

ODŠKODNINA V PRIMERU KRŠITVE PREPOVEDI DISKRIMINACIJE IN MOBINGA

Špelca Mežnar*

UDK: 347.51:316.647.82:349.2

Povzetek: Odločanje o odškodninskih zahtevkih zaradi mobinga in kršitve prepovedi diskriminacije v delovnih razmerjih terja dobro poznavanje slovenskega in evropskega odškodninskega ter delovnega prava. Izhajati je potrebno iz določb Obligacijskega zakonika o povrnitvi premoženjske in nepremoženjske škode, pri tem pa ne bo odveč razmislek o višini in funkciji prisojene odškodnine. Drugače kot slovensko pravo ES namreč zahteva, da prisojena odškodnina ni le zadoščenje, pač pa tudi učinkovit instrument za odvratanje bodočih kršitev (preventivna funkcija odškodnine).

Ključne besede: mobing, prepoved diskriminacije v delovnem pravu, učinkovita odškodnina, preventivna funkcija odškodnine

DAMAGES DUE IN CASE OF INFRINGEMENT OF THE PROHIBITIONS OF DISCRIMINATION AND MOBBING

Abstract: Actions for damages in employment discrimination and mobbing cases are based both on Slovenian and European tort and labour law. While Code of Obligations is surely a starting point for any civil law action, the extent of damages and its function need to be addressed from a new perspective. Unlike Slovenian law, the EC Directives on anti-discrimination strictly follow the principle of real, effective and dissuasive compensation, which possibly means the introduction of a new, preventive function of civil law damages.

Key words: mobbing, prohibition of discrimination in labour law, effective compensation, dissuasive compensation

* Špelca Mežnar, doktorica pravnih znanosti, docentka na Mednarodni fakulteti za družbene in poslovne študije, odvetnica pri Odvetniški družbi Čeferin

spela.meznar@mfdps.si

Špelca Mežnar, PhD, Assistant Professor at the International School for Social and Business Studies, Slovenia, Lawyer at the Čeferin Law Firm

1. UVODNO

V prispevku se bom ukvarjala izključno z vprašanjem določitve primerne odškodnine v primeru, ko je temelj odgovornosti nesporen: delodajalec je delavko/delavca diskriminiral ali ga drugače trpinčil (bolj popularno zadnje čase: nad njo/njim je izvajal mobing), delavka ali delavec pa na takšni podlagi zahteva povrnitev škode v obliki denarne odškodnine.

Mislím, da je primerov diskriminacije v delovnih razmerjih danes precej, na žalost pa jih velika večina ostane prikritih. Najpogostejši razlog diskriminacije je verjetno še vedno materinstvo in/ali nosečnost (torej spol),¹ vendar se prenehanje delovnega razmerja v situaciji, ko je med mladimi zaposlitev za določen čas prej pravilo kot izjema, z lahkoto prikrije pod pretvezo izteka pogodbe o zaposlitvi. Po drugi strani se o mobingu dandanes precej govori, pa bi lahko v resnici najbrž veliko primerov domnevnega mobinga kvalificirali kot značajsko nekompatibilnost med delavcem in delodajalcem.

To pa seveda ne pomeni, da si mobing in kršitev načela prepovedi diskriminacije v primerih, ko sta nedvomno dokazana, ne zaslužita učinkovite sankcije v obliki tolikšne (dovolj visoke!) denarne odškodnine, da bodo delodajalci naslednjič dobro premislili, ali se jim splača posegati v temeljne pravice svojih delavk in delavcev. S prispevkom želim opozoriti, da bodo morali slovenski sodniki in sodnice v prihodnje prisojati višje odškodnine, kot jih v podobnih primerih trenutno pozna sodna praksa in da bodo denarni odškodnini za nepremoženjsko škodo zaradi kršitve prepovedi diskriminacije hočeš nočeš morali priznati tudi preventivno in kaznovalno funkcijo. To namreč od nas zelo neposredno in nedvoumno zahtevata evropska zakonodaja in sodna praksa.

2. ZAKONSKA PODLAGA

Čeprav v Sloveniji kar nekaj zakonov ureja prepoved diskriminacije v različnih pojavnih oblikah, pa njihova vsebina ni vedno navdušujoča. Zlasti Zakon o enakih možnostih žensk in moških² (ZEMŽM) ter Zakon o uresničevanju načela enakega

¹ Prim. Poročilo o delu zagovornika načela enakosti za leto 2009, Urad za enake možnosti, marec 2010, objavljeno na spletni strani <http://www.ue.gov.si/fileadmin/ue.gov.si/pageuploads/ZagovornistvoPorocilo2009.pdf>

² Ur. list RS, št. 59/2002, 61/2007.

obravnavanja³ (ZUNEO) sta precejšnje razočaranje, saj razen obsežnih določb o brezzobih tigrh v podobi zagovornic/zagovornikov načela enakosti nista izkoristila možnosti, da bi jasno opredelila namen in funkcijo denarne odškodnine v civilnih postopkih v primeru kršitve načela enakosti v delovnih razmerjih. Škoda je toliko večja, saj naj bi bil ZUNEO namenjen prenosu ključnih direktiv ES v slovenski pravni red, ena izmed najpomembnejših zahtev omenjenih direktiv pa se nanaša ravno na funkcijo in višino denarne odškodnine. Z vidika preprečevanja diskriminacije so denarne odškodnine za delodajalce nedvomno bolj učinkovito sredstvo kot pa »obravnavanje« diskriminacije s strani posebnih državnih uradnic/uradnikov (zagovornikov načela enakosti) v okviru Urada za enake možnosti.

Nemški zakon o zagotavljanju enakih možnosti iz leta 2006 (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, AGG),⁴ ki je po svojih ciljih primerljiv s slovenskim ZUNEO, je na primer mnogo bolj natančno in konkretno uredil obveznosti strank na področju delovnega in obligacijskega prava ter prava socialne varnosti. AGG z varstvenimi določbami v korist delavcev pomembno dopolnjuje nemško delovno-pravno zakonodajo in predstavlja pravno podlago za uveljavljanje odškodninskih zahtevkov zoper delodajalce v primerih kršitve načela enakosti.⁵

2.1. Zakon o delovnih razmerjih⁶ (ZDR)

Temeljna določba, ki se nanaša na prepoved diskriminacije, je vsebovana v 6. členu ZDR. Delodajalec mora iskalcu zaposlitve pri zaposlovanju ali delavcu v času trajanja delovnega razmerja in v zvezi s prenehanjem pogodbe o zaposlitvi zagotavljati enako obravnavo ne glede na narodnost, raso ali etnično poreklo, nacionalno in socialno poreklo, spol, barvo kože, zdravstveno stanje, invalidnost, vero ali prepričanje, starost, spolno usmerjenost, družinsko stanje, članstvo v sindikatu, premoženjsko stanje ali drugo osebno okoliščino. Enako obravnavo glede na osebne okoliščine mora delodajalec zagotavljati iskalcu zaposlitve oziroma delavcu zlasti pri zaposlovanju, napredovanju, usposabljanju, izobraževanju, prekvalifikaciji, plačah in drugih prejemkih iz delovnega razmerja, odsotnostih z dela, delovnih razmerah, delovnem času in odpovedi pogodbe o zaposlitvi.

³ Ur. list RS, št. 50/2004, 61/2007.

⁴ 14. Avgust 2006, (BGBl. I S. 1897, 1910)

⁵ Glej Oberwetter, Christian: AGG Kommentar, R.S. Schulz, 2006.

⁶ Uradni list RS, št. 42/2002, 79/2006, 46/2007, 103/2007 in 83/2009.

Prepovedani sta neposredna in posredna diskriminacija, vsako slabše obravnavanje zaradi nosečnosti ali materinstva pa prima facie šteje za diskriminacijo. V zvezi s povrnitvijo škode sta pomembni še določbi šestega in sedmega odstavka 6. člena ZDR, ki se nanašata na dokazno breme⁷ in odmero odškodnine po splošnih pravilih civilnega prava.⁸

Prepoved spolnega⁹ in drugega nadlegovanja¹⁰ ter mobinga¹¹ vsebuje in opredeljuje člen 6a, ki ga je uvedla novela ZDR v letu 2007. Ker v primeru spolnega ali drugega nadlegovanja velja domneva diskriminatornega ravnanja delodajalca, pridejo v poštev v prejšnjem odstavku citirane določbe o dokaznem bremenu in odmeri odškodnine.

2.2. Obligacijski zakonik¹² (OZ)

2.2.1. Splošna pravila civilnega prava glede povračila škode

V ospredju slovenskega odškodninskega prava sta oškodovanec in njegov pravni položaj.¹³ Prepoved povzročanja škoda je kot temeljno načelo zapisana že v uvodnih določbah OZ. Konkretna pravila, ki se nanašajo na predpostavke in posledice odškodninske odgovornosti, so vsebovana v splošnem delu OZ (131. člen in nasl.) Povzročitelj škode odgovarja oškodovancu po načelu »domnevne krivde«,

⁷ 6. člen ZDR, 6. odstavek: »Če kandidat oziroma delavec v primeru spora navaja dejstva, ki opravičujejo domnevo, da je bila kršena prepoved diskriminacije, mora delodajalec dokazati, da v obravnavanem primeru ni kršil načela enakega obravnavanja oziroma prepovedi diskriminacije.«

⁸ 6. člen ZDR, 7. odstavek: »V primeru kršitve prepovedi diskriminacije je delodajalec kandidatu oziroma delavcu odškodninsko odgovoren po splošnih pravilih civilnega prava.«

⁹ 6a člen ZDR, 1. odstavek: »Spolno nadlegovanje je kakršna koli oblika neželenega verbalnega, neverbalnega ali fizičnega ravnanja ali vedenja spolne narave z učinkom ali namenom prizadeti dostojanstvo osebe, zlasti kadar gre za ustvarjanje zastraševalnega, sovražnega, ponižujočega, sramotilnega ali žaljivega okolja.«

¹⁰ 6a člen ZDR, 2. odstavek: »Nadlegovanje je vsako neželeno vedenje, povezano s katero koli osebnostno okoliščino, z učinkom ali namenom prizadeti dostojanstvo osebe ali ustvariti zastraševalno, sovražno, ponižujoče, sramotilno ali žaljivo okolje.«

¹¹ 6a člen ZDR, 4. odstavek: »Trpinčenje na delovnem mestu je vsako ponavljajoče se ali sistematično, graje vredno ali očitno negativno in žaljivo ravnanje ali vedenje, usmerjeno proti posameznim delavcem na delovnem mestu ali v zvezi z delom.«

¹² Ur. list RS, št. 83/2001,

¹³ Prim. Polajnar-Pavčnik, Ada: Vzročnost kot pravno vrednostni pojem, ZZR št. 53/93, str. 180; Strohsack, Boris: Odškodninsko pravo in druge neposlovne obveznosti, UL RS, 1990, str. 11.

kar pomeni, da odgovarja, če ne dokaže, da ni kriv. Oškodovanec je tako dolžan dokazati samo tri izmed štirih predpostavk neposlovne krivdne odškodninske odgovornosti (protipravno ravnanje ali opustitev, škoda in vzročno zvezo), medtem ko se njegova krivda (navadna malomarnost¹⁴) domneva. Izjema od načela krivdne odgovornosti je t.i. objektivna odgovornost ali »odgovornost po načelu vzročnosti«, ki jo OZ ureja v 149. členu.

Med pravno priznane oblike škode OZ uvršča premoženjsko škodo (navadno in izgubljeni dobiček) ter nepremoženjsko škodo v obliki povzročitve telesnih in duševnih bolečin ter strahu ter okrnitev ugleda pravne osebe.¹⁵ Teorija sicer opozarja, da je tak (strogo zakonsko gledano) koncept škode nekoliko preozek: škoda je lahko namreč že v samem posegu v zavarovano dobrino - v kršitvi osebnostne pravice, čeprav oškodovanec ni utrpel duševnih bolečin.¹⁶ Čeprav to teoretično drži, pa v praksi večino oškodovancev vendarle zanima (tudi) denarna odškodnina, ki pa je kršitev osebnostnih pravic sama po sebi ne utemeljuje (lahko pa oškodovanec zahteva objavo sodbe ali popravka).

Slovensko odškodninsko pravo torej denarno odškodnino v primerih posegov v temeljne pravice (vključno s kršitvijo prepovedi diskriminacije in mobinga) še zmeraj veže na subjektivno občutenje duševne bolečine. Če oškodovanec bolečin ne čuti in ne zatrjuje, zahtevkov ni sklepčen in ga je potrebno zavrniti.¹⁷

Vprašanje je, ali je subjektivni koncept nepremoženjske škode dandanes sploh še primeren. Nazoren primer za njegovo zastarelost so ravno primeri diskriminiranja v delovnih razmerjih. Predstavljajmo si žensko, mater dveh otrok, staro med 30 in 35 let, zaposleno v šolstvu za določen čas (pogodbe za določen čas, ponavadi niti ne celega pač pa le šolskega leta, so med mladimi šolniki prej pravilo kot izjema). Na porodniškem dopustu za tretjega otroka dobi obvestilo ravnateljice, da ji žal pogodbe ne bodo podaljšali. Do trenutka, ko je ravnateljici najavila tretjo nosečnost, je veljala za odlično učiteljico, tako na podlagi delovne uspešnosti (objektivnih kriterijev) kot zadovoljstva staršev in otrok. Namesto nje bodo zaposlili delavko, ki jo je nadomeščala. Indicev za diskriminacijo je več kot dovolj. Večina

¹⁴ Glej Sklep XIV. Skupne seje ZS, republiških in pokrajinskih VS in VSS z dne 25. in 26. 3. 1980, Beograd, cit. po Strohsack, str. 40.

¹⁵ Glej 132. člen OZ.

¹⁶ Jadek Pensa, Dunja: v Obligacijski zakonik s komentarjem (Juhart/Plavšak), GV Založba, Ljubljana 2003, 1. Knjiga, str. 757.

¹⁷ Prim. sodbo VSK Cp 1163/2006 z dne 12.12.2007 in sodbo in sklep VS RS II Ips 821/2005 z dne 14.4.2008.

žensk v podobni situaciji se pri nas (žal) ne bo odločila za tožbo, ker menijo, da je že vnaprej izgubljena. Prvič, kako naj dokažejo, da je razlog za nepodaljšanje pogodbe v resnici diskriminacija in ne kaj drugega. Drugič, kaj bodo od tega sploh imele, razen večne črne pike pri nadrejenih in nalepke konfliktne osebe pri sodelavcih. In končno, če bi se oškodovanka vendarle odločila za odškodninsko tožbo, bi jo poleg vsega čakala še ne preveč prijetna naloga čim bolj podrobno in nazorno opisati svoje duševne bolečine. Le katera normalna ženska bo v zameno za bagatelno odškodnino pripravljena na sodišču javno izpovedovati (in si pri tem po možnosti še izmišljevati), kakšne travme ji je izguba službe povzročila?

Zanimivo je, da je OZ deloma že odstopil od absolutnega vztrajanja pri subjektivnem konceptu nepremoženjske škode. Ena izmed (redkih) novosti, ki jih je v odškodninsko pravo prinesel, je namreč nova oblika nepremoženjske škode v primeru okrnitve ugleda pravne osebe.¹⁸ Do sprejema OZ je veljalo, da pravne osebe sicer imajo osebnostne pravice, vendar pa tudi v primeru protipravnih posegov ne morejo zahtevati povrnitve nepremoženjske škode z denarno odškodnino, ker ne čutijo »duševnih bolečin«. ¹⁹ Z uveljavitvijo OZ je očitno odpadel pogoj subjektivnega občutka oškodovanca za prisojo denarne odškodnine, ni pa jasno, zakaj samo v korist pravnih oseb. Zakaj ne bi denarne odškodnine za posege v osebnostne pravice priznali tudi fizičnim osebam neodvisno od tega, ali so ob tem trpeli duševne bolečine?²⁰ Tudi nekatere primerjalnopravno relevantne države so v zadnjem času svoj odnos do nepremoženjske škode že ustrezno posodobile in uvedle objektivni koncept nepremoženjske škode v primeru posegov v osebnostne pravice.²¹

2.2.2. Funkcija in višina odškodnine za nepremoženjsko škodo de lege lata

Pregled sodne prakse Vrhovnega sodišča RS in višjih sodišč pokaže, da je v našem sistemu še vedno močno zakoreninjeno prepričanje o satisfakciji (zadošče-

¹⁸ Glej 183. člen OZ.

¹⁹ Pravno mnenje, Občna seja VSS, 16.12.1993. Lahko pa zahtevajo objavo sodbe ali popravka na podlagi takratnega 199. člena ZOR.

²⁰ Zanimivo je vprašanje, ali je trenutna ureditev skladna z ustavnim načelom enakosti oziroma ali obstajajo (ustavno sprejemljivi) razlogi, ki upravičujejo različno obravnavanje pravnih in fizičnih oseb glede povrnitve nepremoženjske škode zaradi posegov v osebnostne pravice.

²¹ Prim. Horvat, Bogomir: Nepremoženjska škoda po novem hrvaškem ZOO, Pravna praksa, 2/2006, str. 20.

nju) kot eni in edini funkciji denarne odškodnine za nepremoženjsko škodo.²² To stališče sem že večkrat kritizirala²³ in bom to počela še naprej z upanjem, da se bo v prihodnje vendarle kaj premaknilo. Skladno z omenjenim stališčem sodne prakse so tudi prisojene odškodnine v primeru posegov v osebnostne pravice relativno nizke, najvišje med njimi pa praviloma izvirajo iz spolnih deliktov. (Pre) nizke so tudi odškodnine v primeru naklepnih posegov v osebnostne pravice s strani medijev, pri čemer je treba priznati, da kar nekaj zanimivih tožb še vedno čaka na svoj razplet (njihovo število se je precej povečalo s pojavom agresivnejšega rumenega tiska, zlasti medtem že ukinjenega časnika Direkt).²⁴

Na podlagi pregleda judikatov, dostopnih v javnih bazah, je bil v naši sodni praksi v zadnjem času le en uspešen odškodninski zahtevek zaradi kršitve načela diskriminacije (utemeljen s sklicevanjem na 6. ZDR).²⁵ V zadevi, kjer sta prvosto-

²² Glej npr. sodbo VSC Cp 1871/2006 z dne 17.1.2008 in sodbo VS RS II Ips 405/2002 z dne 8.1.2004. Odškodnina naj bi se po stališču Vrhovnega sodišča v primerih kršitev osebnostnih pravic priznala »samo izjemoma in to takrat, kadar je ta kršitev izjemno težka, tako da je pri oškodovancu upravičeno mogla povzročiti in je dejansko povzročila posebej intenzivno duševno bolečino. Denarno odškodnino... je treba omejiti samo na take »izjemno močne napade«, ki po svoji intenzivnosti, trajanju in razmerah okolja povzročijo jasno manifestirano kršitev...Nikakor to ni kazen za povzročitelja škode (duševnih bolečin), pač pa le zadoščenje oškodovancu«. VS RS Sodba II Ips 220/99 z dne 22.12.1999.

²³ Glej npr. Mežnar, Špelca: Odškodnina kot kazen v primeru medijskih kršitev- zakaj (ne)? Izbrane teme civilnega prava, IPP, 2006, str. 77 in Mežnar, Špelca: Novejši trendi v odškodninskem pravu, Podjetje in delo št. 6-7/2008, str. 1284.

²⁴ Glej Mežnar, Špelca: Odškodnina kot kazen v primeru medijskih kršitev- zakaj (ne)? Izbrane teme civilnega prava, IPP, 2006, str. 77.

²⁵ Nekaj judikatov se je sicer posredno ukvarjalo z diskriminacijo. Sklep I Up 27/2008 z dne 23.6.2008: »Evropsko pravo ne nalaga uporabe zakonskega predloga, če je rok za prenos direktive v državni pravni red že potekel. V takšnem primeru se lahko uporabi direktiva, če so podane določene predpostavke. Zakon o uresničevanju načela enakega obravnavanja v 1. odstavku 1. člena prepoveduje diskriminacijo zaradi „verskega ali drugega prepričanja“. „Drugo prepričanje“ je torej zakonodajalec razumel kot nekaj, kar je po svoji temeljni zgradbi oziroma vsebini podobno veri in kar se lahko označi tudi kot svetovni nazor. Minister za pravosodje ima široko pravico proste presoje, ali bo sploh izbrala katerega od tistih kandidatov za predsednika sodišča, ki izpolnjujejo določno postavljene predpostavke. Isto velja tudi za izbiro najprimernejšega kandidata med vsemi kandidati, ki izpolnjujejo določno postavljene predpostavke. Merila za to presojo zakonsko niso določena. Takšna odločitev zato ni pravno vezana, temveč je prosta in je ni treba obrazložiti. Nasprotno pa je treba obrazložiti odločitev, če ni izbran noben kandidat, kljub temu, da je Sodni svet odločil, da kandidati izpolnjujejo vse določno opredeljene predpostavke.« Sodba VS RS Sodba VIII Ips 57/2008 z dne 3.11.2009: »Tožnik v času opravljanja sindikalnega dela z dela ni bil odsoten in je delal to, kar je bilo s toženo stranko dogovorjeno, t. j. delo sindikalnega zaupnika. Obravnavanje tega dela tako, kot da tožnik takrat ne bi delal in da je bil z dela odsoten, kar pa dejansko ni bil, bi lahko pomenilo diskriminacijo tožnika glede njegovega dela kot sindikalnega zaupnika.«

penjsko in višje delovno sodišče oškodovancu prisodili 3.500,00 evrov odškodnine (celoten tožbeni zahtevek) za pretrpljene duševne bolečine zaradi triletne diskriminacije popolnoma slepega tožnika, zaposlenega kot učitelja, je Vrhovno sodišče RS jasno povedalo,²⁶ da je prisojena odškodnina pravična, primerna in ustrezna ter pri tem izpostavilo pomen prizadete dobrine in namen odškodnine. Vrhovno sodišče se žal ni sklicevalo na evropsko zakonodajo ali prakso Sodišča ES, zlasti pa se je izognilo vsaki uporabi pojma »odvračilne« ali »kaznovalne« odškodnine, a vseeno menim, da je judikat pomemben korak naprej na poti proti priznanju preventivnega namena odškodnine in kaže naklonjen odnos sodišča do prisojanja višjih odškodnin v primerih najhujših posegov v temeljne človekove pravice.

Čeprav je nemško odškodninsko pravo v bistvenih značilnosti podobno slovenskemu (vključno s trdno zasidranim stališčem, da je temeljna funkcija denarne odškodnine za nepremoženjsko škodo v zadoščenju oškodovanca), je nemško Zvezno vrhovno sodišče (BGH) že večkrat poudarilo pomen preventivne vloge odškodnine v primerih posebno hudih posegov v temeljne osebnostne pravice. Nov pogled na naravo odškodnine se je primarno razvil na področju medijskega prava ob znanem primeru monaške princeze Caroline,²⁷ ki mu je sledila cela vrsta judikatov, v katerih so sodišča povzročiteljem škode naložila bistvene višje odškodnine, kot jih je do tedaj poznala sodna praksa in zaradi katerih je zdaj že utemeljeno zaključiti, da je nemška sodna praksa priznala denarni odškodnini (tudi) kaznovavno funkcijo.²⁸ S področja medijskega se ta trend zdaj seli tudi v delovno pravo.²⁹ Bistvena skupna značilnost obeh področij je v tem, da pri diskriminaciji ne gre le za poseg v osebnostne pravice, pač pa v človekovo dostojanstvo kot temeljno človekovo pravico, ki jo varuje že nemška ustava (Grundgesetz). Pravilnost takšnega razvoja odškodninskega prava je že potrdilo tudi nemško Zvezno ustavno sodišče (BVerfG).³⁰

²⁶ Sklep VS RS Dsp 86/2009 z dne 30.11.2009.

²⁷ BGH NJW 1995, 861- Caroline I; BGH NJW 1996, 984- Caroline II; BGH NJW 1996, 985- Caroline III;

²⁸ Npr. 256.000,00 evrov za objavo fotografij gole oškodovanke Sabine Settler (LG Hamburg z dne 19.2.2002 – 324 O 280/01); 158.000,00 evrov za uporabo fotografije Borisa Beckerja v reklamne namene (LG München ZUM 2002, 565).

²⁹ Arbeitsgericht Cottbus, 7 Ca 1960/08, neobjavljeno, cit. po Alenfelder, str. 30; Arbeitsgericht Kassel – 7 Ca 115/97, cit. po Jansen ZAD 1/2007, str. 6.

³⁰ BVerfG 8.3.2000, 1 BvR 1127/96.

Če torej sklepamo na podlagi trenutno prevladujočih pogledov na funkcijo denarne odškodnine v slovenskem pravu, bi znašala odškodnina v primeru kršitve prepovedi diskriminacije ali mobinga v najboljšem primeru nekaj povprečnih slovenskih plač. Menim, da to glede na zahteve evropske zakonodaje in prakse Sodišča ES ne zadošča za učinkovito pravno varstvo.

2.3. Zakonodaja ES

Evropska skupnost je že zgodaj začela opozarjati na problem diskriminiranja v delovnih razmerjih. Direktiv, ki se nanašajo na načelo enakega obravnavanja, je več, za namene tega prispevka pa so najpomembnejše naslednje:

- Direktiva Sveta 76/207/EGS z dne 9. februarja 1976 o izvrševanju načela enakega obravnavanja moških in žensk v zvezi z dostopom do zaposlitve, poklicnega usposabljanja in napredovanja ter delovnih pogojev (UL L št. 39 z dne 14. februarja 1976, str. 40),
- Direktiva Sveta 2000/43/ES z dne 29. junija 2000 o izvajanju načela enakega obravnavanja oseb ne glede na raso ali narodnost (UL L št. 180 z dne 19. julija 2000, str. 22),
- Direktiva Sveta 2000/78/ES z dne 27. novembra 2000 o splošnih okvirih enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu (UL L št. 303 z dne 2. decembra 2000, str. 23),
- Direktiva 2002/73/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 23. septembra 2002 o spremembi Direktive Sveta 76/207/EGS o izvrševanju načela enakega obravnavanja moških in žensk v zvezi z dostopom do zaposlitve, poklicnega usposabljanja in napredovanja ter delovnih pogojev (UL L št. 269 z dne 5. oktobra 2002, str. 15),
- Direktiva 2006/54/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 5. julija 2006 o uresničevanju načela enakih možnosti ter enakega obravnavanja moških in žensk pri zaposlovanju in poklicnem delu (preoblikovano) (UL L št. 204 z dne 26. julija 2006, str. 23).

Skupna značilnost vseh navedenih direktiv je, da v primeru kršitve prepovedi diskriminacije za delodajalce zahtevajo »za vsako kršitev ustrezno odškodnino glede na utrpjeno škodo« ter »učinkovite, sorazmerne in odvračilne kazni«, ³¹ odškodnine pa ne smejo biti navzgor omejene (razen v primeru, ko delodajalec dokaže, da je

³¹ Prim. uvodne ugotovitve št. 30, 33 in 35 Direktive 2006/54.

edina delavčeva škoda zavrnitev zaposlitve, do katere bi prišlo tudi brez diskriminacije). Druga pomembna določba se nanaša na obrnjeno dokazno breme.

Glede višine denarne odškodnine v primerih kršitve prepovedi diskriminacije naj citiram 18. člen Direktive 2006/54, ki določa: »Države članice uvedejo v svoj nacionalni pravni sistem ukrepe, ki so potrebni za zagotovitev **dejanske in učinkovite odškodnine ali povračila**, kakor to določijo države članice za izgubo in škodo, ki jo je oškodovana oseba utrpela kot posledico diskriminacije zaradi spola, **in sicer na način, ki je odvrčilen in sorazmeren z utrpjeno škodo**. Takšna **odškodnina ali povračilo ne smeta biti omejena z vnaprejšnjo določitvijo zgornje meje**, razen v primerih, ko lahko delodajalec dokaže, da je edina škoda, ki jo je tožnik utrpel zaradi diskriminacije v smislu te direktive, zavrnitev upoštevanja njegove prijave za delovno mesto.«

Praktično enake določbe vsebujejo tudi direktive 2000/43/ES,³² 2000/78/ES³³ in 2002/73/ES.³⁴

2.4. Praksa Sodišča ES

V primeru Mangold³⁵ je Sodišče ES odločilo, da nemški predpis, ki delodajalcem z delavci, starejšimi od 52 let, dopušča t.i. verižno sklepanje pogodb za določen čas, nasprotuje splošnemu načelu enakega obravnavanja ne glede na starost, ki ga konkretizira direktiva 2000/78/ES v svojem 6. členu.³⁶ Sodišče ES je nacionalnemu sodišču še zapovedalo, da ne sme uporabiti določb nacionalnega prava, ki so v nasprotju s splošnim načelom enakega obravnavanja in sicer niti v primeru, ko se rok za prenos direktive še ni iztekel.

Sodba je vzbudila veliko razprav in dvignila mnogo prahu, saj je Sodišče ES s svojo odločitvijo o neposredni uporabi direktive postavilo na glavo svojo dotedanjo prakso, ki je direktivam priznavala le t.i. vertikalni učinek oziroma utemeljilo neposredni učinek direktiv tudi v razmerju med posamezniki (t.i. horizontalni

³² Glej 15. člen direktive.

³³ Glej 17. člen direktive.

³⁴ Glej 6. člen direktive.

³⁵ Mangold proti Hein (C-144/04) z dne 22. novembra 2005.

³⁶ Sodišče ES se je kasneje (v zadevi Küçükdeveci) postavilo na stališče, da je načelo enakega obravnavanja splošno načelo ES in ga kot takega direktiva ne »določa«, pač pa le »konkretizira«.

učinek).³⁷ Direktive, ki torej konkretizirajo enega od splošnih načel prava EU, lahko v nacionalnih pravnih redih povzročajo učinke tudi neposredno v razmerjih med posamezniki. To revolucionarno (za mnoge sporno) stališče je nato potrdilo še s sodbo v zadevi Küçükdeveci,³⁸ kjer je bila tožnica diskriminirana zaradi svoje mladosti (starosti pod 25 let).³⁹

Glede zahtev po učinkovitih in odvratilnih sankcijah v primerih kršitev prepovedi diskriminacije je Sodišče ES v zadevi Draehmpaehl⁴⁰ povedalo, da direktive zahtevajo odškodnino, ki je učinkovita, sorazmerna in za delodajalca zastrašujoče visoka. Varstvo delavca mora namreč biti dejansko in učinkovito, odškodnina pa mora biti sorazmerna nastali škodi. Zgolj simbolična odškodnina z vidika učinkovitega prenosa direktive v nacionalno pravo enostavno ni upravičena.⁴¹ Sodišče ES je tudi jasno povedalo, da odškodnina v višini treh mesečnih plač ni sorazmerna z nastalo škodo (je torej zgolj simbolična), zaradi česar nima odvratilnega (zastrašujočega) učinka in je posledično neskladna z zahtevo direktive 76/207. Odločitev v zadevi Draehmpaehl je ključnega pomena za pravilno interpretacijo pojma »odvratilne« odškodnine, ki jo bodo morala prisojati tudi slovenska sodišča. Ni dvoma, da to pomeni priznanje preventivne in kaznovalne funkcije denarne odškodnine za nepremoženjsko škodo.

V kasnejšem primeru Feryn⁴² je odločilo, da morajo biti sankcije učinkovite, sorazmerne in odvratilne celo v primeru, ko konkretnega oškodovanca ni oziroma ga sploh ni mogoče identificirati (aktivno legitimacijo v tej zadevi je imelo posebno telo za varstvo diskriminiranih), medtem ko natančnejših navodil glede »odvratilne« funkcije odškodnine ni dalo. Tudi pravobranilec Coromer je v mnenju v zadevi Juuri⁴³ menil, da zahteva po dejanskih, učinkovitih, sorazmernih in odvratilnih sankcijah v nacionalno delovno in odškodninsko (!) pravo nedvomno vnaša evropsko dimenzijo (drugače povedano: nacionalno odškodninsko pravo mora zagotavljati odvratilni učinek odškodnine, ki ga zahteva pravo).

³⁷ Glej npr. Smrkolj, Maja: Med temeljnimi pravicami in evropsko zakonodajo, Pravna praksa, št. 10/2010, str. 25; Avbelj, Matej: Temeljna načela prava EU padajo na glavo, Pravna praksa, št. 6-7/2010, str. 34-35.

³⁸ Küçükdeveci (C-555/07) z dne 19. januar 2010.

³⁹ Tožnici je delodajalec odpovedni rok izračunal na podlagi treh let delovne dobe, čeprav je bila pri njem zaposlena devet let. Nemški predpis je namreč določal, da se za namene določitve odpovednega roka ne upošteva delovna doba delavca pred dopolnjenim 25. letom starosti.

⁴⁰ Draehmpaehl (C-180/95) z dne 22. april 1997.

⁴¹ Ibidem.

⁴² Feryn (C-54/07) z dne 17. julij 2008.

⁴³ Juuri, (C-396/07) z dne 4. september 2008.

3. ODŠKODNINA V PRIMERU KRŠITVE PREPOVEDI DISKRIMINACIJE IN MOBINGA V SLOVENSKEM PRAVU

Slovenski zakonodajalec v noben pravni akt ni neposredno prenesel zahteve po dejanski, učinkoviti, sorazmerni in preventivni (odvračilni) odškodnini v primeru kršitve prepovedi diskriminacije. ZDR se glede višine odškodnine zgolj sklicuje na splošna pravila civilnega prava (OZ), enako pa žal velja tudi ZEMŽM in ZUNEO.⁴⁴

Pomanjkljiva implementacija evropskih direktiv v nacionalni zakonodaji pa ne pomeni, da se avtomatično uporabi nacionalno pravo. Določbe ZDR in ZUNEO je potrebno razlagati v luči evropskih direktiv oziroma tako, da bo uporabljeno nacionalno pravilo konformno (skladno) s pravom ES. Če nacionalna zakonodaja evropski izrečno nasprotuje, ima prednost slednja.⁴⁵

Slovenski sodniki in sodnice morajo torej v postopkih odločanja o višini odškodnin zaradi kršitve prepovedi diskriminacije ugotoviti, ali jim sedanja sodna praksa in prevladujoč pogled na funkcijo denarne odškodnine glede na zahteve evropskih direktiv in prakse ES omogočata prisoditi tako visoko odškodnino, da bo delodajalce prestrašila in odvrnila od tega, da bi si diskriminiranje delavcev ponovno privoščili. Odgovor verjetno ne more biti pozitiven, zato so potrebne spremembe koncepta denarne odškodnine za nepremoženjsko škodo in nedvoumno priznanje njene preventivne vloge. Glede na nonšalanten odnos zakonodajalca do vprašanja funkcije denarne odškodnine v primeru kršitve prepovedi diskriminacije bodo to nevhvaležno nalogo morala prevzeti (prvostopenjska) sodišča, v sodbi pa izrečno omeniti tudi njeno preventivno funkcijo in višino odškodnine utemeljiti z vidika evropskih zahtev po učinkovitosti, sorazmernosti in odvračilnem učinku. Pr(a)vi korak v to smer nedvoumno predstavlja citirani judikat Vrhovnega sodišča RS,⁴⁶ za prihodnje pa si lahko želimo še bolj jasno izraženo priznanje preventivnega namena odškodnine ter njenega odvračilnega učinka, kar se bi praktično morali izraziti predvsem v bistveno višjih odškodninah, kot smo jih bili doslej vajeni.

⁴⁴ Prim. 22. člen ZUNEO.

⁴⁵ Glej zgoraj 2.4.

⁴⁶ Sklep VS RS Dsp 86/2009 z dne 30.11.2009.

3.1. Dokazno breme

Slovensko pravo je sicer uzakonilo pravilo o obrnjenem dokaznem bremenu, vendar se tudi tu »hudič skriva v podrobnostih«. Če diskriminirana oseba navaja dejstva, ki opravičujejo domnevo, da je bila kršena prepoved diskriminacije, mora domnevni kršitelj oziroma kršiteljica dokazati, da v obravnavanem primeru ni kršil načela enakega obravnavanja oziroma prepovedi diskriminacije.⁴⁷ Seveda pa je za diskriminirano osebo najtežje poznati (in posledično navajati) dejstva, ki takšno domnevo opravičujejo. Kako naj na primer neizbrani kandidat uveljavlja varstvo na podlagi prepovedi diskriminacije zaradi starosti ali narodnosti, če sploh ne ve, koga in zakaj je delodajalec izbral? Takšna oseba namreč nima nobene podlage za zahtevo po razkritju informacij, ki bi ji šele pomagale domnevo vzpostaviti.⁴⁸

Ključno vlogo bo tako tudi v tem primeru odigrala praksa, saj bo postavila standarde za odgovor na vprašanje, katera dejstva in kakšni dokazi zadoščajo, da tožnik izpolni zakonsko zahtevo glede trditvenega in dokaznega bremena. Bi na primer v zgoraj omenjenem primeru nepodaljšanja pogodbe o zaposlitvi delavki na tretjem porodniškem dopustu zadoščalo, da oškodovanka navaja in dokaže, da je svoje delo opravljala profesionalno, da delodajalec ni imel pripomb in da ji pogodbe kljub temu ni podaljšal, po naključju pa se je to zgodilo ravno sredi porodniškega dopusta, namesto nje pa zaposlil nekoga drugega?

Nemško pravo ravno za takšne primere od oškodovanca zahteva zgolj, da svoj zahtevek opre na indice (torej verjetna in ne dokazana dejstva), iz katerih izhaja, da je delodajalec prekršil prepoved diskriminacije, nato pa se dokazno breme v celoti prevali na drugo stran.⁴⁹ Osebo podpiram tak pristop in menim, da bi tudi v omenjenem konkretnem primeru pomagal oškodovanki, da bi se lažje odločila za vložitev tožbe. To bi pomenilo, da za vzpostavitev domneve diskriminatornega ravnanja na strani delodajalca zadošča, da oškodovanka navede dejstva, iz katerih izhaja, da je najbolj verjeten razlog za sporno odločitev delodajalca osebna okoli-

⁴⁷ Prim. 6. odstavek 6. člena ZDR.

⁴⁸ Podobno Mazovec-Kšela, Barbara: Kako olajšati položaj kandidata v primeru vložitve tožbe zaradi diskriminacije, Pravna praksa, št. 38/2009, str. 17. Avtorica predlaga dopolnitev ZDR tako, da bi smel neizbrani kandidat v določenem času od delodajalca zahtevati nekatere podatke o izbranem kandidatu, kar bi mu olajšalo (oziroma sploh omogočilo) vložitev tožbe.

⁴⁹ Jansen, Frank: Diskriminierungsverbot wegen Behinderung, Zeitschrift für Arbeits- und Antidiskriminierungsrecht (ZAD), 2/2007, str. 9. Indici so lahko: statistični podatki nekega podjetja, diskriminatorne izjave vodilnih, diskriminatorni ukrepi (LAG Berlin, 26.11.2008, 15 Sa 517/08).

ščina, saj drugih racionalnih razlogov vsaj na prvi pogled ni možno najti. V zgornji situaciji je delodajalec delavko očitno potreboval, delala je kvalitetno, kljub temu pa ji pogodbe ni podaljšal, pač pa raje zaposlil drugo osebo. Menim, da navajanje teh dejstev zadošča za utemeljenost temelja, na delodajalcu pa je, da dokaže, da za njegovo odločitev obstajajo drugi, nediskriminatorni razlogi.

3.2. Premoženjska škoda

Nesporno je, da imajo diskriminirane osebe pravico do povrnitve premoženjske in nepremoženjske škode. Zahtevki iz naslova premoženjske škode so v nemški sodni praksi sicer redkejši in se praviloma nanašajo na razliko med plačo, ki bi jo diskriminirani iskalec zaposlitve prejemal pri delodajalcu, ki ga je zavrnil in plačo, ki jo prejema v svoji službi (izgubljeni dobiček). Gre torej za situacijo, ko je bil iskalec zaposlitve zavrnjen izključno zaradi diskriminacije. Obdobje, za katero lahko prizadeti delavec uveljavlja povrnitev škode, časovno ni omejeno (teoretično bi torej lahko zahteval plačilo razlike do upokojitve), delodajalec pa lahko vselej dokazuje, da bi delavcu prej prenehalo delovno razmerje.⁵⁰

Druga verjetna situacija, v kateri bi prišli v poštev zahtevki zaradi povrnitve premoženjske škode, je na primer nižje plačilo žensk za isto delo, kot ga opravljajo moški kolegi. Vendar se tudi tu pojavlja problem dokazovanja škode. Podatki o plačah so praviloma osebni in tajni (razen če gre za informacije javnega značaja). Če bi se torej hoteli resno lotiti problema neenakega plačila, bi morali potencialno prizadetim najprej s posebnim predpisom omogočiti, da se seznani z informacijami, na podlagi katerih šele lahko ocenijo, ali obstajajo indici za diskriminiranje. Pri tem pa bi seveda morali zavarovati tudi interese nasprotni strani, torej tistih, katerih osebne podatke bi bilo potrebno razkriti.

3.3 Nepremoženjska škoda

Najbolj zanimivo je nedvomno vprašanje povrnitve nepremoženjske škode in višine denarne odškodnine. V nemškem pravu ga ureja drugi odstavek 15. člena AGG,

⁵⁰ Oberwetter, str. 42. Odškodnina se izračuna po posebni Kattensteinovi formuli, ki temelji na statističnih podatkih., Jansen, Frank: Aktuelles zur Höhe des Schadensersatzes nach Art 15 AGG, ZAD 1/2007, str. 7.

delodajalec pa za povrnitev nepremoženjske škode odgovarja ne glede na svojo krivdo; zadošča, da objektivno obstaja kršitev načela prepovedi diskriminacije, ki se lahko pripiše delodajalcu.⁵¹

Menim, da bi bilo potrebno objektivno odgovornost delodajalca za škodo, nastalo delavcu zaradi kršitve prepovedi diskriminacije, priznati tudi v našem pravu. Kot opozarjajo nemški teoretiki, gre namreč za poseg v tako temeljne pravice delavcev, da so ugovori, ki bi se nanašali na pomanjkanje krivde, z vidika učinkovitega pravnega varstva nedopustni.

Kot že rečeno, se sme po splošnih pravilih našega civilnega prava denarna odškodnina za nepremoženjsko škodo prisoditi samo v primeru, ko oškodovanec dokaže, da je zaradi ravnanja delodajalca trpel duševne bolečine. Ta omejitev se mi zdi neprimerna in predlagam, da se jo de lege ferenda opusti ali pa sodna praksa zavzame stališče, da se v primeru diskriminacije kot enega najhujših posegov v človekovo dostojanstvo duševne bolečine domnevajo in jih ni potrebno posebej dokazovati. Korak v tej smeri je naredilo tudi prvo-stopenjsko sodišče v omenjenem primeru diskriminacije slepega učitelja, ko je odločilo, da za dokaz o duševnih bolečinah zadošča tožnikova izpoved in ni zahtevalo posebnega izvedenskega mnenja, temu pa je izrecno pritrdilo tudi Vrhovno sodišče.⁵²

V kolikor torej v postopku temelj zahtevka ni problematičen, se (s stališča odvetnika/odvetnice) postavi vprašanje, kako visoko odškodnino je smiselno zahtevati oziroma (s stališča sodnika/sodnice), kolikšna odškodnina (seveda v mejah tožbenega zahtevka) je primerna in pravična. Vsekakor predlagam, da se tožbeni zahtevki iz naslova kršitve prepovedi diskriminacije v prihodnje glasijo na bistveno višje zneske kot doslej (npr. med 5.000,00 in 30.000,00 evri, odvisno od

⁵¹ Ibidem. Enako Alenfelder, Klaus Michael: Zeitschrift für Arbeits- und Antidiskriminierungsrecht (ZAD), 1/2010, str. 33 (citira nemško delovno sodišče BAG, 8 AZR 906/07 z dne 22.1.2009) in, Jansen, ZAD 1/2007, str. 5.

⁵² Sklep VS RS Dsp 86/2009 z dne 30.11.2009: »...glede na določilo 8. člena ZPP o tem, katera dejstva se štejejo za dokazana, odloči sodišče po svojem prepričanju, na podlagi vestne in skrbne presoje vsakega dokaza posebej in vseh dokazov skupaj ter na podlagi uspeha celotnega postopka. Iz citirane odločbe torej ne izhaja, da je nepremoženjsko škodo mogoče dokazati le s predložitvijo točno določenih dokazov (npr. izvedenskega mnenja), temveč da sodišče presoja o (ne)obstoju škode opre na ugotovitve izvedenega dokaznega postopka, ki pa se seveda od primera do primera razlikujejo. S tem, ko je sodišče v obravnavani zadevi ugotovitev o obstoju škode utemeljilo zgolj na izpovedi tožnika - oškodovanca, ni zato v ničemer odstopilo od stališč v zadevi...«

okolščin primera), s čimer bomo omogočili sodiščem, da v praksi postavijo merila za določitev višine odškodnine, ki bo upoštevala vse zahteve slovenskega in evropskega prava.⁵³

3.3.1. Učinkovita, sorazmerna in odvratilna odškodnina

Pravična in primerna odškodnina v primerih kršitev prepovedi diskriminacije mora biti dovolj visoka, da zadosti merilom učinkovitosti, sorazmernosti in preventive.

Odškodnina deluje odvratilno (zastrašujoče) takrat, ko delodajalec njeno plačilo občuti kot eksistenčno pomemben odhodek. Imeti mora tako specialno- kot generalno-preventivno vlogo: konkretnega delodajalca mora odvrniti od tega, da bi ponovil svoje diskriminatorno ravnanje, hkrati pa vplivati na druge delodajalce, da bi z diskriminacijo sploh poskusili.⁵⁴ Odškodnina bo toliko bolj učinkovita, kolikor višja bo v razmerju do premoženja oziroma prihodkov, ki jih ustvari delodajalec.⁵⁵ Alenfelder kot primer učinkovite odškodnine v primeru podjetja s prihodki, višjimi od 10 milijard evrov letno, omenja zahtevke v višini vsaj 50.000,00 EUR.⁵⁶ Dejansko prisojena odškodnina je znašala 10.000,00 evrov oziroma 0,0001% prihodkov,⁵⁷ kar na podjetje bržkone ni delovalo posebej zastrašujoče. V primerih dokazane diskriminacije so v Nemčiji običajni zahtevki v višini vsaj 12 bruto plač, vendar ne manj kot 30.000,00 evrov (kar naj bi ustrezalo povprečnim letnim dohodkom).⁵⁸ Dejavniki, ki poleg stopnje delodajalčeve krivde še lahko vpliva na višino odškodnine, je poleg pomena zavarovane dobrine (človekovega dostojanstva in enakopravnosti) zlasti obseg nastale škode pri oškodovancu (npr. hude depresije kot posledica diskriminacije ali mobinga in potreba po

⁵³ V Nemčiji so bile v zadnjem času prisojene odškodnine v višini 50.000,00 evrov (diskriminacija zaradi spola, maj 2009), 13.000,00 evrov (diskriminacija zaradi starosti, marec 2009), 200.000,00 evrov (diskriminacija zaradi starosti, poravnava, februar 2009), 50.000,00 evrov (diskriminacija zaradi invalidnosti, januar 2009), 24.000,00 evrov (diskriminacija pri prijavi za razpis za delovno mesto, januar 2009), 32.500,00 evrov (diskriminacija zaradi prepričanja in starosti, poravnava, oktober 2008), 10.000,00 evrov (diskriminacija pri prijavi za razpis zaradi narodnosti »Prosim zavrnitev, kandidat je Slovenec«, april 2008).

⁵⁴ Weiss, Peter: Aus gegebener Veranlassung nochmals: Zur Höhe des Schmerzensgeldes gem. Art 15 Abs. 2 AGG, ZAD 1/2009, str. 4.

⁵⁵ Alenfelder, str. 25.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ ArbG Wiesbaden 18.12.2008, 5 Ca 46/08.

⁵⁸ Jansen, ZAD, 2/2007, str. 9, Weiss, str. 7.

daljšem zdravljenju). Zanimivo je tudi stališče, po katerem na višino odškodnine ne sme vplivati višina plače oškodovanca, saj je vrednost temeljnih osebnostnih pravic univerzalna in ne more biti odvisna od tega, koliko je mesečno »vreden« delavec/delavka.⁵⁹

Odškodnina je sorazmerna, če je odmerjena v pravem razmerju do povzročene škode in temeljnega cilja direktiv in ZDR - prepovedi diskriminacije. V tem okviru se lahko upošteva tudi delodajalčeva krivda – ne bi bilo namreč primerno (sorazmerno), če bi majhnemu delodajalcu ob najnižji stopnji krivde sodišče naložilo plačilo tolikšne odškodnine, da bi ga to eksistenčno ogrozilo.

Le odvrčilna in sorazmerna odškodnina bo dosegla svoj cilj in bo posledično tudi učinkovita: delodajalci se bodo zavedali, da jim v primeru kršitve prepovedi diskriminacije grozi tolikšna »kazen«, da se diskriminiranju v prihodnje bolj »splača« izogniti.

4. ZAKLJUČEK

Evropske smernice in praksa Sodišča ES od nas nedvomno zahtevata, da denarni odškodnini za nepremoženjsko škodo, prisojeni zaradi diskriminacije v delovnih razmerjih, poleg satisfakcije priznamo tudi preventivno funkcijo. Le odškodnina, ki zaradi svoje višine deluje odvrčilno (zastrašujoče), je učinkovita v smislu prava ES. Na tej podlagi bo potrebno odškodnine zaradi kršitve prepovedi diskriminacije in mobinga v našem pravu v bodoče povišati.

Ker preventivne funkcije odškodnine žal v našem pravu ne priznavajo izrecno niti predpisi splošnega civilnega niti predpisi delovnega prava, bo to nalogo najbrž morala sprejeti sodna praksa, pri tem pa se neposredno opreti na veljavne določbe evropskih direktiv in njihovo interpretacijo s strani Sodišča ES. Kolikšna naj bo konkretna višina odškodnin, je seveda stvar presoje v vsakem konkretnem primeru. Menim, da bi se morale gibati vsaj med 5.000,00 in 30.000,00 evri, kriteriji za določitev pa so poleg obsega škode lahko tudi velikost delodajalca (ustvarjen promet) ter stopnja krivde.

⁵⁹ Weiss, str. 6.

LITERATURA

- Alenfelder, Klaus Michael: Zeitschrift für Arbeits- und Antidiskriminierungsrecht (ZAD), 1/2010
- Avbelj, Matej: Temeljna načela prava EU padajo na glavo, Pravna praksa, št. 6-7/2010
- Horvat, Bogomir: Nepremoženjska škoda po novem hrvaškem ZOO, Pravna praksa, 2/2006
- Jadek Pensa, Dunja: v Obligacijski zakonik s komentarjem (Juhart/Plavšak), GV Založba, Ljubljana 2003, 1. Knjiga
- Jansen, Frank: Aktuelles zur Höhe des Schadensersatzes nach Art 15 AGG, ZAD 1/2007
- Jansen, Frank: Diskriminierungsverbot wegen Behinderung, Zeitschrift für Arbeits - und Antidiskriminierungsrecht (ZAD), 2/2007
- Mazovec-Kšela, Barbara: Kako olajšati položaj kandidata v primeru vložitve tožbe zaradi diskriminacije, Pravna praksa, št. 38/2009
- Mežnar, Špelca: Odškodnina kot kazen v primeru medijskih kršitev- zakaj (ne)? Izbrane teme civilnega prava, IPP, 2006
- Mežnar, Špelca: Novejši trendi v odškodninskem pravu, Podjetje in delo št. 6-7/2008
- Oberwetter, Christian: AGG Kommentar, R.S. Schulz, 2006
- Polajnar-Pavčnik, Ada: Vzročnost kot pravno vrednostni pojem, ZZR št. 53/93
- Smrkolj, Maja: Med temeljnimi pravicami in evropsko zakonodajo, Pravna praksa, št. 10/2010
- Strohsack, Boris: Odškodninsko pravo in druge neposlovne obveznosti, UL RS, 1990
- Urad za enake možnosti, Poročilo o delu zagovornika načela enakosti za leto 2009, marec 2010, objavljeno na spletni strani <http://www.uem.gov.si/fileadmin/uem.gov.si/pageuploads/ZagovornistvoPorocilo2009.pdf>
- Weiss, Peter: Aus gegebener Veranlassung nochmals: Zur Höhe des Schmerzensgeldes gem. Art 15 Abs. 2 AGG, ZAD 1/2009

DAMAGES DUE IN CASE OF INFRINGEMENT OF THE PROHIBITIONS OF DISCRIMINATION AND MOBBING

Špelca Mežnar*

SUMMARY

Actions for damages in employment discrimination and mobbing cases are based both on Slovenian and European tort and labour law. While Slovenian Code of Obligations is surely a starting point for any civil law action, the extent of damages and its function need to be addressed from a new perspective. Unlike Slovenian national tort law, the EC Directives on anti-discrimination strictly follow the principle of real, effective and dissuasive compensation, which possibly means the introduction of a new, preventive function of civil law damages.

Slovenian Employment Relationship Act is a modern statute, based on the general principle of prohibition of direct and indirect discrimination and mobbing. According to Art 6 the employers must ensure to job seekers or workers during their employment and in connection with the termination of employment contract equal treatment irrespective of ethnicity, race or ethnic origin, national or social background, gender, skin colour, state of health, disability, faith or conviction, age, sexual orientation, family status, membership of unions, financial standing or other personal circumstance. Additionally, Art 6a, introduced in 2007, expressly prohibits sexual harassment and mobbing at workplace. For any breach of the said provisions the employer can be held liable according to general rules on torts.

Slovenian Tort law, however, is still rather rigid with respect to the extent and function of pecuniary damages. Primary and generally recognized functions of pecuniary damages remain recovery and satisfaction, while prevention and/or dissuasion are still seen as foreign and unwanted elements in case law and doctrine. Although this view is not strictly supported by the grammatical interpretation

* Špelca Mežnar, PhD, Assistant Professor at the International School for Social and Business Studies, Slovenia, Lawyer at the Čerferin Law Firm
spela.meznar@mfdps.si

of the Slovenian Code of Obligation (where it governs general principles of tort law), it is doubtlessly favoured in legal practice.

The article aims to point out at least two reasons, why this predominant view shall be reconsidered. Firstly, the European directives governing anti-discrimination in EU countries are clear on the issue of function of damages in employment discrimination and mobbing cases. If the compensation is not effective, it does not fulfill its basic function. Secondly, German legislation, doctrine and case law have recently made a big step towards recognition of the preventive function of damages in employment discrimination and mobbing cases. German practice is interesting for Slovenia as the two legal systems are very similar and have historically been based on the same grounds.

In view of the author, the extent of damages in employment discrimination and mobbing cases in Slovenia need to be determined not only according to general tort law principles but also according to principles of real, effective and dissuasive compensation introduced by EU anti-discrimination directives. This probably requires the introduction of a new perception of the function of monetary compensation, which calls for higher (punitive) damages in cases, where employer has intentionally and coarsely breached the fundamental human rights – worker's dignity and equality.