

UNIVERZA V LJUBLJANI

PRAVNA FAKULTETA

**Odvzem protipravno pridobljenega dobička v okviru
odškodninskega zahtevka**

MAGISTRSKO DELO

Aleksander Hočevar

Mentor: prof. dr. Damjan Možina

Ljubljana, oktober 2016

Zahvala!

Iskreno zahvalo namenjam prof. Možini, za vso podporo, nasvete in strokovno usmerjanje pri ustvarjanju magistrskega dela, kot tudi v času dodiplomskega in podiplomskega študija.

Posebna zahvala gre tudi puncu Špeli, za izjemno podporo v času pisanja zaključne naloge in nasploh v času magistrskega študija.

Kazalo

1.	Uvod.....	1
2.	Odvzem protipravno pridobljenega dobička z odškodninskim zahtevkom.....	3
2.1.	Podlaga za odvzem protipravno pridobljenega dobička v slovenskem pravu.....	3
2.1.1.	Poslovodstvo brez naročila	3
2.1.2.	Kršitev konkurenčne klavzule v Zakonu o gospodarskih družbah	5
2.1.3.	Odškodninski zahtevek po OZ.....	6
3.	Sodba vrhovnega sodišča VS II Ips 130/2012.....	9
4.	Sodba vrhovnega sodišča III Ips 98/2013.....	11
5.	Odvzem dobička kot odškodninski zahtevek v ureditvi CISG.....	13
6.	Prosti preudarek po 216. členu ZPP.....	17
7.	Kaznovalne odškodnine	21
8.	»Disgorgement« – primerjalno pravno.....	26
9.	Odvzem protipravno pridobljenega dobička pri antitrust zakonodaji.....	29
9.1.	Ureditev v ZDA	29
9.2.	Odškodninska odgovornost za kršitev antitrusta v pravu EU in slovenski zakonodaji	32
10.	Odvzem dobička preko prava neupravičene obogatitve	35
11.	Zaključek	37
12.	Literatura in viri.....	39

Povzetek

Nihče ne sme protipravno obogateti na račun drugega. Gre za splošno sprejeto načelo, ki pa je na razne načine upoštevano v pravnih redih po svetu. V magistrskem delu je opisana ureditev v slovenskem pravu, natančneje različne pravne podlage, ki omogočajo reševanje takšnih situacij. Gre predvsem za institut neupravičene obogatitve, splošna načela odškodninskega prava, ki se nanašajo na povrnitev škode, in določbe o prostem preudarku po zakonu o pravdnem postopku, ki sodišču olajšajo delo pri odmeri višine odškodnine. Ker pri odvzemu protipravno pridobljenega dobička lahko zaznamo vidik sankcioniranja in preventive, se dotaknem tudi kaznovalnih odškodnin in vprašanja skladnosti s slovensko Ustavo. Ideja t. i. »disgorgementa« ni tuja niti drugim ureditvam, zato je institut predstavljen tudi z vidika Konvencije o pogodbah o mednarodni prodaji blaga (CISG) ter uporabe instituta s strani uradov za varstvo konkurence v EU in ZDA.

Ključne besede: odvzem protipravno pridobljenega dobička, disgorgement, kaznovalne odškodnine, neupravičena obogatitev, povrnitev škode, odškodninsko pravo, CISG, antitrust

Abstract

No one should make a profit by a wrong. It is a common principle through out the world that is applied in many different ways. The main aspect in the master thesis is the application of this principle in Slovenian private law, through law of unjust enrichment, law of damages and through some articles of civil procedural law. Because some authors see in the principle of disgorgement elements of sanctions and punitive damages, a part of thesis is intended to present these two elements in the light of Slovenian constitution. Since the principle of disgorgement is well known around the world there is also a brief introduction on this idea in the United Nations Convention on contracts for the international sale of goods (CISG) and the use of this principle by the EU and US competition agencies.

Key words: disgorgement, punitive damages, antitrust, CISG, tort law, damages, enrichment

1. Uvod

Kovanje dobička na račun škode oziroma krivice, prizadejane drugemu, nasprotuje naravni pravičnosti.¹ Zaradi tega mora pravo nuditi ustrezne mehanizme, ki preprečujejo tako pridobivanje ekonomskih koristi. To mora veljati tako v primeru, ko stranki pred nastankom škode nista v medsebojnem razmerju (neposlovna škoda), kot v primerih, ko stranki veže pogodba oziroma drug pravni posel. Na protipravnost se mora pravo odzivati na način, da odvrča subjekte od takega ravnanja.² Medtem ko v slovenskem pravnem redu kaznovalno pravo (kazensko in prekrškovno) pozna institute, ki onemogočajo kršitelju ohranitev premoženjske koristi, je temu drugače v zasebnem pravu. Splošnega načela, ki bi tako načelo uresničevalo, ne najdemo. Institut izročitve premoženjske koristi je omejen zgolj na posamične primere. Določbe s tako vsebino je moč najti v Obligacijskem zakoniku (OZ)³ pri členih o poslovodstvu brez naročila, ki določajo, da oseba (nepristni poslovodja), ki opravlja posle nekoga drugega, vendar ne z namenom, da bi pomagala, temveč da obdrži koristi zase, mora na zahtevo drugega izročiti vse dosežene koristi in nastalo škodo.⁴ Enako lahko izluščimo iz določb o neupravičeni obogatitvi.⁵ Na področju nepogodbene in pogodbene odškodninske odgovornosti velja načelo, da oškodovanec ne sme biti obogaten s pridobljeno odškodnino.⁶ Zaradi tega lahko pride do situacije, kjer povzročitelj škode obdrži dobiček, ki ga je pridobil s škodnim ravnanjem. Tako stanje na področju odškodninskega prava je nesprejemljivo; povzročitev škode se ne sme izplačati, zato mora pravo najti rešitev za take primere. V nadaljevanju je podanih nekaj primerov iz slovenske in tuje sodne prakse in tudi iz tuje literature, ki dajejo teoretično podlago za take ukrepe. Podobno težavo predstavljajo kršitve konkurenčnega prava. Tu imamo dva vidika težave, prvič, subjekt protipravno pridobi dobiček, in drugič, oškodovanec ima težko nalogo dokazati višino škode, ki mu je nastala. Vendar je, kot

¹ Možina, Protipravno pridobljeni dobiček kot merilo odškodninskega in obogatitvenega zahtevka, Podjetje in delo 3–4/2015/XLI, str. 463.

² Na področju pogodbenega prava v anglosaških sistemih velja načelo: »breach must not pay«.

³ Obligacijski zakonik, UPB-1, (OZ).

⁴ 205. člen OZ.

⁵ Možina, Protipravno pridobljeni dobiček kot merilo odškodninskega in obogatitvenega zahtevka, Podjetje in delo 3–4/2015/XLI, str. 472.

⁶ Polajnar Pavčnik, Prava mera odškodninskega prava, Podjetje in delo, 2011, št. 6–7, str. 1276.

kaže, glede tega sodna praksa začela spreminjati stališče in s pomočjo prostega preudarka (procesnim institutom) zadostila načelu pravičnosti.⁷

V vseh zgoraj omenjenih situacijah težko govorimo o kaznovanju subjekta zaradi pridobivanja dobička na protipraven način, saj subjekt ni nič na slabšem, kot je bil pred škodnim dogodkom (odškodnina ni večja od same škode). Temu je (lahko⁸) drugače pri kaznovalnih odškodninah. Pri tem institutu, ki izhaja iz angloameriškega pravnega sistema, je subjekt dolžan plačati poleg same škode še določen kaznovalni »pribitek«, saj je bilo njegovo ravnanje tako zavržno.⁹ Medtem ko sistemi, ki so »izumili« to vrsto odškodnin, le-te vedno bolj omejujejo,¹⁰ se v Evropi v časovnih intervalih vedno znova pojavljajo ideje o vključitvi tega instituta v civilne zakonike.¹¹ Slovenska teorija¹² in praksa¹³ sta glede kaznovalnih odškodnin zadržani in menim, da je tako tudi bolje.¹⁴

V zaključku podam tudi lastno mnenje o dilemi, ki nedvomno obstaja. Menim, da je potreben splošen in abstrakten pristop k problematiki in ne kazuističen¹⁵ na način »tam, kjer se pojavi problem«. Prav tako je bistvenega pomena, da v primeru kakršnih koli sankcij za protipravno pridobivanje dobička praksa ravna v skladu z ustavnimi in konvencijskimi načeli.

⁷ VS III Ips 98/2013 z dne 23. maja 2014. Podobno v avstrijskem in nemškem pravu; glej, paragraf 33(3) nemškega GWB in paragraf 37a(1) avstrijskega KartG.

⁸ Če je kaznovalna odškodnina višja od razlike med pridobljenim dobičkom zaradi škode in nastalo škodo, potem je kršitelj na slabšem, če pa je enaka ali nižja, potem je osebi dobiček še vedno ostal.

⁹ V angloameriškem sistemu govorimo o pravnem standardu »*outrageous*«. Glej v nadaljevanju pod poglavje št. 7.

¹⁰ A. J. Sebok, 2009, str. 155.

¹¹ Npr. francoski projekt: v angleškem jeziku glej: http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapportcatatla0905-anglais.pdf.

¹² Glej Polajnar Pavčnik, v: Prava mera odškodninskega prava, Podjetje in delo, 2011, št. 6–7, str. 1275 in Vuksanović, v: Kaznovalna funkcija odškodnin in Ustava, Pravna praksa, št. 20/2010, str. 11–12.

¹³ VS II Ips 130/2012, z dne 8. november 2012.

¹⁴ Nadaljevanje pod točko 7.

¹⁵ Podobno Vuksanović, v: Kaznovalna funkcija odškodnin in Ustava, Pravna praksa, št. 20/2010, str. 11–12.

2. Odvzem protipravno pridobljenega dobička z odškodninskim zahtevkom

2.1. Podlaga za odvzem protipravno pridobljenega dobička v slovenskem pravu

Slovensko pravo izrecno in splošno omogoča odvzem protipravno (s kaznivim dejanjem oziroma prekrškom) pridobljenega dobička le v kazenskem pravu in pravu prekrškov, se pravi na področju javnega prava.¹⁶ Vendar je kljub pomanjkanju izrecnih določb v zasebnem pravu odvzem tako pridobljenih koristi mogoč. Eno od možnosti predstavlja poslovodstvo brez naročila, in sicer nepristno poslovodstvo. Prav tako obligacijski zakonik nudi odvzem koristi preko instituta neupravičene obogatitve. Poleg institutov v OZ je isto posledico mogoče doseči po Zakonu o gospodarskih družbah¹⁷ in Zakonu o preprečevanju omejevanja konkurence.¹⁸

2.1.1. Poslovodstvo brez naročila

Obligacijski zakonik predvideva zahtevek za prenos protipravno pridobljenega dobička pri tako imenovanem nepristnem poslovodstvu brez naročila.¹⁹ Poslovodstvo brez naročila oziroma negotorium gestio je institut, ki izhaja že iz časov rimskega prava. Načeloma velja splošno pravilo, da se nihče ne sme vmešavati v tuje posle, vendar pravne ureditve izjemoma dovoljujejo, da se sme nekdo nepoklicano lotiti tujega posla, če obstajajo za to utemeljeni razlogi.²⁰ Tako pravilo je določeno v 199. členu OZ, ki določa, da se oseba sme lotiti tujega posla samo, če ga ni mogoče odložiti, ker bi sicer nastala škoda ali bi bila zamujena očitna korist. Pri tem je treba dodati, da gre pri pojmu posla za širšo vsebino kot pravni posel. Iz zapisanega sledi, da mora biti posel nujno potreben ali če za gospodarja posla nastane očitna korist, pri čemer se

¹⁶ Možina, Protipravno pridobljeni dobiček kot merilo odškodninskega in obogatitvenega zahtevka, Podjetje in delo 3–4/2015/XLI, str. 463.

¹⁷ Zakon o gospodarskih družbah, Uradni list RS, št. 65/09 – UPB, 33/11, 91/11, 32/12, 57/12, 44/13 – odl. US, 82/13 in 55/15, (ZGD-1).

¹⁸ Uradni list RS, št. 36/08, 40/09, 26/11, 87/11, 57/12, 39/13 – odl. US, 63/13 – ZS-K, 33/14 in 76/15, (ZPOmK-1).

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Plavšak, v: Plavšak, Juhart, Vrenčur. Obligacijsko pravo: Splošni del, GV založba, 2009, str. 718.

pojem koristi interpretira subjektivno (gledano z vidika koristnosti gospodarja).²¹ Namen pravil o poslovodstvu brez naročila je, da določijo, kdaj se je dovoljeno lotiti tujega posla, čeprav med strankama ni nastalo pravno-poslovno razmerje, in kako povrniti prikrajšanje stranke, ki so ji zaradi opravljanja tujega posla nastali stroški ali celo škoda.²²

Kadar gestija ni nujna oziroma koristna ali pa jo stranka opravi kljub prepovedi, govorimo o nedovoljeni gestiji. Prav tako je oblika nedovoljene gestije nepristno poslovodstvo. O nepristnem poslovodstvu govorimo, kadar oseba opravlja tuji posel z namenom, da zase obdrži dosežene koristi, čeprav ve, da gre za tuj posel.²³ Prvi odstavek 205. člena OZ določa, da mora taka oseba, na zahtevo tistega, čigar posel je opravljala, dati račun kot poslovodja brez naročila in mu izročiti vse dosežene koristi. Pri nepristnem poslovodstvu gestor ravna v slabi veri, zato mu ne grejo pravice, ki gredo gestorju pri dovoljenem poslovodstvu brez naročila (povrnitev stroškov, razbremenitev ...), ampak mora vzpostaviti prejšnje stanje in gospodarju povrniti škodo (drugi odstavek 205. člena OZ). Gre za primer, ko zakon dopušča prenos celotnega protipravno pridobljenega dobička in škode, ki je osebi nastala.

V sodni praksi je bolj malo sodnih odločb, ki vsebujejo institut nepristnega poslovodstva. Vredno je omeniti odločbo vrhovnega sodišča, ki je uporabilo nepristno poslovodstvo glede vlaganj v nepremičnino.²⁴ Sodišče je zapisalo, da stranka: »nima (pa) možnosti izbire, saj ni nobene materialnopravne (obligacijsko pravne) podlage za vrnitev oziroma nadomestitev vrednosti v denarju, če nekdo vlaga v tujo stvar z namenom, da obdrži dosežene koristi zase (nepristno poslovodstvo po 227. členu ob uveljavitvi SZ še veljavnega Zakona o obligacijskih razmerjih – ZOR)«. Višje sodišče v Ljubljani je v obrazložitvi sklepa zapisalo, da je nepristni poslovodja opravljal tuji posel v svojem interesu oziroma v svojo korist, čeprav je vedel, da je posel tuj. Oseba, čigar posel je opravil, lahko zahteva obračun in izročitev posesti z vsemi koristmi. Nepristni poslovodja pa nima povračilnega zahtevka, razen če gospodar kasneje

²¹ Ibidem.

²² Ibidem, str. 719.

²³ VSL sklep I Cpg 658/2009, z dne 24. marec 2010.

²⁴ Sodba in sklep II Ips 570/2007, z dne 23. oktober 2008.

odobri opravljeno delo (pretvorba v mandat). Kot vidimo institut posloводства brez naročila pri nepristni gestiji pozna odvzem koristi (t.j. dobička) in prenos na drugo stranko.

2.1.2. Kršitev konkurenčne klavzule v Zakonu o gospodarskih družbah

V korporacijskem pravu ZGD-1 dovoljuje gospodarski družbi, da od kršitelja konkurenčne klavzule zahteva odškodnino. Poleg tega pa ZGD-1 v 42. členu določa, da ima družba pravico od kršilca zahtevati, da nanjo prenese vse koristi iz poslov, sklenjenih za svoj račun.

V skladu z ustavno določbo o svobodni gospodarski pobudi je konkurenca na trgu med gospodarskimi subjekti temeljni pogoj za tržno gospodarstvo.²⁵ Zakonska prepoved konkurence je institut, ki omogoča konkurenčno prednost družbe,²⁶ saj določa, da osebe ne smejo sodelovati v družbi kot delavci ali kot podjetniki posamezniki, če bi bila lahko dejavnost, ki bi jo opravljali, v konkurenčnem razmerju z dejavnostjo njihove družbe. Omenjena določba je kogentne narave, pri čemer se lahko prepoved konkurence razširi z aktom o ustanovitvi.

Kot zapisano, je zakonska sankcija za kršitev prepovedi konkurence odškodninska obveznost kršitelja. Družba lahko od kršitelja zahteva tudi prenos poslov, sklenjenih za svoj račun, in posle, sklenjene za račun družbe, ali da nanjo prenese koristi iz poslov, sklenjenih za svoj račun, ali da družbi odstopi svojo pravico do odškodnine²⁷. Zakon očitno dopušča kumulacijo dveh zahtevkov, na eni strani družba lahko zahteva odškodnino zaradi same kršitve klavzule, hkrati pa prenos koristi oziroma prepustitev poslov.²⁸ S tem je doseženo, da se kršitelju ne splača kršiti konkurenčne klavzule, ker iz tega vidi potencialno korist, saj ima družba pravico odvzeti tako (protipravno) pridobljeno korist. Pri tem je treba poudariti, da taka zakonska ureditev nima kaznovalnega pridiha, saj odvzame kršitelju nekaj, do česar ni upravičen oziroma je pridobil na

²⁵ Kocbek, v: Ivanjko, Kocbek, Prelič, Korporacijsko pravo: pravni položaj gospodarskih subjektov, GV založba, 2009, str. 288.

²⁶ Ibidem, str. 289.

²⁷ Na žalost ni sodne prakse glede the možnosti.

²⁸ Ibidem.

protipraven način. Seveda ni nujno, da bi gospodarska družba te koristi pridobila, vendar je verjetnost večja, saj je kršitelj na njen račun pridobil koristi.

2.1.3. Odškodninski zahtevek v OZ

Odškodninska odgovornost je vrsta obligacijskega razmerja, katerega vsebina je obveznost odgovorne osebe povrniti oškodovancu škodo, za katero odgovarja, in pravica oškodovanca zahtevati od odgovorne osebe povrnitev te škode.²⁹ Odškodninska odgovornost se med drugim deli na poslovno in neposlovno odgovornost oziroma pogodbeno in nepogodbeno.³⁰ O pogodbeni odgovornosti govorimo, kadar se protipravnost ravnanja kaže v kršitvi pogodbene obveznosti, ki jo je stranka pred tem prevzela nase s sklenitvijo pravnega posla. Stranki sta že v medsebojnem (poslovnem) odnosu, s kršitvijo obveznosti pa nastane nova pogodbeno obveznost, i.e. odškodninska.³¹ Upnik je v primeru kršitve pogodbe upravičen do povrnitve škode. Dolžnik mora povrniti škodo v obsegu, ki mu je bil predvidljiv ob sklenitvi pogodbe.³² Pri neizpolnitvi, če upnik zahteva izpolnitev s tem prepreči dolžniku odločitev, da pogodbe ne bo izpolnil³³ Možina dodaja, da bi lahko rekli, da ima izpolnitveni zahtevek tudi funkcijo preprečevanja donosnih kršitev pogodbe.³⁴

Neposlovna odškodninska odgovornost nima nikakršne podlage v že obstoječem medsebojnem razmerju, ampak se to oblikuje s samim posegom odgovorne osebe. Protipravnost, ki izvira iz sfere odgovorne osebe, se zato ne kaže v obliki kršitve poslovne obveznosti, temveč bodisi v

²⁹ Plavšak, v: Plavšak, Juhart, Vrenčur. Obligacijsko pravo: Splošni del, GV založba, 2009, str. 469.

³⁰ Ibidem.

³¹ Gre za dva različna pojma. Na eni strani poznamo odškodninsko odgovornost, ki je vrsta obligacijskega razmerja, na drugi strani pa obstaja tudi pojem odškodninske obveznosti, ki je obveznost subjekta, da povrne škodo, za katero je odgovoren. Vsaki obligacijski obveznosti stoji nasproti obligacijska pravica drugega subjekta zahtevati izpolnitev te obveznosti.

³² Plavšak, v: Plavšak, Juhart, Vrenčur. Obligacijsko pravo: Splošni del, GV založba, 2009, str. 469; Drugače je v primeru, če je kršitev namerna, hudo malomarna ali goljufiva, glej: prvi in drugi odstavek 243. člena OZ.

³³ To ne velja pri nenadomestnih izpolnitvah.

³⁴ Možina, Protipravno pridobljeni dobiček kot merilo odškodninskega in obogatitvenega zahtevka, Podjetje in delo 3-4/2015/XLI, str. 472; to je res, vendar bo vseeno dolžnik, ki je npr. prodal stvar naprej boljšemu kupcu, plačal odškodnino za škodo, ki je nastala upniku. Razliko v dobičku bo vseeno obdržal.

obliki kršitve druge neposlovne obveznosti bodisi v določenem tveganju, ki izvira iz sfere odgovorne osebe in povzroči nastanek prepovedane posledice v sferi druge osebe.³⁵

Literatura poudarja, da je primarna funkcija odškodninskega prava odprava nepravilnega položaja, v katerem se je znašel oškodovanec, to je v odpravi njegove škode.³⁶ Pogosto vzrok za škodo izvira iz sfere druge osebe, zato je primarni namen odškodninske odgovornosti (obveznosti), da izravna ta položaj in omogoča odpravo negativnih posledic protipravnosti, ki so nastale v njegovi sferi.³⁷

i. Povrnitev škode

V primeru, da lahko določeno škodo pripišemo pravnemu subjektu, jo je ta dolžan povrniti, oškodovanec pa ima pravico zahtevati povrnitev z nasprotnim odškodninskim zahtevkom. Odškodninski zahtevek je v osnovi odvisen od tega, ali gre za nepremoženjsko škodo ali za premoženjsko.

Splošno pravilo o pravno priznani škodi vsebuje 132. člen OZ. Ta določa, daje pravno priznana oblika premoženjske škode zmanjšanje premoženja. Oškodovanec je upravičen do povrnitve premoženjske škode, če so izpolnjene splošne predpostavke krivdne odgovornosti oziroma gre izjemoma za primer objektivne odgovornosti. Navadna škoda predstavlja zmanjšanje oškodovančevega premoženja. Med premoženje se štejejo vse premoženjske pravice, ne le stvari (stvarne pravice obligacijske pravice, korporacijske pravice vrednostni papirji, pravice intelektualne lastnine ...). Izgubljeni dobiček pa je preprečitev povečanja oškodovančevega premoženja, torej gre v bistvu tudi za zmanjšanje premoženja. Gre za dobiček, ki bi ga bilo mogoče utemeljeno pričakovati glede na redni potek stvari, vendar ga zaradi povzročitelja ni

³⁵ Plavšak, v: Plavšak, Juhart, Vrenčur. Obligacijsko pravo: Splošni del, GV založba, 2009, str. 472.

³⁶ Jadek Pensa, v: Juhart, Plavšak, Obligacijski zakonik (OZ): s komentarjem, 2003, Prva knjiga, str. 666.

³⁷ Plavšak, v: Plavšak, Juhart, Vrenčur. Obligacijsko pravo: Splošni del, GV založba, 2009, str. 475.

bilo mogoče ustvariti.³⁸ Gre za pravni standard, ki ga glede na okoliščine primera napolni sodišče.

Stranki je lahko škoda povrnjena na dva načina. Prvi, če je možen, je vzpostavitev prejšnjega stanja (restitucija). Gre za način, kjer se vzpostavi stanje, kakršno bi bilo, če ne bi prišlo do škodnega dogodka. Pri poškodbi oz. uničenju stvari lahko restitucija nastopa v obliki popravila oziroma plačila cene popravila ali pa izročitve nove iste stvari.³⁹ Drugi način povrnitve škode, ki pride v poštev, kadar restitucija ni mogoča ali ni gospodarna, je plačilo denarne odškodnine v obsegu, ki oškodovancu omogoča, da si na trgu priskrbi enakovredno stvar (kompenzacija).

Člen 169 OZ vsebuje temeljno načelo odškodninskega prava, in sicer načelo popolne odškodnine.⁴⁰ V skladu s tem načelom je odgovorna stranka dolžna plačati tako vsoto, ki je enaka obsegu premoženjske škode. Njegov premoženjski položaj naj bil po povrnitvi škode tak, kakršen bi bil, če ne bi bilo škodnega dogodka. Pri tem je treba poudariti, da sodišče upošteva tudi okoliščine, nastale po povzročitvi škode. Iz načela popolne odškodnine sta izpeljani dve funkciji odškodnine, prva je reparacijska (povračilna) funkcija, ki pomeni, da se oškodovancu, ki mu je nastala zaradi škodnega dogodka, povrne. Druga je preventivna funkcija, katere namen je dati potencialnim povzročiteljem škod spodbudo za zmanjšanje nastanka škodnega dogodka.

Glede na opisano je po črki zakona in v skladu z načelom popolne odškodnine bistveno, da je oškodovani povrnjen v položaj pred škodnim dogodkom, vendar pa zaradi tega ne sme imeti koristi⁴¹. Na drugi strani prav tako, ali pa še bolj, povzročitelj škode ne sme obdržati koristi iz škodnega ravnanja.⁴²

V nadaljevanju bom predstavil sodbo Vrhovnega sodišča, kjer lahko z določeno stopnjo inovativnosti pripremo vrata za odškodninske zahteve proti protipravno pridobljenim dobičkom, nato pa primerjalno pravni pogled na omenjeno temo, predvsem stališče teorije in prakse v pravu mednarodne prodaje, natančneje po konvenciji CISG.

³⁸ VSL sodba in sklep I Cp 2067/2014, z dne 4. december 2014.

³⁹ Plavšak, v: Plavšak, Juhart, Vrenčur. Obligacijsko pravo: Splošni del, GV založba, 2009, str. 612

⁴⁰ VSL sodba I Cp 4287/2008, z dne 22. april 2009

⁴¹ Ibidem.

⁴² Ibidem., gre za načelo, v angleščini poznano kot »breach must not pay«.

3. Sodba Vrhovnega sodišča št. II Ips 130/2012

V navedeni sodbi se je tožena stranka pritožila na sodbo višjega sodišča, ki je kljub znižanju zahtevane odškodnine vseeno potrdilo zahtevku tožnika in dosodilo odškodnino za nepremoženjsko škodo z elementom kaznovalne odškodnine. V nadaljevanju je na kratko podan povzetek sodbe ter kritična ocena te sodbe, ki je relevantna predvsem z vidika, da gre za eno prvih sodb, kjer je sodišče eksplicitno dalo vedeti, da dosojena odškodnina vsebuje penalne elemente. Pomembni so obrazložitveni razlogi Vrhovnega sodišča, saj kaznovalne odškodnine so ena od možnosti kako odvzeti protipravno pridobljeni dobiček.

Tožnik, v času nesreče še ne polnoleten, je zaradi določene stopnje malomarnosti pri zdravljenju poškodb prometne nesreče doživel nepremoženjsko škodo. Zaradi slabe prekrvavljenosti je namreč bilo potrebno opraviti levo podkolensko amputacijo. Prvostopenjsko sodišče je tožniku prisodilo odškodnino v vrednosti cca. EUR 450.000,00, pri čemer je očiteno odstop od sodne prakse obrazložilo z dejstvi, da gre za mladoletnega fanta, ki mu denar ne more povrniti noge in da naj bo odškodnina v poduk zdravstvenim ustanovam in predstavlja kazen, ker dopuščajo nepravilnosti.⁴³

Vrhovno sodišče je ugotovilo neskladje sodbe višjega sodišča⁴⁴ z ustaljeno sodno prakso ter da glede na podano dejansko in pravno podlago ni razloga za odstop. Predvsem pa, da odstop ni bil obrazložen. Vrhovno sodišče je poudarilo, da v primeru nepremoženjske škode ne govorimo o denarni odškodnini, v tem primeru za izgubljen nogo, ampak o nadomestilu, ki osebi omili prehod in okrevanje. Prisojeno nadomestilo je znižalo na 160.000 EUR, kar je po mnenju sodišča primerno nadomestilo. Kar se tiče navedb o kaznovanju zdravstvene ustanove pa je poudarilo, da tako teorija kot praksa v slovenskem prostoru zavračata samo idejo kaznovalnih odškodnin. Kaznovanje je po mnenju vrhovnega sodišča v domeni države in kršitve strokovnih pravil pri zdravljenju lahko kaznuje preko kazenskega prava in ne v obliki prekomernih odškodnin. Prav tako ponovi večkrat omenjeno načelo popolne odškodnine, po katerem je oškodovanec

⁴³ Glej povzetek sodbe prvostopenjskega sodišča v sodbi Vrhovnega sodišča, VS II Ips 130/2012, z dne .8 november 2012

⁴⁴ VSM I Cp 1032/2011, z dne 13. december 2011

upravičen do odškodnine le v višini, kot je nastala ter obratno, povzročitelj je dolžan plačati temu nasprotno vsoto. Tudi ustaljena sodna praksa poudarja izravnalno, reparacijsko funkcijo pri premoženjski in satisfakcijo pri nepremoženjski škodi. Poleg tega iz pravice do enakosti pred zakonom po 14. členu Ustave izhaja zahteva, da morajo sodišča pravo v različnih postopkih v enakih zadevah uporabiti enako.

Vrhovno sodišče res pritrdi dejstvu, da si del teorije sicer prizadeva, vendar le za primere grobih, namernih in dobičkonosnih medijskih posegov v osebnostne pravice, za kar pa v primeru zdravstvenega zavoda ni šlo. V slovenskem pravnem redu ima vsako sodišče glede na okoliščine primera pravico odstopiti od sodne prakse, vendar to ne sme biti arbitrarno.⁴⁵ Višje sodišče⁴⁶ ni dovolj obrazložilo svojega odstopa od ustaljene sodne prakse. V konkretnem primeru višje sodišče ni niti podalo pravne podlage za tak odstop, temveč le navedlo določena dejstva (mladoletnost oškodovanca, trpljenje, nepravilnosti zdravstvenega zavoda), kar pa ni dovolj.

V zgoraj opisani sodni odločbi vrhovnega sodišča je moč opaziti načelno zavračanje ideje o kaznovalnih odškodninah. Vendar po mojem mnenju to zavračanje ni popolno, saj tudi sodišče samo v obrazložitvi omenja teoretične primere, kjer del teorije dopušča tako kaznovanje (grobih, namernih in dobičkonosnih medijskih posegov v osebnostne pravice). Bistveno je, da je tak odstop ustaljena sodne prakse in načela popolne odškodnine temeljito obrazložen in pravno podkrepjen. S kaznovalno odškodnino bi res posegli v ustavne pravice povzročitelja⁴⁷, vendar sam menim, da bi določeni primeri preko tehtanja ustavnih pravic opravičevali tak poseg⁴⁸. V mislih imam predvsem namerna škodna ravnanja, ki so dobičkonosna, kar pa opisani primer ni bil.

⁴⁵ Sklep Up 337/00 z dne 26. 2. 2002, enako npr. tudi Sklep Up 19/01 Z dne 26. 3. 2002.

⁴⁶ VSM I Cp 1032/2011, z dne 13. december 2011

⁴⁷ Odločba US U-I-145/03 z dne 23. junij 2005

⁴⁸ Glej točko 7.

4. Sodba Vrhovnega sodišča št. III Ips 98/2013

V sodbi z dne 23. 5. 2014 se je Vrhovno sodišče (predvsem) ukvarjalo s problematiko določanja višine odškodnine v konkurenčnem pravu. V navedenem primeru je šlo za zlorabo prevladujočega položaja s strani nekega podjetja na področju telekomunikacij. Agencija za varstvo konkurence (takrat UVK) je ugotovila kršitev določb ZPOMK-1. Na podlagi te odločbe je oškodovano podjetje, kateremu je bilo oteženo oziroma onemogočeno priti na del trga ponudbe interneta, tožilo podjetje za nastalo škodo v obdobju 1999–2002.

Sodna odločba prve instance je predvsem pomembna zaradi načina, ki ga je ubralo sodišče prve stopnje pri odmeri odškodnine. Pri odmerjanju odškodnine, natančneje izgubljenega dobička, mora sodišče opraviti primerjavo dejanskega položaja oškodovanca s položajem, ki bi ga ta imel v primeru, če oškodovančevega dejanja ne bi bilo (168/I OZ). Kot je zapisalo sodišče, ker je praktično nemogoče ugotoviti, kakšen bi bil položaj oškodovanega podjetja brez kršitve konkurenčnega prava, je treba ustvariti hipotetični scenarij na predpostavkah, ki so na voljo v procesnem gradivu in s pomočjo sodnih izvedencev⁴⁹. Zakon o pravdnem postopku⁵⁰ pa dodatno daje pooblastilo sodišču, da sme v primerih, kadar se višina škode ne da ugotoviti oziroma, bi bilo to pogojeno z nesorazmernimi ovirami, sme uporabiti prosti preudarek iz 216. člena ZPP. Take nesorazmerne ovire se pojavijo predvsem v konkurenčnem pravu, kjer so odškodnine relativno visoke, hkrati pa se je skoraj nemogoče postaviti v položaj pred kršitvijo, saj na dobiček, ceno, tržni delež, rast podjetja vpliva veliko različnih dejavnikov⁵¹.

V obravnavanem primeru je sodišče primerjalo donosnost oškodovanega podjetja s podjetjem, ki take zlorabe ni utrpelo, to pa je bilo v navedenem primeru le hčerinsko podjetje tožene stranke. Kot je zapisalo Vrhovno sodišče, je dobiček hčerinskega podjetja toženca bil namreč glede na okoliščine konkretnega primera, kjer se toženi stranki očita zloraba prevladujočega položaja, s katero je bila dana prednost njeni poslovni enoti oziroma hčerinski družbi, ter glede

⁴⁹ Sodba VS Ips 98/2013, z dne 23. maj 2014

⁵⁰ Zakon o pravdnem postopku (Uradni list RS, št. 73/07 – uradno prečiščeno besedilo, 45/08 – ZArbit, 45/08, 111/08 – odl. US, 57/09 – odl. US, 12/10 – odl. US, 50/10 – odl. US, 107/10 – odl. US, 75/12 – odl. US, 40/13 – odl. US, 92/13 – odl. US, 10/14 – odl. US in 48/15 – odl. US).

⁵¹ Sodba VS Ips 98/2013, z dne 23. maj 2014

na dostopnost podatkov in njihovo kakovost, najprimernejša podlaga za ugotovitev, kakšen bi bil dobiček tožeče stranke. S tem je sodišče potrdilo pravilno uporabo 216. člena ZPP, s katerim je drugostopenjsko sodišče premagalo nesorazmerne ovire pri ugotavljanju višine škode.

Vrhovno sodišče je v celoti pritrdilo odločitvi višjega sodišča, ki je zavrnilo očitke tožene stranke glede izračuna višine odškodnine. Kot je zapisalo v 48. točki: »Niti materialnopravni niti procesnopravni predpisi ne določajo ene in edine možne poti za izračun višine škode v primeru zahtevka za povrnitev izgubljenega dobička.«⁵² Samo računanje višine odškodnine je v vsakem konkretnem primeru odvisno od dejanskih okoliščin primera ter kakovosti in dostopnosti podatkov.⁵³

Kot je možno razbrati iz zgoraj opisanega, je Vrhovno sodišče potrdilo metodi izračuna višine odškodnine, ki ga je ubralo prvo- in nato še drugostopenjsko sodišče. Kadar obstajata velika težavnost in kompleksnost pri ugotavljanju odškodnine, ima sodišče s strani zakonodajalca dan prosti preudarek pri določanju višine. Res je, da to lahko uporabi zgolj v izjemnih primerih, kar, kot vrhovno sodišče poudarja, konkurenčno pravo dejansko je. Vseeno menim, da ta možnost obstaja tudi za druge primere, saj, kot je sodišče zapisalo v 48. točki, v nobenem zakonu, tako procesnem kot materialnem, ni določena ena in edina metoda izračuna odškodnine.

⁵² Op. št. (13): Glej na primer nemški zakon Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB, § 33, tretji odstavek) in avstrijski zakon Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz 2005 – KartG 2005, § 37 a, prvi odstavek).

⁵³ Možnost upoštevanja izkušnje tožene stranke v času kršitve (tudi pri izključevalnih zlorabah) se omenja tudi v literaturi, se pa pogosto opravijo prilagoditve izračunanih zneskov (V zadevi danske pošte je npr. nacionalno sodišče pri oceni količine pošte v hipotetičnem scenariju upoštevalo količino dejansko razdeljene pošte tožene stranke, pri čemer je to količino prilagodilo, ker tožeča stranka določenih dostav ne bi mogla opraviti. V zadevi Telecom Italia je nacionalno sodišče število relevantnih pogodb, ki jih je v času zlorabe sklenila tožena stranka (Telecom Italia), pomnožilo z njihovo povprečno letno vrednostjo, nato pa je uporabilo tržni delež tožeče stranke pred kršitvijo. Izračunani znesek je sodišče nato prilagodilo, ker je bila donosnost kapitala tožene stranke visoka (nad 12 %) in ker so bili stroški na trgu v času zlorabe višji, in sicer tako, da je tožeči stranki priznalo 10 % izračunanega zneska. Glej: Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers led by Dr Assimakis Komninos, Quantifying antitrust damages - Towards non-binding guidance for courts, Study prepared for the European Commission, 2009, str. 106, 109.

5. Odvzem dobička kot odškodninski zahtevak v ureditvi CISG

Konvencija o mednarodni prodaji blaga (CISG) ureja odškodninsko pravo zaradi kršitve pogodbe v petem poglavju, in sicer v drugem oddelku (členi 74.–80.). Gre za eno temeljnih področij, ki jih ureja CISG. Tako kot slovenski OZ določa, da je oškodovanec upravičen do povrnitve škode, ki je enaka navadni škodi (*loss*) in izgubljenemu dobičku (*loss of profit*). Oškodoavec je tako kot v slovenskem pravu upravičen, do povrnitve celotne pravno prizanne škode⁵⁴. Tudi sama omejitev po obsegu višine škode je omejena na isti način, kot to ureja 241/1 člen OZ⁵⁵. Skladno z načelom predvidljivosti obveznost povzročitelja ne sme biti večja, kot jo je predvidel oziroma bi jo moral predvideti glede na znana dejstva v času sklenitve pogodbe. Na drugi strani tudi oškodovanca zavezuje dolžnost zmanjšati škodo (*to mitigate the loss*), sicer lahko v nasprotnem primeru sodišče zniža odškodnino v višini, ki ustreza posledici, ne omejevanju škode.⁵⁶

Z vprašanjem odvzema dobička kot odškodninskega zahtevka se je CISG že srečala, tako na teoretični ravni kot v praksi. Temu je namenjen tudi del literature, predvsem iz praktičnih razlogov, saj bo, če konvencija ne bo imela odgovora na pereča vprašanja, ki se pojavljajo v praksi, počasi začela zamirati v mednarodni uporabi.⁵⁷

Vedno več pravnih sistemov v določeni meri dopušča odvzem dobička kot odškodninski zahtevak oziroma kot podlago za določanje višine odškodnine.⁵⁸ Kot opozarja Schwenzerjeva, sprememba v percepciji nacionalnih sodišč ne sme ostati neopažena pri interpretaciji in uporabi

⁵⁴ Gre za načelo totalne reparacije («principle of full compensation»), Glej: P. Schlechtriem, I. Schwenzer: *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3rd Ed., Oxford University Press, 2010., str. 1000.

⁵⁵ Glej 74. člen CISG, glej tudi URL: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov5.html>

⁵⁶ Glej 77. člen CISG, glej tudi URL: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp77.html> (primerjava med CISG in pravili PECL)

⁵⁷ Kot je določeno v 6. členu CISG, je uporabo konvencije mogoče eksplicitno izločiti kot vir materialnega prava. Prav tako, če določeno vprašanje ni urejeno v konvenciji in ga ni mogoče rešiti tudi z uporabo interpretacijskih pravil, se mora uporabiti nacionalno pravo preko pravil mednarodnega zasebnega prava.

⁵⁸ House of Lord, UKHL 45 (*Attorney General v Blake*), 27. julij 2000, Supreme Court of Israel, 20/82, 2. november 1988, konec koncev tudi zgoraj omenjena sodba Vrhovnega sodišča Slovenije

samega CISG. Konvencija mora odgovoriti na trenutna vprašanja, ki jih postavlja praksa,⁵⁹ saj bodo sicer morala sodišča poseči po rešitvah iz nacionalnega prava držav, kar bi ogrozilo samo bistvo mednarodne konvencije.

V nadaljevanju se bom osredotočil predvsem na vprašanje določanja odškodnine v primerih, ko ena od strank krši pogodbo z namenom, da pridobi večjo (od pogodbene) premoženjsko korist.⁶⁰

V primeru neizpolnitve se višina odškodnine po navadi meri glede na tržno vrednost koristi, ki bi jo pogodbi zvesta morala pridobiti.⁶¹ Kadar pa prodajalec opravi prodajo drugemu kot prvotnem kupcu,⁶² lahko to vrednost vzamemo kot kazalnik, kakšna je bila tržna vrednost blaga v tem času (gledano nazaj v času odločanja) in s tem kakšna škoda je dejansko nastala prvotnem kupcu oziroma pogodbi zvesti stranki.⁶³ Gledano z vidika pravičnosti samo dejstvo, da ima pogodbi zvesta stranka oteženo delo pri izračunu odškodnine, ne sme omogočiti kršitelju pogodbe, da se izogne pogodbeni odškodninski odgovornosti.⁶⁴ Samo riziko izračuna mora ležati na kršitelju. Prav na tem mestu Schwenzerjeva dopušča možnost odvzema protipravno pridobljenega dobička kot odškodninski zahtevek, kjer dejansko stanje in okoliščine primere znatno otežujejo oziroma onemogočajo izračun odškodnine.⁶⁵ Menim, da se na tak zahtevek ne sme gledati, kot da tožnik ni zadostil svojemu dokaznemu in trditvenemu bremenu, temveč korektiv toge ureditve, ki bi pripeljala do nepravičnih rezultatov. Konec koncev, če se vprašamo, kdo je bolj upravičen do tega zneska, ki ga je pridobil kršitelj pogodbe, je odgovor prvotna stranka, saj je v dobri veri pričakovala nasprotno izpolnitev. Kar se tiče možnosti, da je

⁵⁹ Schwenzer, v: Schlechtriem/Schwenzer (Ur.), *Commentary on the UN Conv. on the sale of Goods*, Oxford, 2010, str. 1001, Saidov/Cunnington, v: Saidov/Cunnington, *Contract Damages: Domestic and International Perspectives*, Hart Publishing, 2008, str. 102.

⁶⁰ Tipičen primer bi bil: A je distributer prvovrstnih sirov, ki sklene za leto vnaprej pogodbo s stranko B za 90 % celotne letine. Ko se na trgu pojavi nov odjemalec, ki je pripravljen plačati bistveno več, se A odloči namerno neizpolniti pogodbe z Bjem in to blago dobaviti Cju za večji dobiček.

⁶¹ LG Trier, 7 HO 78/95, z dne 12. oktober 1995, CISG AC opinion no. 6.

⁶² T.i. second-sale.

⁶³ Court of Appeal of Louisiana, 466 So. 2d 774, z dne 12. marec 1985; Hachem, v: Schlechtriem/Schwenzer (Ur.), *Commentary on the UN Conv. on the sale of Goods*, Oxford, 2010, str. 1001.

⁶⁴ Supreme Court Alabama, 06 So. 2d 317, z dne 27 marec 1987.

⁶⁵ Schwenzer, v: Schlechtriem/Schwenzer (Ur.), *Commentary on the UN Conv. on the sale of Goods*, Oxford, 2010, str. 1017.

prodajalec blago prodal za večji znesek, mora v ospredje priti preventivna funkcija odškodninskega prava. V primeru, da kljub namerni kršitvi pogodbe kršitelj obdrži presežek (razliko med dokazano odškodnino in dobičkom, ki ga je kršitelj ustvaril s kršitvijo pogodbe), to pod vprašaj postavlja namen pogodbene zaveze, saj bi vsakdo sklenil pogodbo in nato naprej iskal »boljše« kupce.⁶⁶

Nekateri drugi avtorji⁶⁷ primarno potrjujejo, da se odškodnina načeloma odmeri glede na dejansko škodo, ki jo je utrpel oškodovanec v obliki navadne škode in izgubljenega dobička, vendar dodajajo, da je »disgorgement« zgolj druga plat iste medalje. Institut naj bi deloval na načelu, da vzame dobiček kršitelju in ga prenese na pogodbi zvesto stranko. Dodajajo, da tak način reševanja vprašanj odškodninskega prava pride še toliko bolj v poštev, kadar želimo doseči, da se kršitev ne splača.⁶⁸

Kot je bilo poudarjeno v zgoraj omenjeni sodbi Vrhovnega sodišča RS, je odstop od sodne prakse možen, vendar mora biti ta temeljito obrazložen, pri čemer je predvsem mišljena pravna podlaga, ki bi predstavljala temelj za predlagano spremembo. V primeru pravnih pravil CISG je pravna podlaga v tem relativno novem institut člena 84/2 CISG (seveda v povezavi s temeljnim 74. CISG).⁶⁹ Stranka ima po splošnem pravilu iz 74. člena pravico do odškodnine za nastalo škodo. Ta je sestavljena iz navadne škode in izgubljenega dobička. Člen 84 CISG določa, da mora kupec ob vrnitvi blaga povrniti vse koristi, ki so izhajale iz tega blaga, če ima dolžnost opraviti restitucijo. Gre za precej inovativno razlago, saj se za razliko od Schwenzerjeve, ki podlago za »disgorgement« vidi v temeljnih načelih CISG in odškodninskega prava, tu išče v členih, ki govorijo o restituciji⁷⁰. Vseeno se mi zdi vredno predstaviti omenjeni pogled.

⁶⁶ Temu bi se stranke teoretično izognile z visokimi pogodbenimi kaznimi.

⁶⁷ Glej: Jaffey v: Saidov, Cunnington, Contract Damages: Domestic and International Perspectives, Hart Publishing, 2008; Edelman J., Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property, Hart Publishing, 2002; Siems M., Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis Edinburgh Law Review, Vol. 7, str. 27–59, 2003.

⁶⁸ »Breach must not pay« – gre za, po mnenju določenih avtorjev, splošno načelo odškodninskega prava po CISG

⁶⁹ CISG AC opinon no. 14, tč. 3.11.

⁷⁰ Glej: Jaffey v: Saidov, Cunnington, Contract Damages: Domestic and International Perspectives, Hart Publishing, 2008; Edelman J., Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property, Hart Publishing, 2002; Siems M., Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis Edinburgh Law Review, Vol. 7, str. 27–59, 2003.

V primeru, da pride do razdora pogodbe in odpada pravne podlage, stranki pa sta obe ali pa zgolj ena izpolnili pogodbo, nastopi dolžnost vračanja prejetega (restitucija). Prej omenjeni člen 84 CISG to splošno pravilo dopolnjuje, in sicer, da se poleg samega blaga (če vrača kupec) ali pa kupnine (če vrača prodajalec) morajo prenesti tudi koristi, ki jih je imela stranka od blaga (v primeru kupnine so to obresti). Na tem konceptu bi lahko s pomočjo analogije razložili tudi »disgorgement«. Stranka, ki je kršila pogodbo z neizpolnitvijo, saj je naknadno (t.j. po sklenitvi prvotne pogodbe) sklenila novo pogodbo za višji znesek, je s tem pridobila določeno premoženjsko korist. Ta korist se kaže v razliki med ceno, ki jo je bil pripravljen kupiti prvi kupec, in ceno, ki jo je plačal drugi kupec. V skladu z odgovornostjo prodajalca za neizpolnitev je prodajalec dolžan povrniti kupcu nastalo škodo. Tu pa avtorji dodajajo, da je poleg same dejanske odškodnine pogodbi zvesta stranka upravičena tudi do koristi, ki jih je imel kršitelj, kar pa je razlika v ceni.

Sam menim, da gre v tem primeru za preveč ekstenzivno razlago določb CISG. Pravila o restituciji in pravila o odškodninskih zahtevkih so ločena in imajo različen namen. Restitucija omogoča vrnitev stvari, ker je odpadla pravna podlaga, hkrati pa, ker je stranka določen čas stvar imela pri sebi, mora vrniti tudi koristi (naj bo to uporabnina ali pa obresti). Na drugi strani odškodnina zaradi neizpolnitve nastane, ker stranka nikoli ni izpolnila pogodbe, zaradi česar je druga odstopila in zahteva povrnitev pogodbenega interesa. Prav tako vidim v tej razlagi »disgorgementa« večje elemente kaznovalnih odškodnin, kot pa npr. v razlagi, ki jo podaja Schwengerjeva. Tukaj stranka lahko odmeri odškodnino po splošnih pravilih o škodi, vendar po mnenju določenih avtorjev lahko zahteva še korist (dobiček), ki jo je imela nasprotna stranka s kršitvijo pogodbe. Tu vidimo zelo tanko ločnico s kaznovalno odškodnino, le da temu rečemo vračanje koristi, ne pa kaznovanje. Na drugi strani Schwengerjeva zagovarja »disgorgement« zgolj kot korektiv odškodninskega prava iz pravičnosti, ki pride v večini primerov v poštev zaradi nesorazmernih težav pri odmerjanju odškodnine. Se pravi, kjer po splošnem pravilu iz 74. člena CISG ne moremo ugotoviti, koliko predstavlja izgubljeni dobiček, si za pomoč vzamemo dobiček, ki ga je ustvarila stranka, ki je kršila pogodbo (predvsem v primerih »resale«). Gre za podoben pristop, kot ga slovenski zakonodajalec omogoča sodišču z 216. členom ZPP, kjer dopušča prosti

preudarek, kadar je nemogoče oziroma nesorazmerno oteženo izračunati višino škode na podlagi dejstev in okoliščin primera.

6. Prosti preudarek po 216. členu ZPP

Določba 216. člena ZPP je vključena v poglavje o dokazovanju in z njo je zakonodajalec dal sodišču v izjemnih primerih prosti preudarek pri odmeri odškodnine. Sodišče lahko uporabi to pooblastilo, kadar ima stranka pravico do odškodnine, se pravi, da je tožnikov zahtevke po temelju utemeljen. Drugi pogoj pa je, da kljub predloženim dokazom za ugotavljanje višine odškodnine te ni mogoče zanesljivo ugotoviti oziroma bi bilo to mogoče samo z nesorazmernimi težavami.⁷¹

Gre za institut, ki ni neznan tudi v drugih po pravu sorodnih evropskih državah. Ideja izhaja iz povsem praktičnega razloga, in sicer, če se ugotovi povzročiteljeva civilna odgovornost, sama višina te odgovornosti pa ne zaradi dejanskih ovir, to ne sme iti na škodo oškodovanca. V sistemih legalne dokazne ocene⁷² so težavo odmerjenja višine odškodnine reševali s strankino zaprisego. Če se je temelj odškodninske odgovornosti ugotovil, same višine škode pa ni bilo mogoče, je tak dokaz podala stranska z izjavo pod prisego. Sodišče na to izjavo ni bilo vezano, ampak je odločilo na podlagi podanega zneska in nasprotnih dokazov. V sistemih proste presoje dokazov je sodišče v večini pravnih sistemov dobilo pooblastilo, da v takih primerih odloči po prostem preudarku. Seveda ne sme odločiti arbitrarno. Tako določbo pozna nemški procesni zakon iz leta 1877 (287. paragraf), kasneje sprejeti avstrijski ZPO iz leta 1893 (273. paragraf), ki je prevzel nemško idejo instituta. Podoben člen je mogoče najti v medvojnem jugoslovanskem CPP iz leta 1929 in povojnem ZPP. Gre za bolj ali manj podobne določbe, pri čemer je zanimivo, da nemška sodna praksa zastopa stališče, da gre pri odločanju za dejansko vprašanje na podlagi 287, medtem ko avstrijska zastopa stališče, da gre za pravno vprašanje.⁷³

⁷¹Wedam-Lukič v: Ude, Galič: Zakon o pravdnem postopku: s komentarjem in sodno prakso, Uradni list RS, 2010, str. 395.

⁷²Gre za sisteme, kjer imajo določena dokazna sredstva vnaprejšnjo dokazno vrednost. Gre za zastarelo koncepcijo, ki se uporablja zgolj pri določenih izjemah.

⁷³Wedam-Lukič v: Ude, Galič: Zakon o pravdnem postopku: s komentarjem in sodno prakso, Uradni list RS, 2010, str. 396.

V slovenski sodni praksi je trenutno stališče, da gre pri uporabi 216. člena ZPP za ugotavljanje pravno relevantnih dejstev.⁷⁴ Kot je bilo zapisano, morata za uporabo prostega preudarka biti izpolnjena dva pogoja, in sicer tožbeni zahtevek mora biti po temelju ugotovljen, same višine škode, denarnega zneska oziroma nadomestnih stvari pa ni mogoče ugotoviti oziroma bi bilo to povezano z nesorazmernimi težavami.⁷⁵ Kot ugotavlja Wedam-Lukičeva, sodna praksa večinoma uporablja prosti preudarek, kadar ni mogoče matematično natančno ugotoviti višine škode, do katere je tožnik upravičen.⁷⁶ V takih primerih je uporaba prostega preudarka izkaz načela pravičnosti, saj bi drugače kljub utemeljenosti tožnikovega zahtevka bilo treba tožbo zavrni, ker sodišče na podlagi dokazov ne bi moglo odločiti o višini škode.⁷⁷ Kadar pa bi bilo mogoče ugotoviti višino škode, vendar bi to predstavljalo nesorazmerne težave (npr. visoke stroške), pravimo, da je uporaba prostega preudarka odsev načela ekonomičnosti.⁷⁸

Vredno je omeniti tudi določena vprašanja, kje vse se lahko uporabi prosti preudarek iz 216. člena ZPP. Del teorije in sodna praksa si stojita na nasprotnih bregovih glede vprašanja uporabe prostega preudarka pri odločanju o višini odškodnine pri nepremoženjski škodi (oziroma pravilneje nadomestilu za prikrajšanje). Wedam-Lukičeva zastopa stališče, da je taka razlaga določbe s pomočjo jezikovne razlage možna. Nepremoženjska škoda pomeni prikrajšanje, ki ga je prizadeti utrpel v nepremoženjski sferi, zato višine te škode ni mogoče izraziti v denarju. Denarna odškodnina prestavlja zgolj nekakšno satisfakcijo za fizične in psihične bolečine. Po njenem mnenju sodišče lahko uporabi prosti preudarek pri določanju velikosti te nematerialne škode (npr. intenzivnost in čas trajanja bolečin).⁷⁹ Sodna praksa trenutno zavzema drugačno stališče, in sicer, da višine odškodnine za nepremoženjsko škodo ni mogoče določiti brez ustrezne medicinske dokumentacije in strokovne ekspertize izvedenca medicinske stroke.⁸⁰ Pri tem je treba razlikovati, da, kar se tiče premoženjske škode zaradi telesnih poškodb ali smrti,

⁷⁴ Wedam-Lukič, Odločanje o višini škode, denarnega zneska in o količini nadomestnih stvari po prostem preudarku, *Pravnik*, Let. 28, št. 4–6, 1973, str. 154

⁷⁵ Triva v: Triva, Dika, *Zakon o parničnem postopku* : zbirka pravnih propisa, Narodne novine, 1991, str. 171.

⁷⁶ Wedam-Lukič v: Ude, Galič: *Zakon o pravdnem postopku: s komentarjem in sodno prakso*, Uradni list RS, 2010, str. 389. Npr. Količine litrov vina, v primeru, ko je tožnik tožencu posodil deset mehov vina.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ VSL II Ips, z dne 10. december 2005.

sodišče lahko uporabi 216. člen ZPP. Taka je sodna praksa tudi v Nemčiji, kjer ima na podlagi že omenjenega 287. paragrafa ZPO sodišče diskrecijo in jo tudi uporablja glede izračuna izgubljenega dobička zaradi nezmožnosti za delo.^{81 82}

Prav tako se pojavlja vprašanje, ali se lahko s pomočjo 216. člena ZPP ugotavljajo predpostavke (predvsem vzročne zveze med škodnim dogodkom in škodo) odškodninske odgovornosti⁸³. Taka razlaga zakona je povsem napačna. Vzročna zveza je pogoj za odškodninsko odgovornost, se pravi za temelj odškodninske obveznosti. Že samo besedilo 216. člena ZPP določa pogoj za uporabo prostega preudarka, in sicer, da je ugotovljen temelj odgovornosti; iz česar izhaja, da je sporna lahko le višina odškodnine. Iz tega razloga uporaba prostega preudarka ne pride v poštev pri odločanju o obstoju vzročne zveze. Sporna je tudi praksa glede uporabe člena pri odločanju o porazdelitvi odgovornosti za škodo med povzročiteljem in oškodovancem ali med več povzročitelji. Kot navaja Wedam-Lukičeva, je treba razlikovati med ugotavljanjem dejstev konkretnega primera (ravnaje oškodovanca oziroma več povzročiteljev) in subsumpcijo tega ravnanja pod pravno normo. Ocena, da je določeno ravnanje prispevalo določen odstotek k nastali škodi, pa je pravna presoja, ki ima podlago v materialno pravni normi in ne 216. členu ZPP.⁸⁴

Kadar sodišče ne more ugotoviti višine škode, govorimo o absolutnih ovirah, medtem ko je to mogoče, vendar povezano z nesorazmernimi težavami, govorimo o relativnih ovirah. Sodišče ne sme uporabiti 216. člena ZPP, če lahko brez večjih težav ugotovi višino odškodnine s pomočjo izvedbe dokazov in njihove ocene.⁸⁵ Prav tako prosti preudarek ni nadomestek dolžnosti

⁸¹ Coester v: Markesinis, Coester, Alpa, Ullsten: Compensation for Personal Injury in English, German and Italian Law, Basil Markesinis, Michael Coester, Guido Alpa, Augustus Ullstein, Cambridge University Press, 2005, str. 146.

⁸² Zanimivo je, da ima v Nemčiji pri odmeri nepremoženjske škode sodišče vedno diskrecijo pri določanju višine. Stranki postopka ni treba navesti konkretnega zneska, zgolj minimalni znesek, ki se mu zdi primeren, drugo je v rokah diskrecije sodišča. Ibidem, str. 65.

⁸³

⁸⁴ Wedam-Lukič v: Ude, Galič: Zakon o pravnem postopku: s komentarjem in sodno prakso, Uradni list RS, 2010, str. 399; enako velja pri ugotavljanju deleža zakoncev na skupnem premoženju.

⁸⁵ Sklep VS RS II Ips 38/2002, z dne 15. januar 2003 in VSL II Cp1644/2001, z dne 30. januar 2002.

pravdnih strank pri zbiranju procesnega gradiva⁸⁶ in so zato dolžne, da navedejo vse relevantne dokaze in dejstva, na katera opirajo svoje trditve.

Menim, da prosti preudarek iz 216. člena ZPP, ki je na voljo sodiščem, ne bi smel biti sredstvo za olajšanje katerih koli težav, ki se pojavijo v procesu dokazovanja (zlasti ideje o vzročni zvezi ...). Primarno menim, da je funkcija omenjenega člena v načelu pravičnosti, in sicer, da stranka, ki uspešno dokaže odgovornost toženca, tudi dobi temu primerno ugodno sodbo, čeprav je nemogoče izračunati višino škode s klasičnimi metodami ugotavljanja škode. Prav tako uporaba prostega preudarka iz načela ekonomičnosti zna v določenih primerih privedi do bolj pravičnih rezultatov, vendar je treba tukaj zakon razlagati bistveno bolj restriktivno. Relativno višji stroški oziroma nadpovprečni stroški dokazovanja višine škode po mojem mnenju sami po sebi še ne pomenijo, da lahko sodišče uporabi prosti preudarek.

⁸⁶ VSL II Cp 1644/2001, z dne 30. januar 2002.

7. Kaznovalne odškodnine

Ena od možnosti, kako »odvzeti« protipravno pridobljen dobiček, je tudi s t. i. kaznovalnimi odškodninami (*punative damages*⁸⁷). Gre za odškodnine, kjer je v ospredju preventivna in retribucijska funkcija.⁸⁸ Kaznovalne odškodnine so predvsem poznane v anglo-ameriških pravnih redih, kjer se, kot ugotavlja prof. Polajnar-Pavčnik, ameriški sistem razlikuje od evropskega, ne samo po penalnem pojmovanju odškodninskega prava, temveč tudi po drugačni socialni ureditvi, in ima odškodninsko pravo zato tam tudi socialno funkcijo.⁸⁹ Pri kaznovalnih odškodninah je na kratko značilno to, da poleg dejanske škode, ki je oškodovancu nastala, prisodimo še kaznovalni »dodatek«, s katerim naj bi odškodninsko pravo odigralo svojo preventivno funkcijo. Tako funkcijo v ospredje postavlja tudi Nina Plavšak, ki ugotavlja, da je odškodninska obveznost civilna sankcija in ima kot taka tudi kaznovalno funkcijo ter posledično preventivno vlogo.⁹⁰ Čeprav se zdi, da je večina še zadržana glede kaznovalnih odškodnin na splošno, je temu drugače pri škodi, ki jo povzročijo medijske hiše (t. i. rumenega tiska), kjer te namerno, vedoč za svoje protipravnosti, ustvarjajo dobičke, saj se jim to splača. Glede hujših posegov v osebnostne pravice Špelca Mežnar zastopa stališče, da bi se moral uvesti objektivni koncept nepremoženjske škode in brez, sedaj veljavnega, subjektivno-objektivnega standarda. S tem bi odpadla dokazovanje in zatrjevanje duševnih bolečin⁹¹ v primerih posegov v čast in dobro ime, saj bi zadoščal že sam poseg, ne pa tudi intenzivnost. Za prehod na objektivni

⁸⁷ V angleškem pravnem redu poznajo več vrst odškodnin oziroma bolj pravilno, iz česa vse je lahko sestavljen končni odškodninski znesek. Poleg odškodnine za dejansko škodo (*compensatory damages*) poznajo tudi t. i. »aggravated damages«, ki je odvisen od tega, kako se je oškodovalec obnašal med samo povzročitvijo škode in kako po samem dogodku. Poleg tega poznajo še kaznovalne (*punitive* oziroma *exemplary damages* – izraz v Angliji in Walesu), ki pa pridejo v poštev, kadar klasična odškodnina ni zadostna, saj je bilo ravnanje povzročitelja tako zavržno (v angleški in ameriški sodni praksi gre za pravni standard *outrageous*). Za več glej: Brooke Sir H., *A Brief Introduction: The Origins of Punitive Damages*, Springer, 2009.

⁸⁸ Vuksanović, *Kaznovalna funkcija odškodnin in Ustava*, Pravna praksa, 2010, št. 20, str. 11.

⁸⁹ Polajnar Pavčnik, *Prava mera odškodninskega prava*, Podjetje in delo, 2011, št. 6–7, str. 1275.

⁹⁰ Nina Plavšak 2003, str. 1057

⁹¹ Čeprav se marsikateremu oškodovancu zdi nesmiselno ponazarjati, kakšne duševne bolečine je trpel, mora igro sprejeti, ker se zaveda, da v nasprotnem primeru ne bo dobil denarne odškodnine. Takšna ureditev posredno sili v pretvarjanje: bolj, ko so oškodovanci domiselni v svojih opisih duševnih stanj, večje možnosti imajo, da dobijo odškodnino. In nasprotno: bolj, ko so prostodušni (in v pričanju na primer priznajo, da se sicer niso obremenjevali, se jim je pa zdelo nesramno, da je novinar to napisal), hitreje lahko sodišče konča primer in zavrne zahtevek, ker niso izpolnjeni pogoji za prisojo odškodnine. Vprašanje je, ali je takšna rešitev v sodobnem življenju še primerna. Glej: Mežnar, Š.: *Odškodnina kot kazen na primeru medijskih kršitev – zakaj (ne)?*, IV. Dnevi civilnega prava, Portorož 2006.

koncept se je odločil tudi hrvaški zakonodajalec in podobno zakonodajo najdemo tudi drugje po Evropi.⁹² Kot pravi Dunja Jadek Pensa, če odškodnina zaradi okrnitve ugleda že po definiciji ne more resnično za nazaj »izbrisati/restituirati« nastale škode, je logično poudarjati obrambno (preventivno) vlogo pravične denarne odškodnine, ki daje pomen tudi obnašanju oškodovalca.⁹³

Vendar, kakor koli zna biti kaznovalna odškodnina privlačna na prvi pogled, se je treba zavedati tudi določenih pomislekov. Prvi, kot je bilo omenjeno, je, ali sploh obstaja pravna podlaga za tako sankcijo. Naš sistem temelji na načelu popolne odškodnine, kar pomeni, da je oškodovanec upravičen do povračila celotne škode, pri čemer pa ne sme biti obogaten. Drugič, kot pravilno opozarja Igor Vuksanović, je treba imeti dva pomisleka. Zakaj bi kaznovalno odškodnino imeli zgolj pri hudih kršitvah osebnostnih pravic (predvsem s strani medijskih hiš), kaj pa drugi akterji, ki z namernim protipravnim poseganjem v dobrine drugih ustvarjajo dobiček (onesnaževalci okolja, brezobzirni gradbeni izvajalci v razmerju do delavcev in podizvajalcev, avtorji nepoštenih splošnih pogojev poslovanja, oškodovalci malih delničarjev ...).⁹⁴ Seveda, to ne pomeni, da se zavrne višjih odškodnin za npr. medijske kršitve zgolj, da je zadevo je treba urediti bolj na splošno in ne kazuistično za vsako področje posebej, saj bi drugače bilo nemogoče zajeti vse prihodnje položaje. Še bolj pomembno pa je vprašanje, koliko zahteva vnos kaznovalnih elementov v civilno pravo, spoštovanje kazenskopravnih materialnih in procesnih jamstev.⁹⁵ Do tega vprašanja se je opredelilo tudi Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP)⁹⁶. Ustavno sodišče je v odločbi U-I-145/03 zapisalo, da ne drži, da bi se moralo prav pri vsakem sankcioniranju odločati v okviru kazenskopravnih jamstev. Vendar, kot nadaljuje sodišče, to drži zgolj, če narava in višina zagrožene sankcije nista pretirano visoki.⁹⁷ Praksa ESČP določa, da morajo biti zagotovljena procesna jamstva, kadar je mogoče govoriti o kazenskih obtožbah. Ta

⁹² Horvat, Bogomir: Nepremoženjska škoda po novem hrvaškem ZOO, Pravna praksa, 2006, št. 2, stran 20.

⁹³ Jadek Pensa, Objektivna koncepcija nepremoženjske škode, IV. Dnevi civilnega prava, 2006, str. 35.

⁹⁴ Vuksanović, Kaznovalna funkcija odškodnin in Ustava, Pravna praksa št. 20, str. 12.

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ Prager in Oberschlick proti Avstriji, sodba z dne 26. 4. 1995, št. 15974/00; Sodba Sunday Times proti Združenemu kraljestvu; Worm proti Avstriji, sodba z dne 29. 8. 1997, št. 83/1996; Weber proti Švici, sodba z dne 22. 9. 1990, št. 11034/84, Ravensborg proti Švedski, sodba z dne 23. 3. 1994, št. 14220/88; Putz proti Avstriji, sodba z dne 22. 2. 1996, št. 18892/91

⁹⁷ Odločba US U-I-145/03 z dne 23. junij 2005.

pravni pojem se presoja glede na tri merila: uvrstitev instituta v domači pravni red, narava kršitve in višina kazni.⁹⁸

Pri kaznovalnih odškodninah se krši eno temeljnih načel našega odškodninskega prava, ki obstaja že iz časov ODZ, preko pravnih ureditev obeh Jugoslaviji do današnjega OZ. Gre za načelo popolne odškodnine in pravila, da oškodovanec ne sme zaslužiti z odškodnino⁹⁹. Z drugimi besedami, oškodovanec je upravičen zgolj do povrnitve škode, ki mu je dejansko nastala.¹⁰⁰ Treba se je tudi zavedati, da medtem, ko se v evropskem prostoru pojavljajo ideje po, kot temu pravi Polajnar-Pavčnikova, »amerikanizaciji« odškodninskega prava, se prav tam zadeve na tem področju umirjajo. Določene zvezne države imajo penalne odškodnine prepovedane, saj naj bi bile protiustavne, v večini drugih pa se razmerje med dejansko škodo in penalnim pribitkom omejuje na podlagi zakona ali pa preko sodne prakse.¹⁰¹ To dejstvo bi bilo dobro sprejeti, saj čemu bi šli čez vse težave kaznovalnih odškodnin, da na koncu pridemo do sistema, ki smo ga že imeli (oziroma imamo).

Seveda pa kaznovalne odškodnine vsebujejo določene praktične in velikokrat tudi pravične rešitve, gledano predvsem z vidika oškodovanca oziroma družbe nasploh. Če odškodnina predstavlja zgolj vrednost škode, ki je bila povzročena, ima generalno preventivno funkcijo vendar ta ne odigra tako močne vloge. To še toliko manj velja, če se je škodni dogodek splačal. Na evropskem kontinentu je določen odpor do kaznovalnih odškodnin, vendar, če pogledamo natančno, je odpor do kaznovalnega, retribucijskega elementa in ne do preventivne funkcije takih odškodnin. Wagner¹⁰² poimenuje take odškodnine »preventivne odškodnine« (angl. *Preventive damages*). S tem želi v ospredje postaviti preventivno funkcijo. Istega mnenja je Možina, ki pravi, da tako evropski pravni red kot tudi slovenski že vsebujeta določene institute, katerih posledica je nadkompensacija upnika. Ker take vrste odškodnin v ospredje ne postavljajo kaznovanja, ampak preventivno vlogo, katere namen je spoštovanje prava in pravic,

⁹⁸ Vuksanović, Kaznovalna funkcija odškodnin in Ustava, Pravna praksa št. 20, str. 13.

⁹⁹ Z določenimi izjemami; npr. Sodni penali, zamudne obresti...

¹⁰⁰ Polajnar Pavčnik, Prava mera odškodninskega prava, Podjetje in delo, 2011, št. 6–7, str. 1276.

¹⁰¹ Prepovedane so na primer v Louisiani, New Hampshiru, Massachusettsu, Nebraski in Washingtonu. Glej: A. J. Sebok, 2009, str. 155.

¹⁰² Wagner, G: Punitive Damages in European Private law v: Basedow J., Hopt K., Zimmermann R. (Ur.), Handbook of European Private Law, str. 5.

lahko brez težave vzame v zakup določeno mero nadkompenzacije upnika.¹⁰³ Načeloma odškodninsko pravo namenja pozornost zgolj oškodovancu s tem, ko ga želi postaviti v prvotni položaj. Vendar se z vključitvijo preventivne vloge (generalne prevencije) pozornost usmeri tudi na povzročitelja, in sicer tako, da le-tega odvrča od ponavljanja kršitev, potencialnim povzročiteljem pa preko grožnje z odškodnino sporoča, da se kršenje prava ne splača.¹⁰⁴

Za konec bi dodal tudi idejo, ki se je pojavila v francoskem pravnem sistemu, t. i. Avant-project Catala.¹⁰⁵ Predlog je temeljil na načelu integritete (to zahteva, da se pri določanju obsega škode upoštevajo tako običajne okoliščine (škoda, ki jo je bilo mogoče pričakovati glede na normalen tek stvari) kakor tudi posebne okoliščine (izrecno drugačno pravilo je določeno glede obsega odškodnine v primeru poslovne odškodninske odgovornosti¹⁰⁶)), kot izjemo pa je dopuščal penalno odškodnino, za katero sodišče lahko določi, da v delu pripada državni blagajni.¹⁰⁷ Predlog je naletel na ostre kritike zaradi bojzani pred amerikanizacijo francoskega prava in nesorazmerno visokimi odškodninami.¹⁰⁸ Če pustimo ob strani projekt, gre za zanimivo idejo. S tem, ko država dobi penalni pribitek, se ne krši pravilo, da oškodovanec ne sme biti obogaten,¹⁰⁹ na drugi strani pa taka odškodnina odigra svojo preventivno funkcijo. Na drugi strani, pa ta možnost odpira nova vprašanja. Prvič, ali se bo del, ki bo na koncu pripadal državi ugotavljal v istem postopku ali v ločenem. Če v istem, kdo bo plačal pravdne stroške itd. Prav tako, kdo bo tak zahtevek uveljavljal. Menim, da je več opcij pri čemer se mi zdi možna sledeča in sicer, da se državno tožilstvo vključi v postopek v primeru takih postopkov in se stroške deli po vnaprej določenem ključu. Druga možnost pa je, da se začne novi postopek glede odvzema protipravno pridobljene koristi.

¹⁰³ Možina D., v: Povrnitev škode zaradi diskriminacije in trpinčenja na delovnem mestu: nekaj misli ob 8. Členu ZDR-1, Izbrani vidiki ustavnega, civilnega in gospodarskega prava: Liber Amicorum Lojze Ude, 2016, str. 385.

¹⁰⁴ Ibidem, str. 387.

¹⁰⁵ V angleškem jeziku glej: http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapportcatala0905-anglais.pdf.

¹⁰⁶ VS Sodba II Ips 107/2003, z dne 17. april 2003.

¹⁰⁷ Polajnar Pavčnik, Prava mera odškodninskega prava, Podjetje in delo, 2011, št. 6–7, str. 1277.

¹⁰⁸ Ibidem, projektu so nasprotovali tudi pariška trgovinska zbornica, industrijska zbornica in kasacijsko sodišče, glej: Borghetti J. S., Punitive damages in France, v: H. Koziol, V. Wilcox, Punitive Damages, Common Law and Civil Law Perspectives, Springer Wien, New York 2009, str. 55–73.

¹⁰⁹ Brooke Sir H., A Brief Introduction: The Origins of Punitive Damages, v: H. Koziol, V. Wilcox, Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives, Springer Wien, New York 2009, strani 1–3.

Sam menim, da v slovenskem pravu ni potrebe po kaznovalnih odškodninah. Trenutna ureditev te panoge je relativno dobro urejena in bi s spremembo celotne paradigme vnesli preveč težav in neznank. Kar se tiče namernih kršitev in zavržnih dejanj velikih korporacij, ki kljub plačevanju odškodnin tolčejo dobičke, pa menim, da bi morala država za kaznovanje teh pristopiti preko raznih agencij ali podobnega in bi z zagotavljanjem kazenskih jamstev (v primeru, če bi šlo za tako naravo in višino sankcij) sankcionirala oziroma iztožila ustrezne zneske v dobro državnega proračuna.^{110 111}

Kar se tiče ideje o kaznovalnih odškodninah, kjer opustimo retribucijski element in v ospredje postavimo preventivno funkcijo, jo v celoti podpiram. Poleg samega abstraktnega ločevanja dveh funkcij lahko po mojem mnenju razlikujemo funkciji glede na višino samega pribitka. Kršitev prava se ne sme splaćati. Zato preko odvzema oziroma grožnje odvzema dobička, ki ga je povzročitelj pridobil, ta cilj dosežemo. Tak koncept odškodnine je pravzaprav enak institutu »disgorgement«, kjer z odškodninskim zahtevkom odzamemo protipravno pridobljeni dobiček in ga prenesemo na oškodovanca.

¹¹⁰ Tako pridobljeni denar bi se lahko tudi namensko porabljal za odstranjevanje škode, ki so jo povzročili taki subjekti.

¹¹¹ Dodal bi še, kot je odlično zapisala Polajnar-Pavčnikova, oškodovanec se je skozi zgodovino na začetkih lahko maščeval povzročitelju, kasneje se je lahko povzročitelj izognil maščevanju tako, da je oškodovancu plačal določen znesek, ki je pomenil tako kazen kot tudi povračilo škode. V nadaljnjem razvoju sta se ti funkciji ločili, kaznovalno je prevzela država, civilno (tj. izravnalno) pa posameznik. Zato pomeni kaznovalna odškodnina tudi korak nazaj v razvoju odškodninskega prava.

8. »Disgorgement« – primerjalno pravno

The Court never allows a man to make profit by a wrong.¹¹²

Ideja, da nihče ne sme imeti koristi iz protipravnega ravnanja, ni tuja v primerjalnem pravu. Gre za neke vrste splošni družbeni cilj, da se take vrste ravnanj ne smejo izplačati in zato morajo biti tako pridobljene koristi odvzete.¹¹³ Realnost je na žalost nekoliko drugačna. Kršitve konkurenčnega prava, nelojalne konkurence, prava vrednostnih papirjev, intelektualne lastnine ali pa npr. kršitev osebnostnih pravic s strani medijskih hiš se v večini primerov izplačajo.¹¹⁴ E. Hondius in Janssen menita, da z zasebno pravnega vidika najdemo odgovor za omenjeno težavo v treh razlogih.¹¹⁵ Prvič, zato ker obstaja verjetnost, da samega kršitelja ne bodo odkrili oziroma na naslednji ravni, da ne bo spoznan za odgovornega za nastalo škodo. Drugi razlog najdemo na drugi strani, in sicer, potencialni tožniki se ne odločajo za tožbe, ker je vrednost spornega predmeta prenizka.¹¹⁶ To zna biti res, vendar je z vidika kršitelja zadeva drugačna, saj je v večini primerov takih kršitev veliko in s tem vsota bistvena večja. Tretji razlog, zakaj se tako ravnanje splača, pa najdemo v višini odškodnin oziroma sankcij. Kršitelj predvideva, da bo protipravno pridobljeni dobiček (bistveno) večji kot pa (potencialna) »kazen« za tako ravnanje.¹¹⁷ S sankcioniranjem protipravnega pridobivanja koristi se v večini držav ukvarja več pravnih »panog«. Izrecne določbe najdemo predvsem v upravnem in kaznovalnem (prekrškovne in kazenskem) pravu.¹¹⁸ V zasebnem pravu večinoma ne najdemo izrecnih določb glede odvzema protipravnega dobička, ampak je to del interpretacije členov o povrnitvi škode.

¹¹² Jagon v Vivian, LR 6 Ch App 742, 1871.

¹¹³ Rookes v. Bernard, (No 1), HL, z dne 21. januar 1964.

¹¹⁴ Zanimive podatke kaže raziskava iz leta 2007, ki ocenjuje, da kartelno dogovarjanje na tleh EU znaša približno 261 milijard €.; Making Antitrust damages actions more effective in the EU: Welfare Impact and potential scenarios, Report for the European Commission, 2007, str. 96.

¹¹⁵ Hondius, Janssen v: Disgorgement of profits – Gain based remedies throughout the World, Springer, 2015, str. 4.

¹¹⁶ V angleški literaturi se uporablja izraz »trifling damages«.

¹¹⁷ Govorimo o t. i. profitable oziroma efficient breach of law.

¹¹⁸ Enako je v slovenskem pravu. Glej npr. 73 in 74. člen ZPOmk-1; 28 člen ZP-1 pravi: »nihče ne more obdržati premoženjske koristi, pridobljene s prekrškom ali zaradi njega«. Za kazenski vidik odvzema protipravno pridobljene koristi glej: M. Ambrož, Odvzem protipravne premoženjske koristi, Odvetnik, 70, april 2015, str. 30.

Značilno za institut »disgorgement« je, da se za razliko od dejanske odškodnine,¹¹⁹ ki temelji na dejanski škodi (tj. navadna plus izgubljen dobiček), ta izračuna na podlagi dobička, ki ga je pridobil subjekt s svojim protipravnim ravnanjem. Posledica tega je lahko, da je oškodovanec obogaten.¹²⁰ V večini pravnih redov po svetu »disgorgement« ne predstavlja klasičnega tožbenega zahtevka, ki je na voljo pri vsakem protipravnem ravnanju kršitelja. V ZDA je dolgo veljalo, da se institut ne more vedno uporabljati¹²¹, vendar je novejša sodna praksa zavzela stališče, da je »disgorgement« del ameriškega pravnega sistema.¹²² Prav tako je bil v Avstraliji, Novi Zelandiji, Kanadi, Angliji in Walesu odvzem protipravnega dobička primarno zgolj zahtevke iz pravičnosti,¹²³ vendar so sodišča to razširila tudi na druge sfere zasebnega prava, kot na primer na kršitev pogodbe.¹²⁴ Zanimivo je stanje na Nizozemskem, kjer civilni zakonik iz leta 1992 v členu 6:104 daje podlago za odvzem protipravno pridobljenega dobička, vendar je vrhovno sodišče¹²⁵ omejilo uporabo te določbe, in sicer zgolj kot merilo za odmero višine odškodnine. V večini držav kljub splošni zadržanosti do instituta najdemo podobne določbe predvsem v panogah, kot so pravo intelektualne lastnine, konkurenčno pravo in predvsem na področju namernih kršitev osebnostnih pravic s strani medijskih hiš. Veliko sodišč je tako ravnanje sankcioniralo z odvzemanjem dobička z razlogom, da bi se sicer protipravna ravnanja splačala.¹²⁶ Določeni avtorji pa v institutu »disgorgement« vidijo kot primarno funkcijo kaznovanje, kar po temeljni logiki zasebnega prava ne gre skupaj.¹²⁷ Poleg odvzema protipravnega dobička kot odškodninskega zahtevka je podobno mogoče doseči s kaznovalnimi odškodninami in kaznovalnimi multiplikatorji. Določeni sistemi želijo doseči isti cilj na podlagi neupravičene pridobitve.¹²⁸ Zanimivost, na katero opozarja Janssen, so sistemi, ki so sprejeli

¹¹⁹ »Compensatory damages«.

¹²⁰ »Windfall profit«.

¹²¹ Hondius, Janssen v: *Disgorgement of profits – Gain based remedies throughout the World*, Springer, 2015, str. 7

¹²² *Snepp v US*, No. 78-1871, z dne 19. februar 1980.

¹²³ *Equitable causes of action*, glej: <http://thelawdictionary.org/equitable-action/>.

¹²⁴ *Attorney General v Blake (2000)*, *Esso petroleum company limited v Niad Limited (2001)*; *Bank of America v Mutual Trust Co (2002)* – disgorgement zaradi kršitve pogodbe, glej: Hondius, Janssen v: *Disgorgement of profits – Gain based remedies throughout the world*, Springer, 2015, str. 8.

¹²⁵ *Dutch Supreme Court No. 42, Waeyen – Scheers/Naus*, 1994

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ *H. Honsell v: Der Strafgedanke im Zivilrecht – ein juristischer Atavismus in Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag*, str. 315–36

¹²⁸ *Supreme Court of Oklahoma, 60414, Warren v Century Bankcorp*, z dne 3. februar 1987, v slovenskem pravu je težava pri neupravičeni obogatitvi glede vzročne zveze, saj mora obstajati zveza med obogatitvijo in prikrajšanjem.

poseben zakon prav z namenom odvzema dobička za določene kršitve. Tak primer je Nemčija, ki uporablja 10. člen Zakona o nelegalni konkurenci in 34. a člen Zakona o preprečevanju omejevanja konkurence, ki dopuščata odvzema dobička, ki je bil pridobljen namerno protipravno naproti drugim subjektom na trgu.¹²⁹ Kot posebnost Janssen poudarja dejstvo, da odvzeti dobiček gre v državni proračun in ne tožniku oziroma oškodovancem.

Treba je raziskati sistem vsake države posebej in se vprašati, ali zasebno pravo nudi odgovor na protipravno pridobivanje koristi subjektov. Odgovor je lahko pritrdilen, ker je pravni red že inkorporiral institut »disgorgement« ali pa isti cilj dosega z drugimi instituti (kaznovalne odškodnine, neupravičena obogatitev ...). V vsakem primeru menim, da načelo, da nihče ne sme zaslužiti na škodo drugega, mora biti spoštovano. Za naš pravni red bi po mojem mnenju bilo potrebno reformirati zakonodajo na način, da omogoča odvzem protipravno pridobljene koristi, ki je bila posledica hujšega kršenja pravic. To korist bi bilo možno prenesti na oškodovanca oziroma druga možnost v korist državne blagajne¹³⁰.

¹²⁹ Stefan Sieme v: Der Gewinnabschöpfungsanspruch nach 10 UWG und die Vorteilsabschöpfung gem. 34, 34 a GWB, Duncker & HUmboldt, 2009, str. 291.

¹³⁰ Več o tem v nadaljevanju pod točko 7 in nadaljnjih

9. Odvzem protipravno pridobljenega dobička pri antitrust zakonodaji¹³¹

9.1. Ureditev v ZDA

Odvzem protipravno pridobljenega dobička kot odškodninskega zahtevka pri kršitvah konkurenčne zakonodaje je eden od zahtevkov, ki jih imajo na voljo zasebnik oziroma državne agencije za varstvo konkurence. Ameriška literatura definira »disgorgement« kot zahtevek, preko katerega mora stranka, ki je protipravno pridobila dobiček, tega prenesti z namenom, da ne pride do neupravičene obogatitve.¹³²

V ameriški teoriji ni sporno, da je »disgorgement« možen odškodninski zahtevek¹³³. Potrdilo ga je tudi Vrhovno sodišče ZDA v sodbi *United States v. Paramount Pictures*¹³⁴, kjer je zapisalo, da če je bil dobiček pridobljen s kršitvijo konkurenčnega prava, mora biti ta odvzet, sicer ima stranka korist iz pridobljenih plodov. Sodišče doda, da je odvzem tako pridobljenega dobička tako kazen kot hkrati klasična povrnitev koristi (restitucijski zahtevek). Po mnenju Einere Lhauge taka obrazložitev sodišča omogoča državnim agencijam ne samo, da zahtevajo odvzem dobička, kadar je ta pridobljen kot posledica kršitev monopolne zakonodaje, ampak tudi, da uveljavljajo tak zahtevek, kadar druga pravna sredstva ne omogočajo odvzema vseh protipravno pridobljenih koristi.¹³⁵ Enako je sodišče zapisalo v sodbi *United States v. United Shoe Machinery Corp*¹³⁶, in sicer, če sodišče ugotovi kršitev monopolne zakonodaje, je njegova dolžnost, da odloči o zadevi tako, da bo odvzelo tožencu dobiček oziroma koristi, pridobljene s kršitvijo monopolne zakonodaje.¹³⁷

Zanimiv je podatek, deloma že zastarel, ki kaže, da je do leta 2003 ameriško pravosodno ministrstvo le dvakrat zahtevalo odvzem protipravno pridobljenega dobička preko instituta

¹³¹ Predstavljena bo predvsem uporaba »disgorgementa« s strani agencij za varstvo konkurence v ZDA.

¹³² <https://www.law.cornell.edu/wex/disgorgement>.

¹³³ Einer Elhauge: *Disgorgement As An Antitrust Remedy*, v: *Antitrust Law Journal*, Vol. 76, 2009, str. 79.

¹³⁴ US Supreme Court, *US v Paramount pictures*, 334 US 131, z dne 3. maj 1948

¹³⁵ Einer Elhauge: *Disgorgement As An Antitrust Remedy*, v: *Antitrust Law Journal*, Vol. 76, 2009, str. 80

¹³⁶ *United States v. United Shoe Machinery Corp.*, 391 U.S. 244, z dne 20. maj 1968

¹³⁷ Enako sodišče navaja v sodbi *United States v. Grinnell* (Supreme Court of the US, *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, z dne 13. junij 1966), kjer zapiše, da je edina zadovoljiva rešitev v monopolnih zahtevkih taka, ki tožencu oziroma kršitelju odvzema vse koristi, ki jih je ta pridobil s kršitvijo.

»disgorgement«, v istem časovnem obdobju pa Federal Trade Commission zgolj enajstkrat. FTC je v svojih smernicah za javnost dala vedeti, da bo take zahtevke uporabila zgolj v izjemnih primerih.¹³⁸ Ti primeri so odvisni od treh meril, in sicer prvič, mora obstajati razumna podlaga za izračun tako pridobljenih dobičkov. Kot poudarja avtorica¹³⁹, je v večini primerov bistveno lažje izračunati dobiček, ki ga je imel subjekt s kršitvijo monopolne zakonodaje, kot pa sešteti vso škodo, ki so jo imeli oškodovanci zaradi takega ravnanja. Prav v tem je ena večjih prednosti »disgorgementa« v primerjavi s klasičnimi odškodninskimi zahtevki. Drugi dve merili sta stopnja in gotovost kršitve ter v kakšni meri se lahko s pomočjo drugih zahtevkov (npr. zasebnih tožb) doseže isti rezultat. Glede zadnjega je mogoče zaslediti mnenja, da so zasebne tožbe bolj učinkovite z vidika odvzema premoženja.¹⁴⁰ FTC opozarja, da zna biti tako gledanje napačno predvsem v treh primerih. Prvo, kadar zakonodaja ovira oziroma celo prepoveduje zasebne tožbe, drugič, kadar je povzročena gmotna škoda, vendar porazdeljena med tako velikim številom oškodovancev, da vsak posamezniki nima pravnega interesa za tožbo, in tretjič, kadar neposredni kupec, ki ima ekskluzivno pogodbo, ne bo tožil.^{141 142} Na tem mestu Eliner Elhauge poudarja, da je tak pristop napačen, saj država ne more prenesti odločanja o pomembnih vprašanih monopolne zakonodaje na dobičkonosno usmerjene odvetnike v razrednih tožbah. Prav tako se večina zasebnih tožb konča z izvensodno poravnavo, pri čemer sta obe stranki zadovoljni, vendar se vprašanje kršitve ne razreši, poleg tega pa obstajajo tudi težave, ker zasebnik v večini primerov toži na navadno škodo in izgubljen dobiček, se pravi, koliko bi zaslužil, če nasprotni subjekt ne bi zlorabljal svojega dominantnega položaja. Neodvisno od ugotovljene višine take škode v večini primerov tožencu še vedno ostane del protipravno pridobljenega dobička. Prav zaradi tega bi morala tu v večji meri nastopati država preko svojih (ne dobičkonosno usmerjenih) državnih agencij.¹⁴³

138 Fed. Trade Commission, Policy Statement on Monetary Equitable Remedies in Competition Cases, 68 Fed. Reg. 45,820, 45,821, 2003.

¹³⁹Einer Elhauge: Disgorgement As An Antitrust Remedy, v: Antitrust Law Journal, Vol. 76, 2009, str. 80

¹⁴⁰ee, e.g., AMC REPORT, supra note 7, at 287.

¹⁴¹ Policy Statement on Monetary Equitable Remedies, supra note 9, at 45,822.

¹⁴² V takih primerih večinoma prelagajo negativne učinke kršitve konkurence dol po verigi

¹⁴³Einer Elhauge: Disgorgement As An Antitrust Remedy, v: Antitrust Law Journal, Vol. 76, 2009, str. 86

V ZDA na strani državnih agencij ne zasledimo veliko tožbenih zahtevkov v obliki »disgorgementa«. Nasprotno se v večini primerov odločajo med ravnalnimi in strukturnimi sankcijami (behaviour and structural remedies), pri čemer se zaradi večje stopnje učinkovitosti (vpliva na trg) večinoma uporabljajo strukturne sankcije. Vendar sta kljub temu obe vrsti sankcij v primerjavi z »disgorgementom« neučinkoviti. Na to je opozoril primer *United States v. Microsoft Corp.*, kjer tako ene kot druge sankcije niso imele večjih učinkov. Težava teh sankcij pride do izraza predvsem pri tehnoloških podjetjih, kjer so zaradi zahtevnosti (antitrust) sodnih postopkov ti dolgi in ko je odločba izdana, je velikokrat težava že drugačna oziroma drugje.¹⁴⁴ »Disgorgement« v teh primerih predstavlja bistveno boljše rešitev. Od strukturnih sankcij je rešitev boljša predvsem z vidika, ker ne zahteva prestrukturiranja, ki se lahko pokaže kot neučinkovito za končne kupce. Prav tako je institut bistveno boljši od ravnalnih sankcij, saj je lažje ugotoviti, ali je toženec ravnal v skladu z ugotovljeno kršitvijo in sodno odločbo. Dodatno tudi, če se tehnologija spreminja naprej in se pojavljajo nove in nove težave drugje, samo vprašanje, ali so bili pridobljeni (stari) dobički protipravni ali ne, ostaja isto. Zaradi vseh zgoraj navedenih razlogov je načelo »disgorgement« v antitrust pravu način, ki omogoča z manj negativnimi posledicami in učinkovito rešiti kršitve.¹⁴⁵

V slovenskem pravu je z vidika zasebnopravnih zahtevkov v primeru zlorabe prevladujočega položaja, ki je podlaga za odškodninsko odgovornost, treba ravnati po splošnih pravilih odškodninskega prava (delikti).¹⁴⁶ Načelno lahko oškodovanec zahteva zgolj dobiček kršitelja v obsegu, ki je enak izgubljenemu dobičku oškodovanca. Že tako težko dokazovanje škode, kot posledice kršitev konkurenčnega prava, so sodišča dodatno zaostriła s strogimi merili za zatrjevanje in izkazovanje izgubljenega dobička¹⁴⁷ ter zavračanjem uporabe prostega preudarka po 216. členu ZPP.¹⁴⁸

¹⁴⁴ Ibidem, str. 87.

¹⁴⁵ Ibidem str. 90.

¹⁴⁶ Možina, Protipravno pridobljeni dobiček kot merilo odškodninskega in obogatitvenega zahtevka, *Podjetje in delo* 3-4/2015/XLI, str. 469.

¹⁴⁷ VSL I Cpg 1473/2010, z dne 18. 5. 2011.

¹⁴⁸ VSL I Cpg 708/2013, z dne 12. september 2013

Na področju odškodninskih zahtevkov v konkurenčnem pravu na drugačne možnosti nakazuje sodba vrhovnega sodišča v zadevi III Ips 98/2013 z dne 23. 5. 2014. Kot je bilo že zgoraj opisano, gre za primer, kjer je sodišče zaradi velike težavnosti pri določanju višine odškodnine uporabilo prosti preudarek po 216. členu ZPP. Odškodnino je odmerilo glede na dobiček podjetja, ki kot edino ni bilo oškodovano s strani kršitelja konkurenčnega prava, to pa je bilo hčerinsko podjetje toženca. Omenjena sodna odločba bi znala predstavljati spremembo sodne prakse, predvsem pa bi lahko odprla vrata za lažje dokazovanje višine škode pri kršitvah konkurenčnega prava. Menim, da je namen 216. člena ZPP prav za take primere, kot jih predstavljajo odškodninski zahtevki v konkurenčnem pravu, kjer se temelj odgovornosti ugotovi na podlagi predloženih dejstev in dokazov, višine pa ni mogoče oziroma je to povezano z nesorazmernimi težavami. Na tem mestu bi bilo v nasprotju z načelom pravičnosti, da sodišče zaradi tega zavrne tožnikov (oškodovancev) zahtevek.

9.2. Odškodninska odgovornost za kršitev antitrusta v pravu EU in slovenski zakonodaji

Vprašanje odškodnin zaradi kršitve antitrusta je eno ključnih vprašanj tudi v pravu EU. Evropska komisija je zaradi tega leta 2005 pripravila t. i. Zeleno knjigo,¹⁴⁹ na podlagi prejetih odgovorov pa leta 2008 še Belo knjigo¹⁵⁰ o odškodninskih tožbah zaradi kršitve antitrusta. Osrednja tematika je določanje obsega škode in odškodnine. Prav tako je konec leta 2009 Evropska komisija sprejele smernice (nezavezujoče) za sodnike nacionalnih sodišč pri odmerjanju škode in odškodnin.

Pravo EU vprašanja določanja in odmerjanja višine škode zaradi kršitve antitrusta ne ureja, temveč zgolj podaja temeljna načela na tem področju. Poudariti je treba sodbo Crehan in Courage¹⁵¹ iz leta 2001, ki je priznala odškodninski zahtevek za kršitev pravil antitrusta in

¹⁴⁹ Zelena knjiga, Odškodninske tožbe zaradi kršitve protimonopolnih pravil ES.

¹⁵⁰ Bela knjiga o odškodninskih tožbah zaradi kršitve protimonopolnih pravil ES, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/whitepaper_sl.pdf.

¹⁵¹ Sodba ECJ, Crehan in Courage, C-453/99, z dne 20. september 2001.

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d5d8737b5f2d724d7d9f2fa9ba699cd101.e34KaxiL>

navedla, kdo vse ima stvarno legitimacijo za take zahtevke. Oškodovanci so lahko neposredni kupci in posredni kupci (ki so hkrati vmesni prodajalci), končni potrošniki, potencialni kupci, tekmeči, dobavitelji in podjetja na povezanih trgih. Vlahkova meni, da ima pravico do odškodnine tudi država, saj ima v višini manj pobranih davkov tudi sama izgubo.¹⁵² V zadevi Manfredi¹⁵³ iz leta 2006 je Sodišče EU dalo vedeti, da je zaradi neobstoja pravil na ravni EU, glede določanja odškodnin, stvar nacionalnega prava, da uredi in določi merila, ki pomagajo določiti obseg škode, nastale zaradi kršitev konkurenčnega prava, pri čemer se mora upoštevati načelo enakovrednosti in učinkovitosti. Prvo načelo določa, da je razne posebne vrste odškodnin (npr. kaznovane) mogoče uporabiti glede kršitve antitrusta, če to omogoča nacionalno pravo. Iz drugega načela izhaja pravilo, da vsak oškodovanec lahko zahteva odškodnino, ne le za nastalo škodo, temveč tudi za izgubljeni dobiček in obresti.

Povod za izdajo nezavezujočih smernic glede izračuna odškodnine je predvsem v tem, ker se Komisija zaveda težavnosti izračuna škode, ki temelji predvsem na primerjavi položaja oškodovanca v trenutnem stanju (po kršitvi) in hipotetičnem stanju, tj. stanje, če do kršitve konkurenčnega prava ne bi prišlo.¹⁵⁴ Zaradi tega se Komisija zavezuje za bolj enostavne metode izračunavanja škod, saj velikokrat sami stroški ugotovitve zgoraj omenjenega hipotetičnega stanja skoraj presežejo stroške, ki so z njimi povezani. Škode zaradi kršitve antitrusta so lahko različne, odvisno od tega, kdo je oškodovanec. V splošnem so posledice naslednje: kupci plačujejo višje cene (overcharge), dobavitelji kršiteljev prejemaajo nižje zneske (undercharge), podjetje, ki uporablja proizvod, pa zaradi višjih cen izgublja dobiček ...¹⁵⁵

Slovensko pravo zaradi kršitev antitrusta glede izračuna obsega škode in odškodnine uporablja določbe iz ZPOmK-1, ki pa kot specialni zakon takih določb ne vsebuje, zato se bo uporabil OZ. Določila v tem zakonu so glede odmere odškodnine zelo splošna in določajo le, da ima

c3qMb40Rch0SaxyKahj0?text=&docid=46604&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1389786.

¹⁵² Vlahček, Ahtik: Določanje odškodnin v primeru antitrusta, Podjetje in delo, št. 6–7, 2011, str. 1344–1359.

¹⁵³ Sodba ECJ, C-295/04 – Manfredi, z dne 23. julij 2006

http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/2006_3_23_en.pdf.

¹⁵⁴ Ibidem.

¹⁵⁵ Za posledice kršitve 6. in 9. člena ZPOmK-1, 101. in 102. PDEU in ekonomske posledice kršitve antitrusta glej Vlahček, Ahtik: Določanje odškodnin v primeru antitrusta, Podjetje in delo, št. 6–7, 2011, str. 1344–1359.

oškodovanec pravico povrnitve škode, tj. navadna škoda in izgubljeni dobiček. Kot je bilo že zapisano, imajo sodišča v določenih primerih tudi možnost uporabiti prosti preudarek po 216. členu ZPP, in sicer pri odmeri višine odškodnine. V večini primerov se od kršitelja konkurenčnega prava zahteva vračilo preplačil (kot posledica dviga cen zaradi zlorabe prevladujočega položaja ali kartelnega dogovarjanja), povračilo škode zaradi povišanja cen, povračilo škode zaradi drugi protikonkurenčnih ravnanj, ki so podjetjem povzročila škodo.¹⁵⁶

Kar se tiče odškodninskih zahtevkov zaradi kršitev antitrusta, je mogoče zaključiti, da EU ne določa nič več kot pravice oškodovanca do popolne in enkratne odškodnine, pri čemer pa prepoveduje vnaprejšnje omejevanje odškodnin, hkrati pa dopušča kaznovalne odškodnine in druge vrste posebnih odškodnin, če to predvideva nacionalna zakonodaja. Dalje se Komisija zaveda problematičnosti izračuna višine odškodnin pri kršitvah konkurenčnega prava in zato v svojih smernicah ponuja razne metode izračuna nastalih škod. Menim, da poleg klasičnega izračuna z uveljavljenimi ekonomskimi, finančnimi in ekonometričnimi metodami zakonodaja EU in praksa SEU dopuščata uporabo prostega preudarka pri odmerjanju odškodnine (v primeru slovenskega prava je to pooblastilo sodišču v 216. ZPP), saj, kot že omenjeno mnenje Wedam-Lukičeve, enako zapiše Komisija, da zavrnitev odškodninskega zahtevka iz razloga, ker tožniku ni uspelo dovolj natančno dokazati višine odškodnine, ne bi bila učinkovita.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Ibidem.

¹⁵⁷ Wedam-Lukič v: Ude, Galič: Zakon o pravnem postopku: s komentarjem in sodno prakso, Uradni list RS, 2010, str. 389.

10. Odvzem dobička preko prava neupravičene obogatitve

Pravo neupravičene obogatitve ureja položaje, kjer je ena od strank neupravičeno obogatena na račun druge, ki je v tem znesku prikrajšana. To pravilo izhaja iz načela, da nihče ne sme biti obogaten na račun drugega brez pravne podlage (ta lahko naknadno odpade ali pa nikoli ni obstajala¹⁵⁸). Iz 190. člena OZ lahko izpeljemo tri splošne predpostavke¹⁵⁹ neupravičene pridobitve, in sicer, ena stranka (neupravičeni pridobitelj) je prejela neko korist (obogatitev). Drugič, obstajati mora vzročna zveza med obogatitvijo in prikrajšanjem. Zaradi koristi, ki jo je dosegel neupravičeni pridobitelj, je druga stranka tega razmerja prikrajšana. Tretja predpostavka je, da za obogatitev ene in prikrajšanje druge stranke ni (veljavnega) pravnega temelja.

Kot je bilo zapisano, lahko govorimo o neupravičeni obogatitvi, če je prišlo do premika premoženja od ene osebe k drugi brez pravne podlage, kar pomeni, da mora obstajati vzročna zveza. Možina meni, da to pravilo nima neposredne opore v zakonu. Prav tako zastopa stališče, da je odvzem protipravno pridobljenega dobička možen, saj je osnovni cilj obogatitvenega prava, da nihče ne sme biti neupravičeno obogaten na račun drugega.¹⁶⁰ Pravo tako, Možina dodaja, da ni bistveno, za kaj in koliko je ena stranka prikrajšana, temveč, ali in za koliko je druga stranka neupravičeno obogatena. Slednje argumentira z analogijo z ureditvijo pravnega položaja nedobrovernega lastniškega posestnika v 96. členu SPZ, ki določa, da mora vrniti lastniku vse plodove – sem pa lahko uvrstimo tudi protipravno pridobljeni dobiček. Prav tako avtor poudarja korektivno funkcijo instituta neupravičene obogatitve.¹⁶¹

Zavedam se, da odvzem protipravno pridobljenega dobička v slovenskem civilnem pravu ni urejen, niti ne obstaja skoraj nobene strokovna literatura, kaj šele sodna praksa.¹⁶² Zaradi tega je potrebna določena inovativna in ekstenzivna razlaga trenutne obstoječe zakonodaje, vendar menim, da je avtor šel nekoliko predaleč. Res je, da pravila o neupravičeni obogatitvi ne

¹⁵⁸ Glede na to delimo zahtevke na verzijske in kondikcijske.

¹⁵⁹ Plavšak, v: Plavšak, Juhart, Vrenčur. Obligacijsko pravo: Splošni del, GV založba, 2009, str. 666.

¹⁶⁰ Možina, Protipravno pridobljeni dobiček kot merilo odškodninskega in obogatitvenega zahtevka, Podjetje in delo 3-4/2015/XLI, str. 472.

¹⁶¹ Ibidem, str. 471.

¹⁶² Nedavna izjema je odločba vrhovnega sodišča, res pa je, da se ukvarja s področjem konkurenčnega prava.

govorijo ničesar o vzročni zvezi¹⁶³ med prikrajšanjem in obogatitvijo, vendar je nesporno v sodni praksi¹⁶⁴ in teoriji,¹⁶⁵ da ta mora obstajati. Na podlagi tega zato ne moremo pritrditi stališču, da stranka zahteva pridobljeni dobiček, saj za to vsoto ni bila prikrajšana. Prav tako se vračajo zgolj neposredne koristi uporabe, v primeru denarja to pomeni obresti, v primeru stvari uporabnino. V vsakem primeru ne moremo govoriti o dobičku kot neposredni koristi, ki jo je imel obogateni. Če oseba ne more vrniti prejetega, oziroma narava stvari tega ne dopušča, je potrebno plačilo denarnega nadomestila, pri čemer v slovenskem pravu velja obogatitveno načelo, ki določa, da oseba vrne toliko, za kolikor je bila obogatena, vendar ne več, kot je bila druga stranka prikrajšana.¹⁶⁶

¹⁶³ Glej odločbo VS II Ips 126/2014, kjer sodišče pravi, da je vzročna zveza del besedila člena 190. OZ. Izraža jo besedna zveza: »kdor je bil brez pravnega temelja obogaten na škodo drugega«.

¹⁶⁴ Glej npr. VS II Ips 624/94, VS II Ips 126/2014, VS III Ips 91/2011, VS RS II Ips 237/2013 z dne 30. 7. 2015, sodbo VS RS II Ips 206/2014 z dne 16. 10. 2014, sodbo VS RS II Ips 743/2007 z dne 26. 8. 2010.

¹⁶⁵ Polajnar Pavčnik v: Juhart, Plavšak, Obligacijski zakonik s komentarjem 2 knjiga GV založba, Ljubljana 2003, str. 44.

¹⁶⁶ Plavšak, v: Plavšak, Juhart, Vrenčur. Obligacijsko pravo: Splošni del, GV založba, 2009, str. 710.

11. Zaključek

Težava obogatitve s protipravnimi ravnanji je znana povsod po svetu in se jo je treba lotiti natančno, konsistentno in v skladu z načelom pravičnosti. Kot je bilo mogoče razbrati v magistrskem delu, slovenska zakonodaja nima ustrezne podlage za odvzem tako pridobljenih koristi.¹⁶⁷ Splošna pravila o povrnitvi škode tega ne omogočajo, saj temeljijo na konceptu totalne odškodnine in ne dovoljujejo, da je oškodovanec obogaten. Na drugi strani pri institutu neupravičene obogatitve naletimo na težavo vzročne zveze. Teorija in praksa sta za zdaj na stališču, da mora oseba biti obogatena za toliko, kolikor je druga prikrajšana. V zgoraj opisanih primerih se ti dve številki (škoda oškodovanca in korist povzročitelja) ne ujemata. Trenutno edina možnost za odvzem protipravno pridobljenega dobička je prosti preudarek po 216. členu ZPP. Tukaj lahko sodišče, glede na okoliščine primera in če je temelj odgovornosti dokazan, odloči o višini odškodnine. Pri tem si sodišče lahko, kar je vidno tudi iz nove sodne odločbe, pomaga z dobičkom, ki ga je ustvarila odgovorna stranka. Še enkrat pa je treba podariti, da je to možno le, kadar se višine škode ne da izračunati oziroma obstajajo nesorazmerne težave.

Vidimo lahko, da naš sistem nima nobenega oprijemljivega instituta za doseg pravičnih rešitev. Menim, da bi bilo treba interpretirati člene o povrnitvi škode iz OZ nekoliko širše. Ideja temelji na naslednjem razmišljanju: kadar bi stranka namerno kršila pogodbo, da bi ustvarila dobiček, bi se ta moral v celoti odvzeti in prenesti na pogodbi zvesti stranki. Seveda bi se dejansko nastala škoda vštela v ta znesek. V takih primerih je res, da bi oškodovanec bil obogaten, vendar tu imamo na voljo dve možnosti. Prvič, oškodovanec dobi povrnjeno le dejansko škodo in povzročitelj obdrži presežek, v tem primeru se kršitev splača. Druga možnost, kršitelju odvzamemo koristi in jih prenesemo na oškodovanca, pri čemer je, če te presegajo dejansko škodo, ta obogaten. Torej, nekdo vedno obdrži nekaj, do česar ni upravičen. Ena možnost je, da del vzame država kot sankcijo za namerne kršitve pogodb iz dobičkonosnih namer. Menim, da tak poseg države v pogodbeno razmerja ni potreben, je odveč in težko izvedljiv, predvsem, ker bi bilo treba zadostiti določenim jamstvom, ki jih je stranka imela nasproti državnemu aparatu. Zato se je bolje vprašati, kdo izmed strank je bolj upravičen do tega zneska. Odgovor je seveda

¹⁶⁷ Govora je o zasebnem pravu.

pogodbi zvesta stranka. Prvič je ona tista, ki je sklenila pogodbo v dobri veri in s pričakovanji in drugič, pravni red ne more spodbujati takih kršitev, ki se v nastali situaciji splačajo. S takim reševanjem se izognemo tudi kaznovalnim odškodninam, saj tu stranki ni odvzeto nič več kakor znesek, do katerega ni upravičena: te vsote v vsakem primeru ne bi imela, če ne bi protipravno ravnala, zato ni na slabšem.

Situacije, kjer stranke kršijo pogodbe oziroma pravila, ker se jim to splača, se dogajajo, pa naj bo to na strani korporacij ali pa enako močnih posameznikov. Prav tako se dogajajo situacije, kjer stranka dokaže odgovornost nasprotne stranke, a ne more dokazati višine njej nastale škode. V teh primerih mora imeti pravo odgovor, ki je skladen z načelom pravičnosti. Kar se tiče drugega vprašanja, nova sodba iz konkurenčnega prava kaže na premik v pravo smer. To je treba storiti tudi na področju pogodbenega prava in s tem dejansko dati moč načelu *pacta sunt servanda*. Kot končno misel bi podal trditev britanskega pravnika, ki bi ji sodišča morala vselej slediti: »*The Court never allows a man to make profit by a wrong*«. ¹⁶⁸

¹⁶⁸ Sodišče ne sme nikdar dopustiti, da ima oseba koristi na podlagi svojega protipravnega ravnanja.

12.Literatura in viri

Knjige:

1. Plavšak, Nina; Juhart, Miha; Vrenčur, Renato: Obligacijsko pravo: Splošni del, GV založba, 2009
2. Ivanjko, Kocbek, Prelič, Korporacijsko pravo: Pravni položaj gospodarskih subjektov, GV založba, 2009
3. Juhart, Miha; Plavšak, Nina: Obligacijski zakonik (OZ): s komentarjem, 2003, Prva knjiga
4. Schlechtriem, Peter; Schwenger, Ingeborg (Ur.): Commentary on the UN Conv. on the sale of Goods, Oxford, 2010
5. Saidov, Cunnington, Contract Damages: Domestic and International Perspectives, Hart Publishing, 2008
6. Edelman J.: Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property, Hart Publishing, 2002
7. Siems M.: Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis Edinburgh Law Review, Vol. 7, pp. 27–59, 2003
8. Ude, Lojze; Galič, Aleš (Ur.): Zakon o pravdnem postopku: s komentarjem in sodno prakso, Uradni list RS, 2010
9. Triva, Dika (ur.): Zakon o parničnem postopku: zbirka pravnih propisa, Narodne novine, 1991
10. Basil Markesinis, Michael Coester, Guido Alpa, Augustus Ullstein: Compensation for Personal Injury in English, German and Italian Law, Cambridge University Press, 2005
11. H. Koziol, V. Wilcox, Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives, Springer Wien, New York 2009
12. Hondius, Janssen: Disgorgement of profits – Gain based remedies throughout the world, Springer, 2015
13. M. Traynor: Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment

14. H. Honsell: Der Strafgedanke im Zivilrecht – ein juristischer Atavismus in Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70 Geburtstag
15. Stefan Sieme: Der Gewinnabschöpfungsanspruch nach 10 UWG und die Vorteilsabschöpfung gem. 34, 34 a GWB, Duncker & Humblot, 2009
16. Fed. Trade Commission, Policy Statement on Monetary Equitable Remedies in Competition Cases, 68 Fed. Reg. 45,820, 45,821, 2003
17. Hondius, Janssen: Disgorgement of profits – Gain based remedies throughout the world, Springer, 2015
18. Koziol H, Wilcox V. (ur.): Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspective, Springer-Verlag, 2009
19. Basedow J., Hopt K., Zimmermann R. (Ur.): Max Planck Encyclopedia of European Private Law, Oxford Press, 2012
20. Betteto Nina (et al.): Izbrani vidiki ustavnega, civilnega in gospodarskega prava: Liber Amicorum Lojze Ude, Pravna fakulteta: Institut za primerjalno pravo, 2016

Članki:

1. Možina, Damjan: Protipravno pridobljeni dobiček kot merilo odškodninskega in obogatitvenega zahtevka v: Podjetje in delo, št. 3–4, 2015
2. Polajnar Pavčnik, Ada: Prava mera odškodninskega prava v: Podjetje in delo, 2011, št. 6–7
3. Vuksanović, Igor: Kaznovalna funkcija odškodnin in Ustava v: Pravna praksa, št. 20/2010
4. Wedam-Lukić, Dragica: Odločanje o višini škode, denarnega zneska in o količini nadomestnih stvari poprostem preudarku v: Pravnik, Let. 28, št. 4–6, 1973
5. Horvat, Bogomir: Nepremoženjska škoda po novem hrvaškem ZOO v: Pravna praksa, 2006, št. 2
6. Jadek Pensa, Dunja: Objektivna koncepcija nepremoženjske škode v: IV. Dnevi civilnega prava, 2006

7. Avant-project Catala, URL: http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapportcatatla0905-anglais.pdf
8. Mežnar, Špela: Odškodnina kot kazen na primeru medijskih kršitev – zakaj (ne)? v: IV. Dnevi civilnega prava, Portorož, 2006
9. Making Antitrust damages actions more effective in the EU: Welfare Impact and potential scenarios, Report for the European Commission, 2007
10. Vlahek, Ana; Ahtik; Metka: Določanje odškodnin v primeru antitrusta v: Podjetje in delo, št. 6–7, 2011, str. 1344–1359
11. Ambrož, Matjaž: Odvzem protipravne premoženjske koristi v: Odvetnik, 70, april 2015
12. Fed. Trade Comm'n, Policy Statement on Monetary Equitable Remedies in Competition Cases, 68 Fed. Reg. 45,820, 45,821, 2003
13. Einer Elhauge: Disgorgement As An Antitrust Remedy, v: Antitrust Law Journal, Vol. 76, 2009; URL: <http://www.law.harvard.edu/faculty/elhauge/pdf/Elhauge%20Disgorgement%20as%20an%20Antitrust%20Remedy%20FINAL.pdf>

Pravni viri:

1. Advisory Opinion 14, URL: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op14.html>
2. CISG AC opinion no. 6, URL: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op6.html>
3. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), 1980
4. Obligacijski zakonik (OZ), Ur. l. RS, št. 83/2001 s poznejšimi spremembami
5. Zakon o gospodarskih družbah (ZGD-1), Uradni list RS, št. 65/09 – uradno prečiščeno besedilo, 33/11, 91/11, 32/12, 57/12, 44/13 – odl. US, 82/13 in 55/15
6. Zakon o preprečevanju omejevanja konkurence (ZPomK-1), Uradni list RS, št. 36/08, 40/09, 26/11, 87/11, 57/12, 39/13 – odl. US, 63/13 – ZS-K, 33/14 in 76/15
7. Zakon o prekrških (ZP-1), Uradni list RS, št. 29/11 – uradno prečiščeno besedilo, 21/13, 111/13, 74/14 – odl. US in 92/14 – odl. US)

8. Zelena knjiga, Odškodninske tožbe zaradi kršitve protimonopolnih pravil ES, URL: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d5d8737b5f2d724d7d9f2fa9ba699cd101.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyKahj0?text=&docid=46604&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1389786>
9. Bela knjiga o odškodninskih tožbah zaradi kršitve protimonopolnih pravil ES, URL: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/whitepaper_sl.pdf

Odločbe:

1. VS III Ips 98/2013 z dne 23. maj 2014
2. VS II Ips 130/2012, z dne 8. november 2012
3. VSL sklep I Cpg 658/2009, z dne 24. marec 2010
4. VS II Ips 570/2007, z dne 23. oktober 2008
5. VSL I Cp 2067/2014, z dne 4. december 2014
6. VSL I Cp 4287/2008, z dne 22. april 2009
7. Up 337/00 z dne 26. februar 2002
8. Up 19/01, z dne 26. marec 2002
9. House of Lord, UKHL 45 (Attorney General v Blake), 27. julij 2000
10. Supreme Court of Israel, 20/82, 2. november 1988
11. LG Trier, 7 HO 78/95, z dne 12. oktober 1995
12. Court of Appeal of Louisiana, 466 So. 2d 774, z dne 12. marec 1985
13. Supreme Court Alabama, 06 So. 2d 317, z dne 27. marec 1987
14. VSL II Cp 1644/2001, z dne 30. januar 2002
15. Sklep VS RS II Ips 38/2002, z dne 15. januar 2003
16. VSL IICp 1644/2001, z dne 30. januar 2002
17. US U-I-145/03, z dne 23. junij 2005
18. VS II Ips 107/2003, z dne 17. april 2003
19. VSL I Cpg 1473/2010, z dne 18. maj 2011
20. VSL I Cpg 708/2013, z dne 12. september 2013

21. SEU (Crehan in Courage), C-453/99, z dne 20. september 2001
22. VS II Ips 624/94, z dne 27. september 1994
23. VS II Ips 126/2014, z dne 26. junij 2014
24. VS III Ips 91/2011, z dne 19. maj 2011
25. VS RS II Ips 237/2013 z dne 30. julij 2015
26. VS RS II Ips 206/2014 z dne 16. oktober 2014
27. VS RS II Ips 743/2007 z dne 26. avgust 2010
28. VS II Ips 126/2014, z dne 26. junij 2014
29. VSL II Ips, z dne 10. december 2005
30. Jigon v Vivan, LR 6 Ch App 742, 1871
31. Rookes v Barnard (No 1), HL, z dne 21. januar 1964
32. Snapp v. United States, No. 78–1871, z dne 19. februar 1980
33. Esso Petroleum company LTD v Niad Limited, EWHC Ch 458, z dne 22. november 2001
34. Supreme Court of Canada, 27898 (Bank of America Canada v Mutual Trust Co), z dne 26. april 2002
35. Dutch Supreme Court No. 42, Waeyen – Scheers/Naus, 1994
36. Supreme Court of Oklahoma, 60414, Warren v Century Bankcorp, z dne 3. februar 1987
37. Supreme Court of the US, United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563, z dne 13. junij 1966
38. ESČP, Prager in Oberschlick proti Avstriji, št. 15974/00, z dne 26. 4. 1995,
39. ESČP, Sunday Times proti Združenemu kraljestvu, št. 6538/74, z dne 26. 4. 1979
40. ESČP, Worm proti Avstriji, št. 83/1996, z dne 29. 8. 1997
41. ESČP, Weber proti Švici, št. 11034/84, z dne 22. 9. 1990
42. ESČP, Ravensborg proti Švedski, št. 14220/88, z dne 23. 3. 1994
43. ESČ, Putz proti Avstriji, št. 18892/91, z dne 22. 2. 1996