



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

Zadeva: 0700-4/2021/8
Datum: 7. 9. 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 Pravilniku za izplačilo 13. plače, ki so vezani na prisotnost posameznega delavca na delu na način, da se višina izplačila poslovne uspešnosti delavcu zniža ob vsakokratni bolniški odsotnosti, v primeru, da je delavec odsoten zaradi zdravstvenih razlogov več kot trikrat, pa do izplačila sploh ni upravičen, **kršilo prepoved neposredne diskriminacije na podlagi osebne okoliščine zdravstvenega stanja, po prvem odstavku 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 so zaposleni za leto 2020 prejeli sorazmerno božičnico, zmanjšano glede na odsotnost iz zdravstvenih razlogov. Prijavitelj je zatrjeval diskriminacijo zaradi zdravstvenega stanja.

Zagovornik je na podlagi obvestila prijavitelja, skladno s prvim odstavkom 34. člena ZVarD, v konkretni zadevi pričel s postopkom ugotavljanja morebitne diskriminacije po uradni dolžnosti. V okviru postopka ugotavljanja diskriminacije, ki ga vodi skladno z določbami 5. poglavja ZVarD (33.-37. člen) ter po določbah ZUP, je Zagovornik na podjetje naslovil Zaposilo za posredovanje dokumentacije in pojasnil (št. 0700-4/2021/2 z dne 14. 1. 2021).

Dne 22. 1. 2021 je Zagovornik prejel pojasnilo podjetja (*Odgovor na dopis št. 0700-4/2021/2*). V pojasnilu je podjetje navedlo, da se 13. plača izplača zaposlenim, kadar uspešnost poslovanja družbe to omogoča. V družbi decembra 2020 ni bila izplačana božičnica, temveč nagrada iz poslovne uspešnosti družbe (13. plača), ki je bila izplačana po kriterijih, določenih v Pravilniku za izplačilo 13. plače, ki ga je podjetje Zagovorniku priložilo k dopisu. Bolniške izostanke zaradi COVID-19 so v podjetju ocenili kot višjo silo in jih pri izračunu višine 13. plače niso upoštevali. V dopisu je navedeno še, da je dejavnost družbe urejala Kolektivna pogodba

za kemično in gumarsko industrijo, ki pa ni več v veljavi. S 1. 1. 2010 je bila s strani glavnega direktorja družbe odpovedana Podjetniška pogodba družbe, veljavna od 1. 1. 2005. Sedaj se na podlagi odpovedane kolektivne pogodbe upošteva dogovor med delodajalcem in sindikatом. Kakršnokoli diskriminacijo zaposlenih je podjetje v celoti zavrnilo.

Podjetje je pojasnilo še, da je bil Pravilnik za izplačilo 13. plače (v nadaljevanju: Pravilnik) sprejet na osnovi 126. člena 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) in 12. točke 1. odstavka 44. člena Zakona o dohodnini (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, 28/19 in 66/19, v nadaljevanju: ZDoh-2) ter v skladu s sklepom upravnega odbora z dne 6. 10. 2020. V njem je v prvem členu določeno, da je višina 13. plače za posameznega zaposlenega določena z višino njegove plače in je odvisna od doseženega poslovnega rezultata družbe, osebnega in skupinskega doprinosa posameznega zaposlenega k rezultatom družbe ter nenazadnje od delovne prisotnosti in vestnosti posameznega zaposlenega. Predvidena 13. plača je zmnožek povprečne bruto plače upravičenca v obračunskem obdobju, faktorja družbe v tekočem letu, faktorja skupine, kjer posluje upravičenec v tekočem letu, faktorja upravičenca v obračunskem obdobju in faktorja prisotnosti upravičenca v obračunskem obdobju. Pri tem je faktor prisotnosti upravičenca v obračunskem obdobju zmnožek med deležem prisotnosti upravičenca na delovnem mestu v času obračunskega obdobja in faktorjem bolniške odsotnosti (faktor odsotnosti), ki reprezentira število neprekinjenih bolniških staležev upravičenca v času obračunskega obdobja.¹ Delež prisotnosti je razmerje med efektivno opravljenimi urami in fondom vseh ur v obračunskem obdobju. V primeru opravljenih nadur je tako ta faktor večji kot ena. Faktor odsotnosti v primeru, da upravičenec ni bil v bolniškem staležu, znaša 1,2, v primeru, da je bil enkrat v bolniškem staležu, znaša 1, v primeru, da je bil več kot trikrat, znaša 0 in v vseh ostalih primerih 0,8.² Glede na določbe Pravilnika tako v primeru več kot treh odsotnosti zaradi bolniškega staleža zaposleni do izplačila 13. plače ni upravičen.

Dodatna faktorja, ki vplivata na izplačilo 13. plače, sta nato še faktor EKO, ki predstavlja odnos skupine do delovnega okolja, in faktor varnosti, ki predstavlja odnos upravičenca do varnosti. Družba s sistematičnimi obhodi obratov redno ocenjuje stopnjo spoštovanja in izvajanja standardov na nivoju posameznih poslovnih skupin na področju varnosti in ekologije, ki jih je sprejela družba. Obhode izvaja EKO komisija, ki nato izda EKO oceno. V primeru nezadovoljive EKO ocene posamezne poslovne skupine lahko upravni odbor odloči, da bo takšno skupino sankcioniral z znižanjem 13. plače.

Zagovornik se je na podjetje po prejemu dopisu ponovno obrnil z zaprosilom za dodatna pojasnila (št. 0700-4/2021/4 z dne 4. 2. 2021). V odgovoru na Zagovornikovo dodatno zaprosilo (odgovor podjetja z dne 10. 2. 2021) je podjetje podrobneje pojasnilo faktor prisotnosti (**FPu**), ki je eden izmed kriterijev za izračun 13. plače in je izračunan po formuli **FPu = DPu x FOu**. Pri deležu prisotnosti je upoštevana dejanska prisotnost zaposlenega na delovnem mestu v obračunskem obdobju (opravljene ure zaposlenega). Pri faktorju odsotnosti se upošteva samo bolniške odsotnosti, ostale odsotnosti, kot so porodniški ali očetovski dopust

¹ 4. člen Pravilnika.

² Formula za predvideno trinajsto plačo se tako glasi: **PPu = (BP) X FD X FS X FU X FPu**, pri tem je:

(BP) = povprečna bruto plača upravičenca v obračunskem obdobju

FD = faktor družbe v tekočem letu

FS = faktor skupine, kjer posluje upravičenec v tekočem letu

FU = faktor upravičenca v obračunskem obdobju

FPu = DPu x FOu = faktor prisotnosti upravičenca v obračunskem obdobju, če: **DPu** pomeni delež prisotnosti upravičenca v obračunskem obdobju in **FOu** pomeni faktor odsotnosti upravičenca v obračunskem obdobju.

oziroma druge neplačane odsotnosti, pa ne vplivajo na faktor odsotnosti. Tudi bolniške izostanke (bolniški in karantenski izostanki) zaradi COVID-19 je podjetje ocenilo kot višjo silo in niso upoštevani pri faktorju odsotnosti.

Podjetje je v odgovoru na ponovno zaprosilo Zagovornika navedlo še, da je potrebno razlikovati izplačilo plače od izplačila nagrade za delovno uspešnost. Izplačilo plače je pogodbeno obveznost. Glede plačila za upravičeno odsotnost veljajo zakonske določbe in po mnenju podjetja diskriminacije v tem primeru ni. Pojasnili so, da plačilo 13. plače temelji na enostranski odločitvi delodajalca. Bistveno pri tem je, da več dobi tisti zaposleni, ki je s svojim dobrim delom tudi več prispeval. Enaka obravnava vseh delavcev bi pomenila diskriminacijo. Nepravilno bi bilo, da bi tisti delavec, ki dela in se trudi, dobil enako nagrado kot tisti delavec, ki ne dela. Delodajalec je tako kot legitimni cilj pri izplačilu 13. plače določil, da več dobijo tisti delavci, ki dejansko delajo. Ta razlika ni velika in ni nesorazmerna z dejanskim prispevkom posameznega delavca. Tisti delavci, ki so bili odsotni zaradi COVID-19, pa so izvzeti, ker so okuženi delavci nevarni za sodelavce in v interesu vseh je, da ob sumu okužbe ostanejo doma in da delovna uspešnost ni razlog za skrivanje morebitnega suma na okužbo COVID-19.

*

Zagovornik je z dopisom Posredovanje dosedanjih ugotovitev v seznanitev in izjasnitev (št. dokumenta 0700-4/2021/6 z dne 26. 4. 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 določa Pravilnik o izplačilu trinajste plače, kaže na neenako obravnavo zaposlenih, saj tak kriterij bistveno bolj prizadene posameznike, ki so na račun osebne okoliščine zdravstvenega stanja večkrat odsotni z delovnega mesta. Omenjeni posamezniki v primeru, ko so odsotni več kot trikrat, do izplačila poslovne uspešnosti sploh niso upravičeni. Zagovornik je ugotovil tudi, da nagrajevanje tistih delavcev, ki naj bi več delali, z izplačilom deleža poslovne uspešnosti ne predstavlja legitimnega cilja. Ustreznosti in primernosti sredstev za doseg tega cilja pa podjetje v dopisih ni pojasnilo.

Podjetje je za pripravo odgovora in nadaljnje zastopanje pooblastilo odvetniško pisarno, ki je v odgovoru Zagovorniku (št. dokumenta 0700-472021/7 z dne 13. 5. 2021) zapisala, da je ugotovljeno dejansko stanje v glavnem pravilno, zato v tem delu nimajo posebnih pripomb. Vsekakor pa se njihova stranka ne strinja z ugotovitvami z naslova materialnega prava. Zdravstvenega stanja namreč ni mogoče avtomatično šteti za drugo osebno okoliščino, zato je v tej smeri materialnopravna ugotovitev organa napačna. V kolikor bi Zagovornik izdal za podjetje neugodno odločbo, bodo zoper njo uporabili pravna sredstva in v njih navedli dodatne trditvene podlage glede uporabe materialnega prava, so še navedli.

*

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.

Med t. i. druge osebne okoliščine nedvomno sodi zdravstveno stanje, v zvezi s katerim posameznik prav tako uživa varstvo pred diskriminacijo. Da je z vidika varstva pred diskriminacijo omenjeno okoliščino potrebno obravnavati v okviru pojma osebnih okoliščin, izhaja tudi iz delovnopravne zakonodaje. Zdravstveno stanje in tudi družinsko stanje sta izrecno pravno varovana skladno 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 – ZIUPOP DVE, v nadaljevanju: ZDR-1).

ZVarD opredeljuje tudi več oblik diskriminacije, pri katerih sta osnovni 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 ZDR-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.

*

ZDR-1 v svojem 126. členu, na podlagi katerega je bil sprejet Pravilnik, 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 le-to dogovorjeno s kolektivno pogodbo ali pogodbo o zaposlitvi.³ 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 všttevajo v davčno osnovo. Kot izhaja iz pojasnil Finančne uprave Republike Slovenije (v nadaljevanju: FURS), v dokumentu Dohodek za zaposlitve, Dohodek iz delovnega razmerja,⁴ 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:

³ 1. in 2. odstavek 126. člena ZDR-1.

⁴ FURS: Dohodek iz zaposlitve, Dohodek iz delovnega razmerja, 6. izdaja, januar 2021.

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).⁵

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 – trinajsta plača.

*

V konkretni zadevi se je Zagovornik osredotočil na presojo kriterijev, ki jih je podjetje sprejelo za določitev višine izplačil poslovne uspešnosti oziroma trinajste plače, kot jo naslavlja podjetje, za leto 2020. Zagovornik se je osredotočil na vprašanje, ali je kriterij, po katerem družba višino izplačila veže na delavčevo odsotnost z dela iz zdravstvenih razlogov, skladen z določbami ZVarD oziroma ali kriterij odsotnosti z dela zaradi zdravstvenih razlogov ustreza definiciji neposredne diskriminacije po prvem odstavku 6. člena (ki obstaja, če je oseba ali skupina oseb zaradi določene osebne okoliščine bila, je ali bi lahko bila v enakih ali podobnih situacijah obravnavana manj ugodno, kot se obravnava, se je obravnavala ali bi se lahko obravnavala druga oseba ali skupina oseb).

Zagovornik uvodoma ugotavlja, da je podjetje na osnovi 126. člena ZDR-1 in 44. člena ZDoh-2 ter v skladu s sklepom upravnega odbora izdalo Pravilnik za izplačilo trinajste plače, ki je začel veljati 6. 10. 2020 in zamenjal prej veljavni pravilnik za izplačilo trinajste plače z dne 28. 3. 2019. Pravilnik je bil izdan s strani izvršnega direktorja družbe v skladu s sklepom upravnega odbora. Pravilnik je bil posredovan svetu delavcev in sindikatu v vednost. Pravilnik je začel veljati z dnem potrditve večine članov upravnega odbora. Glede na navedeno Zagovornik ocenjuje, da ima pravilnik naravo delovnopravnega akta. Gre za interni pravni akt delodajalca, ki ureja pravice vseh zaposlenih delavcev. Slednji pri njegovem sprejemu niso neposredno sodelovali in niso podpisniki akta, z njim so bili samo seznanjeni. Svet delavcev in sindikat sta Pravilnik sicer prejela v vednost, v osmih dneh sta lahko podala svoje predloge oziroma pripombe, ki pa jih delodajalec po presoji ni dolžan upoštevati. Akt se torej nanaša na tretje osebe, kar je narava delovno-pravnih aktov, in ne na stranke, ki so podpisale Pravilnik. 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.

V pravilniku je določeno, da so do trinajste plače upravičeni delavci, ki so bili v družbi zaposleni na dan 30. novembra v tekočem letu. Obračunsko obdobje pa je obdobje med 1. decembrom v predhodnem letu in 30. novembrom v tekočem letu. Predvidena višina trinajste plače je zmnožek povprečne mesečne bruto plače upravičenca v obračunskem obdobju, faktorja uspešnosti družbe, ki je pokazatelj poslovne uspešnosti družbe v tekočem letu, faktorja uspešnosti skupine, to je poslovna skupina, v kateri upravičenci neposredno delujejo, faktorja uspešnosti upravičenca, ki je določen z opisnimi ocenami delovne uspešnosti posameznika v obračunskem obdobju in nazadnje s faktorjem prisotnosti na delu. Faktor prisotnosti na delu je edini faktor med navedenimi, ki lahko zavzema vrednost 0, kar pomeni, da če je upravičenec v bolniškem staležu več kot trikrat, do izplačila trinajste plača sploh ni upravičen. Med odsotnosti, ki vplivajo na faktor prisotnosti na delu in posledično na višino izplačila trinajste plače, se štejejo samo bolniške odsotnosti, ostale odsotnosti, kot so porodniški ali očetovski

⁵ Prav tam, str. 11.

dopust oziroma druge neplačane odsotnosti pa na faktor ne vplivajo. Tudi bolniških odsotnosti zaradi COVID-19 podjetje v preteklem letu ni upoštevalo v faktorju odsotnosti.

Zagovornik ugotavlja, da kriterij »faktor bolniške odsotnosti« za določitev višine izplačane poslovne uspešnosti, vsebovan v Pravilniku, sicer ne posega v samo pravico delavcev do odsotnosti z dela, posega pa v njihov položaj, kadar delavci to pravico dejansko koristijo v praksi. Učinek kriterija je tako lahko tak, da dejansko določene delavce s specifično osebno okoliščino, na katero ti ne morejo vplivati, postavi v slabši položaj. Pri tem nekateri delavci ob sprejemu Pravilnika to okoliščino že imajo, nekateri pa ne, obenem pa se lahko osebna okoliščina (poslabšanje zdravstvenega stanja) pojavi pri katerem koli delavcu tekom leta obračunskega obdobja, na katerega se Pravilnik nanaša.

Kot kriterij za določitev upravičenosti do izplačila deleža za poslovno uspešnost je v Pravilniku določena frekvenca bolniške odsotnosti posameznega delavca. Ostale odsotnosti, kot so porodniški ali očetovski dopust oziroma druge neplačane odsotnosti, na izplačilo deleža plače za poslovno uspešnost ne vplivajo. Odsotnosti iz zdravstvenih razlogov so upravičene odsotnosti z dela, za katere je zagotovljeno nadomestilo plače. Delavec je upravičen do odsotnosti z dela v primerihčasne nezmožnosti za delo zaradi bolezni ali poškodbe in v drugih primerih, v skladu s predpisi o zdravstvenem zavarovanju (167. člen ZDR-1), kamor sicer sodijo tudi pravica do nadomestila zaradi nege otroka oz. za nego ožjega družinskega člana, spremstvo, itd. Pravilnik tako s svojimi kriteriji dejansko posega v položaj delavcev, kadar delavci izkoristijo svojo pravico do upravičene odsotnosti v praksi. Ti delavci so nato postavljeni v manj ugoden položaj, ki se kaže v nižjem izplačilu poslovne uspešnosti, ob večkratni odsotnosti pa do izplačila poslovne uspešnosti sploh niso več upravičeni, v primerjavi z delavci, ki teh pravic ne koristijo. Takšno znižanje plačila oziroma celo izguba pravice do izplačila poslovne uspešnosti prizadene zlasti tiste delavce, ki so pogostejše odsotni, to pa so lahko delavci s kroničnimi ali 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.⁶ Zaradi svojih osebnih okoliščin bodo ti delavci težje dosegli merilo iz Pravilnika, to je prisotnost na delu oz. odsotnost bolniške, 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 z oziroma skrbi za drugo osebo (kot na primer odsotnost zaradi nege družinskega člana).

Podjetje navaja, da izplačilo 13. plače temelji na enostranski odločitvi delodajalca, bistveno pri tem pa je, da več dobi tisti zaposleni, ki je s svojim delom več prispeval, pri tem pa niso vsi delavci enaki in da bi bilo nepravilno, da bi tisti delavec, ki dela in se trudi, dobil enako nagrado, kot tisti, ki ne dela. V zvezi s to navedbo Zagovornik meni, da zgolj prisotnost delavca na delu ni pokazatelj njegove učinkovitosti in uspešnosti. Prav tako dejstvo, da je izplačilo dela plače za

⁶ 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 odsotnostčasne 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 nagraduje 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.

poslovno uspešnost prepuščeno avtonomni ureditvi delodajalca, ne pomeni, da delodajalca pri tem ne zavezuje načelo prepovedi diskriminacije oziroma da je prost obveznosti po protidiskriminacijski zakonodaji. Ker gre pri izplačilu nagrade za poslovno uspešnost za plačilo za delo, je potrebno upoštevati zakonsko zagotovljeno varstvo pred diskriminacijo v okviru delovnih razmerji zelo široko, tako glede tega, na koga se nanaša kot tudi glede tega, katera področja pokriva. Delodajalec mora tako tudi kriterije za izplačilo nagrade za poslovno uspešnost določiti nediskriminatorno, ne glede na to, da gre za plačilo, ki temelji na enostranski odločitvi delodajalca.

Kot že navedeno, Zagovornik glede navedb podjetja, da so k dobičku več prispevali tisti delavci, ki delajo, od tistih, ki ne delajo, meni, da izključno prisotnost ni pokazatelj delavčeve uspešnosti. Kot izhaja iz komentarja ZDR-1,⁷ gre pri poslovnem uspehu družbe za poslovni uspeh družbe kot celote, zato so do izplačila dela plače za poslovno uspešnost 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 in ne 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,⁸ se del plače za individualno delovno uspešnost izplača delavcu le v primeru, ko dosega delovne rezultate, določene v pogodbi o zaposlitvi oz. v kolektivni pogodbi; izplačilo dela plače za poslovno uspešnost pa je odvisno od uspešnosti družbe in avtonomne ureditve. Če je torej merilo oblikovano tako, da je izplačilo poslovne uspešnosti odvisno od individualnega prispevka delavca, po oceni Zagovornika ni več mogoče govoriti o izplačilu poslovne uspešnosti, ampak gre 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 in tudi tisti, ki jih niso, ker dela niso opravljali pravočasno in kakovostno (za te ima delodajalec na voljo druge delovno pravne institute – v skrajnem primeru celo odpoved pogodbe o zaposlitvi iz razloga nesposobnosti), tudi letna prisotnost delavca na delu oziroma odsotnost z dela ne more biti določena kot merilo za višino izplačila poslovne uspešnosti oziroma trinajste plače. Zagovornik se sicer strinja, da je za izplačilo poslovne uspešnosti bistveno, ali je delavec v letu, za katerega se ugotavlja uspešnost poslovanja, dejansko k tej uspešnosti tudi prispeval. Tako stališče zavzema tudi sodna praksa. Sodišče je tako zavzelo stališče (VDSS sodba in sklep Pdp 1331/2008), 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 ugotavlja, da se sodišče v tem primeru sicer ni spuščalo v presojo, koliko je ta delavec učinkovito 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.

Skladno z vsem navedenim Zagovornik tako ocenjuje, da kriterij, ki za določitev izplačila nagrade za poslovno uspešnost kot relevantno upošteva delavčevo bolniško odsotnost z delovnega mesta, na način, kot ga določa Pravilnik o izplačilu trinajste plače, kaže na neenako obravnavo delavcev, saj tak kriterij bistveno bolj prizadene posameznike, ki so na račun osebne okoliščine zdravstvenega stanja večkrat odsotni z delovnega mesta. Omenjeni posamezniki namreč v primeru, ko so odsotni več kot trikrat, do izplačila poslovne uspešnosti sploh niso upravičeni.

Ker je Zagovornik ugotovil prikrajšanje oziroma manj ugoden položaj oseb z določeno osebno okoliščino, je v nadaljevanju ugotavljal, ali merilo bolniške odsotnosti delavca, na katerega je

⁷ Zakon o delovnih razmerjih (ZDR-1) s komentarjem, IUS Software, GV Založba, 2016, Irena Bečan ... et al.

⁸ Prav tam, str. 759.

vezana višina izplačila poslovne uspešnosti, lahko pomeni zakonsko določeno izjemo od prepovedi diskriminacije iz 13. člena ZVarD. Ta določa, da neenako obravnavanje zaradi določene osebne okoliščine ne pomeni diskriminacije, če takšno različno obravnavanje temelji na legitimnem cilju in so sredstva za doseganje tega cilja ustrezna, potrebna in sorazmerna (prvi odstavek 13. člena ZVarD). Ustrezna sredstva so tista, ki so po naravi takšna, da se z njimi določen cilj lahko doseže, nujno potrebna pa so takrat, kadar istega cilja ni mogoče doseči z drugimi milejšimi sredstvi oziroma ukrepi

Podjetje je pojasnilo, da kriterij temelji na legitimnem cilju, ki je, da naj več dobijo tisti delavci, ki dejansko delajo, da tisti, ki je več prispeval k dobičku, tudi več dobi in da pri tem ne morejo biti vsi delavci enaki. Ta razlika pri izplačilu po navedbah podjetja ni velika in ni nesorazmerna z dejanskim prispevkom posameznega delavca. K dobičku družbe pa so po mnenju podjetja več prispevali delavci, ki delajo, od tistih, ki ne delajo. Ustreznosti in potrebnosti sredstev (t.j. kriterijev za zniževanje izplačil zaradi bolniške odsotnosti) za doseganje cilja v dopisih podjetje sploh ni pojasnilo. Zagovornik tako ugotavlja, da cilj nagrajevanja tistih delavcev, ki naj bi več delali, z izplačilom poslovne uspešnosti ne predstavlja legitimnega cilja (saj gre za sredstvo in ne za cilj).

*

Zagovornik v zvezi z navedbami pooblaščenice odvetniške pisarne, da zdravstvenega stanja ni mogoče avtomatično šteti za drugo osebno okoliščino, zato česar naj bi bila materialnopravna ugotovitev naslovnega organa napačna, podaja nekaj pojasnil. Poleg izrecno naštetih osebnih okoliščin (1. člen ZVarD) zakon varuje posameznike pred diskriminacijo tudi na podlagi t. i. »drugih osebnih okoliščin«. Pri napolnjevanju nedoločnega pravnega pojma »drugih osebnih okoliščin« Zagovornik upošteva definicijo osebnih okoliščin kot »prirojene ali pridobljene osebnih značilnosti, lastnosti, stanj ali statusov, ki so praviloma trajno in nezdružljivo povezani z določenim posameznikom in njegovo osebnostjo, zlasti identiteto, ali pa jih posameznik ne spreminja zlahka«. ⁹ Med »druge osebne okoliščine« je Zagovornik skladno z navedeno definicijo že štel npr. nosečnost, starševstvo, državljanstvo, kraj stalnega prebivališča ter zdravstveno stanje. Ugotovitev Zagovornika, da je z vidika varstva pred diskriminacijo osebno okoliščino zdravstvenega stanja potrebno šteti za osebno okoliščino, pa izhaja tudi iz delovnopravne zakonodaje. Zdravstveno stanje je namreč izrecno navedena varovana osebna okoliščina, na podlagi katere velja prepoved diskriminacije in povračilnih ukrepov (6. člen ZDR-1). Ne držijo torej navedbe pooblaščenice, da zdravstveno stanje ni osebna okoliščina, ki bi bila varovana z ZVarD, in da je materialnopravna ugotovitev Zagovornika.

Skladno z vsem navedenim tako Zagovornik v konkretni zadevi ugotavlja, da družba v skladu s svojim dokaznim bremenom ni uspela izkazati, da bi bilo neenako obravnavanje oz. določitev presojanih kriterijev, kot izhajajo iz Sklepa o izplačilu poslovne uspešnosti, skladna z drugim odstavkom 6. člena ZVarD. Glede na navedeno je Zagovornik ugotovil, da je družba s postavitvijo kriterija, ki kot relevantno pri izplačilu višine nagrade za poslovno uspešnost upošteva delavčevo odsotnost z dela iz zdravstvenih razlogov, 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.

⁹ Predlog ZVarD, obrazložitev členov, URL: <http://vrs-3.vlada.si/MANDAT14/VLADNAGRADIVA.NSF/18a6b9887c33a0bdc12570e50034eb54/086FB042941C71F6C1257F420027C3D1?OpenDocument>.

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 izvorniku 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:
- Pooblaščenca podjetja, odvetniški pisarni (osebno – ZUP)

Vložiti:
- zbirka dok. gradiva.