorazmerno nagrajeni več tisti, ki so k poslovni uspešnosti družbe več prispevali.

Družba še enkrat ponovno pojasnjuje, da nikakor ne spodbuja prezentizma zaposlenih in ima sprejete številne ukrepe s področja zagotavljanja zdravja in varnosti na delu, vključno z aktivnostmi promocije zdravja. Prav tako ima družba sprejete ukrepe finančne pomoči za zaposlene z zdravstvenimi težavami, ki jim pomaga z izplačilom solidarnostne pomoči in plačili določenih stroškov zdravljenja. Če bi bili zaposleni, ki so zaradi bolezni dalj časa ali pogosteje odsotni z dela, upravičeni tudi do plačila iz naslova poslovne uspešnosti v enakem znesku kot tisti, ki so izpolnili efektivno prisotnost, bi prišlo do slabšega obravnavanja slednjih.

*

Zagovornik je najprej presojal, ali so podani pogoji za izvedbo postopka pri Zagovorniku v primeru diskriminacije, ter ugotovil, da je predlagatelj dne 22. 2. 2021 vložil predlog za obravnavo skladno s 33. členom ZVarD, pri čemer (tudi) sam nastopa v vlogi diskriminirane osebe, kot zaposleni v družbi.

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

Zagovornik ugotavlja, da je predlagatelj vložil predlog za obravnavo diskriminacije po 5. poglavju ZVarD, ki se zaključi z ugotovitvijo o obstoju oziroma neobstoju diskriminacije (upravna ugotovitvena odločba). Akt, s katerim se postopek pri Zagovorniku zaključi, je upravni ugotovitveni akt, ki kot takšen ni izvršljiv. Je pa ugotovitev Zagovornika za stranke zavezujoča 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 tem razmerju nastopa družba 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, zaradi česar ima družba v tem postopku položaj domnevnega kršitelja.

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

Zagovornik je v tem postopku presojal kriterije za določitev upravičenosti in deleža izplačila iz naslova poslovne uspešnosti za delavce zaposlene v družbi, vsebovane v Pravilniku in sklepih družbe, v katerih je urejala izplačilo poslovne uspešnosti za leto 2020. Zagovornik s svojo ugotovitvijo ne posega v kolektivno dogovarjanje med delodajalci in predstavniki zaposlenih. Sam poseg v kolektivno pogodbo se lahko doseže zgolj v sodnem postopku, pred pristojnim delovnim sodiščem, katerega pričetek je neodvisen od ugotovitev oziroma postopka pred Zagovornikom.

Skladno z določbami ZDR-1[1] velja, da je v primeru, če je določilo kolektivne pogodbe oziroma splošnega akta delodajalca v nasprotju z načelom prepovedane plačne diskriminacije, tako določilo neveljavno, zato bi bilo tudi sklicevanje na takšno nezakonito določilo brezpredmetno. Enako po oceni Zagovornika velja tudi za določila kolektivne pogodbe, ki so v nasprotju s kogentnimi določili s področja protidiskriminacijskega prava iz ZVarD in ZDR-1 in se nanašajo tudi na druge pravno varovane osebne okoliščine in ne zgolj na osebno okoliščino spola. Taka določila so neveljavna. Družba se ne more sklicevati, da ker njen Pravilnik temelji na takšni določbi, je zato določba Pravilnika zakonita.

V 4. členu ZVarD je *diskriminacija* opredeljena kot vsako neupravičeno dejansko ali pravno neenako obravnavanje, razlikovanje, izključevanje ali omejevanje ali opustitev ravnanja zaradi osebnih okoliščin, ki ima za cilj ali posledico oviranje, zmanjšanje ali izničevanje enakopravnega priznavanja, uživanja ali uresničevanja človekovih pravic in temeljnih svoboščin, drugih pravic, pravnih interesov in ugodnosti. Pri diskriminaciji mora biti specifična osebna okoliščina odločilen razlog za slabšo obravnavo. Med osebne okoliščine, skladno s 1. členom ZVarD, štejejo spol, narodnost, rasa ali etnično poreklo, jezik, vera ali prepričanje, invalidnost, starost, spolna usmerjenost, spolna identiteta in spolni izraz, družbeni položaj, premoženjsko stanje, izobrazba ali katerakoli druga osebna okoliščina. Gre za prirojene ali pridobljene osebne značilnosti, lastnosti, stanja ali statuse, ki so praviloma trajno in nerazdružljivo povezani z določenim posameznikom in njegovo osebnostjo, zlasti identiteto ali pa jih posameznik ne spreminja zlahka.

Zagovornik v obravnavanem primeru kot osebne okoliščine, na podlagi katere stranka tega postopka in tudi preostali delavci družbe kot posamezniki uživajo varstvo pred diskriminacijo, prepoznava nosečnost, starševstvo, spol, družinsko stanje in zdravstveno stanje. Spol je v ZVarD izrecno naveden kot osebna okoliščina, ki v slovenski zakonodaji uživa pravno varstvo. Medtem ko nosečnost, starševstvo, družinsko stanje in zdravstveno stanje v ZVarD spadajo med t.i. druge osebne okoliščine, ki so (prav tako) pravno varovane. V delovnopravni zakonodaji pa sta zdravstveno stanje in družinsko stanje izrecno pravno varovana v skladu s 6. členom ZDR-1. Ravnanje, ki pomeni diskriminacijo zaradi katere koli osebne okoliščine, je izrecno prepovedano, razen v primerih izjem, določenih v ZVarD. Za starševstvo, ki ni posebej zaščitena osebna okoliščina v pravnem redu EU, pa je neenako obravnavanje dopustno, če takšno različno obravnavanje upravičuje zakonit cilj in so sredstva za doseganje tega cilja ustrezna in potrebna.

Neposredna diskriminacija obstaja, če je oseba ali skupina oseb zaradi določene osebne okoliščine bila, je ali bi lahko bila v enakih ali podobnih situacijah obravnavana manj ugodno, kot se obravnava, se je obravnavala ali bi se obravnavala druga oseba ali skupina oseb (prvi odstavek 6. člena ZVarD).

[1] Drugi odstavek 133. člena ZDR-1

Posredna diskriminacija obstaja, kadar je oseba ali skupina oseb z določeno osebno okoliščino bila, je ali bi lahko bila zaradi navidezno nevtralne določbe, merila ali prakse v manj ugodnem položaju kot druge osebe, razen če ta določba, merilo ali praksa objektivno temelji na legitimnem cilju in so sredstva za doseganje tega cilja ustrezna in nujno potrebna (drugi odstavek 6. člena ZVarD).

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

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

Tudi ZDR-1 v 6. členu izrecno določa, da mora delodajalec delavcu v času trajanja delovnega razmerja zagotavljati enako obravnavo ne glede na narodnost, raso ali etnično poreklo, nacionalno in socialno poreklo, spol, barvo kože, zdravstveno stanje, invalidnost, vero ali prepričanje, starost, spolno usmerjenost, družinsko stanje, članstvo v sindikatu, premoženjsko stanje ali drugo osebno okoliščino v skladu s tem zakonom, predpisi o uresničevanju načela enakega obravnavanja in predpisi o enakih možnostih žensk in moških.

ZDR-1 prav tako določa, da mora delodajalec enako obravnavo glede na osebne okoliščine zagotavljati delavcu zlasti pri zaposlovanju, napredovanju, usposabljanju, izobraževanju, prekvalifikaciji, plačah in drugih prejemkih iz delovnega razmerja, odsotnostih z dela, delovnih razmerah, delovnem času in odpovedi pogodbe o zaposlitvi. ZDR-1 prav tako določa tudi, da sta prepovedani neposredna in posredna diskriminacija zaradi katere koli osebne okoliščine. Izrecno pa še določa, da se manj ugodno obravnavanje delavcev, ki je povezano z nosečnostjo ali starševskim dopustom, šteje za diskriminacijo.

*

Zagovornik se najprej opredeljuje do navedb iz odgovora družbe z dne 25. 3. 2021 ter dodatnih Pojasnil z dne 8. 7. 2021.

V zvezi z navedbo družbe, da je pri določanju kriterijev za izplačilo poslovne uspešnosti upoštevala določila ZDR-1, KPGD, Pravilnik o plačah in drugih prejemkih delavcev z dne 13. 12. 2019, Sklep o izplačilu dela plače zaposlenim iz naslova poslovne uspešnosti za leto 2020 z dne 13. 1. 2020 in smernice Finančne uprave Republike Slovenije (FURS), Zakon o udeležbi delavcev pri dobičku ter poslovno prakso, Zagovornik pojasnjuje, da je družba dolžna spoštovati tudi določbe ZVarD, ki jo v 2. členu kot delodajalca izrecno zavezujejo. Tudi iz Komentarja Zakona o delovnih razmerjih[2] izhaja, da je izplačilo dela plače za poslovno uspešnost (poimenovano božičnica) prepuščeno avtonomni ureditvi v smislu, ali bo to izplačilo sploh zagotovljeno in kakšna bo njegova višina, vendar je avtonomija omejena z zakonsko določbo o prepovedi diskriminacije in enakem plačilu. Prav tako iz komentarja izhaja, da ker gre za poslovni uspeh družbe kot celote, so do izplačila dela plače za poslovno uspešnost po kolektivnih pogodbah praviloma upravičeni vsi delavci. Iz navedenega, po oceni Zagovornika, izhaja narava izplačila dela plače za poslovno uspešnost. Gre za nagrado vsem zaposlenim, pod pogojem, da je družba poslovno uspešna. Ne gre za nagrado posameznemu delavcu, ki bi bila sorazmerna njegovemu prispevku k poslovni uspešnosti družbe. Tudi ZDR-1 razlikuje med delom plače za poslovno uspešnost in delom plače za delovno uspešnost (individualna delovna uspešnost). Kot izhaja iz komentarja,[3] se del plače za individualno delovno uspešnost izplača delavcu le v primeru, ko dosega delovne rezultate, določene v pogodbi o zaposlitvi oz. v kolektivni pogodbi; izplačilo dela plače za poslovno uspešnost pa je odvisno od uspešnosti

[2] Zakon o delovnih razmerjih (ZDR-1) s komentarjem, IUS Software, GV Založba, 2016, Irena Bečan … et al., str. 760
[3] Str. 759

družbe in avtonomne ureditve. Če je torej kriterij oblikovan tako, da je izplačilo poslovne uspešnosti odvisno od individualnega prispevka delavca, po oceni Zagovornika ni več mogoče govoriti o izplačilu poslovne uspešnosti, ampak gre pravzaprav za izplačilo individualne uspešnosti, za katerega pa ne velja ugodnejša davčna obravnava (12. točka prvega odstavka 44. člena ZDoh-2).

Zagovornik zato meni, da enako kot nedoseganje delovnih rezultatov delavca ne vpliva na višino izplačila minimalne plače in ga prejmejo tako delavci, ki so dosegli ali celo presegli zastavljene rezultate dela, kot tudi tisti, ki jih niso, ker dela niso opravljali pravočasno in kakovostno (za te ima delodajalec na voljo druge delovno pravne institute – v skrajnem primeru celo odpoved pogodbe o zaposlitvi iz razloga nesposobnosti), tudi prisotnost delavca na delu oz. daljša odsotnost z dela ne more biti določena kot kriterij za višino izplačila poslovne uspešnosti.

Kot izhaja iz pojasnil Finančne uprave Republike Slovenije,[4] ki so javno dostopna, je v Zakonu o dohodnini[5] – ZDoh-2 (12. točka prvega odstavka 44. člena) določen izvzem dela plače za poslovno uspešnost iz davčne osnove dohodka iz delovnega razmerja, in sicer do višine 100 % zadnje znane povprečne mesečne plače zaposlenih v Sloveniji. Ugodnejša davčna obravnava se uporablja za izplačila dela plače za poslovno uspešnost, ki bodo izplačana enkrat v koledarskem letu vsem upravičenim delavcem hkrati, pod pogojem:

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

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

Družba meni, da s postavljenimi kriteriji zaposlenih ne obravnavajo neenako, saj so do večjega odstotka izplačila upravičeni tisti sodelavci, ki so tudi dejansko več prispevali k doseženim ciljem za izplačilo nagrade, torej tisti, ki so efektivno delali oziroma prispevali k uspešnemu poslovanju družbe. Zagovornik meni, da zgolj prisotnost delavca na delu ni pokazatelj njegove uspešnosti ter da je ta navedba družbe pavšalna in neizkazana.

V zvezi s pojasnilom družbe, da je merilo efektivne prisotnosti za vse zaposlene določeno enako in ne temelji na nobeni osebni okoliščini, temveč na kriteriju prisotnosti na delu, kar so v soglasju določili tako delodajalci kot reprezentativni sindikati na ravni dejavnosti v KPGD in družba z reprezentativnim sindikatom v Pravilniku o plačah in drugih prejemkih delavcev z dne 13. 12. 2019[6] in da ne gre zgolj za voljo delodajalca, temveč tudi za voljo delavcev, da so sorazmerno nagrajeni več tisti, ki so k poslovni uspešnosti družb več prispevali, Zagovornik ugotavlja, da kolektivna pogodba in omenjeni Pravilnik urejata pravice vseh delavcev, tudi tistih, ki pri njegovemu sprejemu niso neposredno ali posredno sodelovali (ker niso člani katerega od sindikatov ali pa so se družbi pridružili po sprejemu aktov). V tem razmerju nastopa družba kot delodajalec in kot močnejša stranka, ki je zavezana k spoštovanju pravil s področja delovnopravne zakonodaje, katere sestavni del so pravila o enaki obravnavi

[4] Iz zbirke Dohodek iz zaposlitve, Dohodek iz delovnega razmerja, 5. izdaja, julij 2019, str. 11-12
[5] Uradni list RS, št. 13/11 – uradno prečiščeno besedilo, 9/12 – odl. US, 24/12, 30/12, 40/12 – ZUJF, 75/12, 94/12, 52/13 – odl. US, 96/13, 29/14 – odl. US, 50/14, 23/15, 55/15, 63/16, 69/17, 21/19 in 28/19
[6] Ki ga družba Zagovorniku ni posredovala, temveč povzema ureditev poslovne uspešnosti, ki je enaka kot v KPGD in je vezana na efektivno prisotnost delavca na delu.

delavcev, ter tudi pravil ZVarD, zaradi česar ima izključno družba v tem postopku položaj domnevnega kršitelja.

Zagovornik v zvezi z navedbo družbe, da če bi bili zaposleni, ki so zaradi bolezni dalj časa ali pogosteje odsotni z dela, upravičeni tudi do plačila iz naslova poslovne uspešnosti v enakem znesku kot tisti, ki so izpolnili efektivno prisotnost, bi prišlo do slabšega obravnavanja slednjih, pojasnjuje, da »šablonsko« ravnanje delodajalca, da vse delavce obravnava enako lahko v posameznih primerih ustreza definiciji katere od oblik diskriminacije. Delavci namreč že v izhodišču niso vedno v enakem položaju, zato je potrebno upoštevati njihove osebne okoliščine, ki so relevantne tudi za opravljanje dela oziroma za urejanje pogojev dela. Govorimo o posebnih prilagoditvah, ki delavcem omogočajo ali olajšajo opravljanje dela in hkrati ne posegajo v pravice drugih in ne pomenijo diskriminacije vseh ostalih posameznikov in posameznic, ki tovrstnih prilagoditev ne potrebujejo. Tovrstne prilagoditve izhajajo iz splošnega načela enakosti, po katerem je treba primerljive situacije obravnavati enako, različne pa različno. V konkretnem primeru je potrebno upoštevati predvsem naravo izplačila poslovne uspešnosti (ki ni nagrajevanje individualnega prispevka k dobičku družbe) in tudi to, da se lahko že naslednje leto delavci, ki niso bili še nikoli odsotni z dela, znajdejo v situaciji, ko bodo zaradi svoje osebne okoliščine upravičeno odsotni z dela in bo tudi zanje veljala enaka ureditev, skladno s katero bodo deležni polne poslovne uspešnosti in ne zmanjšane zaradi odsotnosti z dela, ki bo posledica katere od njihovih osebnih okoliščin.

Zagovornik še posebej poudarja, da za obstoj diskriminacije ni pomembno, ali je imel kršitelj pri izvajanju ravnanja diskriminatorni namen. Njegovo ravnanje je lahko celo povsem dobronamerno, a diskriminatorne posledice vendarle lahko nastanejo in so kot take nezakonite.[7]

*

Zagovornik primarno ugotavlja, da je skladno z drugim odstavkom 126. člena ZDR-1 plačilo za poslovno uspešnost opredeljeno kot sestavni del plače, če je tako dogovorjeno s kolektivno pogodbo ali pogodbo o zaposlitvi. Plača pa je temeljna pravica po pogodbi o zaposlitvi (osma alineja prvega odstavka 31. člena ZDR-1). Za poimenovanje nagrade iz naslova poslovne uspešnosti podjetja se v pogovornem jeziku uporabljajo različni termini, med njimi na primer trinajsta plača, štirinajsta plača, božičnica, letna nagrada in podobno. Vsekakor gre pri nagradi za poslovno uspešnost za plačilo za delo in torej sodi v pojem »plače« iz tretje alineje prvega odstavka 2. člena ZVarD.

Za družbo velja Kolektivna pogodba gradbenih dejavnosti, ki v tretjem odstavku 63. člena določa kot osnovni kriterij efektivno prisotnost delavca na delu.

Kolektivna pogodba v istem členu določa, da je plačilo za poslovno uspešnost sestavni del plače, če je dogovorjeno s kolektivno pogodbo na ravni delodajalca, s splošnim aktom delodajalca ali s pogodbo o zaposlitvi. Plačilo za poslovno uspešnost je izključeno iz osnov za nadomestila plač in drugih prejemkov iz delovnega razmerja.

Družba je dne 8. 7. 2021 pojasnila, da izplačilo poslovne uspešnosti ureja tudi v podjetniški kolektivni pogodbi, tj. Pravilniku o plačah in drugih prejemkih delavcev z dne 13. 12. 2019 v členu 7., ki skladno s KPGD določa, da je osnovni kriterij za izplačilo poslovne uspešnosti efektivna prisotnost delavca na delu.

Na podlagi do sedaj zbrane dokumentacije in pojasnil družbe Zagovornik ugotavlja, da je skladno s Pravilnikom (kjer je ureditev enaka kot v KPGD) in sklepi družbe delavec upravičen do božičnice v tolikšnem znesku, kot je bila njegova dejanska prisotnost na delu. Pri čemer je družba še dodatno pojasnila, da se t.i. sorazmerna prisotnost delavca pri delu upošteva v obdobju od januarja do oktobra 2020, kar je urejeno v sklepih. Razmerje se torej določi glede

[7] Agencija EU za temeljne pravice in Svet Evrope, Handbook on European non-discrimination law, 2018, str. 239.

na opravljene ure rednega dela napram letnemu fondu ur rednega dela v tem obdobju, t.j. 1744 ur.

Zagovornik zgolj primeroma navaja, da torej delavec, ki je bil od januarja do oktobra vse leto prisoten na delu, dobi izplačano polno (100 %) poslovno uspešnost, tisti pa, ki je bil polovico časa na bolniški, pa prejme polovično (50%).

Na poziv Zagovornika, naj družba natančno pojasni, za katere vrste odsotnosti se znižuje prejemek za poslovno uspešnost, je družba pojasnila, da sta odsotnost zaradi koriščenja plačanega letnega dopusta in kompenzacije ur upoštevane v letnem fondu ur rednega dela. Prav tako se 15 dni obveznega materinskega dopusta šteje v redno prisotnost delavk. Zaradi ostalih odsotnosti pa se delavcem, ki ne dosegajo efektivne prisotnosti (ker so odsotni zaradi bolezni, koriščenja neplačanega dopusta, starševskega varstva, očetovskega dopusta) plačilo iz naslova poslovne uspešnosti sorazmerno zniža.

Na podlagi tega Zagovornik ugotavlja, da se prejemek za poslovno uspešnost znižuje zaradi vseh odsotnosti iz zdravstvenih razlogov (bolniška odsotnost, nega otroka, odsotnost iz naslova pravice do spremstva…), materinskega dopusta (z izjemo 15 dni, ki jih mora mati obvezno izrabiti) oziroma starševskega varstva ter tudi zaradi odsotnosti iz naslova očetovskega dopusta, kar je družba izrecno navedla.

Odsotnosti iz zdravstvenih razlogov in iz naslova porodniške in očetovskega dopusta so upravičene odsotnosti z dela, za katere je (iz različni virov) zagotovljeno nadomestilo plače. Delavec je upravičen do odsotnosti z dela v primerih začasne nezmožnosti za delo zaradi bolezni ali poškodbe v skladu s predpisi o zdravstvenem zavarovanju (167. člen ZDR-1). Delodajalec je dolžan zagotavljati pravico do odsotnosti z dela ali krajšega delovnega časa delavcu zaradi izrabe starševskega dopusta, določenega z zakonom (186. člen ZDR-1).

Zagovornik ugotavlja, da določba Pravilnika družbe (kjer je ureditev enaka kot v kolektivni pogodbi) ter sklepov formalno sicer ne posegajo v samo pravico delavcev do odsotnosti z dela, da pa posegajo v njihov položaj, kadar delavci to pravico dejansko koristijo v praksi. Ti delavci so postavljeni v manj ugoden položaj, ki se kaže v nižjem odstotku izplačila poslovne uspešnosti, ki je sestavni del njihove plače v primerjavi z delavci, ki teh pravic ne koristijo, bodisi zato, ker za to nimajo potrebe ali pa zato, ker se poslužijo katere od možnih drugih oblik odsotnosti (kompenzacija ur, izraba dopusta). Tako znižanje izplačila prizadene tiste delavce, ki so pogosteje ali dlje časa odsotni, to pa so lahko, kot ugotavlja tudi Inšpektorat v svojem odgovoru z dne 4. 6. 2019, delavci z določenimi osebnimi okoliščinami, kot npr. noseče delavke, delavci s kroničnimi ali dlje časa trajajočimi boleznimi ali poškodbami, ki terjajo večje zdravstvene posege ali rehabilitacijo, delavci s statusom invalida, tisti, ki negujejo ali spremljajo družinskega člana v primerih bolezni ali poškodb (mladoletne otroke, partnerje, starše, ki potrebujejo dodatno nego in skrb), samohranilci, ki težje usklajujejo poklicno in družinsko življenje, starejši delavci itd. Zaradi svojih osebnih okoliščin (zdravstveno stanje, invalidnost, družinsko stanje, nosečnost, materinstvo, očetovstvo, starost ipd) bodo ti delavci težje dosegli kriterij prisotnosti na delu oz. odsotnosti bolniške, s čimer so postavljeni v manj ugoden položaj v primerjavi z delavci, ki navedenih okoliščin nimajo.

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

Zagovornik ugotavlja, da je merilo efektivna prisotnost na delu sicer oblikovano nevtralno z ozirom na osebne okoliščine in velja za vse delavce, njegov učinek pa je lahko tak, da dejansko v slabši položaj postavi določene delavce s specifičnimi osebnimi okoliščinami, na katere ti ne morejo vplivati.

Kot merilo je v Pravilih določena efektivna prisotnost delavca na delu. Kot odsotnost pa se upoštevajo vse bolniške odsotnosti, materinski dopust (z izjemo 15 dni, ki jih mora mati obvezno izrabiti) oziroma starševsko varstvo odsotnosti iz naslova očetovskega dopusta.

*

Zagovornik ugotavlja, da merilo efektivne prisotnosti delavca na delu oz. odsotnosti z dela za obračun in izplačilo poslovne uspešnosti iz Pravilnika in sklepov pomeni neenako obravnavo delavcev na podlagi zgoraj navedenih osebnih okoliščin, ki se manifestira kot prikrajšanje oziroma nižji delež izplačila poslovne uspešnosti, ki je sestavni del njihove plače.

*

Ker je Zagovornik ugotovil prikrajšanje oz. manj ugoden položaj oseb z določeno osebno okoliščino, je v nadaljevanju ugotavljal, ali merilo prisotnosti delavca na delu oz. odsotnosti z dela, od katerega je odvisna višina izplačane poslovne uspešnosti, objektivno temelji na legitimnem cilju in ali so sredstva za doseganje tega cilja ustrezna in nujno potrebna. Ugotavljal je torej, ali bi takšna neenaka obravnava lahko pomenila izjemo od prepovedi diskriminacije po drugem odstavku 6. člena ZVarD.

V skladu z določbo 40. člena ZVarD v postopkih varstva pred diskriminacijo velja pravilo obrnjenega dokaznega bremena, ki določa, da če so izkazana dejstva, ki upravičujejo domnevo, da je bila kršena prepoved diskriminacije, mora domnevni kršitelj dokazati, da v obravnavanem primeru ni kršil te prepovedi oziroma da je neenako obravnavanje dopustno in v skladu s tem zakonom. O tem je bila družba tudi izrecno poučena z dokumentom št. 0700-17/2021/5 z dne 26. 5. 2021.

Družba v tem postopku ni izkazala, niti ni zatrjevala obstoja izjeme, da bi pri izplačilu poslovne uspešnosti sledila legitimnemu cilju in da so sredstva za doseganje tega cilja ustrezna in nujno potrebna. Stališče družbe v tem postopku je, da ne gre za neenako obravnavo delavcev. Zagovornik zato ugotavlja, da družba v skladu s svojim dokaznim bremenom ni uspela izkazati, da bi bil način izplačevanja poslovne uspešnosti v družbi skladen z ZVarD, s čimer tudi ni uspela upravičiti izjeme od prepovedi posredne diskriminacije. Glede na navedeno je Zagovornik odločil, kot izhaja iz izreka te odločbe.

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

Pouk o pravnem sredstvu: Zoper to odločbo ni pritožbe, dovoljen pa je upravni spor. Upravni spor se sproži s tožbo, ki se vloži v 30 dneh od vročitve odločbe na Upravno sodišče Republike Slovenije, Fajfarjeva 33, 1000 Ljubljana. Tožba se vloži pri pristojnem sodišču neposredno pisno ali se mu pošlje po pošti. Tožba z morebitnimi prilogami se vloži najmanj v treh izvodih. Tožbi je treba priložiti tudi to odločbo v izvirniku ali prepisu.

Postopek vodila:
Sergeja Oštir
Samostojna Svetovalka Zagovornika

Miha Lobnik
ZAGOVORNIK NAČELA ENAKOSTI

Poslano:
- - osebno po ZUP,
-,
- zbirka dok. gradiva.