



Številka: 050-11/2020/16
Datum: 18. 6. 2020

Zadeva: Ocena diskriminatornosti 29. člena ZZVZZ in 137. člena ZDR-1 (vprašanje preprečevanja možne systemske diskriminacije samozaposlenih v času bolniške odsotnosti z dela do 30 dni)

Zagovornik načela enakosti (v nadaljevanju: Zagovornik) je dne 10. 4. 2019 prejel s strani Urške Čerče, stan. Meškova 3, 2380 Slovenj Gradec (v nadaljevanju: predlagateljica), kot tretje osebe predlog za obravnavo diskriminacije (v nadaljevanju: predlog), s katerim je opozorila na "šibko socialno varnost za prekarno zaposlene" – "bolniško" naj bi namreč dobili šele po 30 dneh, redno zaposleni pa takoj. To naj bi privedlo tudi do negativnih posledic za zdravje, saj trenutna ureditev sili ljudi, da delajo, tudi ko so bolni, obenem pa ogroža njihovo socialno varnost. V predlogu je označila kot osebni okoliščini družbeni položaj in premoženjsko stanje, kot obliki diskriminacije neposredno in posredno diskriminacijo ter kot področje družbenega življenja tisti, ki sta povezani z zaposlitvenimi pogoji in pogoji dela ter s socialno zaščito, vključno s socialno varnostjo in zdravstvenim varstvom.

*

Zagovornik ugotavlja ali ocenjuje dejansko stanje glede možnega obstoja diskriminacije v konkretni pravni oz. sistemski zadevi na podlagi z njo povezanih razpoložljivih podatkov ter ključnih določil, ki jih vsebuje Zakon o varstvu pred diskriminacijo (Uradni list RS, št. 33/16 in 21/18 – ZNOrg; v nadaljevanju: ZVarD).

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. Diskriminacija zaradi katere koli osebne okoliščine je prepovedana.

Pri diskriminaciji mora biti prav specifična osebna okoliščina (ali več njih) 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.

Diskriminacija se lahko dogaja na različnih področjih družbenega življenja, na katerih morajo sicer po 2. členu ZVarD državni organi, lokalne skupnosti, nosilci javnih pooblastil ter pravne in fizične osebe na vseh področjih oblastnega odločanja, delovanja v pravnem prometu in pri drugem svojem delovanju oziroma ravnanju v razmerju do tretjih oseb zagotavljati varstvo pred diskriminacijo oziroma enako obravnavanje vseh oseb. Ta področja so povezana zlasti: s pogoji za dostop do zaposlitve, samozaposlitve in poklica, vključno z izbirnimi merili in pogoji zaposlovanja, ne glede na vrsto dejavnosti in na vseh ravneh poklicne hierarhije, vključno z napredovanjem; z dostopom do vseh oblik in do vseh ravni karijerne orientacije in svetovanja, poklicnega in strokovnega izobraževanja in usposabljanja, nadaljnjega poklicnega usposabljanja in preusposabljanja, vključno z delovno prakso; z zaposlitvenimi

pogoji in pogoji dela, vključno s prenehanjem pogodbe o zaposlitvi in plačami; s članstvom in vključevanjem v organizacijo delavcev ali delodajalcev ali v vsako organizacijo, katere člani opravljajo določen poklic, vključno z ugodnostmi, ki jih zagotavljajo take organizacije; s socialno zaščito, vključno s socialno varnostjo in zdravstvenim varstvom; s socialnimi ugodnostmi; z vzgojo in izobraževanjem ter z dostopom do dobrin in storitev, ki so na voljo javnosti, vključno s stanovanji, in preskrbo z njimi. Sicer pa v širšem smislu ZVarD v svojem 1. členu določa varstvo pred diskriminacijo pri uresničevanju človekovih pravic in temeljnih svoboščin, pri uveljavljanju pravic in obveznosti ter v drugih pravnih razmerjih na političnem, gospodarskem, socialnem, kulturnem, civilnem ali drugem področju.

ZVarD opredeljuje več oblik diskriminacije, od katerih sta osnovni neposredna in posredna diskriminacija (6. člen). 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. 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. Poleg teh dveh oblik ZVarD predstavlja še druge oblike diskriminacije (7. člen). Nadlegovanje je nezaželeno ravnanje, povezano s katero koli osebno okoliščino, ki ima učinek ali namen ustvarjati zastrašujoče, sovražno, ponižujoče, sramotilno ali žaljivo okolje za osebo in žali njeno dostojanstvo (prvi odstavek 8. člena). Navodila za diskriminacijo so vsakršna navodila, katerih posledica je bila, je ali bi lahko bila diskriminacija v smislu ZVarD, kar vključuje tudi navodilo, da se diskriminacije ne prepreči oziroma odpravi (9. člen). Pozivanje k diskriminaciji pomeni vsako spodbujanje drugih oseb k dejanjem, katerih posledica je bila, je, ali bi lahko bila diskriminacija po določbah ZVarD (prvi odstavek 10. člena). Viktimizacija pa pomeni izpostavljanje diskriminirane osebe ali osebe, ki ji pomaga, neugodnim posledicam zaradi njenega ukrepanja, katerega namen je preprečiti ali odpraviti diskriminacijo (11. člen). V primerih, ko je diskriminacija večkratna zaradi več osebnih okoliščin hkrati, množična, ko je diskriminiranih več oseb hkrati, dolgotrajna oziroma ponavljajoča se, ali pa vsebuje ali bi lahko vsebovala težko popravljive posledice za diskriminirano osebo glede povzročitve škode njenemu pravnemu položaju, pravicam ali obveznostim, zlasti če je storjena v razmerju do otrok ali drugih slabotnih oseb, prepoznavamo t. i. hujše oblike diskriminacije (12. člen).

Obstajajo pa tudi izjeme od prepovedi neposredne diskriminacije, kakor to določa 13. člen ZVarD. Po splošnem določilu neenako obravnavanje zaradi določene osebne okoliščine ne pomeni diskriminacije po tem zakonu, če takšno različno obravnavanje temelji na legitimnem cilju in so sredstva za doseganje tega cilja ustrezna, potrebna in sorazmerna (prvi odstavek 13. člena).

*

Zagovornik je dne 18. 4. 2019 predlagateljici poslal svoje pojasnilo in zaprosilo za dopolnitev njenega predloga. Pri tem je pojasnil, da v predlogu predlagateljice kot t. i. »prekarno zaposlene« glede na opisano problematiko dejansko prepozna samozaposlene samostojne podjetnike (»s.p.«) oz. osebe, ki kot samozaposleni samostojno opravljajo dejavnost (v kulturi ipd.). Kot razlog možne diskriminacije, ko naj bi Republika Slovenija z obstoječo zakonsko ureditvijo domnevno postavljala v manj ugoden položaj samozaposlene osebe (torej v smislu posredne diskriminacije), je Zagovornik prepoznal več možnih osebnih okoliščin (v intersekciji), in sicer določenih vrst izobrazbe (kot varovane osebne okoliščine po ZVarD), ki se povezujejo z določenimi poklici, ki zaradi določenih relativno dalj časa trajajočih gospodarskih razmer zahtevajo samozaposlitev. Zagovornik je že tedaj opozoril, da poklica in vrste zaposlitve samostojno za osebni okoliščini sicer ne moremo šteti. Obenem pa se vse te osebne okoliščine lahko povezujejo še z določenim (slabšim) družbenim položajem oz. premoženjskim stanjem, ki ju je v predlogu že izpostavila predlagateljica (in sta prav tako po ZVarD posebej varovani osebni okoliščini).

Problematične so zlasti situacije, ko samozaposleni (s.p., v kulturi ipd.) nima dovolj sredstev iz naslova premoženja (prihrankov), s katerimi bi lahko ekvivalentno pokrival svoje življenjske stroške v času potrebne odsotnosti z dela oz. neopravljanja svoje dejavnosti zaradi zdravstvenega stanja (»bolniške odsotnosti«), kakor sicer delavec skladno s pravicami iz delovnega razmerja prejema nadomestilo plače s strani delodajalca iz njegovih sredstev. Zaradi takšne situacije se takšne osebe lahko znajdejo v socialni oz. finančno-materialni stiski (če so odsotne z dela oz. ne opravljajo svoje dejavnosti) ali pa je ogroženo njihovo zdravje (če z dela takrat niso odsotne oz. svojo dejavnost naprej opravljajo). Gre torej za vprašanje domnevno neenakega uživanja pravic na področju zdravstvenega varstva in socialne varnosti, v povezavi s pravicami iz dela.

Predlagateljica je v odgovoru Zagovorniku pojasnila, da se strinja s takšnim razumevanjem situacije.

Tako je Zagovornik skladno s prvim odstavkom 34. člena in 38. člena ZVarD začel obravnavo diskriminacije po uradni dolžnosti – kot postopek ocene diskriminatornosti sistemske pravne ureditve oz. konkretnih zakonskih določil¹. Zagovornik je namreč prepoznal, da je zadeva pomembna in v interesu Zagovornikove skrbi za zaščito oseb z določenimi osebnimi okoliščinami (zgoraj opisana intersekcija), ki so socialno oz. finančno-materialno šibkejše. Gre za sistemsko vprašanje ustreznosti ali neustreznosti obstoječe pravne ureditve. **Zagovornik je tako predvsem preverjal možno diskriminatornost določil 29. člena Zakona o zdravstvenem varstvu in zdravstvenem zavarovanju** (Uradni list RS, št. 72/06 – uradno prečiščeno besedilo, 114/06 – ZUTPG, 91/07, 76/08, 62/10 – ZUPJS, 87/11, 40/12 – ZUJF, 21/13 – ZUTD-A, 91/13, 99/13 – ZUPJS-C, 99/13 – ZSVarPre-C, 111/13 – ZMEPIZ-1, 95/14 – ZUJF-C, 47/15 – ZZSDT, 61/17 – ZUPŠ in 64/17 – ZZDej-K; v nadaljevanju: ZZVZZ) **in tretjega odstavka 137. člena Zakona o delovnih razmerjih** (Uradni list RS, št. 21/13, 78/13 – popr., 47/15 – ZZSDT, 33/16 – PZ-F, 52/16 in 15/17 – odl. US; v nadaljevanju: ZDR-1). Oboje pa je postavil še v širši sistemski kontekst pravne ureditve v Republiki Sloveniji.

Po 29. členu ZZVZZ² gre nadomestilo med začasno zadržanostjo z dela zavarovancem na podlagi mnenja osebnega zdravnika oziroma pristojne zdravniške komisije od 31. dne zadržanosti od dela. Po tretjem odstavku 137. člena ZDR-1³ pa delodajalec delavcu v primerih njegove nezmožnosti za delo zaradi poškodbe ali bolezni izplačuje nadomestilo plače iz lastnih sredstev do 30 delovnih dni za posamezno odsotnost z dela.

Zagovornik je v prvem delu postopka preverjal, kako ti dve določili (negativno) učinkujeta na dejanski zdravstveno-varstveni in socialno-varnostni položaj zgoraj predstavljene skupine oseb, tj. samozaposlenih delavcev. Pri tem je naslovil dodatna vprašanja na pristojne institucije z namenom pridobiti širši vpogled v izpostavljeno problematiko. V drugem delu pa je preiskoval, ali nenazadnje v slovenskem pravnem redu že obstajajo predvideni ukrepi, ki lahko negativne učinke omenjenih zakonskih določil na predstavljeno skupino

¹ Ta postopek Zagovornik ne vodi kot »klasičen« postopek ugotavljanja diskriminacije, ki ga sicer vodi v skladu z Zakonom o upravnem postopku (ZUP) in zaključuje z upravnim aktom (odločbo ali sklepom).

² »Nadomestilo gre zavarovancem na podlagi mnenja osebnega zdravnika oziroma pristojne zdravniške komisije:

- od prvega dne zadržanosti od dela zaradi presaditve živega tkiva in organov v korist druge osebe, posledic dajanja krvi, nege ožjega družinskega člana, izolacije in spremstva, ki ju odredi zdravnik ter poškodb, nastalih v okoliščinah iz 18. člena tega zakona;

- od 31. dne zadržanosti od dela v vseh drugih primerih. (delno se preneha uporabljati)

Zavarovancu pripada nadomestilo za delovne dneve oziroma delovne ure, ko je zadržan od dela, kot tudi za praznične in druge dela proste dni, določene z zakonom.«

³ »Delodajalec izplačuje nadomestilo plače iz lastnih sredstev v primerih nezmožnosti delavca za delo zaradi njegove bolezni ali poškodbe, ki ni povezana z delom, in sicer do 30 delovnih dni za posamezno odsotnost z dela, vendar največ za 120 delovnih dni v koledarskem letu. V primerih nezmožnosti za delo delavca zaradi poklicne bolezni ali poškodbe pri delu, izplačuje delodajalec nadomestilo plače delavcu iz lastnih sredstev do 30 delovnih dni za vsako posamezno odsotnost z dela. V času daljše odsotnosti z dela izplača delodajalec nadomestilo plače v breme zdravstvenega zavarovanja.«

samozaposlenih delavcev kakorkoli ublažijo ter tako dejansko preprečujejo njihovo posredno diskriminacijo. Na tej podlagi je nazadnje ocenil morebitno diskriminatornost omenjenih zakonskih določil.

*

Zagovornik je v mesecu maju 2019 več institucijam poslal svojo kratko predstavitev zadevne problematike in jih zaprosil za komentarje in opredelitve ter za posredovanje možnih raziskav na to temo in predlogov možnih sistemskih rešitev. Za odgovore je tako zaprosil Ministrstvo za zdravje (MZ), Ministrstvo za delo, družino, socialne zadeve in enake možnosti (v nadaljevanju: MDDSZ), Nacionalni inštitut za javno zdravje (v nadaljevanju: NIJZ), Mirovni inštitut (konkretno dr. Majdo Hrženjak; v nadaljevanju: MI), Inštitut za študije prekariata (v nadaljevanju: IZSP) in Fakulteto za družbene vede (konkretno profesorja dr. Miroslava Stanojevića; v nadaljevanju: FDV). Odgovore je Zagovornik prejel s strani vseh inštitucij, razen IZSP in profesorja FDV.

Odgovor MI (dr. Majda Hrženjak):

Dne 15. 5. 2019 je Zagovornik prejel odgovor dr. Majde Hrženjak iz Mirovnega Inštituta. V njem posebej opozarja, da je potrebno pri predmetni zadevi bistveno upoštevati, da je del samozaposlenih dejansko »lažno samozaposlenih«. Gre za osebe, ki bodisi same nasprotujejo redni zaposlitvi, ker status samozaposlenega prinaša višje dohodke zaradi različne obdavčitve dohodkov po delovno-pravni in civilno-pravni zakonodaji, bodisi jih delodajalci »prisilno« samozaposlujejo, ker to delodajalcem (kot »naročnikom« storitev samozaposlenih kot »podjetnikov«) omogoča nižje stroške dela. Predvideva se, da naj bi bilo takih samozaposlenih 25% od vseh. Tako dr. Hrženjak meni, da bi bilo potrebno urediti delovno-pravni status teh oseb, ki bi morale biti dejansko redno zaposlene. Pristojna inšpekcijska služba (tj. Inšpektorat Republike Slovenije za delo; v nadaljevanju: IRSD) bi morala sankcionirati takšno zaposlitev po civilno-pravnem razmerju, kadar je očitno, da gre dejansko za delovno-pravno razmerje. Gre namreč za primere, kot izpostavi dr. Hrženjak, ko samostojni podjetnik ne ponuja svojih storitev na trgu, ampak kontinuirano opravlja delo za istega naročnika, po njegovih navodilih in nadzoru, kar pomeni, da je vključen v naročnikov organiziran delovni proces⁴.

To pomeni, da je podjetniška oblika poklica takrat zgolj fiktivna, vsebinsko pa gre dejansko za delavca naročnika, ki bi moral biti njegov delodajalec. Na podlagi zakonodajne zaščite delavca se takšno delo ne sme opravljati na podlagi pogodb civilnega prava (podjetnik – naročnik), če ima razmerje elemente delovnega razmerja, kot to določa zakon (drugi odstavek 13. člena ZDR-1)⁵. Delovno razmerje pa po zakonu (4. člen ZDR-1) pomeni razmerje med delavcem in delodajalcem, v katerem se delavec prostovoljno vključi v organiziran delovni proces delodajalca in v njem za plačilo, osebno in nepretrgano opravlja delo po navodilih in pod nadzorom delodajalca. Dr. Hrženjak zato opozori, da lahko samostojni podjetnik, če razmerje med njim in naročnikom njegovih storitev vsebuje vse elemente delovnega razmerja, naročnika kot po naravi njunega razmerja dejansko podjetnikovega delodajalca iztoži⁶ (to pa naj bi veljalo tudi za druga civilno-pravna razmerja

⁴ Gre za naravo razmerja, ki obsega elemente delovnega razmerja in torej ne gre le za možno ekonomsko odvisnost samozaposlenega od enega naročnika v primeru, ko od njega letno pridobi najmanj 80% vseh svojih dohodkov, a delo še vedno opravlja samostojno (je pa »že« v tem razmerju takšna samozaposlena oseba deležna omejenega delavnopravnega varstva, kot to določa 214. člen ZDR-1).

⁵ »Če obstajajo elementi delovnega razmerja v skladu s 4., v povezavi z 22. oziroma 54. členom tega zakona, se delo ne sme opravljati na podlagi pogodb civilnega prava, razen v primerih, ki jih določa zakon.« 4., 22. in 54. člen ZDR-1 določajo definicijo delovnega razmerja, pogoje za sklenitev pogodbe o zaposlitvi in izjemne situacije, v katerih je možna sklenitev pogodbe o zaposlitvi za določen čas. V zvezi z določbo 13. člena opravlja inšpekcijski nadzor nad njenim izvajanjem IRSD, ki lahko skladno s 3. točko prvega odstavka 217. člena ZDR-1 delodajalca kot kršitelja kaznuje z globo od 3.000 do 20.000 EUR.

⁶ Skladno z 200. členom ZDR-1, ki opredeljuje uveljavljanje pravic pri delodajalcu in sodno varstvo. Tako bi predvidoma lahko ravnal prisilno »lažno samozaposleni«, v kolikor bi dokazoval oz. bi predhodno IRSD ugotovil elemente delovnega razmerja med njim in njegovim »naročnikom«.

prekarno zaposlenih delavcev – kot so dela po avtorski ali podjemni pogodbi ter študentsko delo, kadar gre dejansko za delovna razmerja).

Med ostalimi osebami, ki pa so (ne lažno) samozaposlene, pa, kot poudari dr. Hrženjak, dejansko obstajajo tiste, ki so v primerjavi z redno zaposlenimi v neenakem položaju in pogosto v stiski zaradi obstoječe regulacije glede njihove pravice do »plačanega bolniškega dopusta«. Veliko takšnih samozaposlenih oseb dela na področju kulture in obrtniških storitev (majhnega podjetništva).

Odgovor NIJZ:

Dne 20. 5. 2019 je Zagovornik prejel odgovor NIJZ. V njem NIJZ sporoča, da v okviru svojih zakonskih pristojnosti upravlja zbirko osebnih podatkov Evidenca začasne in trajnejše odsotnosti z dela zaradi bolezni, poškodb, nege, spremstva in drugih vzrokov, na podlagi katere pripravlja različne analize bolniškega staleža. Tako je NIJZ Zagovorniku posredoval pregled bolniških odsotnosti o določenih kategorijah zaposlenih oseb za vsako leto od leta 2010 do leta 2017, in sicer ločeno za odsotnosti z dela do 30 dni in odsotnosti z dela nad 30 dni. Iz podatkov, ki temeljijo na primerjavi med s.p. in podobnimi kategorijami (samozaposlenih) ter celotno delovno populacijo v Sloveniji, je razvidno, kakor posebej poudari NIJZ, da so deleži bolniškega staleža med s.p. (in osebami s podobnimi statusi) do 30 dni (odsotnosti z dela) bistveno nižji od siceršnjih vrednosti za Slovenijo. Indeksi bolniškega staleža nad 30 dni pa se skoraj približajo (siceršnjim) vrednostim za Slovenijo. Vendar pa NIJZ, kot nazadnje navede v svojem odgovoru Zagovorniku, do zadevne problematike ni zavzel uradnega stališča, zato zaenkrat tudi (še) ni predlagal nobenega sistemskega ukrepa.

Odgovor MZ:

Dne 31. 5. 2019 je Zagovornik prejel odgovor MZ. V njegovem uvodu MZ poudari, da se zaveda problematike prekarnih delavcev in da je kot član medresorske skupine vključeno v sistemsko načrtovanje in iskanje ukrepov proti prekarnosti v Sloveniji.

Potem pa MZ nadaljuje z izrazom nestrinjanja z Zagovornikovo začetno oceno možne diskriminatornosti določb 29. člena ZZVZZ. Pri tem poudari, da ZZVZZ v 29. členu vse zavarovance obravnava enako. Tako v drugi alineji 29. člena ZZVZZ, kot navaja MZ, ne vključuje morebitnih razlikovalnih okoliščin posamezne osebe glede zaposlitve ali samozaposlitve, temveč le določa, da se nadomestilo med začasno zadržanostjo od dela od 31. dneva zadržanosti od dela za vse zavarovance krije iz obveznega zdravstvenega zavarovanja v vseh drugih primerih, ki niso navedeni v prvi alineji prvega odstavka 29. člena (torej ko ne gre za presaditve živega tkiva in organov v korist druge osebe, posledic dajanja krvi, nege ožjega družinskega člana, izolacije in spremstva, ki ju odredi zdravnik ter poškodb, nastalih v posebnih okoliščinah (iz 18. člena ZZVZZ). V tem MZ prepoznava izrazito nediskriminatornost 29. člena ZZVZZ.

Ko pa MZ obravnava Zagovornikovo začetno oceno možne posredne diskriminacije samozaposlenih za obdobje do 30 dni zadržanosti od dela (oz. začasne nezmožnosti za delo zaradi bolezni ali poškodbe), pa navede, da to ni predmet urejanja pravic na zdravstvenem področju oziroma pravic iz obveznega zdravstvenega zavarovanja, temveč gre za pravico do nadomestila plače za čas odsotnosti zaradi bolezni ali poškodbe delavca, ki je pravica iz delovnega razmerja (po 137. členu ZDR-1). Zato pa naj bi MZ na »očitke« o tej posredni diskriminaciji težko odgovarjalo. Kljub temu MZ v svojem odgovoru nadalje pojasni, da je zgodovinski razlog za omenjeno ureditev dejstvo, da je delodajalec dolžan skrbeti za zdravje delavcev. Tako se mu z omenjeno dolžnostjo plačila nadomestila plače po ZDR-1 nalaga odgovornost za skrb in zdravje zavarovanca, poudari MZ ter nadaljuje: »Razlogi začasne zadržanosti od dela zaradi bolezni ali poškodbe so velikokrat na strani delodajalca. Tako na zviševanje absentizma med drugim vpliva tudi odsotnost ustreznih strukturnih ukrepov za

prilagoditev delovnih mest starajoči se populaciji, odsotnost ustreznih ukrepov s področja zdravja in varnosti pri delu, ko gre za izboljševanje pogojev dela in razmer po posameznih dejavnostih, kar vse je obveznost delodajalca v skladu z zakonodajo s področja varstva in zdravja pri delu in delovno pravno zakonodajo. Če bi to odgovornost delodajalcem odvzeli ali zmanjšali in celotno ali delno breme nadomestila plače prenesli na obvezno zdravstveno zavarovanje, bi se negativne posledice nezadostne skrbi delodajalca za zagotovitev varnosti in zdravja delavcev ter drugih oseb, ki so navzoče v delovnem procesu prenesle v solidarnostni sistem obveznega zdravstvenega zavarovanja, kar pa ni skladno z namenom tega zavarovanja. Obstoječa ureditev v Republiki Slovenije je glede obdobja, za katero delodajalec zagotavlja nadomestilo, primerljiva tudi z ureditvijo v drugih evropskih državah, kot so npr. Avstrija, Nemčija, Belgija, Italija.«

Poleg tega pa MZ še poudari, da v kolikor bi se breme plačila nadomestila plače zaradi bolezni ali poškodbe od 1. dne naprej preneslo na obvezno zdravstveno zavarovanje, bi takšna rešitev hudo obremenila sistem obveznega zdravstvenega zavarovanja. Tako MZ navaja: »Krajše obdobje izplačevanja nadomestila v breme delodajalca ali celo izključitev tega obdobja za samozaposlene osebe ali družbenika bi torej pomenila širitev te pravice v breme obveznega zdravstvenega zavarovanja. Glede na omejena sredstva obveznega zdravstvenega zavarovanja bi to posledično pomenilo, da bi se morale bistveno krčiti zdravstvene storitve, ki so pravica iz obveznega zdravstvenega zavarovanja, bodisi njihov obseg (še dodatno podaljšanje čakalnih dob) bodisi vrste (npr. opustitev uvedbe novih zdravstvenih storitev ali metod zdravljenja, novih zdravil, novih medicinskih pripomočkov).« To pa je za MZ nesprejemljivo. Obenem MZ izrazi še svoje mnenje, da v kolikor bi le za skupino samozaposlenih spremenili in razširili pravico do nadomestila zaradi začasne zadržanosti od dela, bi omenjeno te osebe postavilo v privilegirani položaj, kar pa naj bi bilo prav tako nesprejemljivo.

Nazadnje MZ izrazi upanje, da je uspelo Zagovorniku dovolj jasno in razumljivo predstaviti, zakaj meni, da ZZZV ni diskriminatoren ter da bi vsakršno drugačno urejanje omenjene pravice predstavljalo hud poseg v ostale pravice iz obveznega zdravstvenega zavarovanja. Obenem pa še ponovno poudari, da se strinja, da je problem prekarnosti v Sloveniji pereč in da je nujno hitro poiskati in izvesti ukrepe, ki bodo samozaposlene osebe postavile v enakopraven položaj z zaposlenimi.

Odgovor MDDSZ:

Dne 12. 6. 2019 je Zagovornik prejel še odgovor MDDSZ. Le-to najprej predstavi pravne podlage glede predmetne zadeve, predvsem določil ZDR-1, tj. njegovega 167⁷. in 137. člena, v povezavi z določbami ZZZV ter Pravil obveznega zdravstvenega zavarovanja (Uradni list RS, št. 79/94, s sprem. in dopolnitvami). Potem pa MDDSZ poudari, da je pravico do odsotnosti z dela zaradi bolezni ali poškodbe ter posledično pravico do nadomestila plače potrebno primarno razumeti kot delovno-pravno upravičenje – torej kot pravico, do katere je upravičen delavec iz delovnega razmerja. Status samostojnega podjetnika kot osebe, ki na trgu samostojno opravlja dejavnost pa izhaja iz Zakona o gospodarskih družbah (Uradni list RS, št. 65/09, s sprem. in dopolnitvami). V okviru ZZZV spadajo te osebe v posebno kategorijo zavarovancev⁸ (ki ni ista od kategorije oseb, ki so v delovnem razmerju⁹). Upravičenja iz naslova zdravstvenega zavarovanja teh oseb ureja ZZZV (dejansko pa niso neposredno povezana tudi z ZDR-1). Tako se MDDSZ ograjuje od svoje morebitne pristojnosti glede vprašanja možne diskriminacije samozaposlenih in Zagovornika napoti na MZ (ki pa ga je Zagovornik predhodno že povprašal za mnenje).

⁷ Prvi odstavek: "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."

⁸ 5. točka 15. člena ZZZV: »osebe, ki na območju Republike Slovenije samostojno opravljajo gospodarsko ali poklicno dejavnost kot edini ali glavni poklic«

⁹ 1. točka 15. člena ZZZV

Zagovornik na podlagi predstavljenih odgovorov institucij in nekaterih drugih virov ugotavlja sledeče:

V letu 2019 je bilo v Sloveniji po registrskih virih SURS 92.320 samozaposlenih. Od tega 66.132 samostojnih podjetnikov posameznikov, 6.580 oseb, ki opravljajo poklicno dejavnost in 19.609 kmetov. Od leta 2005 do 2019 se je delež samozaposlenih povečal za 13,3 odstotke.¹⁰ Glede na kazalnike o bolniškem staležu lahko ugotovimo, da samostojni podjetniki odhajajo v bolniški stalež redkeje, vendar za precej daljši čas. Raziskovalci sklepajo, da samostojni podjetniki potrebujejo bolniški stalež le v primerih hudih bolezni, ki zahtevajo agresivno zdravljenje v bolnišnici ter da ga redkeje potrebujejo zaradi bolezni dihal in krajših bolezni. Poleg tega iz podatkov NIJZ predvidevajo, da samozaposleni poškodbe in zastrupitve pri delu redkeje prijavljajo.¹¹

Sledeč pojasnilom MDDSZ Zagovornik najprej ugotavlja, da pravni sistem samozaposlene osebe obravnava na način, ki ni primerljiv redno zaposlenim. Ker gre večinoma za podjetnike, ti niso v klasičnem delovnem razmerju (kot to določa ZDR-1), ne z naročnikom (storitev ali proizvodov) ne s samim seboj. Čeprav bi z ozirom na to drugo »razmerje« vendarle lahko trdili, da so samozaposleni na nek način hkrati sami sebi »delodajalci« in »delavci«. Pravna ureditev predvideva, da morajo poskrbeti sami zase, kot mora sicer delodajalec poskrbeti za delavca, tudi takrat, ko gre za vprašanje skrbi za svoje zdravje. Na tem mestu Zagovornik sledi razlagi MZ o obveznosti delodajalca, da skrbi za zdravje svojega delavca, ter z ozirom na to plačuje delavcu tudi nadomestilo plače do 30 dni odsotnosti z dela zaradi bolezni ali poškodbe. V trenutnem sistemu je predvideno, da naj samozaposleni poskrbi, da ima iz naslova svojih finančnih prilivov privarčevanih dovolj sredstev, da bi si z njimi tudi v času neopravljanja svoje dejavnosti zaradi bolezni ali poškodbe lahko kril stroške za preživljanje.

V zvezi z navidezno samozaposlenimi, ki delajo v prikritem delovnem razmerju (in sicer tistimi, ki jim je bila taka oblika zaposlitve vsiljena) Zagovornik ocenjuje, da možnost iztožiti obstoj klasičnega delovnega razmerja pred delovnim sodiščem sicer obstaja,¹² vendar se ni mogoče zanašati, da bo ta možnost množično uporabljena in da se bo prek nje sistem fiktivno samozaposlenih izkoreninil oziroma rešil problem nedostopnega bolniškega staleža v trajanju do 30 dni za tiste, ki si ga ne morejo privoščiti. V tem smislu Zagovornik ugotavlja, da si v smislu dostopa do bolniškega staleža do 30 dni fiktivni in ostali samozaposleni niti niso različni. Razlika se dejansko pokaže predvsem v tem, ali ima samozaposleni dovolj dostopnih rezervnih sredstev, da si bolniški stalež in s tem izpad dohodka do 30 dni lahko privoščijo ali ne.

Posledično mora Zagovornik razločevati med samozaposlenimi, katerih socialno-varnostni oz. zdravstveno-varstveni položaj je dejansko ogrožen v času neopravljanja dejavnosti zaradi bolezni ali poškodbe, in med samozaposlenimi, pri katerih do te ogroženosti v času neopravljanja dejavnosti zaradi bolezni ali poškodbe ne prihaja. Slednji so namreč tisti, ki imajo dovolj finančnih sredstev, s katerimi lahko krijejo redne stroške za preživljanje – kot že sicer v času opravljanja dejavnosti, tako tudi v času neopravljanja dejavnosti (torej tako kot v delovnem razmerju delodajalec sicer priskrbi za delavca dovolj finančnih sredstev za njegove plače in nadomestila plače). Ni pa jasnega podatka, kolikšen delež teh oseb v času svoje bolezni ali poškodbe vseeno opravlja svojo dejavnost (čeprav bi bilo z vidika varstva in zdravja pri delu ustrežnejše, če dejavnosti takrat ne bi opravljali). Povsem mogoče je, da je

¹⁰ Statistični urad Republike Slovenije. Število delovno aktivnega prebivalstva po spolu, Slovenija, letno. Dostopno na: https://pxweb.stat.si/SiStatDb/pxweb/sl/10_Dem_soc/10_Dem_soc_07_trg_dela_05_akt_preb_po_regis_virih_01_07753_aktivno_preb_letno_povp/0775315S.px/table/tableViewLayout2/.

¹¹ Kresal, Katarina Šoltes, Grega Strban, Polona Domadenik. 2020. Prekarno delo: multidisciplinarna analiza jubljana: Pravna fakulteta, Založba Pravne fakultete: Ekonomska fakulteta, Založništvo.

¹² Glej opombi št. 4. in 5.

tudi zato in tudi zaradi nekoriščenja bolniške odsotnosti (prek osebnega zdravnika in vpisa v ustrezno evidenco) delež bolniško odsotnih samozaposlenih oseb v času do 30 dni v primerjavi s slovenskim povprečjem pri delovno aktivni populaciji po podatkih NIJZ tako nizek.

Za nekatere samozaposlene, ki za koriščenje bolniške odsotnosti do 30 dni dejansko nimajo dovolj privarčevanih sredstev (ker njihovo poslovanje ni tako uspešno)¹³, sicer obstajajo mehanizmi, ki zagotavljajo socialno varnost. Gre za instituta izredne in redne denarne socialne pomoči iz Zakona o socialno varstvenih prejemkih (Uradni list RS, št. 61/10, 40/11, 14/13, 99/13, 90/15, 88/16, 31/18 in 73/18; v nadaljevanju: ZSVarPre). Izredna denarna socialna pomoč se lahko zagotavlja tudi zaposlenim osebam (v okviru njihove materialne ogroženosti oz. dejanske nezmožnosti preživljanja, tudi v partnerski oz. družinski skupnosti). V primerih daljšega obdobja izpada dohodka oz. slabih dobičkov (samozaposlenih), pa je povsem mogoče, da bi nekateri zaposleni (oz. samozaposleni) lahko bili (kot samske osebe oz. v partnerski ali družinski skupnosti – z ozirom na položaj tudi drugih oseb znotraj skupnosti) upravičenci tudi do redne denarne socialne pomoči (vsaj za določeno obdobje delovne/tržne krize). Ti instituti so na voljo samozaposlenim, ki bi bili zaradi svojega premoženjskega stanja v slabšem položaju od ostalih samozaposlenih. Zagovornik tako ugotavlja, da dejansko obstaja institut državne pomoči v Republiki Sloveniji, ki lahko pomaga samozaposlenim, kadar se zaradi spleta svojih osebnih okoliščin (izobrazbe, omejene izbire poklica in načina zaposlitve, družbenega položaja in premoženjskega stanja) ter družbene situacije, »na katero sami ne morejo vplivati«¹⁴ (npr. zaradi razmer na trgu ali pa tudi višje sile, naravne nesreče ipd.) znajdejo v položaju, ko si iz lastnih sredstev iz naslova dohodkov oz. dobičkov in premoženja ne morejo zagotavljati preživetja (sebe in svojih partnerjev oz. drugih družinskih članov). To velja tudi za situacije, ko zaradi svoje bolezni ali poškodbe (torej svojega zdravstvenega stanja) v času trajanja do 30 dni dejansko ne morejo oz. ne bi smeli opravljati dejavnosti.

Ob tem Zagovornik dodaja, da so ukrepi po ZSVarPre primarno namenjeni preprečevanju revščine in socialne izključenosti, medtem ko je bolniški stalež namenjen pokrivanju izpada dohodka v primeru bolezni ali poškodbe. Vprašanje pa je tudi, ali lahko posameznik v tem posebnem in težjem položaju, v obdobju svoje konkretne in neke specifične bolezni, to izredno pomoč sploh mobilizira.

Sistemsko ni dopustno, da se posameznik znajde v dilemi, »ali naprej bolan delati, da se lahko preživljam, a s tem ogrožam svoje zdravje, ali pa vendarle prebolevati bolezen brez dela, zaradi česar pa bom trpel pomanjkanje«. **Zagovornik tako opaža pomanjkanje posebnega mehanizma, ki bi celotni skupini samozaposlenih olajšal in jamčil materialne pogoje za koriščenje bolniškega staleža do 30 dni in jih postavil v položaj, primerljiv zaposlenim osebam.**

V zadnjih letih je bilo v tej smeri kar nekaj poskusov spreminjanja ZZVZZ, ki pa niso bili uspešni. S strani različnih političnih skupin kot tudi s strani interesnih združenj je bilo predlagano, da bi se samozaposlenim stroški odsotnosti z dela za čas bolezni ali poškodbe krili iz naslova obveznega zdravstvenega zavarovanja že pred 31. dnem.¹⁵

¹³ Saj prejemajo (pre)malo naročil ali pa naročniki njihove storitve (pre)slabo plačujejo, morda celo z zamudami ipd., ter tako ustvarjajo slabše dobičke.

¹⁴ 2. člen ZSVarPre: »Denarna socialna pomoč in varstveni dodatek sta socialno varstvena prejemka, namenjena tistim posameznikom ali posameznicam [...], ki si materialne varnosti ne morejo zagotoviti zaradi okoliščin, na katere sami ne morejo vplivati.«

¹⁵ Leta 2017 je npr. stranka Levice predlagala, da bi se samozaposlenim lahko nadomestilo po ZZVZZ začelo izplačevati že s četrtnim dnem bolniške odsotnosti, stranka Nova Slovenija pa je predlagala začetek izplačevanja nadomestila po ZZVZZ za samozaposlene s 15. dnem. V Obrtniško podjetniški zbornici naj bi se prav tako že vrsto let zavzemali za spremembo ZZVZZ v smeri plačila nadomestila samozaposlenim pred 31. dnem. Glej npr. <https://mladipodjetnik.si/novice-in-dogodki/novice/bolnisko-nadomestilo-za-samozaposlene> in <https://www.domovina.je/samozaposlenih-v-kulturi-vse-vec-so-izjema-pri-bolniskem-nadomestilu-vecini-drzava-placuje-prispevke/> (v slednjem novinarskem prispevku je predstavljena tudi možnost, ki jo samozaposlenim v kulturi nudi Ministrstvo za kulturo, kadar njihovo delo pomeni izjemni kulturni prispevek ali pa v kulturi

*

Zagovornik je v nadaljevanju ocenjeval, ali je status samozaposlenega osebna okoliščina v smislu ZVarD. Kljub temu, da pri samozaposlenih lahko obstaja določena intersekcija osebnih okoliščin (zlasti izobrazbe in premoženjskega stanja), pa jim je zaradi raznolikosti med samozaposlenimi skupen le zaposlitveni status, torej dejstvo, da so samozaposleni in ne zaposleni. Položaj samozaposlenih se v obravnavani zadevi primerja s položajem zaposlenih – oni so tisti, ki jim mora nadomestilo dohodka za čas bolniškega staleža zagotoviti delodajalec, medtem ko si ga morajo samozaposleni zagotoviti sami, zaradi česar so v slabšem položaju. Vprašanje, ki se postavlja, je, ali je samozaposlenost osebna okoliščina.

Zagovornik ocenjuje, da statusa samozaposlenega ni mogoče šteti za osebno okoliščino v smislu ZVarD. Osebne okoliščine so, kot izhaja iz obrazložitve predloga ZVarD, prirojene ali pridobljene osebne značilnosti, lastnosti, stanja ali statusi, ki so praviloma trajno in nerazdružljivo povezani z določenim posameznikom in njegovo osebnostjo, zlasti identiteto, ali pa jih posameznik ne spreminja zlahka. Izrecno naštete osebne okoliščine (spol, narodnost, rasa ali etnično poreklo, jezik, vera ali prepričanje, invalidnost, starost, spolna usmerjenost, spolna identiteta in spolni izraz, družbeni položaj, premoženjsko stanje, izobrazba) kažejo na to, kakšna naj bo narava značilnosti posameznika, da jih je mogoče šteti za osebne okoliščine v smislu ZVarD. ZVarD sicer vsebuje odprt seznam osebnih okoliščin, ki jim je mogoče dodajati tudi druge osebne okoliščine, vendar morajo biti sorodne tistim, ki so že naštete. Zagovornik je tako doslej kot druge okoliščine štel zdravstveno stanje, nosečnost, starševstvo, kraj bivanja in državljanstvo. Za vse naštete je štel, da so prirojene oziroma pridobljene ter takšne, da od posameznika ni mogoče zahtevati, da se jim odreče in da so vezane na njegovo identiteto.

Status samozaposlenega je sicer pridobljen, ni pa trajno povezan z osebo in ni vezan na identiteto posameznika. Medtem, ko so nekateri v ta status prisiljeni, ker drugače ne morejo delati in se preživeti, je status samozaposlenega načeloma mogoče spreminjati in je lahko odvisen od proste izbire posameznika. Zato ni mogoče enoznačno in za vse enako zaključiti, da gre pri samozaposlenih za tak status, ki je na način kot ostale z zakonom določene osebne okoliščine povezan z identiteto osebe in ki je trajno povezan s to osebo.

Zaradi navedenega Zagovornik ocenjuje, da 137. člen ZDR-1 in 29. člen ZZVZZ ne pomenita diskriminacije v smislu ZVarD, za katere presojo je pristojen Zagovornik.

V zvezi s tem Zagovornik opozarja, da ima samozaposleni sicer kot »sam sebi delodajalec« v analogiji z obveznostmi delodajalca iz delovnega razmerja nalogo kritja stroškov v času neopravljanja dejavnosti zaradi bolezni ali poškodbe do 30 dni (kakor je za delavca to dolžan poskrbeti delodajalec). Ker pa podatki kažejo, da je samozaposlenih, ki koristijo bolniški stalež do 30 dni, bistveno manj kot zaposlenih, je potrebno raziskati vzroke za to, predvsem pa vzpostaviti mehanizme, ki bodo naslovili težave na tem področju.

Prav tako pa je potrebno s pomočjo učinkovitejšega izvajanja inšpekcijskega nadzora čimbolj omejiti pojav t.i. prikritih delovnih razmerij oziroma vsiljenega spreminjanja oblike rednega dela v navidezne samozaposlitve.

Pripravil:
Aljoša Gadžijev
Svetovalec Zagovornika I

Miha Lobnik
ZAGOVORNIK NAČELA ENAKOSTI

opravljajo deficitarni poklic, skladno z Zakonom o uresničevanju javnega interesa za kulturo (ZUJIK) – takrat naj bi jim država nudila kritje stroškov tudi za prvih 30 dni bolniške odsotnosti, če so bili zaradi bolezni ali poškodbe za delo nezmožni dlje od 30 dni).

Dr. Neža Kogovšek Šalamon
Vodja oddelka za ugotavljanje
diskriminacije in zagovorništvo

Poslano:
– zbirka dok. gradiva.