



**R E P U B L I K A
S L O V E N I J A
V I Š J E
D E L O V N O
I N S O C I A L N O
S O D I Š Č E**

VDSS sklep Pdp 273/2015

Sodišče: Višje delovno in socialno sodišče

Oddelek: Oddelek za individualne in kolektivne delovne spore

ECLI: ECLI:SI:VDSS:2015:PDP.273.2015

Evidenčna številka: VDS0014921

Datum odločbe: 10.12.2015

Senat: Silva Donko (preds.), Ruža Križnar Jager (poroč.), Jelka Zorman Bogunovič

Področje: DELOVNO PRAVO - CIVILNO PROCESNO PRAVO

Institut: odpoved pogodbe o zaposlitvi - poslovni razlog - individualni odpust - nepopolno ugotovljeno dejansko stanje - določitev presežnega delavca - uporaba kriterijev - prepoved diskriminacije

Zveza: ZDR-1 člen 6, 6/1, 84, 84/1, 87, 87/1, 87/2, 89, 89/1, 89/1-1, 89/2, 118, 118/1.

Jedro

Sodišče prve stopnje je štelo, da tožena stranka s spremenjenim ponderiranjem delovnih rezultatov ni postopala diskriminatorno, ker ga ni oprla na nobeno izmed osebnih okoliščin iz 6. člena ZDR-1, temveč je izhajala iz pomembnosti posameznega sklopa z vidika delodajalca, poleg tega pa je na enak način ponderirala rezultate vseh primerljivih delavk. Takšno stališče je zmotno. Sistem ponderiranja, kot je določen v odpovedi pogodbe o zaposlitvi, je drugače (ter retroaktivno) določal delovno uspešnost, kot je bila za obravnavano časovno obdobje predhodno določena s sklepom o določitvi načina izračunavanja plače za delovno mesto, ki ga je zasedala tožnica oziroma kot je bil določen v letnih planih. Tožena stranka je sicer upravičena, da posamezne sklope ustrezno ponderira, če šteje, da so različno pomembni za njeno poslovno uspešnost, vendar pa pri ocenjevanju delovne uspešnosti za potrebe ugotavljanja presežnih delavcev za preteklo obdobje (za nazaj) ni mogoče določati povsem drugačnih meril, ki bistveno odstopajo od kriterijev, ki jih je delodajalec sprejel za oceno delovne uspešnosti, in ki so veljali za obračun plače (stimulacija). Tožena stranka je tako pri določitvi tožnice za delavko, ki ji bo redno odpovedala pogodbo o zaposlitvi, ravnala diskriminatorno v smislu določbe 6. člena ZDR-1. Ker je sodišče prve stopnje glede tega vprašanja zmotno uporabilo materialno pravo in štelo, da diskriminacija ni podana, posledično tudi ni ugotavljalo dejanskega stanja v zvezi s preostalim delom tožbenega zahtevka, ki se nanaša na reparacijo, sodno razvezo pogodbe o zaposlitvi in določitev ustreznega denarnega povračila po prvem odstavku 118. člena ZDR-1. Zato je pritožbeno sodišče pritožbi ugodilo, izpodbijano sodbo razveljavilo in vrnilo zadevo sodišču prve stopnje v novo sojenje.

Izrek

I. Pritožbi se ugoti, izpodbijana sodba se razveljavi in se zadeva vrne sodišču prve stopnje v novo sojenje.

II. Odločitev o stroških pritožbenega postopka se pridrži za končno odločbo.

Obrazložitev

1. Z izpodbijano sodbo je sodišče prve stopnje zavrnilo tožbeni zahtevek za ugotovitev, da je redna odpoved pogodbe o zaposlitvi s ponudbo nove pogodbe o zaposlitvi z dne 14. 3. 2014, ki jo je podala tožena stranka, nezakonita in se razveljavi; za ugotovitev, da tožnici delovno razmerje na delovnem mestu produktni vodja ni prenehalo, ampak je trajalo do 5. 12. 2014; da je tožena stranka dolžna tožnici priznati vse pravice iz delovnega razmerja za obdobje od prenehanja delovnega razmerja do 5. 12. 2014, ji za to obdobje priznati delovno dobo in obračunati bruto plačo (pravilno: nadomestilo plače) v višini, kot bi jo obračunavala za mesec december 2013, januar 2014, februar 2014, od tako obračunane bruto plače odvesti pripadajoče davke in prispevke za posamezno zapadlo plačo, ter ji izplačati zapadle neto plače, skupaj z zakonskimi zamudnimi obrestmi, ki tečejo od zapadlosti posamezne plače oziroma izplačilnega dne, to je od vsakega 18. dne v mesecu za pretekli mesec dalje do plačila; ter da je tožena stranka dolžna tožnici obračunati denarno povračilo na podlagi 118. člena Zakona o delovnih razmerjih v višini 27.952,14 EUR, od tega zneska odvesti pripadajoče davke in prispevke ter tožnici izplačati neto znesek, skupaj z zakonskimi zamudnimi obrestmi, ki tečejo od zapadlosti denarnega povračila v plačilo do plačila (točka I izreka). Odločilo je, da tožnica sama krije svoje stroške postopka (točka II izreka).

2. Zoper navedeno sodbo se je pravočasno pritožila tožnica iz vseh pritožbenih razlogov po 338. členu ZPP. Pritožbenemu sodišču predlaga, da izpodbijano sodbo spremeni tako, da tožbenemu zahtevku v celoti ugotovi, oziroma podrejeno, da sodbo razveljavi in vrne zadevo sodišču prve stopnje v novo sojenje pred spremenjeni senat, toženi stranki pa naloži povračilo vseh priglašanih pravnih stroškov.

Tožnica navaja, da je podan izločitveni razlog iz 6. točke 70. člena ZPP glede predsednice senata, ki je odločala na prvi stopnji v tej zadevi, okrožne sodnice mag. A.A.. Meni, da obstaja dvom v njeno nepristranskost, saj je tožnica po prejemu sodbe sodišča prve stopnje izvedela, da je bila sodnica pred nekaj leti zaposlena v pravni službi tožene stranke. Zato bi morala sodnica vsaj opozoriti pravdni stranki, da je bila včasih zaposlena v pravni službi tožene stranke in preveriti, ali ima katera od strank pripombe na to dejstvo. Tožnica bi namreč v takšnem primeru brez dvoma zahtevala izločitev sodnice. Priča B.B. je bila zaposlena pri toženi stranki tudi v času, ko je bila pri toženi stranki zaposlena predsednica senata, zaradi česar je podan dvom v njeno nepristranskost. Navaja, da je za razlog za izločitev izvedela šele po prejemu sodbe, ko se je z bivšimi sodelavkami tožene stranke pogovarjala o izidu pravde. Ko so jo sodelavke vprašale, katera sodnica je tako odločila, so ji potem tudi sporočile, da je bila ta sodnica včasih zaposlena pri toženi stranki v pravni službi. Ker prej ni mogla uveljavljati izločitve sodnice, uveljavlja absolutno bistveno kršitev določb postopka iz 2. točke drugega odstavka 339. člena ZPP.

Nadalje tožnica navaja, da je izpodbijana redna odpoved pogodbe o zaposlitvi navidezna ter da je dokazano, da je bila odpoved prirejena in usmerjena zgolj v to, da se je tožena stranka "znebila" tožnice, ker je bila moteča in je opozorila na nepravilnosti v oddelku C.. Sodišče prve stopnje se do teh navedb ni opredelilo, zaradi česar je podan pritožbeni razlog zmotne ugotovitve dejanskega stanja ter posledično zmotne uporabe materialnega prava. Tožnica se je zamerila neposredno nadrejenima delavkama D.D. in B.B.. Ponderji (ki jih je tožena stranka upoštevala v odpovedi pogodbe o zaposlitvi glede ocene delovne uspešnosti delavk v C.) so postavljeni tako, da bi bila odpoved podana tožnici, ker je postala "moteča". Potem ko je tožnica opozorila na nepravilnosti v oddelku, se je namreč pričelo šikaniranje tožnice na delovnem mestu. Glede na njene dobre delovne rezultate tožena stranka ni pojasnila, zakaj je bila pogodba o zaposlitvi odpovedana prav tožnici. Osebna okoliščina, zaradi katere delodajalec delavca ne sme neenako obravnavati, je podana v tem, ker je tožnica opozorila na nepravilnosti. Sklicuje se na sodbo Vrhovnega sodišča RS opr. št. VIII Ips 92/2014, v kateri je dejansko stanje zelo podobno obravnavanemu. Sodišče

prve stopnje je spregledalo dejstvo, da je tožnica ves čas dosegala bistveno boljše delovne rezultate, edina konstantno ali bistveno (v letu 2011 je tudi E.E. dosegla plan, vendar pa ga je tožnica sama bistveno preseгла) preseгла letno zastavljene plane, za leto 2013 celo edina dosegla polletni plan ter ves čas prejela višjo stimulacijo od ostalih zaposlenih. Ves čas zaposlitve je bila pridna in vestna delavka. Po kriteriju tožene stranke za podajo odpovedi je bila delavka F.F. ocenjena kot najboljša delavka, z indeksom 125,65, tožnica pa je imela najslabši indeks, ki je znašal 65,30. F.F. je dosegla najslabši promet v letu 2012 in 2013 in sicer skupaj v višini 255.083,00 EUR, tožnica pa v tem obdobju 472.181,00 EUR, kar je za 217.098,00 EUR več. Na podlagi tega je F.F. prejela 7.529,00 EUR stimulacije oziroma nagrade za dobro opravljeno delo, tožnica pa 17.822,00 EUR stimulacije. Priča D.D. je popolnoma drugače obrazložila kriterij ponderjev, kot ga je tožena stranka pojasnila v vlogah. Tožnici je bilo na njeno vprašanje, kdo je pripravil ponderje, odgovorjeno, da je kriterije postavila pravna služba, v pravni službi pa je dobila odgovor, da kriterijev ni določila pravna služba. Zato je jasno, da navedeno tožena stranka namenoma prikriva. Priči B.B. in D.D. sta izpovedali, da je kriterije določila D.D.. To pa ni nepomembno, saj sta odpoved pripravili osebi, ki sta tožnico šteli za "motečo".

Nadalje pritožba opozarja na neizkazanost poslovnega razloga, saj se je tožena stranka zgolj pavšalno sklicevala na slabe poslovne rezultate in ni izkazala realne potrebe po prenehanju konkretnega dela. Sodišče prve stopnje je tudi bistveno kršilo določbe postopka po 15. točki drugega odstavka 339. člena ZPP, saj je v točki 10 izpodbijane sodbe ugotovilo, da je tožena stranka poslovni razlog ugotovila šele 3. 3. 2014, kar pa ne drži, saj je priča B.B. izpovedala, da je že oktobra 2013 vedela, da bo treba odpustiti delavce v oddelku C., zaradi česar je v začetku leta tak predlog posredovala upravi tožene stranke. Navedbe v obrazložitvi sodbe so tako v nasprotju z izvedenimi dokazi. Nadalje je podana bistvena kršitev določb postopka iz 14. točke drugega odstavka 339. člena ZPP, saj je sodišče prve stopnje v točki 8 sodbe navedlo, da je tožena stranka uporabila delovne rezultate le v okviru kriterijev za odločitev, kateri izmed več delavk C. bo podala odpoved iz poslovnega razloga, tožnica pa poudarja, da je imela tožena stranka v svojih sklepih o nagrajevanju opredeljeno, kako se merijo delovni rezultati posameznih delavk v oddelku C.. Kriteriji glede delovnih rezultatov so bili podrobno razdelani in vsi zaposleni so vedeli, kako tožena stranka meri delovne rezultate. Zaposleni so imeli letne in mesečne osebne plane, ki so jih morali dosegati, o tem pa so bili vedno seznanjeni vnaprej, pisno oziroma preko e-maila. V primeru, da so plane presegli, so dobivali izplačano stimulacijo 8 % za plačljive oglase, 5 % za kompenzacije in 3 % za medijske izmenjave, kar je veljalo v času, ko je tožnica prejela izpodbijano odpoved. Tožena stranka pa je nato sistem merjenja delovnih rezultatov popolnoma spremenila in prilagodila za konkretno odpoved pogodbe o zaposlitvi na način, da je bila tožnica prikazana kot delavka z najslabšimi delovnimi rezultati. Tožena stranka je v ta namen opredelila vrednost medijskih izmenjav, ki so kar 16 krat manj vredne kot so bile do podane odpovedi, saj so bile medijske izmenjave do odpovedi opredeljene enako kot plačljivi oglasi in kompenzacije, stimulirane pa do vrednosti 3 %. V odpovedi pa je ponder za medijske izmenjave določen v višini 0,05 %.

Tožena stranka je imela ustaljen način ocenjevanja in merjenja delovnih rezultatov, mesečne in letne plane prometa. Skladno s 3. členom Sklepa o določitvi načina izračunavanja plače z dne 1. 7. 2013, so bili rezultati opredeljeni kot mesečni osebni plan komercialista, višjega komercialista oziroma produktnega vodje. Tožnica je dokazala na primeru delavke G.G., da je bilo toženi stranki vedno pomembno zgolj doseganje postavljenih planov, zaradi česar G.G. ni bila podaljšana zaposlitev za določen čas. V oddelku C. so bile zaposlene štiri delavke, ki so opravljale enake delovne naloge, vendar pa tožena stranka ni zagotovila, da bi se ocenjevanje delavk za vse štiri delavke izvedlo v enakem referenčnem obdobju. Tožena stranka bi morala zagotoviti tak sistem ocenjevanja, ki bi meril delovno uspešnost vseh štirih delavk v enakem obdobju, saj bi le tako lahko tožena stranka zagotovila enako obravnavo za vse.

Tožnica je imela v svoji bazi podjetij več takšnih, pri katerih so prišle v poštev medijske izmenjave, kar je potrdila tudi priča D.D.. Priča D.D., ki je določila kriterije za odpoved, se je tako brez dvoma dobro zavedala, da ima tožnica zelo veliko prometa iz naslova medijskih izmenjav, zato je morala D.D. promet znižati s postavitvijo nizkega ponderja. To pa je diskriminatorno do tožnice, saj je bila tožnica tista, ki je izpostavila nepravilnosti, ki jih je v oddelku izvajala D.D.. Do tega dejstva se sodišče prve stopnje ni opredelilo. Zato je podan pritožbeni razlog zmotno in nepopolno ugotovljenega dejanskega stanja in napačne uporabe materialnega prava. Predlagani priči H.H., zaposlena na I., in J.J., ki je bil do leta 2007 zaposlen pri toženi stranki, bi izpovedali o pomembnosti medijskih izmenjav za toženo stranko, saj je velik del oglaševanja tožene stranke temeljil ravno na medijskih izmenjavah. Poleg tega je tožnica priložila tudi pisne dokaze v zvezi s tem, da je oglaševanje na I. za toženo stranko zelo pomembno, saj je televizija medij velikega dosega in je imela tožnica največ medijskih izmenjav prav iz naslova oglaševanja na I.. Priča B.B. je izpovedala, da so medijske izmenjave bolj marketinško orodje, vendar potem ni jasno, zakaj se sodelavke v marketingu niso ukvarjale s tem, temveč je imela tožena stranka ta del umeščen pod C. Priča D.D. je izpovedala, da imajo plačljivi oglasi tako visoko težo zato, ker se lahko z denarjem, pridobljenem iz plačljivih oglasov, kupi avto, ki ga tožena stranka potrebuje, na primer za namen nagradne igre, ali pa kupi oglasni prostor v oglasnem mediju. Z navedenim je priča jasno potrdila trditev tožnice, da so medijske izmenjave enako pomembne, saj če tožena stranka potrebuje oglas, ga bodisi plača, ali pa izmenja medijski oglas. Zgolj način plačila je drugačen, pomembno pa je, da pri plačilu tožena stranka beleži samo strošek, medtem ko pri medijski izmenjavi beleži strošek in prihodek. Priča K.K. bi lahko potrdila, da za oglaševanje revij ni bilo na razpolago sredstev za plačevanje oglasov, temveč zgolj sredstva iz naslova medijskih izmenjav. Če je tožnica imela velik del prometa iz naslova medijskih izmenjav, je to pomenilo, da je to storitev tožena stranka potrebovala. Nadaljnja diskriminatorna okoliščina, ki jo izpostavlja tožnica, pa je dejstvo, da je tožena stranka razložila, da so postavili ponderje upoštevajoč trenutne, to je v času odpovedi obstoječe tržne razmere, vendar pa tožena stranka dejansko ni uporabila referenčnega obdobja, ki bi se nanašalo na te tržne razmere, saj je bila tožnica ocenjena glede na rezultate dela v letih 2010 in 2011, oziroma v 2012 in 2013, tožena stranka pa je podala odpoved šele v letu 2014.

Tožena stranka je bila tista, ki je tožnici dodelila bazo podjetij, ki jo je morala tožnica obdelovati. Na to tožnica ni imela nikakršnega vpliva. Lahko je sicer izpostavila svoje predloge in mnenja, kot vse ostale tržnice, vendar pa je bila tožena stranka tista, ki je določila, da mora tožnica obdelovati bazo, ki ji je bila dodeljena, sama pa jo je lahko le nadgrajevala z novimi podjetji, kot vse ostale tržnice. Priča D.D. je izpovedala, da je imela tožnica bazo z največ podjetji z medijskimi izmenjavami. Tožena stranka je vedela, da ima tožnica največ prometa iz tega naslova, ker je tudi njena baza takšna, pa ji je kljub temu dodelila ponder 0,05 % in s tem tožnico brez dvoma diskriminirala. Dejansko je tožena stranka s tem delo tožnice označila za ničvredno, nepomembno za toženo stranko, po drugi strani pa je ves čas denarno največ stimulirala prav tožnico. To dokazuje diskriminatornost tako postavljenega kriterija. Tožnica je imela manj podjetij, ki so imela velik potencial pri toženi stranki na področju plačljivih oglasov. S tabelo največjih oglaševalcev pri toženi stranki je tožnica dokazala, da so bila vsa ta podjetja v bazi D.D., kasneje pa v bazi delavke L.L.. Tako je povsem jasno, da tožena stranka ni izbrala objektivnega kriterija pri podajanju odpovedi. Priča B.B. je izpovedala, da baze niso med seboj primerljive, kar je lahko zgolj posledica ravnanj tožene stranke, saj tožnica na to ni imela vpliva. Priča D.D. pa je izpovedala, da so bile baze od leta 2007 uravnotežene, kar pa ni veljalo za medijske izmenjave, ker je imela tožnica vse večje medijske hiše v Sloveniji, le v letu 2013 je bil M. dodeljen v bazo druge delavke. Tako sta si izpovedbi obeh prič v tem delu v očitnem nasprotju. D.D. je v letu 2010 naredila prenovo baz, katerih cilj je bil vzpostaviti tri enakovredne baze in bazo vodje D.D.. Neresnične so navedbe, da baze niso primerljive, ob tem, da je tožnica prejela zgolj eno podjetje in sicer N., vsa ostala podjetja pa so si razdelile ostale tržnice,

kar izhaja iz e-maila z dne 13. 7. 2011. Sodišče prve stopnje tudi ni upoštevalo, da je tožnica dokazala, da ni resnična izpoved D.D., da pojem enaka baza pomeni, da je pri tožnici upoštevana baza, na kateri je delala tudi že predhodno leto. E.E. v letu 2011 ni delala na enaki bazi kot v letu 2010, saj je s strani D.D. dobila številna podjetja, medtem ko jih tožnica ni. Priča D.D. je izpovedala, da je pazila na to, da je uravnotežila baze glede na aktivna in potencialna podjetja in ne glede na pomembnost sklopov. To pomeni, da so bili za toženo stranko vsi prihodki enako pomembni in se jih ni ločevalo po sklopih, temveč se je gledala zgolj celota in skupni seštevek. Tožnica je že leta 2010 opozorila, da prenova baz ni pravična, pa jo je priča D.D. zavrnila, da ni važno, kdo je kaj dobil, pomembno je skupno število aktivnih in potencialnih podjetij, kar izhaja iz e-maila z dne 13. 7. 2011. Tožnica tudi opozarja na prekrivanje baz pri delavki L.L., ki je delala na bazi D.D. od oktobra 2011 do konca septembra 2012, na bazi E.E. pa od septembra 2012 do septembra 2013. Pritožba opozarja, da je imela tožnica ves čas največji promet, zaradi česar enostavno ni mogla več rasti, sploh v letu 2011, ko je dosegla kar 339.151,00 EUR prometa, kar je predstavljalo kar 34 % dosežene realizacije oddelka.

Sodišče prve stopnje je tudi neobrazloženo zaključilo, kar predstavlja bistveno kršitev določb postopka, da trpinčenje tožnice na delovnem mestu, tudi če bi obstajalo, ni v povezavi z odpovedjo. Navaja, da je tožena stranka vedela za zdravstveno stanje tožnice in da se je že dalj časa zdravila v O.. Opozarja na nasprotje med sklepom uprave z dne 3. 3. 2014 glede seznanjenosti uprave z ukrepi ter e-mailom predsednika uprave P.P. z dne 21. 3. 2014. Iz tega izhaja, da se je direktor s primerom seznanil naknadno, po sprejeti odločitvi. Sodišče prve stopnje je nepravilno zavrnilo vse ostale dokazne predloge tožnice.

3. V odgovoru na pritožbo tožena stranka prereka navedbe iz pritožbe, predlaga njeno zavrnitev in potrditev izpodbijane sodbe sodišča prve stopnje.

4. Pritožba je utemeljena.

5. Sodišče druge stopnje je preizkusilo izpodbijano sodbo sodišča prve stopnje v mejah razlogov, ki jih uveljavlja pritožba, in skladno z drugim odstavkom 350. člena Zakona o pravdnem postopku (Uradni list RS, št. 26/99, s spremembami; ZPP) po uradni dolžnosti pazilo na bistvene kršitve določb postopka iz 1., 2., 3., 6., 7., 11. točke, razen glede obstoja in pravilnosti pooblastila za postopek pred sodiščem prve stopnje, ter 12. in 14. točke drugega odstavka 339. člena ZPP ter na pravilno uporabo materialnega prava. Pri tem preizkusu je ugotovilo, da sodišče prve stopnje ni kršilo določb pravnega postopka, na katere pazi pritožbeno sodišče po uradni dolžnosti in ne tistih, ki jih uveljavlja pritožba, vendar pa je nepopolno ugotovilo dejansko stanje, zato ni mogoče preveriti pravilnosti uporabe materialnega prava.

6. Neutemeljena je pritožba, da je sodišče prve stopnje kršilo določbe postopka, ker se predsednica senata, okrožna sodnica mag. A.A., ni izločila iz odločanja v tej zadevi. Po določbi drugega odstavka 72. člena ZPP je možno izločitev sodnice zahtevati do konca obravnave pred sodiščem prve stopnje, česar tožnica ni storila do konca sojenja pred sodiščem prve stopnje. Tudi sicer ni mogoče šteti, da je zaradi tega podana bistvena kršitev določb postopka, ki bi jo lahko tožena stranka uveljavljala s pritožbo. Po podatkih, ki so znani pritožbenemu sodišču, je bila sodnica od decembra 2005 zaposlena v pravosodju (na Višjem delovnem in socialnem sodišču, na Vrhovnem sodišču Republike Slovenije in na Delovnem in socialnem sodišču v Ljubljani). Sodnica torej že več kot 11 let ni zaposlena pri toženi stranki, zato tudi po stališču pritožbenega sodišča ni prav nobenega dvoma v njeno nepristranskost. Zaposlitev sodnice v pravni službi R. (pred več kot 11 leti), kar zatrjuje tožnica, torej sama po sebi ne more biti okoliščina, ki bi utemeljevala njeno izločitev po 6. točki 70. člena ZPP.

7. Sodišče prve stopnje tudi ni zagrešilo bistvene kršitve določb postopka po 15. točki drugega odstavka 339. člena ZPP, ker naj bi bilo podano nasprotje o odločilnih dejstvih glede vprašanja, kdo je podal odpoved, uprava tožene stranke oziroma delavka B.B.. Iz sodbe sodišča prve stopnje namreč jasno izhaja, da je delavka B.B. predlagala upravi zmanjšanje števila zaposlenih v C., vendar pa je odločitev o tem sprejela uprava tožene stranke. Zato v tem delu ni nobenega nasprotja v smislu določbe 15. točke drugega odstavka 339. člena ZPP. Prav tako pritožba neutemeljeno očita isto kršitev v zvezi z datumom nastanka odpovednega razloga. Pravilna je ugotovitev sodišča prve stopnje, da je uprava ugotovila obstoj poslovnega razloga dne 3. 3. 2014. Tudi če je B.B. že oktobra 2013 v razgovoru s tožnico povedala, da bo morala odpuščati v C., to ne pomeni, da je takrat nastal odpovedni razlog, saj B.B. ni bila pooblaščenca za sprejem takšnih odločitev, temveč zgolj za podajo predloga upravi tožene stranke.

8. Ker je sodba sodišča prve stopnje ustrezno obrazložena z dejanskimi ugotovitvami in pravnimi stališči, razlogi pa si med seboj ne nasprotujejo, tudi ni podana uveljavljana bistvena kršitev določb postopka iz 14. točke drugega odstavka 339. člena ZPP.

9. Tožnica je bila zaposlena pri toženi stranki od 4. 8. 1997, na podlagi zadnje pogodbe o zaposlitvi z dne 30. 4. 2009 pa je delala na delovnem mestu "produktni vodja" v okviru C.. Tožena stranka ji je dne 14. 3. 2014 redno odpovedala pogodbo o zaposlitvi iz poslovnega razloga. Iz obrazložitve izhaja, da je uprava tožene stranke dne 3. 3. 2014 sprejela sklep, s katerim se je odločila, da se zaradi slabih poslovnih rezultatov družbe ter potrebe po zmanjšanju stroškov dela in z namenom optimizacije zmanjša število zaposlenih v C.. Sklenila je, da tožnici redno odpove pogodbo o zaposlitvi iz poslovnega razloga, ker izmed vseh zaposlenih v C. dosega najslabše delovne rezultate. Hkrati ji je tožena stranka ponudila v podpis novo pogodbo o zaposlitvi za delovno mesto "zastopnik svetovalec", ki pa je tožnica ni sprejela, zato ji je delovno razmerje prenehalo s potekom odpovednega roka. Tožena stranka je ocenjevala štiri delavke v okviru C. ter ugotovila, da je bila tožnica najmanj uspešna. Delo v C. obsega tri sklope nalog in sicer plačljive oglase, kompenzacije in medijske izmenjave. Tožena stranka je vsakemu sklopu dodelila poseben ponder (oziroma t. im. utež) in sicer za sklop plačljivih oglasov 0,8, sklop kompenzacije 0,15 in sklop medijske izmenjave ponder 0,05. Po seštevanju opravljenega prometa po posameznih sklopih, ob upoštevanju ponderjev, pa je nato tožena stranka tako dobljene rezultate indeksirala s primerjavo s prejšnjim letom (indeks 2013/2012) ter ugotovila, da je tožnica po tem kriteriju najmanj uspešna, oziroma, da ima najmanjši indeks rasti glede na leto 2012.

Z opisanim izračunom delovne uspešnosti je tožena stranka primerjala delavke tožene stranke F.F., L.L. in tožnico. V skupini je delala tudi E.E., ki pa je bila v obdobju od 1. 9. 2012 do 15. 9. 2013 odsotna zaradi porodniškega dopusta in dopusta za nego in varstvo otroka. Ker zanjo ni bilo mogoče uporabiti podatkov za leti 2012 in 2013, ampak zadnje primerljive rezultate, torej iz leta 2011, je delodajalec pri tej delavki upošteval enake ponderje pri posameznih sklopih, kot je opisano zgoraj, vendar za leti 2011 in 2010. Pri primerjavi je tožnica dosegla slabši rezultat. Tako se je tožena stranka odločila, da med vsemi delavkami, zaposlenimi v C., poda odpoved pogodbe o zaposlitvi tožnici, saj naj bi imela izmed vseh delavk najslabše delovne rezultate.

10. Zakon o delovnih razmerjih (Uradni list RS, št. 21/2013, 78/2013 - popr.; ZDR-1) v 1. alineji prvega odstavka 89. člena kot razlog za redno odpoved pogodbe o zaposlitvi delavcu s strani delodajalca določa prenehanje potreb po opravljanju določenega dela pod pogoji iz pogodbe o zaposlitvi zaradi ekonomskih, organizacijskih, tehnoloških, strukturnih ali podobnih razlogov na strani delodajalca (poslovni razlog). V skladu z drugim odstavkom 89. člena ZDR-1 lahko delodajalec delavcu odpove pogodbo o zaposlitvi le, če obstaja utemeljen razlog iz prejšnjega odstavka, ki onemogoča nadaljevanje dela pod pogoji iz pogodbe o

zaposlitvi. Pogodba mora biti po določbi prvega odstavka 87. člena ZDR-1 odpovedana v pisni obliki, drugi odstavek 87. člena ZDR-1 pa določa, da mora delodajalec v njej obrazložiti dejanski razlog za odpoved. Če redno odpoveduje pogodbo o zaposlitvi delodajalec, je v skladu s prvim odstavkom 84. člena ZDR-1 dokazno breme na njegovi strani.

Po prvem odstavku 6. člena ZDR-1 je prepovedana diskriminacija delavca tudi v zvezi s prenehanjem pogodbe o zaposlitvi. Če delavec v primeru spora navaja dejstvo, ki opravičuje domnevo, da je kršena prepoved diskriminacije zaradi okoliščin iz prvega odstavka 6. člena ZDR-1, je dokazno breme, da ni kršil načela enakega obravnavanja, na strani delodajalca.

11. Na podlagi ocene izvedenih dokazov je sodišče prve stopnje pravilno ugotovilo, da je tožena stranka dokazala obstoj poslovnega razloga. Uprava tožene stranke je namreč dne 3. 3. 2014 sprejela sklep, da se zaradi slabih poslovnih rezultatov družbe ter potrebe po zmanjševanju stroškov dela z namenom optimizacije delovnega procesa zmanjša število zaposlenih v C.. Uprava tožene stranke je pri svoji odločitvi upoštevala izgubo tožene stranke iz poslovanja v višini 2.469.135,00 EUR v letu 2013 oziroma čisti poslovni izid, izgubo v višini 5.351.599,00 EUR, in sprejela ukrepe za izboljšanje poslovanja, med katere spadajo tudi ukrepi za zmanjševanje stroškov dela. Pravilna je ugotovitev sodišča prve stopnje, da je tožena stranka dokazala, da reorganizacija oziroma spremembe v organizaciji niso bile le navidezne, oziroma da poslovni razlog ni navidezen, ker temelji na ugotovitvah o izgubi in ukrepih, ki jih je tožena stranka sprejela zaradi takšnih poslovnih rezultatov. Pritožbeno sodišče se strinja, da je poslovni razlog podan, pri čemer je tudi izkazano, da je tožena stranka sprejela odločitev, da se zmanjša delo v službi C. za enega delavca. Zato pritožba neutemeljeno navaja, da je odpoved nezakonita, ker naj tožena stranka ne bi dokazala odpovednega razloga.

12. Tožena stranka je za potrebe odpovedi pogodbe o zaposlitvi iz poslovnega razloga eni delavki v oddelku C. uporabila kriterij delovne uspešnosti, ki pa je bistveno odstopal od kriterijev oziroma meril, ki so pri toženi stranki veljala za nagrajevanje delovnih rezultatov in delovne uspešnosti. Merila za ugotavljanje in nagrajevanje delovne uspešnosti so bila določena v Sklepu o določitvi načina izračunavanja plače za delovno mesto komercialist, višji komercialist oziroma produktni vodja v C. ter vodja C. z dne 1. 7. 2013 (A10 in B5; Sklep) V 2. členu Sklepa je bilo določeno, da je delovni rezultat mesečni osebni plan komercialista, višjega komercialista oziroma produktnega vodje, v 3. členu pa, da je treba mesečne osebne plane za prihodnje leto oziroma njihovo spremembo delavcem vročiti najkasneje 30 dni pred začetkom veljavnosti plana. Sodišče prve stopnje je tudi ugotovilo (A5), da so bili mesečni osebni plani tržnika oziroma letni plan določeni z zneskom prometa, ki ga ta mora doseči, pri čemer ta promet ni bil nadalje razčlenjen po posameznih sklopih (plačljivi oglasi, kompenzacije, medijske izmenjave in tudi ni bil ponderiran). Za izbiro presežnega delavca v oddelku C. pa je tožena stranka kriterij delovne uspešnosti opredelila povsem drugače, saj je uspešnost posamezne delavke izračunala tako, da se je vsakemu izmed sklopov (plačljivi oglasi, kompenzacije in medijske izmenjave) dodelil poseben ponder, zatem je vsak sklop (realizacijo) pomnožila s ponderjem (0,8 za plačljive oglase, 0,15 za kompenzacije in 0,05 za medijske izmenjave) ter zatem delovno uspešnost opredelila kot vsoto vseh treh sklopov. Indeks oziroma rast pa je določila tako, da je vsoto za leto 2013 (torej za naslednje leto), delila z vsoto, ki jo je na opisani način izračunala za leto 2012, oziroma je na enak način izračunala delovno uspešnost za leti 2010 in 2011 za delavko E.E., ki je bila v letih 2012 in 2013 odsotna zaradi porodniškega dopusta in dopusta za nego in varstvo otroka.

13. Tožnica je zatrjevala, da je tožena stranka za potrebe odpovedi uporabila kriterij uspešnosti, ki je bistveno odstopal od tedaj veljavnega načina nagrajevanja delovnih rezultatov in delovne uspešnosti,

zaradi česar je bila, glede na takšno spremenjeno ponderiranje delovnih rezultatov, tožnica ocenjena kot najmanj uspešna, kriteriji pa so bili po mnenju tožnice le prirejeni z namenom, da se tožena stranka "znebi" tožnice. Sodišče prve stopnje je s tem v zvezi sicer pravilno ugotovilo, da v skladu s sodno prakso Vrhovnega sodišča Republike Slovenije (npr. sodba in sklep opr. št. VIII Ips 92/2014 z dne 18. 11. 2014) pri individualni odpovedi pogodbe zakon sicer ne nalaga delodajalcu uporabe kriterijev, tudi če gre za odpoved enemu izmed več izvajalcev na enakih delovnih mestih. Kadar mora delodajalec izmed več delavcev oziroma izvajalcev na enakem delovnem mestu izbrati enega, pa to lahko stori le na podlagi nekega sicer neformalnega kriterija. Kateri kriterij je to in da ni diskriminatoren, pa mora delodajalec dokazati, če delavec zatrjuje diskriminacijo. Sodišče prve stopnje je izhajalo iz pravilnega izhodišča, da tožena stranka ni bila dolžna upoštevati kriterijev iz kolektivne pogodbe dejavnosti, kar je tudi v skladu z navedeno sodno prakso Vrhovnega sodišča RS, da pa je bila vezana na spoštovanje prvega odstavka 6. člena ZDR-1, ki določa, da mora delodajalec delavcu v zvezi s prenehanjem pogodbe o zaposlitvi zagotavljati enako obravnavo, ne glede na narodnost, starost in etnično poreklo oziroma druge okoliščine v skladu s tem zakonom, predpisi uresničevanja načela enakega obravnavanja in predpisi o enakih možnosti ženskih in moških.

14. Sodišče prve stopnje je ugotovilo, da tožena stranka ni ravnala diskriminatorno pri določitvi kriterijev, ker ZDR-1 delodajalca v ničemer ne omejuje pri oblikovanju kriterija za določitev presežnega delavca (razen določbe 6. člena ZDR-1). Zato je štelo, da z omenjenim (spremenjenim) ponderiranjem (plačljivi oglasi 0,8, kompenzacije 0,15 in medijske izmenjave 0,05) tožena stranka ni postopala diskriminatorno, ker ga ni oprla na nobeno izmed osebnih okoliščin iz 6. člena ZDR-1, temveč je izhajala iz pomembnosti posameznega sklopa z vidika delodajalca, poleg tega pa je na enak način ponderirala rezultate vseh primerljivih delavk.

15. Pritožba utemeljeno opozarja, da je stališče sodišča prve stopnje zmotno. Pritožbeno sodišče ugotavlja, da je sistem ponderiranja, kot je določen v odpovedi, drugače (ter retroaktivno) določal delovno uspešnost, kot je bila za obravnavano časovno obdobje predhodno določena s sklepom o določitvi načina izračunavanja plače za delovno mesto komercialist, višji komercialist in produktni vodja v C. z dne 1. 7. 2013 (B5) oziroma v letnih planih. Tožena stranka je v tem sklepu določila način nagrajevanja, kjer je sicer različno obravnavala oziroma določala odstotke nagrajevanja po posameznih oglaševalskih sklopih, vendar pa razlike med posameznimi sklopi niso bile takšne, kot pri kriteriju za določitev presežne delavke v C.. V skladu s 3. členom sklepa se je komercialistu, višjemu komercialistu in produktnemu vodji izplačala delovna uspešnost, če je v posameznem mesecu presežni mesečni osebni plan. V tem primeru se mu je izplačal odstotek stimulacije za presežen mesečni osebni plan in sicer je za del presežka, doseženega z denarnimi prilivi oz. sredstvi (t. im. gotovinski del presežka) znašal odstotek bruto stimulacije za presežen mesečni plan 8 % od denarnega dela zneska, za katerega je mesečni plan presežen, za del presežka, doseženega s kompenzacijami, je znašal odstotek bruto stimulacije za presežen mesečni osebni plan 5 % od kompenzacijskega zneska, za katerega je mesečni plan presežen, in za del presežka, izvedenega za medijske izmenjave, je znašal odstotek bruto stimulacije za presežen mesečni osebni plan 3 % od dela zneska, ki predstavlja presežek iz naslova medijskih izmenjav. Do leta 2007 je veljal enak procent stimulacije za vse tri sklope, če je delavec dosegel skupni promet 8.500,00 EUR. Od aprila 2008 do aprila 2009 so bili plačljivi oglasi stimulirani v višini 10 %, kompenzacije v višini 8 % in medijske izmenjave 5 %, pri čemer je bil pogoj za plačilo stimulacije doseženi promet 8.000,00 EUR. Od aprila 2009 pa je bil sistem spremenjen tako, da so bili plačljivi oglasi stimulirani v višini 8 %, kompenzacije 5 % in medijske izmenjave 3 % od dela zneska, za katerega je mesečni plan presežen, ob doseženem prometu 8.000,00 EUR, v skladu s Sklepom o določitvi načina izračunavanja plače za delovno mesto komercialist, višji komercialist in produktni vodja v C. ter vodje C. z dne 26. 9. 2009 (B4).

Utemeljen je torej očitek tožnice, da je bila razlika po posameznih sklopih v odpovedi pogodbe o zaposlitvi bistveno drugačna, kot se je upoštevala v sklepih o določitvi načina izračunavanja plače (že omenjen sklep - B5, in sklep z dne 26. 3. 2009 - B4). Če je bilo v času, ko je bila tožnici odpovedana pogodba o zaposlitvi, veljavno nagrajevanje določeno v razmerju 8 % plačljivi oglasi in 3 % medijske izmenjave, torej v medsebojnem razmerju 2,66, pa je tožena stranka pri ocenjevanju vrednosti oziroma določitvi ponderja za potrebe odpovedi dala plačanim oglasom ponder 0,8, medijskim izmenjavam pa 0,05. Torej gre za razmerje oziroma količnik 16, oziroma je plačljivi oglas 16 - krat več "vreden" kot medijska izmenjava. To pomeni, da je bil kriterij, ki je bil uporabljen pri vrednotenju medijske izmenjave za 6 krat oziroma za 600 % nižji kot je bil upoštevan v sistemu plačevanja stimulacije, ki je veljal v času podaje redne odpovedi pogodbe o zaposlitvi. Nelogično je, da je tožnica prejela najvišje zneske plače med vsemi delavkami v C. iz naslova delovne uspešnosti, kljub ponderju 3 % po Sklepu z dne 1. 7. 2013, za potrebe ocenjevanja pri izbiri presežnega delavca pa je bila ocenjena kot najmanj uspešna delavka.

16. Pritožbeno sodišče meni, da je tožena stranka sicer upravičena, da posamezne sklope ustrezno ponderira, če šteje, da so različno pomembni za njeno poslovno uspešnost, vendar pa ni mogoče pri ocenjevanju delovne uspešnosti za potrebe ugotavljanja presežnih delavcev za preteklo obdobje (za nazaj) določati povsem drugačnih meril, ki bistveno odstopajo od kriterijev, ki jih je delodajalec sprejel za oceno delovne uspešnosti, in ki so veljali za obračun plače (stimulacija). Sodišče prve stopnje je verjelo povsem pavšalni izpovedbi priče D.D., vodje C. pri toženi stranki, ki je določila ponderje (ki jih je kasneje uprava tožene stranke upoštevala pri odločitvi o odpovedi pogodbe o zaposlitvi), in ugotovilo, da je uporaba ponderjev pravična, ker ni možno mešati prometa po posameznih sklopih, oziroma je upoštevalo trditve tožene stranke, da so plačljivi oglasi najvišje vrednoteni zaradi denarnega toka, ki ga prinašajo. Pritožbeno sodišče meni, da ni mogoče nekritično upoštevati oziroma sprejeti ponderjev, ki jih je tožena stranka določila pri ocenjevanju delavk za potrebe podaje odpovedi pogodbe o zaposlitvi, saj gre za bistven odstop od dosedanjega vrednotenja dela po posameznih sklopih, kot je bilo določeno za potrebe ugotavljanja in plačevanja delovne uspešnosti pri toženi stranki.

17. Tožena stranka neskladja med kriteriji za upoštevanje delovne uspešnosti pri določitvi plačila delovne uspešnosti na eni strani in določitvi delovne uspešnosti kot kriterija za izbiro delavca, ki mu bo podana redna odpoved pogodbe o zaposlitvi iz poslovnega razloga, ni prepričljivo utemeljila, dokazno breme pa je bilo v skladu z določbo šestega odstavka 6. člena ZDR-1 na njej. Uporaba tako znižanega ponderja za medijske izmenjave je nelogična, nerazumna in arbitrarna, zaradi česar krši načelo enakosti. Za 600 % nižje vrednoteno delo na medijskih izmenjavah, kot je bilo to določeno za delovno uspešnost oziroma stimulacijo pri izplačilu plače, kaže na to, da ne gre za objektivni kriterij, torej za nek utemeljen, razumen in na naravi stvari utemeljen sistem razlikovanja med posameznimi sklopi, temveč gre za neobjektivno in nerazumno oceno posameznega sklopa, ki v dosedanjem poslovanju tožene stranke nima prav nobene podlage. Kot je bilo prikazano zgoraj, je bil do leta 2007 sistem nagrajevanja določen tako, da ni bilo posebnega razlikovanja med posameznimi sklopi trženja, zatem se je pričelo diferenciranje, ki pa zdaleč ni bilo takšno, kot je bilo upoštevano pri odpovedi. Prav to razlikovanje pa je bistveno za presojo, ali gre pri odpovedi pogodbe o zaposlitvi tožnici za diskriminacijo v smislu 6. člena ZDR-1. Tožena stranka ima, kot rečeno, možnost določiti ponderje tako, kot meni, da to ustreza njeni ekonomski logiki oziroma poslovnim interesom, vendar pa mora obstajati neka povezava oziroma naveza glede na dosednji način ocenjevanja delovne uspešnosti. Na drugačno stališče pritožbenega sodišča tudi ne vpliva dejstvo, da je po podaji redne odpovedi pogodbe o zaposlitvi, dne 15. 4. 2015, tožena stranka sprejela nov sklep o določitvi načina izračunavanja plače za delavce v C. (B3), ki v 3. členu določa, da se delavcu kot del plače na

podlagi delovne uspešnosti izplača stimulacija v bruto znesku, če v posameznem mesecu doseže mejo za stimulacijo, ki znaša 70 % mesečnega osebnega plana pri sklopu plačljivih oglasov, in sicer v sklopu plačljivih oglasov znaša odstotek stimulacije 12,8 % od zneska, za katerega je meja za stimulacijo presežena, v sklopu kompenzacij znaša odstotek bruto stimulacije 2,4 % od zneska vseh stimulacij in v sklopu medijskih izmenjav znaša odstotek bruto stimulacije 0,8 % od zneska vseh medijskih izmenjav. Bistveno je, da je tožena stranka za obravnavano obdobje sama s sklepom z dne 1. 9. 2013 določila merila za ugotavljanje delovne uspešnosti, zatem pa je, za potrebe ugotavljanja presežne delavke, za isto obdobje, za nazaj, določila povsem drugačna merila za ocenjevanje delovne uspešnosti. Le če tožena stranka pred podajo odpovedi ne bi imela jasno določenega sistema ugotavljanja in nagrajevanja delovne uspešnosti, bi lahko povsem na novo določila kriterije, ki bi jih uporabila pri izbiri delavke, kateri bi redno odpovedala pogodbo o zaposlitvi iz poslovnega razloga. Ker pa je tak sistem ocenjevanja imela vzpostavljen, ni mogoče veljavnega načina nagrajevanja delovne uspešnosti pri toženi stranki po posameznih sklopih povsem zanemariti oziroma spregledati dosedanjih razmerij med posameznimi sklopi ter nekritično sprejeti novega sistema. Uporaba takšnih kriterijev, kot jih je za potrebe ugotavljanja presežne delavke določila tožena stranka, pa dopušča sklepanje, da so bili kriteriji prirejani in namenjeni k temu, da se prav tožnica oceni z najnižjo oceno delovne uspešnosti.

18. Glede na navedeno pritožbeno sodišče ugotavlja, da je tožena stranka pri določitvi tožnice za delavko, ki ji bo redno odpovedala pogodbo o zaposlitvi, ravnala diskriminatorno v smislu določbe 6. člena ZDR-1. Ker je sodišče prve stopnje glede tega vprašanja zmotno uporabilo materialno pravo in štelo, da diskriminacija ni podana, posledično tudi ni ugotavljalo dejanskega stanja v zvezi s preostalim delom tožbenega zahtevka, ki se nanaša na reparacijo, sodno razvezo pogodbe o zaposlitvi in določitev ustreznega denarnega povračila po prvem odstavku 118. člena ZDR-1. Ta del tožbenega zahtevka je namreč sodišče prve stopnje zavrnilo, ker je štelo, da je odpoved zakonita in da zato tožnica ni upravičena do zahtevkov, ki temeljijo na nezakonitosti redne odpovedi pogodbe o zaposlitvi. Zato je pritožbeno sodišče pritožbi ugodilo, izpodbijano sodbo razveljavilo in vrnilo zadevo sodišču prve stopnje v novo sojenje (355. člen ZPP). V novem sojenju bo morale sodišče prve stopnje dopolniti dokazni postopek tako, da bo, upošteva je, da je tožena stranka pri podaji odpovedi pogodbe o zaposlitvi ravnala diskriminatorno, ugotovilo tudi dejansko stanje, ki se nanaša na preostali del tožbenega zahtevka in odločilo po višini glede tega dela tožbenega zahtevka. Po tako dopolnjenem dokaznem postopku bo lahko sodišče prve stopnje ponovno odločilo o utemeljenosti tožbenega zahtevka.

19. Ostalih pritožbenih navedb pritožbeno sodišče ni presojalo, saj niso odločilnega pomena (360. člen ZPP), oziroma se je do njih opredelilo v kontekstu obrazložitve, ki se nanaša na upoštevanje ponderjev pri določitvi presežne delavke.

20. Če sodišče druge stopnje na seji ali na obravnavi spozna, da je treba za pravilno ali popolno ugotovitev dejanskega stanja ugotoviti dejstva oziroma izvesti dokaze, ki jih je stranka pred sodiščem prve stopnje zatrjevala oziroma predlagala, vendar jih sodišče prve stopnje ni ugotavljalo, ali dejstva oziroma dokaze, ki jih je pod pogojem iz 337. člena ZPP tega zakona stranka navedla v pritožbi ali da je bilo zaradi zmotne uporabe materialnega prava dejansko stanje nepopolno ugotovljeno, v skladu s 355. členom ZPP dopolni postopek oziroma odpravi omenjene pomanjkljivosti in s sodbo odloči v zadevi. Če je bilo zaradi zmotne uporabe materialnega prava dejansko stanje nepopolno ugotovljeno in sodišče glede na naravo stvari in okoliščine primera oceni, da samo ne more dopolniti postopka oziroma odpraviti omenjene pomanjkljivosti, izjemoma razveljavi sodbo prve stopnje in vrne zadevo sodišču prve stopnje v novo sojenje. Ker sodišče prve stopnje glede tožbenega zahtevka za reparacijo, sodno razvezo pogodbe o zaposlitvi in plačilo ustreznega denarnega povračila po prvem odstavku 118. člena ZDR-1 sploh ni

ugotavljalo dejanskega stanja, ne gre za primer iz 355. člena ZPP, ko bi bilo mogoče z odločitvijo pritožbenega sodišča o razpisu glavne obravnave dopolniti le nekatere pomanjkljivosti, ki jih je storilo sodišče prve stopnje.

21. Odločitev o stroških pritožbenega postopka temelji na določbi tretjega odstavka 165. člena ZPP.

Datum zadnje spremembe: 14.04.2016