



Zadeva: 0700-13/2022/11
Datum: 30. 11. 2022

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, 175/20 – ZIUOPDVE in 3/22 – ZDeb, v nadaljevanju: ZUP) v postopku, začetem po uradni dolžnosti, v zadevi ugotovitve obstoja diskriminacije po ZVarD zoper gospodarsko družbo ter podjetem, izdaja naslednjo

ODLOČBO

1. Ugotovi se, da je gospodarska družba z določitvijo meril za izračun višine izplačila dela plače za poslovno uspešnost za leto 2021, ki so vezani na prisotnost posameznega delavca na delu na način, da nižajo višino izplačila iz naslova odsotnosti nad 40 ur, in so vsebovani v 2. členu Dogovora o merilih za pridobitev pravice do izplačila dela za poslovno uspešnost 2021, kršila prepoved posredne diskriminacije po drugem odstavku 6. člena ZVarD.
2. Ugotovi se, da je podjetem pri izplačilu dela plače za poslovno uspešnost za leto 2021, ki ga je izvedel na podlagi meril, vezanih na prisotnost posameznega delavca na delu, na način, da nižajo višino izplačila iz naslova odsotnosti nad 40 ur, kršil prepoved posredne diskriminacije po drugem odstavku 6. člena ZVarD.
3. Ugotovi se, da je gospodarska družba z določitvijo kriterija, vsebovanega v Pravilniku, po katerem zaposleni, ki opravijo manj kot 183 dni na leto, niso upravičeni do izplačila nagrade uspešnosti poslovanja prodajnega mesta, ki je nagrada za delovno uspešnost skupine zaposlenih, kršila prepoved posredne diskriminacije po drugem odstavku 6. člena ZVarD.
4. Ugotovi se, da je podjetem pri izplačilu nagrade uspešnosti poslovanja prodajnega mesta, ki ga je izvedel za leto 2021 na podlagi kriterijev, vsebovanih v Pravilniku ter po katerih zaposleni, ki je opravil manj kot 183 dni na leto ni upravičen do izplačila, kršil prepoved posredne diskriminacije po drugem odstavku 6. člena ZVarD.
5. Stroški v tem postopku niso nastali.

OBRAZLOŽITEV

Zagovornik načela enakosti (v nadaljevanju: Zagovornik) je bil obveščen o domnevno diskriminatornem načinu izplačevanja nagrade za poslovno uspešnost ter nagrade na račun uspešnosti poslovanja prodajnega mesta s strani delodajalca – podjetja, ki je franšiza

gospodarske družbe. Iz prejetih informacij je izhajalo, da naj bi se obe vrsti nagrad izplačevali upoštevaje posameznikovo odsotnost z dela, in sicer na način, da se zaradi bolniške odsotnosti delež izplačila nagrade zniža oziroma se ne prizna. Pri izplačilu nagrade za poslovno uspešnost za leto 2021 naj bi bilo izplačilo sorazmerno odsotnosti, pri izplačilu nagrade na račun uspešnosti poslovanja prodajnega mesta, ki je bila za leto 2021 izplačana v mesecu februarju 2022, pa naj bi se nagrada izplačala zgolj tistim, ki so delali najmanj 183 dni.

Zagovornik je, upoštevaje dejstvo, da neenako obravnavanje, ki temelji na določeni osebni okoliščini posameznika, lahko predstavlja diskriminacijo, na podlagi prvega odstavka 34. člena Zakona o varstvu pred diskriminacijo¹ (v nadaljevanju: ZVarD) pričel s postopkom ugotavljanja diskriminacije v konkretni zadevi. Skladno s 37. členom ZVarD je primarno naslovil zaprosilo za pojasnila na podjem² (ki je franšiza gospodarske družbe), nato pa še na gospodarsko družbo.³

Iz prejetih **pojasnil podjema** izhaja, da je slednji kriterije za izplačilo dela plače za poslovno uspešnost za leto 2021 sprejel v obliki dokumenta »Merila za pridobitev pravice do izplačila dela plače za poslovno uspešnost za leto 2021« (v nadaljevanju: Merila), ki ga je po sprejemu objavil na oglasni deski prodajnega mesta. Merila so skladna s kolektivno pogodbo (v nadaljevanju: KP) in z merili za izplačilo dela plače za poslovno uspešnost gospodarske družbe, ki se je za način omenjenega izplačila dogovorila s sindikatom delavcev. To je reprezentativni sindikat delavcev gospodarske družbe, katerega člani so lahko tudi zaposleni delavci v podjetju.

V skladu z Merili je pogoj za pridobitev pravice do izplačila dela plače za poslovno uspešnost za leto 2021 delovno razmerje zaposlenega na dan 30. 11. 2021, izplačilo v maksimalnem znesku 1400 EUR bruto pa je sorazmerno učinkovitemu delovnemu času zaposlenega v obdobju od januarja do oktobra 2021. Kot učinkoviti delovni čas zaposlenega šteje prisotnosti zaposlenega na delu, odsotnost iz razloga epidemije koronavirusa ter odsotnosti iz razloga koriščenja rednega letnega dopusta, izrednega plačanega dopusta, študijskega dopusta in praznikov. Poleg tega je v učinkovitem delovnem času upoštevanih dodatno še 40 ur drugih odsotnosti, kot so npr. bolniške odsotnosti, porodniški dopust, očetovski dopust, neplačane odsotnosti, ipd.

Podjem pojasnjuje, da je navedene kriterije sprejel s ciljem, da nagrada za poslovno uspešnost sorazmerno odraža prispevek zaposlenega k uspešnemu poslovanju podjetja. Osnovni kriterij za izplačilo je tako učinkoviti delovni čas zaposlenega, saj je tak kriterij transparenten, sistemski ter enak za vse zaposlene. Prav tako se lahko z njegovo pomočjo nagradi sorazmerni prispevek zaposlenih k uspešnemu poslovanju, saj so odsotnosti pri izplačilu nagrade enakovredne njihovemu trajanju ter so obravnavane na enak način pri vseh zaposlenih.

Ure odsotnosti, ki presegajo 40 ur, se ne upoštevajo v učinkoviti delovni čas za izplačilo, saj se šteje, da je bil delavec takrat odsoten in ni mogel prispevati k poslovni uspešnosti. Podjem pojasnjuje, da je plačilo za poslovno uspešnost eden od štirih elementov, ki sestavljajo plačo. Plača se izplačuje za opravljeno delo, delo pa je lahko opravljeno oziroma se izvaja samo v času, ko je delavec prisoten na delu. Brez aktivne vključitve delavcev v proces dela delodajalec zagotovo ne bi dosegel načrtovanega poslovnega rezultata.

Glede odsotnosti, ki je nižja od 40 ur in se ne všteva v učinkoviti delovni čas, podjem pojasnjuje, da gre za krajše odsotnosti, v okviru katerih je zaposleni še v stiku z delovnim okoljem, njegov prispevek k poslovni uspešnosti pa ni bistveno zmanjšan.

¹ Uradni list RS, št. 33/16 in 21/18 – ZNOrg.

² Dokument št. 0700-13/2022/2 z dne 1. 4. 2022.

³ Dokument št. 0700-13/2022/4 z dne 8. 6. 2022.

Glede vrst odsotnosti, ki so relevantne za izplačilo, podjetje pojasnjuje, da se izplačilo zniža iz naslova vseh odsotnosti nad 40 ur, ki niso zapisne v Merilih kot vrste odsotnosti, ki se upoštevajo v efektivni delovni čas. To so torej vse časovne odsotnosti, ki ne ustrezajo kategorijam prisotnosti na delu, rednega letnega dopusta, izrednega plačanega dopusta, študijskega dopusta, praznikov in odsotnosti iz razloga epidemije koronavirusa. Med njimi so npr. bolniška odsotnost, opravičene neplačane odsotnosti, morebitne neopravičene plačane odsotnosti, porodniška odsotnost, očetovski dopust, refundirane odsotnosti, suspenz, itd., vse nad 40 ur. Iz pojasnil izhaja, da se je za vse navedene odsotnosti v efektivni delovni čas upoštevalo prvih 40 ur odsotnosti.

Glede pravne narave nagrade, ki se izplača na račun uspešnosti poslovanja prodajnega mesta, podjetje pojasnjuje, da skladno s Pogodbo o poslovnem sodelovanju, veljajo tudi za podjetje in njegove zaposlene določila KP. Ta v tretjem odstavku 67. člena opredeljuje, da delavcem pripadajo nagrade za nadpovprečno kakovost poslovanja in nagrade za najboljšo prodajno mesto, skladno s Pravilnikom. Skladno s tem pravilnikom se nagrada za nadpovprečno kakovost poslovanja podeli prodajnim mestom, ki so ocenjena kot najbolj uspešna v svoji skupini. Ocenjena so tri področja uspešnosti prodajnega mesta, in sicer skrivnostni nakup, delovanje prodajnega mesta (blagovno – finančno poslovanje, prodajne aktivnosti in oglaševanje) ter kakovost in varnost poslovanja. Vsako navedeno področje je ocenjeno na podlagi vnaprej opredeljenih meril. Prodajna mesta so razvrščena glede na lokacijo, prodajo in število izdanih računov v preteklem letu. Nagrado za nadpovprečno kakovost poslovanja prodajnega mesta prejme 40% najbolje ocenjenih prodajnih mest v posamezni skupini. Nagrada za nadpovprečno kakovost poslovanja prodajnega mesta je nagrada za delovno uspešnost skupine zaposlenih.

Ocenjevanja prodajnih mest, ki so podlaga za dodelitev nagrad, potekajo dvakrat do trikrat letno, približno enkrat na vsako polletje. Končna ocena prodajnega mesta je tako odraz celoletne kakovosti dela zaposlenih na prodajnem mestu. Zaposleni, ki opravijo manj kot 183 dni na leto, niso prispevali k vsem letnim ocenjevanjem, ki so osnova za podelitev te nagrade.

Glede narave pogodbenega odnosa z gospodarsko družbo podjetje pojasnjuje, da se je s Pogodbo o poslovnem sodelovanju (v nadaljevanju: Pogodba) kot neodvisni gospodarski subjekt vključil v poslovni sistem in mrežo gospodarske družbe. Trgovinsko dejavnost na omenjenem subjektu opravlja podjetje sam s svojimi delavci. V 7. členu Pogodbe je določeno, da tudi za podjetje in njegove zaposlene veljajo določbe KP. Slednja je bila sprejeta med družbami gospodarske družbe v sodelovanju s sindikatom delavcev ter modificirana z aneksom, sklenjenim med gospodarsko družbo in sindikatom delavcev. To je reprezentativni sindikat delavcev gospodarske družbe, katerega člani so tudi zaposleni delavci podjetja. KP je osnova za izplačilo dela plače za poslovno uspešnost (68. člen) ter dela plače na podlagi delovne uspešnosti za maloprodajo (67. člen). Tretji odstavek 67. člena KP določa, da delavcem pripadajo nagrade za nadpovprečno kakovost poslovanja in nagrade za najboljšo prodajno mesto, skladno s Pravilnikom. V skladu s 1. členom tega pravilnika veljajo posamezne določbe pravilnika tudi za podjetje.

Podjetje v zaključku pojasnjuje, da je bil pri oblikovanju meril dolžan spoštovati merila za izplačilo dela plače za poslovno uspešnost za leto 2021 gospodarske družbe.

Iz prejetih **pojasnil gospodarske družbe**⁴ izhaja, da se pogodbeni partnerji, ki se odločijo upravljati prodajna mesta pod blagovno znamko gospodarske družbe, s pogodbo o poslovnem sodelovanju zavežejo k spoštovanju določil KP in posledično tudi k spoštovanju Pravilnika.

S Pogodbo o poslovnem sodelovanju, ki jo ima podjetje sklenjeno z gospodarsko družbo, se je podjetje kot neodvisni gospodarski subjekt vključil v poslovni sistem in mrežo gospodarske

⁴ Dokument z dne 22. 6. 2022.

družbe. Pogodba v 7. členu določa, da za zaposlene pri podjetju veljajo določila KP. KP je osnova za izplačilo dela plače za poslovno uspešnost (68. člen) ter dela plače na podlagi delovne uspešnosti za maloprodajo (67. člen). Tretji odstavek 67. člena KP določa, da delavcem pripadajo nagrade za nadpovprečno kakovost poslovanja in nagrade za najboljše prodajno mesto, skladno s Pravilnikom. V skladu s 1. členom tega pravilnika veljajo posamezne določbe pravilnika tudi za pogodbene partnerje, torej tudi za podjetje.

Izplačilo poslovne uspešnosti 2021 za gospodarsko družbo in pogodbene partnerje, ki upravljajo prodajna mesta, temelji na skupnih rezultatih, h katerim prispeva tako gospodarska družba kot pogodbeni partnerji, ki upravljajo prodajna mesta. Dogovor o merilih za izplačilo poslovne uspešnosti 2021 je dogovor med gospodarsko družbo in reprezentativnim sindikatom delavcev gospodarske družbe, katerega člani so lahko tudi delavci na prodajnih mestih pogodbenih partnerjev gospodarske družbe. Posledično tako za delavce gospodarske družbe kot tudi za delavce pri pogodbenih partnerjih veljata enaka višina in način izplačila dela plače za poslovno uspešnost.

Pravica do dela plače za poslovno uspešnost je v gospodarski družbi opredeljena v 68. členu KP, in sicer lahko delodajalec na podlagi uspešnega poslovanja delavcem izplača del plače za poslovno uspešnost. Delavcu, ki ni delal vse obdobje, pripada del plače za poslovno uspešnost glede na njegov dejanski delovni čas. Merila so podrobneje urejena v Dogovoru o merilih za pridobitev pravice do izplačila dela za poslovno uspešnost 2021 (v nadaljevanju: Dogovor), ki sta ga sklenila gospodarska družba sindikat delavcev.

V skladu z Dogovorom je pogoj za pridobitev pravice do izplačila dela plače za poslovno uspešnost za leto 2021 delovno razmerje zaposlenega na dan 30. 11. 2021, izplačilo dela plače za poslovno uspešnost v maksimalnem znesku 1400 EUR bruto pa je sorazmerno dejavnemu delovnemu času zaposlenega v obdobju od januarja do oktobra 2021. V dejavnem delovnem času se šteje prisotnost zaposlenega na delu, odsotnosti iz razloga epidemije koronavirusa ter odsotnosti iz razloga koriščenja rednega letnega dopusta, izrednega plačanega dopusta, študijskega dopusta in praznikov. Poleg tega je v dejavnem delovnem času upoštevanih še dodatno 40 ur drugih odsotnosti, kot so npr. bolniške odsotnosti, porodniške odsotnosti, očetovski dopust, neplačane odsotnosti, itd.

Izplačilo se zniža iz naslova vseh odsotnosti nad 40 ur, ki niso zapisane v Dogovoru kot vrste odsotnosti, ki se upoštevajo v dejavnem delovnem času. To so torej vse vrste odsotnosti, ki ne ustrezajo kategorijam prisotnosti na delu, rednega letnega dopusta, izrednega plačanega dopusta, študijskega dopusta, praznikov in odsotnosti iz razloga epidemije koronavirusa.

Gospodarska družba pojasnjuje, da je prvi razlog za postavitve kriterija dejavnega delovnega časa kot relevantnega pri izplačilu poslovne uspešnosti, da je prisotnost nujen pogoj za prispevek delavca k poslovni uspešnosti družbe. Tudi če v času svoje prisotnosti delavci prispevajo k poslovni uspešnosti v drugačni meri in na različne načine, velja, da je opravljanje dela osnovni predpogoj, da lahko delavec sploh kadarkoli prispeva k poslovni uspešnosti družbe. Brez aktivne vključitve delavcev v proces dela delodajalec zagotovo ne bi dosegel želenega poslovnega rezultata. Tudi narava delovnega procesa v gospodarski družbi je za večino zaposlenih taka, da nujno zahteva prisotnost delavca na delovnem mestu (npr. prodajni proces na prodajnih mestih) in brez prisotnosti delavcev na delovnem mestu doseg poslovne uspešnosti ni mogoč. Poslovna uspešnost je tako najbolj preprost in najmanj diskriminatoren sistem uspešnosti, saj predpostavlja za vse zaposlene enake kriterije, ki prepoznavajo samo najbolj osnovni predpogoj prispevka k uspešnosti podjetja, to je prisotnost na delu.

Dalje gospodarska družba navaja, da je v skladu z določbami Zakona o delovnih razmerjih plačilo za poslovno uspešnost eden od štirih elementov, ki sestavljajo plačo (drugi odstavek 126. člena). Plača se izplačuje za opravljeno delo in osnovni pogoj za izplačilo vseh štirih elementov plače po ZDR-1 je prisotnost delavca na delu. Zaposlenim, ki so odsotni, ne pripada

plača in tudi ne dodatki, povračilo stroškov, niti delovna uspešnost, zato tudi poslovna uspešnost ne more biti del njihovega plačila. V času odsotnosti pripada delavcu nadomestilo plače, ki je nižje od plače in katerega namen je zagotavljanje socialne varnosti. Po drugi strani različni deli plače za delovno in poslovno uspešnost niso del zagotavljanja socialne varnosti, temveč nagrajujejo zaposlene za njihovo opravljanje dela. Iz tega razloga odsotnosti nad 40 ur niso vključene v izplačilo poslovne uspešnosti, saj je poslovna uspešnost del plače zaposlenega, ki se izplačuje za opravljanje dela, in ne del nadomestila plače, ki zagotavlja socialno varnost zaposlenega v času odsotnosti. Če je diskriminatorno, meni družba, da za čas odsotnosti zaposlenemu ne pripada del plače za poslovno uspešnost, je po analogiji lahko smatrana kot diskriminatorna tudi praksa, da je nadomestilo plače za bolniške odsotnosti nižje od plače zaposlenega.

Družba navaja, da kriteriji za izplačilo dela plače za poslovno uspešnost iz Dogovora veljajo za vse zaposlene na enak način in s tem torej niso diskriminatorni. Odsotnosti in prisotnosti vseh zaposlenih se namreč obravnavajo na enak način. Hkrati merila prepoznavajo kot edini kriterij za izplačilo prisotnost na delu in se ne opirajo na noben drug kriterij ali okoliščino zaposlenega, ki ni neposredno povezana s prispevkom k poslovni uspešnosti podjetja. Družba poudarja, da je prisotnost na delovnem mestu odločilen in bistven pogoj za uspešnost njihovega podjetja. Po petem odstavku 6. člena ZDR-1 različno obravnavanje zaposlenih, ki temelji na osebnih okoliščinah zaposlenih, namreč ne pomeni diskriminacije, če zaradi narave dela oz. okoliščine, v katerih se delo opravlja, določena osebna okoliščina predstavlja bistven in odločilen pogoj za delo in je takšna zahteva sorazmerna ter upravičena z zakonitim ciljem.

Gospodarska družba dalje pojasnjuje, da če bi sprejeli predpostavko, da se poslovna uspešnost izplača tudi za vse odsotnosti zaposlenega, bi v prednostni položaj postavili zaposlene, ki so bili odsotni, in s tem diskriminirali zaposlene, ki niso bili odsotni oz. so bili odsotni v manjši meri. Na tak način bi uvedli sistem »uravnilovke«, po katerem vsi zaposleni prejemajo enako plačilo, ne glede na opravljeno delo. Zaposleni, ki je bil npr. odsoten večino leta, bi prejel enako poslovno uspešnost kot zaposleni, ki je k tej uspešnosti prispeval s svojim opravljanjem dela celo leto. Na tak način bi bil odsotni zaposleni za svoje ure dela nagrajen z relativno precej višjo urno postavko za del plače za poslovno uspešnost kot prisotni zaposleni, tudi če bi bila njuna dela plače za poslovno uspešnost nominalno enaka. V takem primeru bi bili zaposleni navidezno enako nagrajani, vendar pa bi bile ure prisotnosti zaposlenega, ki je preživel na delu manj časa, bistveno bolj plačane v okviru dela plače za poslovno uspešnost. Ker so sredstva za izplačilo dela plače za poslovno uspešnost podjetja omejena, bi se lahko zgodilo tudi, da bi bili prisiljeni znižati znesek, da bi bilo lahko le-to izplačano tudi odsotnim zaposlenim. Gospodarska družba izpostavlja, da to ne bi bilo pravično do zaposlenih, ki so opravljali delo in bi jih to postavilo v manj ugoden položaj. Hkrati ne bi bilo pravično do podjetja, saj bi bilo prisiljeno prispevek delavca nagrajevati v določenih primerih dvojno (npr. izplačilo dela plače zaposlenemu na porodniški odsotnosti in zaposlenemu, ki nadomešča to odsotnost).

Gospodarska družba izpostavlja, da so pri izplačilu upoštevali tudi odsotnosti zaposlenih, do katerih imajo pravico in jih koristijo vsi zaposleni (prazniki, redni letni dopust...), so nastale zaradi objektivnih, zunanjih okoliščin, ki so v enaki meri veljale za vse zaposlene (npr. zapore cest in meja pri prihodu na delo), odsotnosti, s katerimi so zaposleni z neprihodom na delo ščitili svoje sodelavce pred širitvijo bolezni Covid-19 (karantene) in vse ostale morebitne odsotnosti, ki so nastale iz osebnih okoliščin zaposlenega v trajanju do 40 ur. V efektivni delovni čas, ki je podlaga za izplačilo dela plače za poslovno uspešnost, so vključili tudi navedene odsotnosti, saj cilj izplačila nikakor ni spodbujanje prezentizma za vsako ceno ali celo diskriminacija zaposlenih na podlagi osebnih okoliščin, temveč ustrezna delitev poslovne uspešnosti podjetja, tako da so jo v večji meri deležni tisti zaposleni, ki so s svojo prisotnostjo tudi več pripevali k uspešnosti podjetja.

Glede nagrade, ki se izplača na račun uspešnosti poslovanja prodajnega mesta, gospodarska družba pojasnjuje, da omenjeno materijo ureja Pravilnik. Ocenjena so tri področja uspešnosti prodajnega mesta, in sicer skrivnostni nakup, delovanje prodajnega mesta (blagovno – finančno poslovanje, prodajne aktivnosti in oglaševanje) ter kakovost in varnost poslovanja. Vsako navedeno področje je ocenjeno na podlagi vnaprej opredeljenih meril. Prodajna mesta so razvrščena glede na lokacijo, prodajo in število izdanih računov v preteklem letu. Nagrado za nadpovprečno kakovost poslovanja prodajnega mesta prejme 40% najbolje ocenjenih prodajnih mest v posamezni skupini. Nagrada za nadpovprečno kakovost poslovanja prodajnega mesta je nagrada za delovno uspešnost skupine zaposlenih.

Ocenjevanja prodajnih mest, ki so podlaga za dodelitev nagrad, potekajo dvakrat do trikrat letno, približno enkrat na vsako polletje. Končna ocena prodajnega mesta je odraz celoletne kakovosti dela zaposlenih na prodajnem mestu. Zaposleni, ki opravijo manj kot 183 dni na leto, po mnenju družbe niso prispevali k vsem letnim ocenjevanjem, ki so osnova za podelitev te nagrade.

*

Zagovornik je z dopisom št. 0700-13/2022/6 z dne 23. 8. 2022 gospodarski družbi in podjetju posredoval v seznanitev in izjasnitev dotedanje ugotovitve. V njih je pojasnil, da v predmetnem postopku ugotavljanja diskriminacije kot potencialna kršitelja prepoznava tako podjetje kakor tudi gospodarsko družbo, kajti s sklenitvijo poslovnega razmerja z družbo (*tj. s sklenitvijo Pogodbe o poslovnem sodelovanju, s katero se je podjetje kot neodvisni gospodarski subjekt vključil v poslovni sistem in mrežo gospodarske družbe*) je bil podjetje dolžan prevzeti pravna pravila, ki jih je gospodarska družba vzpostavila za svoje zaposlene, torej tudi pravila, ki urejajo ureditev izplačila dela plače za poslovno in delovno uspešnost. Neposredno iz pojasnil družbe tudi izhaja, da izplačilo poslovne uspešnosti 2021 za gospodarsko družbo in njegove pogodbene partnerje, ki upravljajo prodajna mesta, temelji na skupnih rezultatih, h katerim prispevajo tako gospodarska družba kakor tudi pogodbeni partnerji, zaradi česar tako za delavce gospodarske družbe kakor tudi delavce pogodbenih partnerjev velja enaka višina in način izplačila dela plače za poslovno uspešnost. Neposredno na podlagi določb KP pa za podjetje velja tudi Pravilnik, ki ga je sprejela gospodarska družba, in ureja izplačilo nagrade za uspešnost poslovanja prodajnega mesta (kot nagrade delovne uspešnosti skupine zaposlenih).

Zagovornik je domnevna kršitelja seznanil, da se je v postopku osredotočil na presojo: 1.) skladnosti izplačila **dela plače za poslovno uspešnost 2021** v gospodarski družbi ter podjetju z določbami ZVarD ter 2.) skladnosti **izplačila nagrade uspešnosti poslovanja prodajnega mesta** z določbami ZVarD.

Zagovornik se je v dopisu za izjasnitev podrobneje opredelil do navedb oziroma pojasnil družbe in podjetja. Ocenil je, da je v trenutni fazi postopka v obravnavanem primeru na podlagi zbranih podatkov izkazan sum, da sta omenjena pravna subjekta glede izplačila dela plače za poslovno uspešnost 2021 ter izplačilo nagrade uspešnosti poslovanja prodajnega mesta kršila prepoved posredne diskriminacije po drugem odstavku 6. člena ZVarD.

Zagovornik je izpostavil, da je pri **izplačilu dela plače za poslovno uspešnost** bistveno, da gre za poslovni uspeh družbe kot celote in ne za individualni prispevek zaposlenih, zato so do izplačila dela plače za poslovno uspešnost praviloma upravičeni vsi delavci. Ko se podjetje odloči izplačati poslovno uspešnost, jo mora izplačati tudi v skladu s protidiskriminacijsko zakonodajo.

Po oceni Zagovornika merilo učinkovite prisotnosti na delu, ki je sicer oblikovano nevtrarno z ozirom na osebne okoliščine in velja za vse delavce enako, učinkuje tako, da dejansko v slabši položaj postavlja določene delavce s specifičnimi osebnimi okoliščinami (kot npr. zdravstveno

stanje, materinstvo, starševstvo, itd.), na katere ti ne morejo vplivati. Omenjeno merilo delavce, ki so z dela odsotni v obsegu več kot 40 ur, postavlja v manj ugoden položaj, ki se kaže v nižjem deležu izplačila nagrade za poslovno uspešnost, ki je sestavni del njihove plače v primerjavi z delavci, ki teh pravic ne koristijo. Zagovornik je ugotovil, da domnevna kršitelja v svojih pojasnilih nista uspela izkazati, da bi bilo neenako obravnavanje oz. določitev presojanih meril za izplačilo dela plače za poslovno uspešnost za leto 2021 skladno z določili protidiskriminacijske zakonodaje oziroma da bi šlo v konkretni zadevi za izjemo od prepovedi posredne diskriminacije, zato ju je pozval, da če menita, da gre v konkretni zadevi za izjemo od prepovedi diskriminacije, to ustrezno izkažeta.

Zagovornik je tudi v zvezi z **izplačilom nagrade za nadpovprečno kakovost poslovanja prodajnega mesta**, za katero sta domnevna kršitelja pojasnila, da gre za nagrado za delovno uspešnost skupine zaposlenih, ugotovil, da so kriteriji za izplačilo oblikovani na način, da kršijo prepoved posredne diskriminacije po drugem odstavku 6. člena ZVarD. Zagovornik je sicer ugotovil, da je narava omenjenega izplačila drugačna kot narava izplačila dela plače za poslovno uspešnost, ter da je prisotnost delavca (posredno) lahko relevanten faktor pri izplačilu tovrstne nagrade. Vendar pa upoštevanje prisotnosti posameznika na delu na način, da zaposleni, ki je opravil manj kot 183 dni na leto, sploh ni upravičen do izplačila dela plače iz naslova delovne uspešnosti oz. nagrade, po oceni Zagovornika ni skladen s protidiskriminacijsko zakonodajo. Ugotovil je, da je kriterij prisotnosti na delu navidezno sicer nevtralni kriterij, ki velja enako za vse delavce, vendar pa je njegov učinek tak, da je dejansko določene delavce s specifičnimi osebnimi okoliščinami, na katere ti ne morejo vplivati, postavi v slabši položaj. Gre za delavce, ki so na račun zdravstvenega stanja, materinstva, starševstva, itd. dalj časa odsotni z dela in v primeru odsotnosti v obsegu več kot 183 dni sploh niso upravičeni do izplačila. Zagovornik je domnevna kršitelja pozval, da v nadaljnjem postopku, če menita, da je v zvezi z določitvijo kriterijev oziroma izplačilom nagrade za nadpovprečno kakovost poslovanja prodajnega mesta podana izjema od prepovedi diskriminacije, to ustrezno izkažeta.

*

Gospodarska družba je v odgovoru na posredovane ugotovitve Zagovornika v dopisu z dne 12. 9. 2022 navedla, da odločno zanika, da bi pri izplačilu nagrade za poslovno uspešnost za leto 2021 in izplačilu nagrade na račun uspešnosti prodajnega mesta za leto 2021 ravnala nezakonito ter da bi z navedenima izplačiloma kršila svoje obveznosti iz Zakona o delovnih razmerjih (ZDR-1) ali ZVarD, glede prepovedi diskriminacije. Družba zanika, da bi omenjeni izplačili predstavljali posredno diskriminacijo oziroma, da ne bi predstavljali dovoljene izjeme od prepovedi posredne diskriminacije po tretjem odstavku 6. člena ZDR-1. Družba se v celoti sklicuje na že podano argumentacijo v postopku, dodatno pa še pojasnjuje:

Nagrada za nadpovprečno kakovost poslovanja prodajnega mesta je nagrada za delovno uspešnost skupine zaposlenih in ni nagrada za poslovno uspešnost podjetja kot takega ter odraža prispevek skupine zaposlenih na razvrstitev prodajnega mesta v posamezni ocenjevalni skupini. Nagrado za nadpovprečno kakovost poslovanja prodajnega mesta prejme 40 % najbolj ocenjenih prodajnih mest v posamezni skupini. Končna ocena je tako odraz kakovosti dela zaposlenih na posameznem prodajnem mestu in ne pomeni posredne diskriminacije ter je kot taka nagrada za delovno uspešnost.

Glede izplačila nagrade za poslovno uspešnost za leto 2021 družba dodatno odgovarja, da četudi bi takšno ravnanje predstavljalo posredno diskriminacijo, pa je ne, bi tovrstno izplačilo predstavljalo izjemo od prepovedi diskriminacije po tretjem odstavku 6. člena ZDR-1, saj zasleduje zakoniti cilj, je ustrezno za doseg cilja in nujno potrebno. Družba se ne strinja z Zagovornikovimi ugotovitvami, da ji ni uspelo utemeljiti in dokazati, da je določitev efektivne prisotnosti na delovnem mestu kot merila za izplačilo dela plače za poslovno uspešnost za leto 2021 namenjena zasledovanju legitimnega cilja, ter da je bila postavitev merila prisotnosti

ustrezna in nujno potrebna. Družba izpostavlja, da Zagovornik ni podal ustrezne utemeljitve, zakaj spodbujanje delavcev k dobrem delu, ki edino privede do dobrih poslovnih rezultatov in delitev poslovne uspešnosti glede na delavčevo prisotnost, ko je delal in prispeval k dosegu poslovnih rezultatov, ni legitimen cilj za družbo.

Družba navaja, da je že v svojih pojasnilih z dne 22. 6. 2022 pojasnila, da je legitimen cilj, ki ga zasleduje, doseganje čim boljših poslovnih rezultatov iz svojega poslovanja, ki pa jih lahko doseže le na način, da zaposleni opravljajo delo in pri tem delajo čim boljše. Namreč, poslovnih rezultatov, ki so pogoj za izplačilo poslovne uspešnosti, ni mogoče doseči brez dejansko opravljenega dela, ki pa ga lahko opravijo le zaposleni, ki so učinkovito delali in so torej bili prisotni na delu. Če bi bili vsi zaposleni bolniško odsotni ali bi bili vsi na starševskem dopustu, zastavljeni rezultati nedvomno ne bi bili doseženi. Celotič, družba ne bi ustvarila nobenih prihodkov iz poslovanja in bi morala prenehati delovati. Izplačilo nagrade za poslovno uspešnost sorazmerno učinkovitemu delovnemu času zaposlenega v določenem obdobju (jan.-okt. 2021) je tako glede na svojo naravo, poleg zaposlitve v družbi na presečni dan, edino ustrezno in nujno potrebno merilo za izplačilo, saj brez učinkovitega dela, kot že opredeljeno, poslovnih rezultatov sploh ne bi bilo mogoče doseči. Merilo učinkovitega delovnega časa je po mnenju družbe transparentno in velja za vse in ne le za nekatere delavce. Nagrada tudi sicer po svojem namenu predstavlja zahvalo delavcem za njihov trud in prispevek k doseganju zastavljenih poslovnih rezultatov, kar bi moralo biti zaželeno in spodbujano, ne da se družbe, ki to počnejo in želijo svoj uspeh deliti z delavci, kaznuje. Zaposleni, ki so bili bolniško odsotni ali na starševskem dopustu v tem času k doseganju poslovnih rezultatov niso prispevali, za čas upravičene odsotnosti pa so upravičeni do prejema nadomestila plače v skladu z veljavno zakonodajo, ki ima drugo osnovo. Ti zaposleni so, upoštevaje njihovo odsotnost in »grace period« v višini 40 ur, upravičeni do izplačila v sorazmerju z učinkovitim delom.

Družba meni, da je kriterij prisotnosti zaposlenih na delovnem mestu ustrezen in nujen način za zasledovanje opisanega legitimnega cilja. Opisan kriterij prisotnosti na delovnem mestu je ustrezen in nujen način za doseganje opisanega cilja, saj brez opravljenih delovnih nalog, ki jih lahko naredijo le zaposleni, ki so delali, gospodarski subjekt poslovnih rezultatov ne bi ustvaril. Nagrada za poslovno uspešnost pri tem predstavlja zahvalo zaposlenim za njihov prispevek k temu, kar je po mnenju družbe nedvomno ustrezen ukrep. Prav tako je tudi nujen, saj rezultatov iz poslovanja ni mogoče doseči drugače kot z delom, z nagrado za poslovno uspešnost pa se nagrajuje že opravljeno delo, pri čemer so merila za izplačilo enaka in transparentna za vse delavce.

Izplačilo nagrade za poslovno uspešnost je edini način, ki ga družba lahko uporabi za spodbujanje in nagrajevanje prispevka zaposlenih k doseganju poslovne uspešnosti družbe, saj ga na druge načine ne more zastaviti oziroma bi bili ti načini manj ustrezni. Npr. mehanizmi prepoznavanja in nagrajevanja individualne in skupinske delovne uspešnosti delavcev nagrajujejo individualno oziroma skupinsko delo ter niso nujno neposredno povezani z rezultati družbe kot celote. Posameznik je lahko za svoje delo nagrajen, četudi družba ne doseže skupnih ciljev. Delitev dela plače za poslovno uspešnost je edini mehanizem, s katerim družba nagradi doseganje skupnih ciljev in pri tem prepozna prispevek delavca, ki se ne bi zgodil brez prisotnosti na delu. Praksa delitve poslovne uspešnosti, brez upoštevanja prisotnosti na delu, bi družbi odvzela način, da prepozna in nagradi prispevek k skupnemu rezultatu. Prav tako drugi mehanizmi, kot je npr. individualna delovna uspešnost, ne naslovijo težave potencialne diskriminacije in slabšega položaja delavcev, ki so bili prisotni na delu, v primeru, da se uspešnost deli tudi odsotnim delavcem. Z izplačevanjem nagrade za poslovno uspešnost vsem delavcem, ne glede na to, ali so dejansko delali in prispevali k doseganju zastavljenih poslovnih rezultatov, se dejansko demotivira delavce, ki delajo, saj se jim sporoča, da njihov prispevek k opravljenemu delu ni pomemben in so zato upravičeni do izplačila v enakem deležu kot tisti, ki so lahko bili celo obdobje upravičeno odsotni. V primeru demotiviranih delavcev za delo pa poslovnih rezultatov ni mogoče doseči, zato je izplačevanje nagrade za

poslovno uspešnost po kriteriju učinkovitega dela legitimna, ustrezen in nujen način za nagradjevanje delavcev za doseg uspešnega poslovanja družbe.

Družba sklepno zaključuje, da v konkretni zadevi ni ravnala v nasprotju z obveznostmi po ZDR-1 in ZVarD glede prepovedi diskriminacije, zato Zagovorniku predlaga, da predmetni postopek ustavi.

Vsebinsko identično opredelitev do Zagovornikovih ugotovitev je podal podjem v dopisu z dne 12. 9. 2022. Zagovornik v izogib podvajanju navedb ne povzema, saj gre za identično vsebino tisti, ki jo je podala družba. Razlika je zgolj v tem, da podjem podaja pojasnila v svojem imenu, gospodarska družba pa v svojstvu družbe.

*

Diskriminacijo opredeljuje 4. člen ZVarD, po katerem pomeni diskriminacija 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 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. Mednje, 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 katera koli druga osebna okoliščina.

Med t.i. druge osebne okoliščine nedvomno sodijo tudi zdravstveno stanje, nosečnost, materinstvo, starševstvo, družinsko stanje, v zvezi s katerimi posamezniki prav tako uživajo varstvo pred diskriminacijo. Da je z vidika varstva pred diskriminacijo omenjene okoliščine posameznika treba obravnavati v okviru pojma »osebnih okoliščin«, izhaja tudi iz delovnopravne zakonodaje, ki s svojimi normami prav tako tvori protidiskriminacijsko zakonodajo v Republiki Sloveniji. Konkretno prvi odstavek 6. člena ZDR-1 eksplicitno omenja zdravstveno stanje in družinsko stanje kot osebni okoliščini, na podlagi katere je neenaka, diskriminatorska obravnavo delavca prepovedana. ZDR-1 pa dalje v četrtem odstavku 6. člena tudi določa, da za diskriminacijo šteje tudi manj ugodno obravnavanje delavcev, ki je povezano z nosečnostjo ali starševskim dopustom.

Dejstvo, da gre pri neugodnem obravnavanju, ki je povezano z nosečnostjo, materinstvom oz. starševstvom,⁵ nedvomno za diskriminacijo, in da so v tem okviru materinstvo, nosečnost in starševstvo varovane osebne okoliščine (bodisi same po sebi bodisi v okviru osebne okoliščine spola), na podlagi katerih je diskriminacija prepovedana, izhaja tudi iz mednarodnih dokumentov, ki zavezujejo Republiko Slovenijo oziroma so del njenega pravnega reda (npr. Direktiva 2006/54/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 5. julija o uresničevanju načela enakih možnosti ter enakega obravnavanja moških in žensk pri zaposlovanju in poklicnem delu) kot tudi iz tuje⁶ in domače sodne prakse.⁷

⁵ Starševstvo oziroma starševski dopust kot okoliščina na podlagi katere je prepovedana diskriminacija skladno s četrtem odstavkom 6. člena ZDR-1 se interpretira kot materinski, očetovski in starševski dopust. (Irena Bečan...[et al.], Zakon o delovnih razmerjih s komentarjem, GV Založba, 2016, str. 57.)

⁶ Glej npr. Dekker, C – 177/88 in druge, Thibault, C 136/95, Alabaster, C-147/02, itd.

⁷ Glej npr. VSRS Sodba in Sklep VIII Ips 255/2017, VSRS Sodba VIII Ips 287/2015, VSRS Sklep VIII Ips 208/2014 itd.

ZVarD opredeljuje več oblik diskriminacije, pri čemer kot osnovni obliki diskriminacije opredeljuje neposredno in posredna diskriminacijo (6. člena ZVarD). Neposredna diskriminacija obstaja, če je oseba ali skupina oseb zaradi določene osebne okoliščine bila, je ali bi lahko bila v enakih ali podobnih situacijah obravnavana manj ugodno, kot se obravnava, se je obravnavala ali bi se obravnavala druga oseba ali skupina oseb (prvi odstavek 6. člena). 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).

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

V skladu z določbo 40. člena ZVarD v postopkih ugotavljanja diskriminacije velja pravilo obrnjenega dokaznega bremena, skladno s katerim je v primeru izkazanega suma diskriminacije na domnevem kršitelju, da dokaže, da ni kršil prepovedi diskriminacije oziroma, da je postopal skladno z eno od izjem od prepovedi diskriminacije in je torej v zadevi ravnal zakonito.

*

Zagovornik je predmetni postopek ugotavljanja diskriminacije pričel po uradni dolžnosti na podlagi prvega odstavka 34. člena ZVarD, ki določa, da lahko Zagovornik začne obravnavo diskriminacije po uradni dolžnosti, če je o obstoju diskriminacije seznanjen na podlagi anonimnega predloga, predloga tretje osebe ali na drug način. Predlog za obravnavo je podal zaposleni, ki je želel ostati anonimen, a je podal soglasje za vodenje postopka. Postopek ugotavljanja diskriminacije urejajo členi 33. do 37. ZVarD. Za vsa vprašanja postopka, ki niso urejena z ZVarD, Zagovornik skladno z drugim odstavkom 3. člena ZUP uporabi slednjega.

Zagovornik je bil primarno seznanjen o domnevno diskriminatornem načinu izplačevanja nagrade za poslovno uspešnost ter nagrade na račun uspešnosti prodajnega mesta s strani delodajalca – podjetja, ki je franšiza gospodarske družbe. Iz prejetih pojasnil podjetja (z dne 15. 4. 2022) je izhajalo, da je podjetje v pogodbenem razmerju z gospodarsko družbo in da je, kot pogodbeni partner, zavezan k spoštovanju pravnih pravil, ki jih je za svoje zaposlene vzpostavila družba oziroma pravil, ki veljajo za zaposlene v gospodarski družbi. Zagovornik je zato v konkretni postopek pritegnil tudi gospodarsko družbo, saj jo je v predmetnem postopku prav tako prepoznal kot potencialno kršiteljico.⁸

Zagovornik je, upoštevaje dejstvo, da gre v obravnavani zadevi za očitke, ki se nanašajo na identično pravno in dejansko podlago⁹, omenjena pravna subjekta smatral za materialna sospornika, zato je v zadevi skladno s prvim odstavkom 217. člena ZUP izdal skupno odločbo.

⁸ Kot podrobneje pojasnjeno na strani 7, 8 predmetne odločbe.

⁹ Zagovornik je navkljub pojasnilu podjetja, da je kriterije za izplačilo dela plače za poslovno uspešnost za leto 2021 sprejel v obliki dokumenta, imenovanega »Meril za pridobitev pravice do izplačila dela plače za poslovno uspešnost za leto 2021« ugotovil, da so merila vsebinsko identična tistim, ki sta jih v obliki Dogovora sprejela družba in sindikat delavcev. Prav tako tudi iz samih pojasnil družbe izhaja, da njene pogodbene partnerje zavezujejo določila KP, Pravilnika, kakor tudi druga pravna pravila, ki jih je družba sprejela za svoje zaposlene. Vsled navedenega je Zagovornik štel, da gre v konkretni zadevi v primeru izplačila dela plače za poslovno uspešnost za leto 2021 ter nagrade za nadpovprečno kakovost poslovanja prodajnega mesta za isto pravno in dejansko podlago.

Akt, s katerim se postopek pri Zagovorniku zaključi, je upravni ugotovitveni akt, ki kot takšen ni izvršljiv, je pa ugotovitev Zagovornika obvezna in tako pomembna za nadaljnja ravnanja, ki so vedno usmerjena v odpravo učinkov diskriminacije in njeno nadaljnje preprečevanje. Skladno z navedenim je Zagovornik v predmetni zadevi ugotavljal obstoj diskriminacije in izdal ugotovitveno odločbo, kot izhaja iz 1., 2., 3. in 4. točke izreka te odločbe.

*

K I. in II. točki izreka

Izplačilo dela plače za poslovno uspešnost

Pravno podlago za izplačilo dela plače za poslovno uspešnost v gospodarski družbi ter podjetju predstavlja kolektivna pogodba (v nadaljevanju: KP). Ta v 68. členu določa, da lahko delodajalec na podlagi uspešnega poslovanja izplača del plače za poslovno uspešnosti. Delavcu, ki ni delal vse obdobje, pripada del plače za poslovno uspešnost glede na njegov efektivni delovni čas. Del plače za poslovno uspešnost je izključen iz osnov za nadomestila plač in drugih prejemkov iz delovnega razmerja.

Merila za pridobitev pravice do izplačila dela plače za poslovno uspešnost za leto 2021 so bila v gospodarski družbi sprejeta v obliki Dogovora, sklenjenega med gospodarsko družbo in sindikatom delavcev. Prvi odstavek 2. člena Dogovora določa, da pravica do izplačila dela plače za poslovno uspešnost pripada zaposlenim, ki so na dan 30. 11. 2021 v rednem delovnem razmerju. Zaposlenemu pripada del plače za poslovno uspešnost v deležu glede na njihov efektivni delovni čas. Za izračun efektivnega delovnega časa se šteje obdobje od 1. 1. 2021 do 31. 10. 2021.

Drugi odstavek 2. člena Dogovora določa, da se v efektivni delovni čas za namene izplačila dela plače za poslovno uspešnost všttevajo ure, ki so osnova za sledeče vrste plač:

- delo po času, opravljenem v rednem delovnem času
- nadomestila za redni letni dopust, izredni plačani dopust, študijski dopust in praznike
- nadomestila za začasno čakanje na delo doma, ki je obračunano v višini 80% osnove
- nadomestila za odsotnost iz razloga višje sile kot posledica varstva otrok (zaprtje vrtcev, šol ali karantena otroka) ali nemožnosti prihoda na delo zaradi ustavitve javnega prevoza ali zaprtja mej s sosednimi državami
- nadomestila za odsotnost zaradi odrejene karantene, ki so obračunana v višini 80% ali 100% osnove.

Skladno s tretjim odstavkom 2. člena se dodatno zaposlenim v efektivni delovni čas upošteva do največ 40 ur odsotnosti, to je t.i. »grace period«, ki se ne všttevajo v efektivni delovni čas za poslovno uspešnost (npr. bolniške odsotnosti, itd.), pri čemer skupno število efektivnega delovnega časa ne sme presegati polnega fonda ur zaposlenega za obdobje 1. 1. 2021 do 31. 10. 2021.

Za vsakega zaposlenega se izračuna v % delež njegovega efektivnega delovnega časa glede na celotni fond delovnega časa. Za zaposlene, ki delajo 5 dni v tednu, znaša celotni fond 1.728 ur, za zaposlene, ki delajo 6 dni v tednu, pa 1.732 ur. Ta % je osnova za izračun dela plače za poslovno uspešnost za posameznega zaposlenega.

Zagovornik kot bistveno izpostavlja, da tako za gospodarsko družbo kakor tudi za njegove pogodbene partnerje, torej tudi za podjetje, veljajo ista pravila oziroma ista pravna podlaga za izplačilo dela plače za poslovno uspešnost. Na kakšen način pogodbeni partnerji ta pravila posredujejo svojim zaposlenim (npr. podjetje pojasnjuje, da je merila objavil v obliki dokumenta »Merila za pridobitev pravice do izplačila dela plače za poslovno uspešnost za leto 2021«, ki ga je objavil na oglasni deski prodajnega mesta) z vidika predmetnega postopka ni relevantno.

Bistveno je, da gre za enotna pravila, ki zavezujejo tako gospodarsko družbo, ki jih je sprejel, kakor tudi njegove pogodbene partnerje, ki so jih dolžni spoštovati.

Zagovornik se v nadaljevanju opredeljuje do vprašanja, ali so merila, ki jih je za izplačilo poslovne uspešnosti v letu 2021 sprejela gospodarska družba, skladna z določbami ZVarD, ter dalje, ali je podjem pri izplačilu dela plače za poslovno uspešnost svojim zaposlenim v letu 2021 kršil prepoved diskriminacije po ZVarD.

Zagovornik ugotavlja, da je skladno z zgoraj opisanimi merili v družbi ter podjetju višina izplačila dela plače za poslovno uspešnost za leto 2021 vezana na prisotnost delavca na delovnem mestu (na efektivni delovni čas) ter da se višina izplačila zniža iz naslova vseh tistih odsotnosti nad 40 ur, ki niso izrecno zapisane kot odsotnosti, ki se štejejo v efektivni delovni čas.

V konkretnem postopku Zagovornik kot relevantne pripoznava tiste odsotnosti, ki so vezane na osebne okoliščine posameznika. Gre za osebne okoliščine, na podlagi katerih posamezniki uživajo varstvo pred diskriminacijo. V konkretnem primeru so to: zdravstveno stanje, nosečnost, starševstvo, spol in družinsko stanje. Spol je v ZVarD izrecno naveden kot osebna okoliščina, ki v slovenski zakonodaji uživa pravno varstvo. Nosečnost, starševstvo, družinsko stanje in zdravstveno stanje v ZVarD pa spadajo med t.i. druge osebne okoliščine, ki so prav tako pravno varovane. V delovnopravni zakonodaji pa sta zdravstveno stanje in družinsko stanje eksplicitno navedeni kot osebni okoliščini, ki uživata pravno varstvo (prvi odstavek 6. člena ZDR-1).

Zagovornik ugotavlja, da so odsotnosti iz zdravstvenih razlogov, iz naslova porodniškega in očetovskega dopusta 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 in v drugih primerih v skladu s predpisi o zdravstvenem zavarovanju (167. člen ZDR-1), kamor sodijo tudi pravica do nadomestila zaradi nege otroka oz. za nego ožjega družinskega člana, spremstvo itd. Delodajalec je dolžan zagotavljati pravico do odsotnosti z dela ali krajšega delovnega časa delavcu zaradi izrabe starševskega dopusta, določenega z zakonom (186. člen ZDR-1).

Vse odsotnosti z dela, ki niso povezane z osebnimi okoliščinami delavcev, niso predmet tega postopka in se Zagovornik do njih ne opredeljuje. Takšne so na primer opravičene neplačane odsotnosti, suspenz, itd. Za ta postopek so, kot rečeno, relevantne zgolj odsotnosti, ki so povezane z osebnimi okoliščinami delavcev in vplivajo na znižanje izplačila dela plače za poslovno uspešnost.

Zagovornik ugotavlja, da je merilo elektivnega delovnega časa, torej merilo, ki kot relevantno za izplačilo upošteva prisotnost delavca na delovnem mestu, na videz nevtralno merilo, ki velja za vse delavce enako in nikogar od delavcev neposredno ne postavlja v slabši položaj. Smiselno enako to zatrjuje družba v svojih pojasnilih, ko navaja, da kriterij odsotnosti velja enako za vse zaposlene in da se odsotnosti in prisotnosti zaposlenih obravnavajo enako.

Način obračuna poslovne uspešnosti za leto 2021 v družbi ne posega v samo pravico delavcev do odsotnosti z dela, posega pa v njihov položaj, kadar delavci to pravico dejansko koristijo v praksi. Namreč, delavci z določenimi osebnimi okoliščinami, ki jih ne morejo spremeniti (zdravstveno stanje, invalidnost, družinsko stanje, nosečnost, materinstvo, očetovstvo, starost ipd.) težje dosežejo merilo prisotnosti na delu, s čimer so zaradi osebnih okoliščin, na katere ne morejo vplivati, postavljeni v manj ugoden položaj v primerjavi z delavci, ki navedenih okoliščin nimajo. Gre zlasti za delavce, ki so pogostejše ali dalj časa odsotni kot npr. noseče delavke, delavci s kroničnimi, ponavljajočimi se boleznimi ali poškodbami, ki terjajo večje zdravstvene posege in rehabilitacijo, delavci, ki negujejo ali spremljajo družinskega člana v primerih bolezni, poškodb, itd. Pri tem Zagovornik ugotavlja, 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 oz. skrbi za drugo osebo (kot na primer pravica do spremljanja slepega otroka na zdraviliškem zdravljenju, ipd.).

Tako postavljeno merilo, ki kot relevantno upošteva okoliščino odsotnosti/prisotnosti na delu, v slabši položaj postavi tudi delavca, ki vse leto ni odsoten z dela zaradi bolezni, ampak postane oče in koristi očetovski dopust (in nato tudi starševski dopust). Oče ima skladno z Zakonom o starševskem varstvu in družinskih prejemkih pravico do očetovskega dopusta ob rojstvu otroka oziroma otrok v trajanju 30 dni. Pravica je neprenosljiva. Oče izrabi prvi del očetovskega dopusta v trajanju najmanj 15 koledarskih dni v strnjenem nizu v obliki polne ali delne odsotnosti z dela od rojstva otroka do najpozneje enega meseca po poteku starševskega dopusta v strnjenem nizu oziroma pravice do starševskega dodatka za tega otroka. Če jih izrabi manj kot 15 dni, mu preostanek do 15 dni propade. To pomeni, da če se odloči za koriščenje 30 dni, kolikor znaša njegova pravica, je že samo zaradi koriščenja te zakonske pravice upravičen le do znižanega izplačila dela plače za poslovno uspešnost. To pa je v nasprotju z razlogi, zaradi katerih je bil očetovski dopust uveden v slovenski pravni red, ki so implementacija evropskega pravnega reda v slovensko zakonodajo ter prispevek k odpravljanju razlik med ženskami in moškimi na trgu dela, saj omogoča, da ženske po rojstvu otroka ostanejo aktivne na trgu dela. Njegov namen je tudi spodbujanje bolj enakovredne porazdelitve obveznosti varstva in nege otrok med ženskami in moškimi.

Zagovornik ugotavlja, da merilo efektivne prisotnosti na delu, ki je sicer oblikovano nevtralnno z ozirom na osebne okoliščine in velja za vse delavce enako, učinkuje tako, da dejansko v slabši položaj postavlja določene delavce s specifičnimi osebnimi okoliščinami, na katere ti ne morejo vplivati. Omenjeno merilo delavce, ki so z dela odsotni v obsegu več kot 40 ur postavlja v manj ugoden položaj, ki se kaže v nižjem deležu izplačila nagrade za poslovno uspešnost, ki je sestavni del njihove plače v primerjavi z delavci, ki teh pravic ne koristijo.

Zagovornik v zvezi z navedbami družbe, da je prisotnost na delovnem mestu nujni pogoj za prispevek delavca k poslovni uspešnosti ter da slednja predstavlja element plače, katere plačilo je prav tako pogojeno s prisotnostjo delavca na delu, najprej pojasnjuje, da poslovna uspešnost ni plačilo za dejanski prispevek delavca k poslovni uspešnosti podjetja. **Zagovornik poudarja, da je potrebno upoštevati in razlikovati naravo izplačila dela plače za poslovno uspešnosti in naravo dela plače za individualno / kolektivno delovno uspešnost.** Del plače za poslovno uspešnost je delodajalec dolžan izplačati, če je dogovorjena v kolektivni pogodbi ali pogodbi o zaposlitvi. Zakon ne določa kriterijev oziroma kazalnikov, kdaj je neka družba poslovno uspešna, kriteriji so določeni v avtonomnih aktih družbe. Poslovna uspešnost se praviloma presoja po doseganju načrtovanih ciljev, ki so določeni v planskih aktih družbe, med njimi pa so ustvarjen dobiček, dosežena planirana prodaja, povečan izvoz, proizvodnja, povečan obseg storitev, idr.¹⁰

Iz Poročila o poslovanju gospodarske družbe v prvih devetih mesecih leta 2021 (v nadaljevanju: Poročilo) kakor tudi Letnega poročila za leto 2021 izhaja, da na poslovanje gospodarske družbe, poleg trendov na energetskega področju in trendov na področju trgovine, vpliva še več drugih, med seboj pogosto soodvisnih dejavnikov. Med najpomembnejše sodita: gibanje cen energentov in gibanje tečaja ameriškega dolarja, ki sta odraz svetovnih gospodarskih gibanj. Poleg tega na trgih, kjer posluje skupina gospodarske družbe, pomembno vplivajo na poslovanje tudi lokalne gospodarske razmere (gospodarska rast, stopnja rasti cen, rast potrošnje in proizvodnje) ter ukrepi, s katerimi država uravnava cene in trg energentov. Kot se je izkazalo ob pojavu pandemije, pa na poslovanje vplivajo tudi ukrepi, ki jih države sprejemajo za njeno zajezitev. Pandemija Covida-19 je povzročila gospodarsko

¹⁰ Zakon o delovnih razmerjih (ZDR-1) s komentarjem, IUS Software, GV Založba, 2016, Irena Bečan in drugi, str. 759-760.

krizo, ki se je odrazila v padcu gospodarske rasti, nižji potrošnji in proizvodnji. Med panoge, ki jih je pandemija najbolj prizadela, sodijo letalski prevoz, javni transport in osebni prevoz, turizem in osebne storitve.

Na poslovanje skupine gospodarske družbe je tako v omenjenem obdobju pomembno vplivalo gibanje cen nafte in proizvodov iz nafte na svetovnem trgu, način določanja maloprodajnih cen proizvodov iz nafte, gibanje menjalnega tečaja ameriškega dolarja in evra, ukrepi države glede obvladovanja o epidemije koronavirusa, itd. Gre za dejavnike, ki nedvomno bistveno vplivajo na poslovni uspeh družbe v določenem obdobju in so kot taki neodvisni od dela zaposlenih oziroma nanje zaposleni v družbi nimajo nikakršnega vpliva. Kot npr. izhaja iz Poročila, se je družba v prvih devetih mesecih leta 2021 srečevala z različnimi ukrepi držav za zajezitev epidemije, ki so omejevali gibanje tako med lokalnimi skupnostmi kot tudi med državami. Kljub nižji količinski prodaji proizvodov iz nafte pa so bili prihodki višji kot v enakem obdobju leta 2020 predvsem zaradi višjih cen nafte in ostalih energentov, boljše prodaje zemeljskega plina in vključitve družbe A v skupino gospodarske družbe.

Bistveno pri izplačilu za poslovno uspešnost torej je, da gre za izplačilo na račun poslovnega uspeha družbe kot celote, pri čemer je, kot rečeno, uspeh odvisen od vrsto različnih (zunanjih in notranjih) dejavnikov. Drugače pa je pri izplačilu dela plače za delovno uspešnost. Pri slednji je individualni prispevek delavca pomemben faktor vrednotenja. Individualna delovna uspešnost pomeni stimulativen del plače, ki ga delavec zasluži, če je uspešen pri delu, glede na vnaprej določene kriterije in merila, po katerih se ugotovi njegov dejanski prispevek k uspešnosti dela, ki ga opravlja. Po ZDR-1 na delovno uspešnost vpliva delavčeva gospodarnost, kvaliteta in obseg opravljenega dela, ki ga je dolžan opravljati po pogodbi o zaposlitvi. Delovna uspešnost se ugotavlja individualno za posameznega delavca ali pa za skupino, odvisno od narave dela. Pri delovni uspešnosti je tako dejanska učinkovitost delavca eden ključnih kriterijev za njeno izplačilo.¹¹

Če je merilo za izplačilo poslovne uspešnosti oblikovano tako, da je odvisno zgolj od individualnega prispevka delavca, pa še ta se meri izključno po dnevih prisotnosti, po oceni Zagovornika ne moremo govoriti o izplačilu poslovne uspešnosti, ampak gre pravzaprav za izplačilo individualne uspešnosti.¹²

Zagovornik 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 presegle zastavljene rezultate dela, in tudi tisti, ki jih niso, ker dela niso opravljali pravočasno in kakovostno (za te ima delodajalec na voljo druge delovnopravne institute – v skrajnem primeru celo odpoved pogodbe o zaposlitvi iz razloga nesposobnosti), tudi letna prisotnost delavca na delu oziroma odsotnost z dela ne more biti določena kot merilo za višino izplačila poslovne uspešnosti. Izključno prisotnost na delovnem mestu ni edini pokazatelj delavčeve uspešnosti in učinkovitosti, pri čemer je treba poudariti, da izplačilo poslovne uspešnosti ni namenjeno nagrajevanju individualne uspešnosti in torej ne predstavlja nagrade zaposlenim za njihovo opravljanje dela, kot meni družba, temveč gre za izplačilo, ki je vezano izključno na poslovni uspeh družbe kot celote. Kajti v primeru, če družba kot celota ne bi uspešno poslovala oz. ne bi dosegla zastavljenih ciljev in posledično delodajalec ne bi sprejel odločitve o izplačilu dela plače za poslovno uspešnost v določenem letu, tudi delavci, navkljub dejstvu, da so celo leto delali oziroma bili prisotni na delovnem mestu, ne bi bili deležni izplačila tega dela plače.

Gospodarska družba je navedla, da če je diskriminatorno, da za čas odsotnosti zaposlenemu ne pripada del plače za poslovno uspešnost, se lahko po analogiji smatra kot diskriminatorna tudi praksa, da je nadomestilo plače za bolniško odsotnost nižje od plače zaposlenega.

¹¹ Prav tam, str. 766.

¹² Slednja je podvržena tudi drugačni davčni obravnavi kot izplačilo dela plače za poslovno uspešno (12. točka 1. odst. 44. člena Zakona o dohodnini).

Zagovornik v zvezi z navedenim argumentom pojasnjuje, da nadomestila plače za čas odsotnosti z dela nikakor ni mogoče enačiti oziroma primerjati z izplačilom, ki se izplača na račun poslovne uspešnosti podjetja. Po naravi stvari gre namreč za dva popolnoma različna pravna instituta, ki med seboj nista primerljiva. Nadomestilo plače za čas odsotnosti z dela je del delovnopravnega varstva, ki ga je deležen delavec v primeru realizacije določenega socialnega tveganja. Kljub načelni vzajemni dolžnosti izpolnitve pogodbenih obveznosti strank v delovnem razmerju ima delavec v določenih primerih pravico do plačila, čeprav dela ne opravlja (pravica do nadomestila plače). Ta pravila, ki predstavljajo odstop od načela vzajemnosti, so izraz upoštevanja socialne funkcije plače in predstavljajo odmik pogodbe o zaposlitvi od civilnopravne ureditve vzajemnih pogodb. Pri nadomestilu plače gre, kakor ugotavlja tudi družba sama, za socialnovarstveno pravico iz delovnega razmerja in pomeni kontinuitetno plačilo v primeru upravičene odsotnosti z dela.¹³ Popolnoma drugačna pa je narava izplačila poslovne uspešnosti. Slednja kot sestavni del plače predstavlja nagrado vsem zaposlenim, pod pogojem, da je družba poslovno uspešna. Izplačilo poslovne uspešnosti drugače kot nadomestilo za čas odsotnosti z dela ne predstavlja socialnovarstvene pravice delavca, povezane z nastankom varovanega primera (npr. bolezni, poškodbe pri delu, ipd.). Gre za neprimerljiva delovnopravna instituta z vidika pravnega urejanja, njune pravne narave ter namena in njihovih učinkov, zato tudi analogija, na katero se sklicuje družba v svojih pojasnilih, ne vzdrži presoje.

V zvezi z navedbo družbe, da bi se z enakim izplačilom dela plače za poslovno uspešnost diskriminiralo zaposlene, ki niso bili odsotni oziroma so bili odsotni v manjši meri, s čimer bi se uvedel sistem »uravnilovke«, po katerem bi vsi zaposleni prejeli enako plačilo ne glede na opravljeno delo, Zagovornik primarno pojasnjuje, da se s tem, ko se del plače za poslovno uspešnost (pri kateri gre, kot že pojasnjeno, za poslovni uspeh družbe kot celote in ne za individualni prispevek zaposlenih) izplača v enakem deležu delavcem, ki so bili več kot 40 ur odsotni z dela kakor tudi delavcem, ki zaradi osebnih okoliščin niso bili primorani koristiti odsotnosti, v ničemer ne posega v pravni položaj slednjih oziroma se slednjim ničesar ne odvzema. Se pa po drugi strani s takšnim načinom enakega izplačila izenači položaj tistih, ki bi bili drugače zaradi določenih osebnih okoliščin pri tovrstnem izplačilu prikrajšani. Pri presoji diskriminacije je potrebno upoštevati dejstvo, da delavci že v izhodišču niso vedno v enakem položaju, zato je treba upoštevati njihove osebne okoliščine, ki so relevantne tudi za opravljanje dela oziroma 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, 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 treba upoštevati naravo izplačila poslovne uspešnosti (ki ni v nagrajevanje individualnega prispevka k dobičku družbe) in tudi to, da se lahko že naslednje leto delavci, ki niso bili 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 izplačila polne poslovne uspešnosti in ne zmanjšane zaradi odsotnosti z dela, ki bo posledica katere od njihovih osebnih okoliščin.

Tudi argumentacija, da bi bilo enako izplačevanje zneskov nepravilno do prisotnih delavcev, saj bi se lahko zgodilo, da bi bila družba zaradi omejenosti sredstev za izplačilo dela plače za poslovno uspešnost prisiljena znižati znesek izplačila, da bi le-to lahko izplačalo tudi odsotnim zaposlenim, ne vzdrži presoje. Po oceni Zagovornika sklicevanje na pravičnost, ki naj bi zadevala »prisotne« zaposlene, nikakor ne more biti opravičilo za diskriminacijo »odsotnih« zaposlenih. Če bi bil dejansko celotni znesek za izplačilo dela plače za poslovno uspešnosti nižji na račun izplačila odsotnim delavcem, bi bilo to izključno zaradi doslednega spoštovanja načela prepovedi diskriminacije, ki kot univerzalno načelo zaseda osrednje mesto tako v mednarodnem kot tudi slovenskem pravnem redu.

¹³ Glej npr. sodbo VSRS VIII Ips 206/2018.

Ker je Zagovornik ugotovil, da merilo odsotnosti pri izplačilu dela plače za poslovno uspešnost v manj ugoden položaj postavlja osebe z določeno osebno okoliščino (zdravstvenega stanja, materinstva, očetovstva, starševstva, družinskega stanja), je v nadaljevanju presojal, ali merilo odsotnosti delavca objektivno temelji na legitimnem cilju in ali so sredstva za doseganje tega cilja ustrezna in nujno potrebna. Ugotavljal je torej, ali bi lahko obravnavani način izplačila dela plače za poslovno uspešnost v družbi ustrezal izjemi od prepovedi posredne diskriminacije po drugem odstavku 6. člena ZVarD.

Družba je v svojih pojasnilih z dne 22. 6. 2022 navedla, da je prisotnost na delovnem mestu odločilen in bistven pogoj za uspešnost podjetja. Pri tem se je sklicevala na ureditev petega odstavka 6. člena ZDR-1, ki določa, da različno obravnavanje, temelječe na kateri od osebnih okoliščin, ne pomeni diskriminacije, če zaradi narave dela oziroma okoliščin, v katerih se delo opravlja, določena osebna okoliščina predstavlja bistven in odločilen pogoj za delo in je takšna zahteva sorazmerna ter upravičena z zakonitim ciljem.

V konkretni zadevi je morebitno izjemo od prepovedi diskriminacije treba presoјati po drugem odstavku 6. člena ZVarD (oz. tretjem odstavku 6. člena ZDR-1), saj gre v zadevi za obliko posredne diskriminacije. Slednja je dopustna, če na videz nevtralne določbe, merila ali prakse objektivno temeljijo na legitimnem cilju in so sredstva za doseganje tega cilja ustrezna in nujno potrebna.

Da bi upravičila zakonitost ravnanja oziroma nediskriminatornost meril za izplačilo poslovne uspešnosti za leto 2021, bi morala družba izkazati, da je z določitvijo merila prisotnosti delavca kot edinega relevantnega kriterija za izplačilo dela plače za poslovno uspešnost zasledovala nek legitimni cilj ter dalje, da je bilo to merilo prisotnosti ustrezno in nujno potrebno. Ustrezna sredstva so tista, ki so po naravi takšna, da se njimi določen legitimni cilj lahko doseže, nujno potrebna pa so takrat, kadar istega cilja ni mogoče doseči z drugimi milejšimi sredstvi oziroma ukrepi.¹⁴

V svojih pojasnilih oziroma izjasnitvah z dne 12. 9. 2022 je družba navedla, da je legitimni cilj, ki ga družba zasleduje, doseganje čim boljših rezultatov iz svojega poslovanja. Te pa lahko doseže le na način, da delavci opravijo delo in pri tem delajo čim boljše. Družba pojasnjuje, da rezultatov ni mogoče doseči brez dejansko opravljenega dela. Prisotnost zaposlenih na delovnem mestu je po mnenju družbe ustrezen in nujen način za zasledovanje legitimnega cilja, saj brez opravljenih delovnih nalog, ki jih lahko opravijo le zaposleni, ki so delali, gospodarski subjekt poslovnih rezultatov ne bi opravil. Nagrada predstavlja zahvalo zaposlenim za njihov trud in prispevek k doseganju zastavljenih poslovnih rezultatov, kar je nedvomno ustrezen ukrep. Prav tako je ukrep po oceni družbe nujen, saj rezultatov ni mogoče doseči drugače kot z delom, nagrada za poslovno uspešnost pa se nagrajuje za opravljeno delo, pri čemer so merila za izplačila enaka in transparentna za vse delavce.

Zagovornik soglaša, da je cilj doseganja čim boljših rezultatov poslovanja v družbi legitimni cilj, ki ga družba zasleduje. Da so sredstva za doseg tega cilja primerna in nujno potrebna, pa po oceni Zagovornika družba ni uspela ustrezno pojasniti. Iz pojasnil ni jasno, kaj pravzaprav družba smatra za sredstvo, s katerim naj bi se dosegel sicer legitimni cilj. Npr. na strani 2 pojasnil z dne 12. 9. 2022 družba najprej navaja:

»Izplačilo nagrade za poslovno uspešnost sorazmerno učinkovitemu delovnemu času zaposlenega v določenem obdobju (od januarja 2021 do oktobra 2021) je tako glede na svojo naravo, poleg zaposlitve v družbi na presečni dan, edino ustrezno in nujno potrebno merilo za izplačilo, saj brez učinkovitega dela, kot že opredeljeno, poslovnih rezultatov sploh ne bi bilo mogoče doseči.«

¹⁴ O tem je Zagovornik družbo izrecno opozoril v dokumentu št. 0700-13/2022 z dne 23. 8. 2022.

Dalje na strani 2 v zadnjem odstavku družba navaja: »Tako menimo, da je prisotnost na delovnem mestu ustrezen in nujen način za zasledovanje legitimnega cilja, opisanega v prejšnjem odstavku.«

Na 3. strani družba navaja: »Nagrada za poslovno uspešnost pri tem predstavlja zahvalo zaposlenim za njihov prispevek k temu, kar je nedvomno ustrezen ukrep. Prav tako je nujen, saj kot že poudarjeno, rezultatov ni mogoče doseči drugače kot z delom, z nagrado za poslovno uspešnost pa se nagrajuje opravljeno delo, pri čemer so merila za izplačila enaka in transparentna za vse.«

V zaključku na strani 3 pa družba še navede: »V primeru demotiviranih delavcev za delo pa poslovnih rezultatov ni mogoče doseči, zato je izplačevanje nagrade za poslovno uspešnost po kriteriju učinkovitega dela legitimno, ustrezen in nujen način za nagrajevanje delavcev za doseg uspešnega poslovanja družbe.«

Iz navedenega smiselno izhaja, da družba kot ustrezno in nujno potrebno sredstvo za doseg cilja uspešnega poslovanja družbe smatra prisotnost na delovnem mestu. Po drugi strani pa izplačilo nagrade za poslovno uspešnost utemeljuje kot ustrezen in nujen ukrep za zahvalo delavcem za opravljeno delo oziroma v zaključku sklene, da izplačevanje nagrade po kriteriju učinkovitega dela legitimno, ustrezen in nujen način za doseg legitimnega cilja uspešnega poslovanja.

Po oceni Zagovornika družba ni uspela pojasniti, kako naj bi se z obravnavanim spornim obračunavanjem izplačila za poslovno uspešnost družbe zasledovalo legitimni cilj, ki je doseganje čim boljših rezultatov oziroma poslovanje družbe. Izplačila nagrade, ki se obračuna po spornem kriteriju prisotnosti na delovnem mestu, po oceni Zagovornika ni mogoče upoštevati kot ustrezno sredstvo za doseg legitimnega cilja čim boljšega poslovanja družbe, saj je izplačilo za uspešno poslovanje lahko zgolj posledica doseženega poslovnih rezultatov (uspešnega poslovanje) in ne sredstvo za doseg le-tega.

Zagovornik dalje meni, da četudi bi se v zadevi kot legitimni cilj (in ne sredstvo) utemeljevalo nagrajevanje zaposlenih za opravljeno delo, kriterij prisotnosti zaposlenega pa presojalo v kontekstu ustreznosti in nujnosti sredstva, izjema od prepovedi diskriminacije ne bi bila podana.

Namreč, način vrednotenja po katerem je prisotnost na delovnem mestu (oz. učinkoviti delovni čas) edini relevantni faktor, po oceni Zagovornika ne predstavlja ustreznega sredstva za nagrajevanje poslovne uspešnosti. Ponovno je potrebno poudariti, da izplačilo nagrade za poslovno uspešnost ne predstavlja nagrade za individualni prispevek delavca, temveč gre za nagrado zaradi doseženega uspeha družbe kot celote. Izplačilo, ki temelji zgolj na okoliščini prisotnosti delavca na delovnem mestu, v ničemer ne odraža prispevka delavca k skupnem uspehu družbe, temveč gre dejansko za izplačilo za prisotnost. Kriterij prisotnosti tako ne upošteva dejansko opravljenega dela, uspešnosti, učinkovitosti posameznega delavca oziroma njegovega dejanskega prispevka k poslovni uspešnosti družbe, temveč kot relevantno šteje zgolj prisotnost na delu. Po oceni Zagovornika način izračuna višine izplačila poslovne uspešnosti, ki kot relevantno upošteva zgolj prisotnost delavca na delovnem mestu, ne predstavlja ustreznega načina zasledovanja cilja nagrajevanja delavca za opravljeno delo.

Zagovornik meni, da načina vrednotenja, pri katerem je prisotnost edini relevantni faktor, tudi ni mogoče oceniti kot nujno potrebnega sredstva, saj obstajajo tudi druga, milejša sredstva za doseganje cilja nagrajevanja delavcev za opravljeno delo. Takšno sredstvo je npr. izplačilo individualne/ kolektivne delovne uspešnosti, ki je izrecno namenjeno vrednotenju gospodarnosti, kvalitete in obsega opravljenega dela, za katerega je delavec sklenil pogodbo o zaposlitvi. Način izračuna višine izplačila poslovne uspešnosti, ki kot relevantno upošteva

zgolj prisotnost delavca, zato ne predstavlja nujno potrebnega načina za zasledovanje cilja nagrajevanja.

Skladno z navedenim ni mogoče slediti navedbam družbe, da je izplačilo nagrade za poslovno uspešnost edini način, s katerim družba lahko spodbuja in nagrajuje prispevek zaposlenih k doseganju poslovne uspešnosti družbe, saj naj bi bili drugi mehanizmi npr. delovna uspešnost manj ustrezni, ker niso nujno povezani z rezultati družbe kot celote. Zagovornik ponovno izpostavlja, da je naziranje, po katerem izplačilo za poslovno uspešnost predstavlja nagrado za delo posameznega delavca, napačno. Narava izplačila dela plače za poslovno uspešnost ni v nagrajevanju individualnega dela ali prispevka posameznega delavca, temveč je v poslovni uspešnosti družbe kot celote. Tudi vprašaje »demotiviranih« prisotnih delavcev, katerim naj bi se v primeru enotnega izplačila sporočalo, da prispevki k delu niso pomembni in so zato upravičeni do enakega deleža kot delavci, ki zaradi odsotnosti niso delali, z vidika izplačila poslovne uspešnosti ni relevantno. Motiviranost delavcev k uspešnemu, kakovostnemu delu je vsekakor mogoče doseči z izplačilom dela plače za delovno uspešnost. Slednji je kot *stimulativni del plače* namenjen prav temu, da nagrajuje delavca za dobro opravljeno delo in ga hkrati motivira in stimulira, da takšno, uspešno delo opravi tudi v prihodnje, saj bo zanj deležen ustrezne nagrade.

Skladno z vsem navedenim Zagovornik ugotavlja, da družba ni uspela izkazati, da bi bila merila za izplačilo dela plače za poslovno uspešnost za leto 2021, ki kot relevantno upoštevajo prisotnost delavca, skladna z določili protidiskriminacijske zakonodaje oziroma, da bi šlo v konkretni zadevi za izjemo od prepovedi posredne diskriminacije.

Upoštevajoč dejstvo, da tako kot za zaposlene v družbi tudi za zaposlene v podjetju veljajo ista pravila glede izplačila dela plače za poslovno uspešnost, Zagovornik v izogib podvajanju navedb glede neskladnosti izplačevanja dela plače za poslovno uspešnosti za leto 2021 v podjetju, ki ga je ta izvedel na podlagi spornih kriterijev, ki kot relevantne za višino izplačila upoštevajo kriterij prisotnosti na delovnem mestu oziroma efektivni delovni čas, v celoti napotuje na zgoraj navedeno argumentacijo.

K III. in IV. točki izreka:

Izplačilo nagrade uspešnosti poslovanja prodajnega mesta oz. nagrade za nadpovprečno kakovost poslovanja prodajnega mesta

Družba in podjetje sta pojasnila, da nagrado **uspešnosti poslovanja prodajnega mesta oz. nagrado za nadpovprečno kakovost poslovanja prodajnega mesta** izplačujeta na podlagi določb KP¹⁵ ter Pravilnika. Upošteva se je Zagovornik enotno, tako za gospodarsko družbo, ki je sprejela omenjeni Pravilnik, kakor tudi podjetje, ki je bil zavezan k uporabi določb Pravilnika in je nagrado zaposlenim izplačeval skladno z njegovimi določbami, opredelil do skladnosti omenjenega izplačila z vidika določb ZVarD.

Pravilnik določa, da se nagrada za nadpovprečno kakovost poslovanja podeli prodajnim mestom, ki so ocenjena kot najbolj uspešna v svoji skupini. Ocenjena so tri področja uspešnosti prodajnega mesta, in sicer skrivnostni nakup, delovanje prodajnega mesta (blagovno – finančno poslovanje, prodajne aktivnosti in oglaševanje) ter kakovost in varnost poslovanja. Vsako navedeno področje je ocenjeno na podlagi vnaprej opredeljenih meril. Prodajna mesta so razvrščena glede na lokacijo, prodajo in število izdanih računov v preteklem letu. Nagrado za nadpovprečno kakovost poslovanja prodajnega mesta prejme 40% najbolje ocenjenih prodajnih mest v posamezni skupini.

¹⁵ Pravno podlago določa 67. člen KP, ki ureja izplačilo dela plače na podlagi delne uspešnosti za maloprodajo.

Iz določb Pravilnika izhaja, da nagrado prejmejo vsi zaposleni na prodajnem mestu v enakem absolutnem znesku, glede na mesto uvrstitve v skupini ter da nagrada pripada:

- zaposlenim na nagrajenem PM (prodajnem mestu), ki so v mesecu, za katerega so izplačuje nagrada, v delovnem razmerju v skupini gospodarske družbe,
- zaposlenim na nagrajenem PM, ki so bili na dan 31. 12. v delovnem razmerju v skupini gospodarske družbe,
- zaposlenim, ki so na nagrajenem PM v koledarskem letu zaposleni vsaj 183 koledarskih dni, v katerem se daljša bolniška odsotnost v breme zavoda in porodniška odsotnost ne všteta (to je odsotnost z dela več kot 30 delovnih dni),
- zaposlenim, ki delajo krajši delovni čas od polnega (pripada jim pravica do nagrade sorazmerno delovnemu času, za katerega so sklenili pogodbo o zaposlitvi),
- zaposlenim, ki imajo v pogodbi o zaposlitvi zavedeno več kot eno PM, in sicer v sorazmernem delu glede na število opravljenih ur na nagrajenem PM,
- zaposlenim, ki so bili na nagrajeno PM napoteni za obdobje daljše od 91 koledarskih dni v sorazmernem delu trajanja napotitve,
- najemniku, ki ima v upravljanju več PM pripada pravica do nagrade za vsa nagrajena PM.

Tako gospodarska družba kakor podjetje sta pojasnila, da ocenjevanja prodajnih mest, ki so podlaga za dodelitev nagrad, potekajo dvakrat do trikrat letno, približno enkrat na vsako polletje. Končna ocena prodajnega mesta je tako odraz letoletne kakovosti dela zaposlenih na prodajnem mestu. Zaposleni, ki opravijo manj kot 183 dni na leto, niso prispevali k vsem letnim ocenjevanjem, ki so osnova za podelitev te nagrade. Pojasnila sta še, da nagrada za nadpovprečno kakovost poslovanja prodajnega mesta predstavlja nagrado za delovno uspešnost skupine zaposlenih.

Zagovornik ugotavlja, da ZDR-1 delovno uspešnost določa kot stimulativen del plače, ki ga delavec prejme, če je pri delu uspešen in to glede na vnaprej določene kriterije in merila, po katerih se ugotovi njegov prispevek k uspešnosti dela, ki ga opravlja. ZDR-1 v drugem odstavku 127. člena določa, da se delavčeva uspešnost določi upoštevaje gospodarnost, kvaliteto in obseg opravljanja dela, za katerega je delavec sklenil pogodbo o zaposlitvi.

Iz Komentarja k 127. členu ZDR-1¹⁶ izhaja, da se delovna uspešnost ugotavlja individualno, za posameznega delavca ali skupino. Individualno ocenjevanje je primerno, ko je rezultat delavčevega dela mogoče ugotoviti, ko njegovo delo ni odvisno od skupine, npr. pri normiranem delu. Skupinsko ocenjevanje delovne uspešnosti je smiselno v primerih povezanega delovnega procesa, kjer delodajalec oceni, da je zaradi narave dela individualno ocenjevanje delovne uspešnosti neprimerno, ker je delo posameznega delavca vezano na drugega delavca (npr. projektno delo, merjenje uspešnosti oddelka za prodajo glede na uresničen plan prodaje). Delavec ta del prejme, če presega vnaprej določene delovne rezultate. Delodajalec mora ugotavljati, ali je delavec pri delu uspešen, in mu mora ta del plače izplačati, kadar delavec delo opravi celo uspešneje, kot je zavezan po pogodbi o zaposlitvi, upoštevaje gospodarnost, kvaliteto in obseg opravljanega dela. Ta obveznost izplačila velja za vse: delavce v proizvodnji, strokovne delavce in vodilne delavce. Merila za ugotavljanje delovne uspešnosti pa se lahko za posamezne kategorije delavcev razlikujejo zaradi narave dela, ki ga opravljajo.

Drugače kot pri izplačilu dela plače za poslovno uspešnost, pri kateri gre za nagrado uspešnosti poslovanja podjetja kot celote in ne za individualni prispevek posameznega delavca, je izplačilo dela plače za delovno uspešnost neposredni odraz uspešnosti dela posameznega delavca, saj se mu izplača zgolj pod pogojem, če je bil delavec pri svojem delu uspešen (upoštevaje gospodarnost, kvaliteto, obseg opravljenega dela). Zagovornik meni, da, upoštevaje naravo izplačila dela plače za delovno uspešnost, načeloma ni sporno, če delavec

¹⁶ Zakon o delovnih razmerjih (ZDR-1) s komentarjem, IUS Software, GV Založba, 2016, Irena Bečan et al.

za čas odsotnosti, ko torej ne dela in na ta račun tudi ne more dosegati delovnih rezultatov, ne prejeme dela plače iz naslova delovne uspešnosti, ki je neposredno vezana na opravljanje dela. Glede na naravo izplačila lahko torej delodajalec, kadar gre za obračun delovne uspešnosti, prisotnost delavca na delu (oz. odsotnost z dela) vsekakor upošteva (seveda v kontekstu opravljenega dela) kot relevanten kriterij pri izplačilu.

Vendar pa je mogoče ugotoviti, da v predmetnem primeru pri izplačilu nagrade za nadpovprečno kakovost poslovanja prodajnega mesta, kot izplačilu dela plače za delovno uspešnost, ne gre za tovrstno upoštevanje odsotnosti delavca. Namreč, iz prejetih pojasnil izhaja, da zaposleni, ki je opravil manj kot 183 dni dela na leto, sploh ni upravičen do izplačila dela plače iz naslova delovne uspešnosti oz. nagrade. Po oceni Zagovornika gre za pavšalno določitev časovnega merila, ki ne upošteva dejanskega doprinosa delavca k uspehu prodajnega mesta, kar je za izplačilo dela plače iz naslova delovne uspešnosti bistveno, temveč se upošteva zgolj okoliščino prisotnosti nad določeno količino dni.

Zagovornik enako kot pri kriterijih za izplačilo poslovne uspešnosti ugotavlja, da delavci z določenimi osebnimi okoliščinami, ki jih ne morejo spremeniti (zdravstveno stanje, nosečnost, materinstvo, ipd.), težje dosežejo merilo prisotnosti na delu, s čimer so postavljeni v manj ugoden položaj v primerjavi z delavci, ki navedenih okoliščin nimajo. Merilo, kot ga za nagrado za nadpovprečno kakovost poslovanja prodajnega mesta določa Pravilnik, nedvomno povzroči prikrajšanje tistih delavcev, ki so odsotni več kot 183 koledarskih dni, na način, da se jim nagrada sploh ne izplača, niti v sorazmernem delu ne.

Kriterij prisotnosti na delu je navidezno sicer nevtralni kriterij, ki velja enako za vse delavce. Njegov učinek pa je tak, da določene delavce s specifičnimi osebnimi okoliščinami, na katere ti ne morejo vplivati, postavi v slabši položaj. Gre za delavce, ki so na račun zdravstvenega stanja, materinstva, starševstva, itd. dalj časa odsotni z dela in v primeru odsotnosti v obsegu več kot 183 dni sploh niso upravičeni do izplačila.

Zagovornik ponovno poudarja, da je prisotnost delavca na delu pri izplačilu dela plače za delovno uspešnost lahko relevanten faktor v kontekstu presoje doseganja rezultatov. Zato tudi ne bi bilo sporno, če posameznik, ki v celotnem ocenjevalnem obdobju ni bil prisoten na delu, in torej z delom ni mogel doseči pričakovanih rezultatov, ne bi prejel izplačila dela plače iz naslova delovne uspešnosti za obdobje odsotnosti. V takšnem primeru bi šlo za razlikovanje med delavci, ki temelji na rezultatih dela, ki jih lahko dosežejo vsi delavci, ki pa jih sicer v določenem ocenjevalnem obdobju zaradi določenih razlogov niso dosegli. Tudi Vrhovno sodišče RS je v sodbi zavzelo stališče, da »razlikovanje, ki temelji na rezultatih dela, je dovoljeno razlikovanje, saj gre v temelju za enake možnosti, ki pa, sicer zaradi objektivnih razlogov, niso bile dosežene.«¹⁷

Drugače pa je v primeru, ko je posameznik v ocenjevalnem obdobju dejansko prispeval k uspehu prodajnega mesta, lahko sicer v zmanjšanem obsegu na račun odsotnosti, pa navkljub svojemu delu in doprinosu k uspehu prodajnega mesta do izplačila sploh ni upravičen, niti v sorazmernem delu ne.

Zagovornik navedbam družbe in podjetja, da zaposleni, ki opravijo manj kot 183 dni na leto, niso prispevali k vsem letnim ocenjevanjem, ki so osnova za podelitev te nagrade, in zato posledično niso upravičeni do izplačila, ni sledil. Takšno upoštevanje odsotnosti po oceni Zagovornika ni skladno z določbami ZVarD, saj posameznike na podlagi osebnih okoliščin (zdravstvenega stanja, materinstva, starševstva), na katere ti nimajo vpliva in ki so razlog dolgotrajnejše odsotnosti z dela, v celoti izključi iz upravičenosti do izplačila nagrade, ne glede na dejstvo, da so k uspešnosti prodajnega mesta vseeno v določenem obsegu, ko so bili prisotni na delu, prispevali. Po oceni Zagovornika gre za obliko posredne diskriminacije

¹⁷ Sodba Vrhovnega sodišča Republike Slovenije št. VIII Ips 145/2003 z dne 20. 4. 2004.

posameznikov, ki 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 je v postopku oba pravna subjekta pozval,¹⁸ da če ocenjujeta, da gre v zadevi za izjemo od prepovedi diskriminacije, to tudi izkažeta. S tem v zvezi ju je poučil, da morata v nadaljnjem postopku izkazati legitimni cilj, ki ga neenaka obravnava zasleduje, ter izkazati, da so izbrana sredstva za doseg tega cilja ustrezna in nujno potrebna.

Gospodarska družba in podjetje sta v svojem odzivu¹⁹ (identično) navedla zgolj, da je nagrada za nadpovprečno kakovost poslovanja prodajnega mesta nagrada za delovno uspešnost skupine zaposlenih in ni nagrada za poslovno uspešnosti podjetja kot takega ter odraža prispevek skupine zaposlenih na razvrstitev prodajnega mesta v posamezni ocenjevalni skupini. Nagrado za nadpovprečno kakovost poslovanja prodajnega mesta prejme 40 % najbolje ocenjenih prodajnih mest v posamezni skupini. Končna ocena je tako odraz kakovosti dela zaposlenih na posameznem prodajnem mestu in ne pomeni posredne diskriminacije ter je kot taka nagrada za delovno uspešnost.

Skladno z navedenim Zagovornik ugotavlja, da družba in podjetje nista izkazala, da bi bila v zvezi z izplačilom nagrade za nadpovprečno kakovost poslovanja posredna diskriminacija upravičena, saj v ničemer nista izkazala legitimnosti cilja ter ustreznosti in potrebnosti sredstva za doseg cilja. Kršitelja sta navedla zgolj, da način izplačila nagrade ne predstavlja posredne diskriminacije. Zakaj naj bi bilo tako, pa nista v pojasnila.

Upošteva je 40. člen ZVarD Zagovornik ugotavlja, da poslovna subjekta v skladu s svojim dokaznim bremenom nista izkazala, da bi bil način izplačila nagrade skladen z ZVarD. Glede na navedeno je Zagovornik odločil, kot izhaja iz 3. iz 4. točke izreka.

Za gospodarsko družbo je ugotovil, da je z določitvijo kriterija vsebovanega v Pravilniku, po katerem zaposleni, ki opravijo manj kot 183 dni dela na leto, niso upravičeni do izplačila nagrade za nadpovprečno kakovost poslovanja prodajnega mesta, ki je nagrada za delovno uspešnost skupine zaposlenih, kršila prepoved posredne diskriminacije po drugem odstavku 6. člena ZVarD.

Za podjetje, ki je bil kot pogodbeni partner gospodarske družbe zavezan k uporabi njenih pravil, tudi Pravilnika, pa je ugotovil, da je kršil prepoved posredne diskriminacije po drugem odstavku 6. člena ZVarD, s tem ko je del plače za delovno uspešnost oz. nagrade za nadpovprečno kakovost poslovanja prodajnega mesta v letu 2021 izplačal svojim zaposlenim na podlagi kriterija, vsebovanega v Pravilniku, po katerem zaposleni, ki je opravil manj kot 183 dni na leto, ni bil upravičen do izplačila.

K V. točki izreka

Skladno s prvim odstavkom 35. člena ZVarD je postopek pri Zagovorniku v primeru diskriminacije za stranke brezplačen, posebni stroški pa v tem postopku niso nastali, zato je Zagovornik odločil, kot izhaja iz 5. točke izreka te odločbe.

¹⁸ Z dopisom št. 0700-13/2022/6 z dne 23. 8. 2022.

¹⁹ Pojasnila z dne 12. 9. 2022.

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:
Mojca Šmid
Svetovalka Zagovornika II

Miha Lobnik
ZAGOVORNIK NAČELA ENAKOSTI