

dr. Damjan Možina

Protipravno pridobljeni dobiček kot merilo odškodninskega in obogatitvenega zahtevka

1. Uvod
2. Nepogodbeno odškodninsko pravo
 - 2.1. Splošno
 - 2.2. Posebnosti v pravnih intelektualnih lastninah
 - 2.3. Uporaba prava nepogodbene odškodninske odgovornosti v konkurenčnem pravnem
3. Pravo nepravilno obogatitve
4. Pogodbeno pravo
5. Upravno pravo
6. Kazensko pravo
7. Rešitve v primerjalnem pravu
8. Sklepi

Povzetek

Prispevek raziskuje možnosti za odvzem protipravno pridobljenega dobička v zasebnem pravu ter podaja kratek pregled in primerjavo z odvzgom v javnem pravu. Nepogodbena odškodninska prava se ukvarja s povrnitvijo škode oškodovanca, ne pa z odvzgom morebitnega dobička (ki bi ostal po plačilu odškodnine) povzročitelju. Takšen dobiček bi bilo mogoče zajeti z odškodninskimi zahtevki, ki bi presevali (objektivno omejevali) škodo, pri tem pa ne bi šlo za kaznovano odškodnino. Možnosti za odvzem obstojajo tudi na podlagi posebnosti odškodninskega prava v pravnih intelektualnih lastninah in konkurenčnem pravu. Nova smer nakazuje tudi nedavna sodba Vrhovnega sodišča, ki je izgubljeni dobiček kot posledico zlorabe prevladujočega položaja odmerilo glede na (protipraven) dobiček kršitelja. Boljše možnosti za odvzem takšnega dobička ponuja pravo nepravilno obogatitve. Obogatitveni zahtevki omogočajo prenos dobička na oškodovanca tudi v obsegu, ki presega njegovo prikrajšanje. Zasebno pravo ne sme dati spodbude za kršitve pravic. Zasebno uveljavljanje načela prepovedi, da kršilec obdrži protipravno pridobljen dobiček, je učinkovitejše od javnega.

Ključne besede: protipravno pridobljeni dobiček, nepogodbena odškodninska prava, nepravilna obogatitev, kaznovana odškodnina

Zveza: tretji odstavek 168. člena OZ, 189., 190., 198. člen OZ, 121. a člen ZIL-1, 169. člen ZASP

Abstract

The article explores possibilities for disgorgement of wrongfully gained profits in private law and gives a short overview and comparison with seizure of profits in public law. Tort

Damjan MOŽINA, doktor pravnih znanosti, izredni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, kontakti naslov: damjan.mozina@pf.uni-lj.si

Članki

D. Možina: Protipravno pridobljeni dobiček kot merilo odškodninskega in obogatitvenega zahtevka

law primarily deals with reparation of loss of the wronged party and not with disgorgement of profit (remaining after the payment of damages) from the tortfeasor. A damages claim could encompass such profit if the amount of damages would exceed the (objectively assessed) loss. This would not be punitive damages. Possibilities for disgorgement exist under special tort law provisions for breach of intellectual property and competition law. A recent Slovenian Supreme Court judgement indicates new trends: in case of abuse of dominant position lost profit of the wronged party was established by reference to the profit gained by the perpetrator. Better possibilities for disgorgement of profits exist in the law of unjustified enrichment. With a restitution claim the profit can be transferred from the tortfeasor to the wronged party in the amount exceeding its deprivation. Private law should not give incentive for infringements of rights. Private enforcement of the principle that nobody should be allowed to profit from his own wrong is more effective than public enforcement.

Key words: disgorgement of wrongfully gained profit, tort law, law of unjustified enrichment, punitive damages

1. Uvod

*lure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorum.*¹

Kovanje dobička na račun škode oziroma krivice, prizadejane drugemu, nasprotuje naravnemu pravičnosti. Protipravno ravnanje se storilec ne sme izplačati. Formulacije, podobne Pomponijevi, lahko najdemo tudi v nekaterih sodobnih pravnih uredbah.² Pričakovati bi, da se to brezčasno in univerzalno načelo uresničuje tudi z mehanizmi našega prava. V okviru javnega prava kazensko in upravno pravo izrecno določata, da nihče ne sme obdržati premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem ali prekrškom, predviden pa je tudi način odvzema takšne koristi v korist države. Položaj pa je drugačen v zasebnem pravu: zdi se, da ni takšnega splošnega načela oziroma vsaj instituta, ki bi ga uresničeval.

Institut izročitve premoženjske koristi v zasebnemu pravu ni neznan, temveč je – v smislu izrecne zakonske ureditve – omejen na posamične primere. Bistvena razlika glede na javnopravni odvzem je v zasebni pobudi za odvzem in v zasebnemu prejetju odkupnega dobička. Obligacijski zakonik predvideva zahtevke za prenos protipravno pridobljenega dobička pri tako imenovanem nepristnem poslovanju brez naložbe, če nekdo opravlja posle drugega, a ne z namenom, da bi mu pomagal, temveč da bi dosežene koristi obdržal zase, lahko tisti, čigar posle je opravljal, od njega zahteva, da mu izroči vse dosežene koristi, poleg tega pa še povrnitev škode.³ Zahtevke za prenos protipravno pridobljenega dobička poznamo tudi v korporacijskem pravu; določa ga ZGD-1 za primer kršitve klavzule o prepovedi konkurence; družba

¹ Pomp. D. 50. 17. 206. Podobno vsebino ima rek *Nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest*, Ulp. D. 50. 17. 134. 1.

² »[A] person is not permitted to profit by his own wrong« – § 3, Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment, American Law Institute, 2011.

³ Prvi odstavek 205. člena OZ. Glej sklep VSL I Cpg 658/2009 z dne 24. marca 2010.

lahko od kršilca med drugim zahteva, da nanjo prenese vse koristi iz poslov, sklenjenih za svoj račun.⁴

Pravo nepogodbene odškodninske odgovornosti (OZ) – tisti del zasebnega prava, ki kot matično področje obravnava posledice protipravnega ravnanja med posamezniki – želi predvsem povrniti škodo oškodovancu, ne pa odvzeti morebitnega protipravno pridobljenega dobička povzročitelju škode. V odškodninskem pravu velja načelo, da oškodovanečev premoženjski položaj po prejemu odškodnine ne sme biti boljši kot pred škodnim dogodkom, kar pomeni, da odškodnina ne sme presegati (objektivno odmerjene) škode. Če protipravno pridobljeni dobiček presega škodo, bi lahko torej tudi po plačilu odškodnine ostal nekaj posebnih pravil na področju povrnitve škode zaradi kršitev pravic intelektualne lastnine in konkurenčnega prava.

Možnosti za odvzem protipravno pridobljenega dobička ponuja tudi pravo neupravičene obogatitve, ki sicer ne sankcionira protipravnega ravnanja, ampak temelji na prepovedi obogatitve brez pravne podlage.

Namen prispevka je raziskati možnosti za odvzem protipravno pridobljenega dobička v zasebnem pravu, tako neposredno kot posredno, v smislu funkcionalnega ekvivalenta, in podati kratek pregled in primerjavo z rešitvami v javnem pravu.

2. Nepogodbeno odškodninsko pravo

2.1. Splošno

Osnovni namen nepogodbene odškodninske prava je povrnitev škode. Škoda pomeni premoženjsko in nepremoženjsko škodo. S povrnitvijo premoženjske škode naj bi bil oškodovanec postavljen v položaj, ki bi obstajal, če do škodnega dogodka ne bi prišlo (načelo totalne reparacije, 169. člen OZ). Usmerjenost v restitucijo prejšnjega stanja pomeni tudi, da oškodovanečev premoženjsko stanje po povrnitvi škode ne bi smelo biti boljše kot pred škodnim dogodkom. Z drugimi besedami, oškodovaneč s povrnitvijo škode ne sme zaslužiti, odškodnina ne sme presegati (objektivne) škode.⁵ Zato se denimo morebitne koristi, ki jih je oškodovaneč dosegel na račun škodnega dogodka, odštejejo od odškodnine (*compensatio lucri cum damno*). Vendar načelo upoštevanja koristi ne velja v vseh primerih.⁶

⁴ Člen 42 ZGD-1, Ur. l. RS, št. 42/06, zadnja sprememba 8/213.

⁵ Izjema velja na primer za odškodnino glede na vrednost stvari za oškodovancea (*pretium affectionis*) v skladu s četrtim odstavkom 168. člena OZ. Ker je povrnitev takšne škode vezana na hujšo obliko krivde (naklep), lahko rečemo, da vsebuje tudi kaznovalni element. Po drugi strani pa se v tem primeru pri povrnitvi premoženjske škode upošteva tudi določen nepremoženjski element – čustvena povezanost oškodovancea s stvarjo.

⁶ Če oškodovaneč zaradi škodnega dogodka dobi darila ali nesebično pomoč prijateljev ali prostovoljcev, se ta ne vštejejo v odškodnino in jih lahko obdrži, njihov namen je pomoč oškodovancu, zato ne smejo koristiti odgovorni osebi. Izjema velja tudi v primerih, ko je oškodovaneč dobil socialno pomoč, glej na primer VS II Ips 50/1994 z dne 15. septembra 1994.

Premoženjska škoda pomeni poseg v premoženje oškodovancea. Oblika zmanjšanja premoženja je tudi izgubljeni dobiček, to je dobiček, ki bi ga bilo mogoče utemeljeno pričakovati glede na normalen tek stvari ali glede na posebne okoliščine, pa ga zaradi povzročiteljevega ravnanja ni bilo mogoče doseči.⁷ S pojmom izgubljenega dobička je povezano tudi pravilo iz prvega odstavka 216. člena ZPP, ki omogoča sodišču, da v primeru, ko je podan temelj, ugotavljanje višine odškodnine pa ni mogoče ali je nesorazmerno težavno, oceni škodo po prostem preudarku.

Če je zaradi protipravnega ravnanja povzročitelj škode dosegel dobiček, ki bi ga bil sicer dosegel oškodovaneč, lahko na povrnitev izgubljenega dobička gledamo tudi kot na prenos protipravno pridobljenega dobička na oškodovancea. Nekaj podobnega je storilo Vrhovno sodišče v sodbi v zadevi III Ips 98/2013, v kateri je bil izgubljeni dobiček posledica zlorabe prevladujočega položaja (glej v nadaljevanju). Izgubljeni dobiček oškodovancea je sodišče ob uporabi 216. člena ZPP ocenilo glede na dobiček, ki ga je dosegel kršilec.

Nepremoženjska škoda pomeni duševne bolečine (s posebej opredeljenimi vzroki), telesne bolečine ali strah, pa tudi okrnitev ugleda pravne osebe,⁸ pri čemer denarna odškodnina ni namenjena povrnitvi škode v smislu restitucije prejšnjega stanja, saj ta ni mogoča, ampak želi oškodovancu zagotoviti »pravično denarno zadoščenje«.

V literaturi je bilo nekaj diskusij o tem, ali bi bila denarna odškodnina za (nepremoženjsko) škodo v primeru posegov v osebnostne pravice posameznika, storjenih preko medijev, lahko višja kot bi bila sicer, da bi s tem odvrčala medijske hiše od sistematičnih kršitev pravic posameznikov.¹⁰ Čeprav medijska hiša pridobiva dobiček s posegi v osebnostne pravice, prenosa (odvzema) tako ustvarjenega dobička ni mogoče zahtevati z zahtevkom na povrnitev premoženjske škode (izgubljenega

⁷ Treji odstavek 168. člena OZ. Funkcija te določbe je olajšanje dokaznega bremena: brez nje bi moral oškodovaneč vedno dokazati, da je izgubil dobiček nanučeno v višini, kot jo uveljavlja. Določba vzpostavlja (ovrgljiv) domnevo, da bi oškodovaneč dosegel dobiček glede na običajen potek stvari oziroma posebne okoliščine. Oškodovaneč mora zato zgolj zatrjevati in dokazati okoliščine, iz katerih izhaja verjetnost nastopa dobička. Izgubljeni dobiček se lahko računa abstraktno, to je glede na običajen tek stvari, ne glede na konkretne okoliščine (kar prav tako pomeni olajšanje dokaznega bremena), ali pa konkretno, to je glede na posebne okoliščine, ki jih je treba dokazati. Tako na podlagi § 252 BGB, ki ima enako vsebino kot tretji odstavek 168. člena OZ, menja nemška teorija in sodna praksa, glej: H. Oetker, v MünchKommBürger zum BGB, 6. izd., 2012, § 252 BGB, r. št. 30; R. Schulze, v BGB Kommentar, 7. izd., (2012), § 252, r. št. 2; H. Heinrichs, v Palandt BGB, 66. izd. (2007), § 252, r. št. 5.

⁸ Glej 183. člen OZ.

⁹ Glej 179. člen OZ.

¹⁰ Glej na primer Š. Mežnar, Odškodnina kot kazni na primeru medijskih kršitev – zakaj (ne)? Izbrane teme civilnega prava 2006, str. 77; Mežnar, Novejši trendi v odškodninskem pravu, Podjetje in delo, št. 6-7/2008, str. 1264; A. Poljanar-Pavlenik, Prava meta odškodninskega prava, Podjetje in delo, št. 3-4/2011, str. 1284; I. Vuksanović, Kaznovalna funkcija odškodnin in Ustava, Pravna praksa, št. 20/2010, str. 11; M. Petek, Penalna odškodnina v primeru posega v osebnostne pravice, Odvetnik, št. 3/66 (2014), str. 10.

dobička), kajti v večini primerov ne bo mogoče reči, da je oškodovanec na tak način želel komercializirati svojo osebnost, to je, da je dobiček utemeljeno pričakoval. Odškodnina za nepremoženjsko škodo, ki bi vsebovala »dodatek za odvrtačanje«, bi hkrati opravičljiva tudi funkcijo prenosa protipravno doseženega dobička na oškodovanca. Diskusija, ki ji sodna praksa za zdaj ni sledila, se je osredotočila predvsem na »kaznovalne« elemente takšnih odškodnin. Prevladujoče mnenje vztraja pri stališču, da odškodnina ne sme preseči (objektivno določene) škode, ter nasprotuje ideji kaznovanih odškodnin, saj naj bi bile v nasprotju z načeli zasebnega prava; izvajanje kaznovane funkcije naj bi bilo rezervirano izključno za kazensko pravo.¹¹ Slednje naj bi namreč oboževanemu med drugim zagotavljalo ustavno procesna jamstva, za katerega bi lahko bil v civilnem postopku prikrajšan.¹² Iz nedavne sodbe Vrhovnega sodišča sicer izhaja, da sprememba stališča glede kaznovanih odškodnin ni povsem nemogoča.¹³

Nekateri upravičeno opozarjajo, da odškodnina v višini resnične (to je primerljive z drugimi primeri) nepremoženjske škode ne omogoča učinkovitega varstva osebnostnih pravic nasproti korporacijam.¹⁴ S tem se lahko strinjamo tudi z vidika, da je posledica opisanega stališča sodne prakse tudi to, da lahko kršilec – medijsko podjetje – kljub plačilu odškodnine obdrži dobiček, če ta presega oškodovančovo »resnično« škodo.

Pred seboj imamo torej dve nasprotujoči si načeli: na eni strani je nesprejemljivost tega, da bi kršilec obdržal protipravno pridobljeni dobiček (ki presega odškodnino), na drugi pa načelo, da oškodovanec ne sme »zaslužiti« na račun škodnega dogodka. Kot kaže, je za zdaj tehnika nagnjena v korist slednjega. Zdi se torej, da pravni red lažje sprejme, da kršilec obdrži protipravno pridobljeni dobiček, kot pa da bi oškodovanec »zaslužil« z odškodnino.

S takim rezultatom se ni mogoče strinjati. Odvzem dobička, pridobljenega s protipravnim ravnanjem, je vsekakor legitimen in pomemben cilj zasebnega prava. Če lahko kršilec obdrži protipravno pridobljeni dobiček,¹⁵ se torej okorišča na škodo drugega, poleg tega pa ustvarja spodbudo za kršitve prava oziroma celo v določenem

¹¹ Glej na primer A. Poljanar-Pavlenik, *Prava meta odškodninskega prava*, Podjetje in delo, št. 3-4/2011, str. 1284.

¹² Glej na primer I. Vuksanović, *Kaznovalna funkcija odškodnin in Ustava*, Pravna praksa, št. 20/2010, str. 11. Tenu argumentu se je sicer težko pridružiti: bistvo kazenskih procesnih jamstev je v varstvu posameznika pred državo, ki ima v tem razmerju prevladujočo položaj, poleg tega pa je predmet kazenskega postopka in kaznovanja pravzaprav posameznik sam. V zasebnopravnih razmerjih, v katerih sta stranki (mnogo bolj) enakopravni, je strah pred zlorabo oblasti odveč, poleg tega pa »kazene« v obliki odškodnine bistveno manj poseže v osebnostno sfero posameznika kot denimo zapor.

¹³ Sodba VS II tps 130/2012 z dne 8. novembra 2012.

¹⁴ Glej na primer Š. Mežnar, *Odškodnina kot kazen na primenu medijskih kršitev – zakaj (ne)?* Izbrane teme civilnega prava 2006, str. 77; Š. Mežnar, *Novější trendi v odškodninskem pravu*, Podjetje in delo, št. 6-7/2008, str. 1284.

obsegu legalizira svoje protipravno ravnanje.¹⁵ To ima za družbo neprimerno hujše posledice, kot če bi oškodovance dobili »preveč« odškodnine.

Evropski koncepti odškodninskega prava so rezultat zgodovinskega razvoja, katerega ključni moment so civilne kodifikacije 19. stoletja; te ureditve pa so nastale v precej drugačnih okoliščinah od današnjih. Nekaterih področij prava, ki jih poznamo danes, še ni bilo ali je bil njihov razvoj še v povojih, denimo konkurenčno pravo, pravo intelektualne lastnine, osebnostno pravo. Tudi možnosti za pridobivanje dobička s protipravnim ravnanjem, tako da bi dobiček lahko znano presegal izgubo oškodovanca, so bile bistveno manjše. Pravil povrnitve škode, kakršno je načelo, da oškodovanec na račun povrnitve ne sme imeti več, kot je imel pred škodnim dogodkom, zato ne gre razumeti preveč togo.

Nobene dvoma ni, da položaj, v katerem lahko povzročitelju škode, denimo v primeru kršitev konkurenčnega prava ali osebnostnih pravic, tudi po plačilu odškodnine ostane dobiček, za pravni red ne more biti sprejemljiv. Če namreč pridobivanje dobička ni sprejemljivo za nepristnega poslovođa brez naročila na podlagi prvega odstavka 205. člena OZ in za kršitelja konkurenčne prepovedi na podlagi 42. člena ZGD-1, je toliko manj sprejemljivo za tistega, ki ustvarja dobiček s kršitvijo osebnostnih pravic oziroma drugih pravnih varovanih položajev drugih oseb. Ureditev, po kateri bi moral(a) le) nepristni poslovođa in kršilec konkurenčne prepovedi principalu oziroma družbi izročiti pridobljene koristi, drugi kršilci pravic pa ne, ni konsistentna.

Zato bi bilo mogoče v primerih, kadar dobiček povzročitelja presega škodo oškodovanca, razmišljati v smeri odneme odškodnine na tak način, da bi upoštevala protipravno pridobljeni dobiček. Takšna odškodnina bi lahko preseгла (objektivno odmerjeno) nastalo škodo. Ta okoliščina – da odškodnina presega škodo – še ne pomeni, da gre za kaznovanje. Kršilev položaj po plačilu odškodnine ne bi bil v ničemer slabši kot pred protipravnim ravnanjem. Namen tako določene odškodnine ni kaznovanje, ampak odvzem protipravno pridobljenega dobička kršilcu in njegov prenos na osebo, s kršitvijo pravic katere je bil ustvarjen (oškodovancu). Ključna funkcija takšnega prenosa dobička je odvrtačanje potencialnih povzročiteljev škode. Zanje namreč ne sme obstajati spodbuda za kršitve prava oziroma poseganje v tuje pravice. Hkrati tudi ne bi šlo za neupravičeno bogatenje oškodovanca: ker je bil dobiček ustvarjen s kršitvijo oziroma zlorabo njegovih pravic, se zdi primerno, da je do njega upravičen prav on. Takšno je vsekakor izhodišče zakonodajalca pri 205. členu OZ ter 42. členu ZGD-1.

2.2. Posebnosti v pravu intelektualne lastnine

Kršitev pravic intelektualne lastnine je tudi delikt, torej upravičuje do povrnitve škode v skladu s splošnim nepogodbenim odškodninskim pravom. Slednje pa je glede kršitev pravic intelektualne lastnine predmet dveh pomenbnih modifikacij.

¹⁵ Mišljena so civilnopravna razmerja, če je isto dejansko stanje tudi kazenskopravno relevantno, pride namreč v poštev ukrep odvzema premoženjske koristi.

konkurenčnega prava. Že sicer nanureč velja, da je dokazovanje škode kot posledice kršitev konkurenčnega prava zelo zahtevno. Rezultat je, da v državi, kjer je obsej monopolov in oligopolov, zlasti podjetij v državni lasti, notorično poznan, v časi skoraj četrta stoletja tako rekoč ni sodnih odločb, s katerimi bi bil prisojen izgubljeni dobiček v primeru kršitve konkurenčnega prava.

Druge čase pa nakazuje že omenjena sodba Vrhovnega sodišča v zadevi III Ips 98/2013 z dne 23. maja 2014, pri kateri je bil izgubljeni dobiček tožec stranke posledica zlorabe prevladujočega položaja s strani tožene stranke. Sodišče je ob uporabi 216. člena ZPP menilo, da je izbira metode za računanje izgubljenega dobička odvisna od okoliščin, zlasti dostopnosti podatkov. Odločilo se je za metodo primerjave donosnosti oškodovanega podjetja z donosnostjo v primerljivem podjetju, ki ni utrpelo škode zaradi zlorabe, pri čemer je za slednje vzelo kar toženo stranko oziroma njeno hčerinsko družbo.³⁰ V obrazložitvi se je sklicevalo na nemško in avstrijsko zakonodajo, ki pri določanju višine škode zaradi kršitev konkurenčnega prava na podlagi proste presoje dokazov (določb, ekvivalentnih 216. členu ZPP) izrecno omogoča upoštevanje dobička, pridobljenega s kršitvijo.³¹

3. Pravo neupravičene obogatitve

Zdi se, da več možnosti za prenos protipravno doseženega dobička ponuja pravo neupravičene obogatitve, saj se ta del obligacijskega prava ukvarja prav s prenosom neupravičene obogatitve z okoriščenega stranke na prikrajšano. Obogatitveno pravo izhaja iz načela, da nihče ne sme biti obogaten na račun drugega brez pravne podlage.³² Namen restitucijskega zahtevka je odprava neupravičene obogatitve, to je obogatitve brez pravne podlage (temelja).

Protipravnosti ravnanja okoriščenega stranke sicer ne spada med predpostavke obogatitvenega zahtevka, vendar pa je z obogatitvenim (restitucijskim) zahtevkom mogoče zajeti tudi protipravno pridobljen dobiček oziroma dobiček, pridobljen s protipravnim posegom v pravice drugega, saj ni pravne podlage, da bi ga okoriščena stranka lahko obdržala. Na neupravičeno uporabo oziroma poseg v pravice drugega lahko torej gledamo z vidika deliktne ali obogatitvene pravne podlage.³³

Obligacijski zakonik v 189. členu izrecno omogoča, da oškodovanec po zastaranju odškodninskega zahtevka zahteva od odgovorne osebe, *»njaj mu odstopi tisto, kar je*

³⁰ Glej sodbo VS III Ips 98/2013 z dne 23. maja 2014. Takšna metoda ugotavljanja obsega škode predpostavlja (najmanj to), da sta podjetji po velikosti in donosnosti primerljivi.

³¹ Glej, § 33 (3) nemškega GWB ter § 37a (1) avstrijskega KartG.

³² Glej na primer M. Konstantinović, Obligacije i ugovori – Škica za zakonik, Beograd, Centar za dokumentacijo i publikacije Pravog fakulteta u Beogradu, 1969, člen 168 (1): *»Pravilo je da se niko ne može obogatiti bez osnove na tuđ račun.«*

³³ Glej na primer sodbo VS II Ips 444/2004 z dne 16. marca 2006, pri kateri je tožena stranka brez soglasja oddala v najem stanovanje, katerega solastnica je bila; sodišče je ugodilo zahtevku solastnika na povrnitev škode; ter sodbo VS II Ips 364/2000 z dne 1. marca 2001, pri kateri je tožnica kot solastnica hiše trdila, da jo je tožence oviral pri uporabi hiše. Sodišče je ugodilo zahtevku na podlagi neupravičene obogatitve.

dobila z dejanjem, s katerim je bila povzročena škoda» po pravilih o neupravičeni obogatitvi.³⁴ Oškodovanec si lahko načeloma že pred potekom zastaralnega roka izbere pravno podlago zahtevka, kolikor so zanj podane predpostavke.³⁵ Obogatitveni zahtevki je torej na voljo poleg deliktne (in morebitnega pogodbenega) zahtevka, čeprav se zdi, da bi imela glede na korektivno funkcijo obogatitvenega zahtevka v obligacijskem pravu deliktini in pogodbeni zahtevki načeloma prednost.³⁶ Določbe 189. člena OZ nameč ni mogoče razlagati v smislu, da bi oškodovanec pridobil obogatitveni zahtevki šele po zastaranju (subjektivnega) deliktnega zahtevka, na voljo pa bi mu bil le v preostanku časa do nastopa zastaranja obogatitvenega zahtevka.³⁷

Možna bi bila tudi kombinacija obeh pravnih podlag: povrnitev škode bi se lahko v skladu z ustaljenimi merili zahtevala v obsegu dejanske škode oziroma izgubljenega dobička in/ali nepremoženjske škode; prenos morebitnega dobička, ki bi ostal kršilcu, pa na obogatitveni podlagi. Takšen pristop bi bil v skladu s korektivno funkcijo prava neupravičene obogatitve, to je z dopolnitvijo drugih pravnih podlag z namenom doseganja pravične rešitve. Težave povzroča ureditev zastaranja za obogatitveni zahtevki velja petletni zastaralni rok, ki teče od nastanka zahtevka (346. člen OZ), za deliktne odškodninske zahtevke pa kombinacija subjektivnega in objektivnega roka (352. člen OZ), izvenjši škodo, povzročeno s kaznivim dejanjem (353. člen OZ).³⁸

Osnovno pravilo prava neupravičene obogatitve je zapisano v 190. členu OZ: kdor je bil brez pravne temelja obogaten na škodo drugega, je prejel dolžan vrniti, če je to mogoče, sicer pa nadomestiti vrednost dosežene koristi. Obogatitvene zahtevke delimo na kondiktivne (obogatitev nastane v zvezi s pravnim poslom oziroma izpolnitvenim ravnanjem prikrajšane stranke) in verzivne (obogatitev nastane ne glede na pravni posel oziroma voljo prikrajšane stranke). Načeloma o neupravičeni obogatitvi govorimo, če je prišlo do premika premoženja od ene osebe k drugi brez pravne podlage,³⁹ kar pomeni, da bi morala biti obogatitev ene stranke vzročno povezana s prikrajšanjem druge.

³⁴ Glej na primer sodbo VSL III Cp 1164/2009 z dne 3. junija 2009 in sodbo VSL II Cp 1219/1994 z dne 5. aprila 1995.

³⁵ Izbira pravne podlage ni neposredna, saj sodišče pravo pozna in uporablja (*inter novum curia*). Vendar pa je tožec stranka tista, ki zatrjuje in dokazuje dejstva, ki spadajo k obogatitvenemu ali deliktному zahtevku.

³⁶ Sodba VS II Ips 145/2010 z dne 20. junija 2013.

³⁷ Glej tudi: D. Jadek-Pensa, v M. Juhart, N. Plavšak (ur.), OZ s komentarjem, GV Založba 2003, 189. člen, str. 107.

³⁸ Čeprav ni začelena, pa kombinacija dveh zahtevkov z različnimi zastaralnimi roki, ki izhajata iz istega dogodka, ni nemogoča. Zakon denimo za povrnitev škode zaradi stvarne napake predpisuje prav to; drugi in tretji odstavek 468. člena OZ.

³⁹ Glej na primer sodbo VSM I Cpg 212/2010 z dne 17. novembra 2010. Ob tem velja poudariti, da obogatitveni zahtevki ne izključujejo v primeru, ko je za premik premoženja obsajala pravna podlaga, ampak tudi, če je bila podlaga naravna ali moralna obveznost – 192. člen OZ.

OZ daje v 198. členu imetniku »stvarni« možnost, da od tistega, ki je uporabil stvar brez pravne podlage, zahteva nadomestitev »koristi, ki jo je imel od uporabe«. Gre za verzijski zahtevki, o katerem obstaja sodna praksa, predvsem v zvezi z uporabo tuje nepremičnine oziroma uporabo v obsegu, ki presega solastniška upravičenja. Vsebinska zahtevka je tako imenovana »uporabina«, ki se praviloma izračuna na podlagi urne cene najema. Sodna praksa določbo razume širše in pod nepravilno uporabo »stvarni« razume tudi nepravilno uporabo pravice, zlasti avtorske in sorodnih pravic. Pogosti so zahtevki kolektivnih avtorskih organizacij na podlagi javnega predvajanja glasbenih del;⁴⁰ predmet zahtevka je tu plačilo običajnega ali dogovorjenega honorarja. Čeprav formalno na obogatitveni pravni podlagi, je zahtevki vsebinsko enak tistemu, kot ga pod naslovom »povrnitev škode« omogočata drugi odstavek 168. člena ZASP in drugi odstavek 121. a člena ZIL-1 (glej zgoraj), torej povrnitev običajne ali dogovorjene licenčnine.

Vprašanje pa je, ali 198. člen OZ oziroma tudi splošna določba 190. člena OZ omogoča odvzem protipravno pridobljenega dobička tudi v obsegu, ki presega običajno licenčnino, oziroma v vseh primerih, ko storilec s protipravnim ravnanjem pridobi dobiček. Sodna praksa se po dostopnih podatkih o tem še ni izrekla.

Proti takšnemu razumevanju vsebine obogatitvenega zahtevka bi ugnilo govoriti prej omejeno pravilo o vzročnosti med prikradanjem in obogatitvijo, če bi ga razumeli zelo strogo. To pravilo sicer nima neposredne opore v zakonu. Za odvzem protipravno pridobljenega dobička na ta način pa brez dvoma govori osnovni cilj obogatitvenega prava, to je, da nihče ne sme biti nepravilčno obogaten na škodo drugega. Tudi besedna razlaga 190. člena OZ (»nadomestiti vrednost dosegene koristi«) oziroma 198. člena OZ (»nadomestitev koristi od uporabe«) ji ne nasprotuje. Ni namreč bistveno, za kaj in koliko je ena stranka prikradajšana, temveč, ali in za koliko je druga stranka neupravičeno obogaten. Argument je mogoče videti tudi v analogiji z ureditvijo pravnega položaja nedobrovernega lastniškega posessnika v 96. členu SPZ-1a mora namreč lastniku vrniti vse plodove; sem pa bi lahko uvrstili tudi (protipravno pridobljeni) dobiček. Zato menim, da pravo neupravičene obogatitve omogoča tudi odvzem protipravno dosegjenega dobička (slabovernemu) okoriščenju. Kot alternativna pravna podlaga je oškodovancu na voljo poleg deliktnega odškodninskega zahtevka.

4. Pogodbeno pravo

Če dolжник ne izpolni pogodbe, lahko upnik zahteva njeno izpolnitev. Če se upnik odloči za izpolnitevni zahtevki, s tem prepreči dolžniku odločitev, da pogodbe ne bo izpolnil, če je to zanj kljub posledicam neizpolnitve (odškodnina) ugodnejše od izpolnitve. Vendar to velja le za obveznosti, ki jih je po njihovi naravi mogoče izvršiti. Izključene so tako imenovane nenadomestne obveznosti, ki jih lahko izpolni le dolжник. Lahko bi rekli, da ima izpolnitveni zahtevki tudi funkcijo preprečevanja donosnih kršitev pogodbe.

⁴⁰ Glej na primer sodbo VSL II Cp 1751/2014 z dne 24. septembra 2104; sodbo VSL II Cp 1146/2014 z dne 23. julija 2014; sodbo VSL I Cpg 1737/2013 z dne 27. marca 2014.

Upnik je v primeru kršitve pogodbe upravičen do povrnitve škode. Dolжник jo mora povrniti v obsegu, ki mu je bil vnaprej predvidljiv; ta omejitve odpade, če je bila kršitev namerna, hudo malomarna ali goljufiva.⁴¹ V slednjem primeru odškodnina pokrije celotno škodo, ki je posledica kršitve, torej tudi škodo, ki izhaja iz posebnih okoliščin, za katere dolжник ni vedel ali moral vedeti. Glede na to, da je večji obseg odškodnine vezan na hujšo krivdno obliko, bi tudi tu lahko govorili o določenem kaznovalnem elementu. Čeprav gre še vedno za povrnitev upnikove škode, in ne za odvzem dobička dolžniku, pa drugi odstavek 243. člena OZ vendarle v funkcionalnem smislu omogoča prenos dela ali celotnega dobička, če ga je dolжник s kršitvijo pridobil. Vendar je sodna praksa glede namernih oziroma goljufivih kršitev skromna, o vidiku odvzema dobička pa teorija ni razpravljala.

5. Upravno pravo

Kršitve konkurenčnega⁴² in avtorskega prava⁴³ kakor tudi kršitve številičnih drugih zakonov oziroma pravic (z izjemo patentov, znamk in modelov) niso le delikti, ki upravičujejo do povrnitve škode, ampak tudi prekrški. To med drugim pomeni, da se kaznujejo z denarno globo, ki jo lahko naložijo različni državni organi. Na globe je mogoče gledati tudi kot na način za odvzem protipravno pridobljenega dobička v koristi državnega proračuna. V primerih kršitev konkurenčnega prava lahko globe znašajo do 10 odstotkov letnega prometa podjetja.⁴⁴ Naloži jih lahko Agencija za varstvo konkurence. Izjemno majhno število glob, naloženih v zadnjih dveh desetletjih, žal ne omogoča sklepa, da se konkurenčno pravo v Sloveniji spoštuje, temveč prej govori o nezavzeti kulturi spoštovanja konkurenčnega prava in izjemno neučinkovitem javnem uveljavljanju konkurenčnega prava.

Prekrški so podvrženi tudi pravilom o odvzemu premoženjske koristi. Zakon o prekrških jasno določa, da »nikče ne more obdržati premoženjske koristi, pridobljene s prekrškom ali zaradi njega«.⁴⁵ Organ, ki naloži kazni, lahko izda tudi odredbo, s katero se kršilca ali drugemu prejemniku v korist proračuna zaplenijo premoženjske koristi, pridobljene s prekrškom. Žal je sodna praksa o odvzemu protipravno pridobljene koristi izjemno skromna.

6. Kazensko pravo

Kršitve konkurenčnega prava, s katerimi je povzročena »velika«⁴⁶ premoženjska škoda oziroma je z njimi pridobljena »velika« premoženjska korist, niso le prekrški,

⁴¹ Prvi in drugi odstavek 243. člena OZ.

⁴² Glej 73. in 74. člen ZPOmk-1.

⁴³ Glej 184. in 185. člen ZASP.

⁴⁴ Glej 73. in 74. člen ZPOmk-1.

⁴⁵ Glej 28. člen Zakona o prekrških (ZP-1).

⁴⁶ Tako velika škoda kot velika premoženjska koristi sta v devetem odstavku 99. člena KZ-1 opredeljeni v višini najmanj 50.000 evrov.

Članki

D. Možina: Protipravno pridobljeni dobiček kot merilo odškodninskega in obogatitvenega zahtevka

ampak tudi kazniva dejanja.⁴⁷ Enako velja za gospodarsko uporabo tuje firme, znamke, modela, patentu in drugih pravic industrijske lastnine.⁴⁸ Tudi kršitev avtorske in sorodnih pravic lahko pomeni kaznivo dejanje.⁴⁹ tako kot poseg v osebnostne pravice⁵⁰ in številne druge kršitve. Kadar je enako ravnanje inkriminirano hkrati kot prekršek in kaznivo dejanje, ima kazenski postopek prednost.⁵¹ Kazensko odgovornost so le fizične, ampak tudi pravne osebe.⁵²

Storilec (kršitelj) mora seveda povrniti škodo, ki jo je povzročil. Poleg tega se sme obdržati nobene koristi, ki jo je morda pridobil in mu je ostala po plačilu odškodnine. Ničče ne sme obdržati premoženjske koristi, ki jo je pridobil s kaznivim dejanjem ali zaradi njega.⁵³ Seveda je odvzem vezan na ugotovitev odgovornosti za kaznivo dejanje. Koristi se odvzamejo storilcu ali osebi, ki jih je prejel.

Odvzem premoženjske koristi ni kazenska sankcija, ampak poseben restitucijski ukrep, s katerim se uresničuje načelo, naj se kriminalna dejavnost ne izplača.⁵⁴ Kazenski zakonik ureja razmerje med odvzedom koristi in odškodninskim zahtevkom, ki se prav tako lahko postavi v kazenskem postopku: če je bil oškodovancu v kazenskem postopku prisojen premoženjskopravni zahtevek, izreče sodišče odvzem premoženjske koristi, kadar ta presega oškodovancu prisojeni odškodninski zahtevek.⁵⁵ V tem smislu je povrnitev škode oškodovancu primarne, odvzem koristi (v korist proračuna) pa sekundarne narave.⁵⁶

Pri tem se postavlja vprašanje, ali naj ima prednost pred zahtevkom »države« za odvzem premoženjske koristi ne le oškodovanečev odškodninski zahtevek (v »klasičnem« smislu), ampak tudi zahtevek za prenos protipravno pridobljenega dobička na obogatitveni podlagi. Za pritrden odgovor govori najprej besedna razlaga zakona, saj »premoženjskopravni« zahtevek vključuje tudi obogatitveni zahtevek. Po drugi strani pa je po mojem mnenju oškodovaneč, s kršitvijo pravic katerega je bil pridobljen dobiček, bolj upravičen do njega kot država. Bistveno je, da ga ne obdrži storilec.

Uresničevanje odvzema premoženjske koristi lahko v praksi povzroča velike težave. V preprostem kazenskem primeru, denimo če je obdolženec prodajal mamila, je odvzem koristi preprost: obdolženec se vzame denar. V bolj zapletenih primerih, denimo pri kršitvah konkurenčnega prava, pa utegne imeti kazensko sodišče velike, morda celo nepremostljive težave pri ugotavljanju koristi, ki jih je treba odvzeti, ter

⁴⁷ Glej 225. člen KZ-1, Ur. l. RS, št. 55/08, 39/09.

⁴⁸ Glej 233. člen (znamke, modeli) in 234. člen (patenti, topografije) KZ-1.

⁴⁹ Glej 147–149. člen KZ-1.

⁵⁰ Glej 158–160. člen KZ-1.

⁵¹ Glej 11. člen Zakona o prekrških.

⁵² Zakon o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja, Ur. l. RS, št. 59/99, zadnja sprememba 57/12.

⁵³ Glej prvi odstavek 74. člena KZ-1.

⁵⁴ M. Ambrož, *Odvzem protipravne premoženjske koristi*, Odvetnik, 70, april 2015, str. 30.

⁵⁵ Prvi odstavek 76. člena KZ-1.

⁵⁶ Glej tudi sodbo VS 1 Ips 34619/2011-416 z dne 12. septembra 2013.

Članki

D. Možina: Protipravno pridobljeni dobiček kot merilo odškodninskega in obogatitvenega zahtevka

pri izključevanju drugih dejavnikov, ki so prav tako vplivali na gospodarski položaj obdolženca. Če oškodovaneč zahteva povrnitev škode v okviru kazenskega postopka, bo sodišče odločilo o zahtevku le, če so okoliščine primera razmeroma preproste. Če ni tako, bo kazensko sodišče napotilo tožnika na civilno ali gospodarsko sodišče. Te možnosti pa sodišče glede odvzema premoženjske koristi nima. Sodna praksa o odvzemu premoženjske koristi v kazenskem postopku je sila skromna, v zvezi s kršitvami konkurence, pravic intelektualne lastnine ter osebnostnih pravic pa je po javno dostopnih podatkih sploh ni.

Cilj odvzema premoženjske koristi – da storilec ne obdrži protipravno pridobljenega dobička – je mogoče doseči tudi z denarno kaznijo ter, kadar gre za pravne osebe, tudi z zaplenbo premoženja (ki ga je imelo podjetje pred kaznivim dejanjem) kot kazensko sankcijo. Tako kot pri odvzemu premoženjske koristi se denarne kazni plačujejo v korist državnega proračuna. Določijo se na podlagi cele vrste okoliščin, med katerimi je tudi dobiček, pričakovan ali dosežen s kaznivim dejanjem.⁵⁷ Vendar je denarna kazen še vedno abstraktna v tem smislu, da dejansko doseženega dobička za namen določanja kazni ni treba ugotoviti. Zato je mnogo lažje naložiti denarno kazen kot ugotoviti obseg premoženjske koristi, ki naj se odvzame.

Zakon o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja vsebuje izjemno širok razpon denarnih kazni: za kazniva dejanja, ki se kaznujejo z zapornim do treh let, lahko denarna kazen znaša 500.000 EUR ali do stokratnika zneska škode oziroma koristi, pridobljenih s kaznivim dejanjem, medtem ko za kazniva dejanja, ki se kaznujejo z več kot tremi leti zapora, minimalna denarna kazen znaša 50.000 EUR, doseže pa lahko dvestokratni znesek povzročene škode oziroma pridobljene koristi.⁵⁸ Ali je takšen način predpisovanja denarnih kazni primer razumne pravne ureditve, naj se ugotavlja na kakšnem drugem mestu. Velja pa spomniti, da (vsaj sodec po javno dostopnih podatkovnih bazah) od leta 1999 v Sloveniji tako rekoč ni primerov sodb, ki bi pravnim osebam nalagale denarno kazen.⁵⁹

Pred nekaj leti sprejeti Zakon o odvzemu premoženja nezakonitega izvora⁶⁰ naj bi pomenil dopolnitev KZ-1 v boju proti gospodarskemu kriminalu. Zakon vzpostavlja obrnjeno dokazno breme: nezakonit izvor premoženja se domneva, če v postopku finančne preiskave lastnik ne dokaže, da je bilo pridobljeno zakonito. Domneva nezakonitosti je problematična z vidika domneve nedolžnosti, ki jo varujeta Ustava ter EKČP.⁶¹ Finančna preiskava se začne, če se v predkazenskem ali kazenskem postopku pokažejo razlogi za sum, da oseba razpolaga s premoženjem nezakonitega izvora. Nezakonito pridobljeno premoženje se odvzame v pravnem postopku, obsodilna kazenska sodba pa za odvzem ni potrebna.

⁵⁷ Glej 49. člen KZ-1.

⁵⁸ Glej 6. člen Zakona o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja.

⁵⁹ Z eno samo izjemo: sodba VSL I Cpg 708/2013 z dne 21. novembra 2013.

⁶⁰ Zakon o odvzemu premoženja nezakonitega izvora, Ur. l. RS, št. 81/11, 25/14.

⁶¹ To bi lahko denimo pomenilo, da bi lahko država posamezniku, ki je bil v zvezi s kaznivim dejanjem, povečanim s tem premoženjem, oproščeno v kazenskem postopku, odvzela premoženje na podlagi domneve, da ga je pridobil nezakonito.

7. Rešitve v primerjalnem pravu

V številnih evropskih pravnih redih je že zakonodajalec, zlasti na nekaterih posrednih področjih, kot sta pravo intelektualne lastnine ter konkurenčno pravo, predvidel možnosti za upoštevanje protipravno doseženega dobička pri odmeri odškodnine; ponekod je takšno možnost razvila sodna praksa.⁶² O vraščanju prenosa protipravno pridobljenega dobička se je razvila tudi bogata teoretična diskusija.⁶³

V nemškem pravu ima denimo oškodovanec v primerih kršitev konkurenčnega prava, prava intelektualne lastnine, osebnostnih pravic ter imenskega in firmanskega prava pravico izbire: lahko zahteva povrnitev (1) izgubljenega dobička, povrnitev (2) škode v obliki običajne licenčne ali pa (3) izročitev dobička, ki ga je s kršitvijo dosegel kršilec.⁶⁴

V švicarskem pravu velja, da (slaboverni) poseg v tuj pravni položaj ni le delikt, ampak pomeni tudi neupravičeno obogatitev (*Eingriffskonkition*). Večinsko mnenje v teoriji postavlja dodane zahteve: to velja le pri pravicah, ki dajejo imetniku izključno pravico uporabe oziroma izkoriščanja predmeta pravice; sem spadajo vse absolutne pravice, vključno z nepremoženjskimi, denimo pravico na lastni podobi.⁶⁵ Zakon o avtorski pravici ter zakon o varstvu blagovnih znakov določata, da ima v primeru posega v ti pravici njun imetnik poleg pravice do povrnitve (premoženjske) škode ter zadoščenja (za nepremoženjsko škodo) v skladu z nepogodbenim odškodninskim pravom (41. člen in naslednji OR) pravico tudi do izročitve tako pridobljenega dobička po pravih o nepristnem poslovanstvu brez naročila, prvi odstavek 423. člena OR.⁶⁶ Po mnenju teorije se ta dva zahtevka lahko tudi dopolnjujeta (kumulirata), pri čemer je treba biti pozoren na to, da ne pride do dvojnega odškodovanja.⁶⁷

⁶² Glej pregled pri C. von Bar, E. Clive (ur.) *Draft Common Frame of Reference*, Sellier, 2009, člen VI.-6:101, str. 3736 in naslednje.

⁶³ Glej na primer G. Wagner, *Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden*, Beck, München 2006, str. 96 in naslednje; J. Edelman, *Gain-based damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, Hart, Oxford 2002; S. Harder, *Measuring Damages in the Law of Obligations*, Hart, Oxford 2010, str. 175 in naslednje; Glej tudi E. Hondius (ur.), *Disengagement of profits/Gain-Based Remedies throughout the World*, Springer 2015 (v izhajaju).

⁶⁴ Glej na primer H. Oetker, v *MünchKommBZ* 6. izd., 2012, § 252, r. št. 53–54.

⁶⁵ Glej na primer C. Huguenin, *Obligationenrecht*, Schulthess, 2012, § 23, str. 482, r. št. 1798 in naslednje; A. Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Allgemeiner Teil, Stämpfli Verlag, Bern 2009, § 32, str. 542, r. št. 20 in naslednje.

⁶⁶ Glej drugi odstavek 62. člena Urheberrechtsgesetz, drugi odstavek 55. člena Markenschutzgesetz. Prvi odstavek 423. člena OR določa, da lahko v primeru, ko gestor in ravnal v skladu z interesom gospodinja, temveč v lastnem interesu, gospodar zahteva tudi izročitev vseh tako pridobljenih koristi.

⁶⁷ Huguenin, *Obligationenrecht*, Schulthess, 2012, § 25, str. 592, r. št. 2213.

Prenos koristi, dosežene s protipravnim ravnanjem, predvideva tudi Osnutek skupnega referenčnega okvira (DCFR) za evropsko civilno pravo.⁶⁸ Ta, sicer sam po sebi nezavezujoč modelni zakon, ki je rezultat obsežne primerjalnopravne raziskave, je v členu VI.-6:101 na splošno predvidel alternativo povrnitvi škode v smislu resitucije (premoženjskega) stanja pred škodnim dogodkom: kjer je to primerno, lahko oškodovanec zahteva povrnitev škode v obliki, da mu odgovorna oseba izroči oziroma nanj prenese vsakršno korist, ki jo je dosegla v zvezi s povzročitvijo škode. Komentar določbe poleg njene povezave s pravom neupravičene obogatitve poudarja predvsem njen odvračalni učinek na potencialne kršilce.⁶⁹

8. Sklepi

Slovensko pravo izrecno in splošno onemogoča odvzem protipravno pridobljenega dobička le v kazenskem pravu in pravu prekrškov, torej na način javnega uveljavljanja, ne tudi v zasebnem pravu, z zasebnim uveljavljanjem. Vendar pa izjemno skromno število odločb kaže, da do odvzema v korist države v praksi prihaja le redko, na nekaterih področjih celo nikoli. Zato je mogoče podvomiti o učinkovitosti javnega uveljavljanja načela, da nihče ne sme obdržati protipravno pridobljene koristi. Poleg tega imajo v bolj zapletenih primerih, denimo pri kršitvah konkurenčnega prava, kazenska sodišča in vladne agencije lahko velike težave z ugotavljanjem obsega dobička, ki izvira iz kršitve. Veliko preprostejši način je nalaganje denarnih kazni ali glob, ki so – čeprav strogo gledano temu niso namenjene – funkcionalni ekvivalent odvzemu premoženjske koristi.

Čeprav zasebnopravna zakonodaja izrecno ne predvideva splošnega zahtevka za prenos protipravno pridobljenega dobička s storilca na upravičenca (oskodovalca), menim, da načelo, da nihče ne sme obdržati protipravno pridobljene koristi, vendarle velja.

V deliktne odškodninskem pravu je mogoče protipravno pridobljeni dobiček povzročitelju škode načeloma odvzeti le v obsegu, v katerem pomeni škodo (izgubljeni dobiček) oškodovanca. Po mojem mnenju bi bilo mogoče pojem škode in odškodnine razlagati tudi tako, da bi upoštevala dobiček, pridobljen s protipravnim ravnanjem. Takšno razumevanje je nakazalo tudi Viškovno sodišče v sodbi III Jps 98/2013. Če bi tako odmejena povrnitev škode pressegla »škodo« v klasični opredelitvi, to vendarle ne bi bilo kaznovanje kršilca, ampak le prenos dobička, do katerega kršilec ni upravičen, na oškodovanca, ki je. V pravu intelektualne lastnine je povrnitev škode po splošnem deliktne pravu modificirana: škoda se lahko računa tudi na podlagi dogovornega odlikne pravu modifikirana: škoda se lahko računa tudi na podlagi dobička kršitelju. V še večji meri prenos dobička onemogoča institut civilne kazni v

⁶⁸ O DCFR glej D. Možina, *Evropsko pogodbeno pravo*, škatle za orodje in modri gumbi, Podjetje in delo, št. 8/2008, str. 1695–1717.

⁶⁹ C. von Bar, E. Clive (ur.) *Draft Common Frame of Reference*, Sellier, 2009, člen VI.-6:101, str. 3725.

avtorskem pravu. Nepogodbeno odškodninsko pravo je modificirano tudi na področju kršitev konkurenčnega prava: v že omenjeni nedavni sodbi je Vrhovno sodišče kot podlago izgube oškodovanca zaradi zlorabe prevladujočega položaja vzelo v isem času doseženi dobiček povzročitelja.

V več možnosti za prenos protipravno pridobljenega dobička ponuja pravo neupravičene obogatitve. Obogatitveni zahtevek omogoča prenos dobička na oškodovanca (pri krajsano stranko) tudi v obsegu, ki presega prikrajšanje upravičenca. Deliktni zahtevek (z ustreznostjo razlago pojma škode) in obogatitveni zahtevek sta v nekaterih primerih alternativni rešitvi. Oškodovanec se lahko odloči za eno ali drugo pravno podlago. V primeru kršitve pravice intelektualne lastnine oba pristopa ponujata enako rešitev: deliktno pravo omogoča izračun škode na podlagi običajne licenčnine, vsebinsko enak pa je obogatitveni (verzijski) zahtevek na podlagi koristi od uporabe tuje pravice. Vsekakor pa je bistveno, da zasebno pravo potencialnim kršiteljem ne daje spodbude za kršitve pravice in da v tem smislu po možnosti deluje tudi odvračilno.

Ker temeljita na zasebni pobudi in ju poganja zasebni interes, sta tako odškodninski kot obogatitveni zahtevek pri uveljavljanju načela, da kršilec ne sme obdržati protipravno pridobljenega dobička, učinkovitejša od javnega uveljavljanja. Vendar so pravne možnosti za odvzem tudi v zasebnem pravu razmeroma slabo izkoriščene, seznan primerov uspešnega zasebnega uveljavljanja pa ni posebej dolg. Zato se ni mogoče izogniti vtisu, da se v Sloveniji protipravno ravnanje – žal – izplača.