

Izvirni znanstveni članek
UDK 347.426.6

Nekompenzatorna povrnitev škode

PETRA WEINGERL
doktorica pravnih znanosti,
docentka na Pravni fakulteti
Univerze v Mariboru

1. Uvod

Na vprašanje, ali v slovenskem pravnem redu poznamo nekompenzatorne oblike povrnitve škode, bi marsikdo odgovoril, da je taka oblika povrnitve škode neskladna z domačim pravnim redom oziroma mu je celo tuja. Ob tem pogosto pomislimo na kaznovialno odškodnino (*punitive damages*), do katere imajo pravniki tradicionalno odklonilen odnos. Vendar v civilnem pravu, tako v obligacijskem pravu kot zunaj tega okvira, najdemo nemalo primerov nekompenzatorne povrnitve škode, ki pomeni odmik od načel popolne in pravične odškodnine.¹ Glede na to je potrebna vsebinska razprava o dejanskem stanju in o tem, kaj so razlogi za odklonilen odnos do določenih funkcij odškodnine ter v katerem primeru javni interes opravičuje nekompenzatorno povrnitev škode.

Ko gre za povrnitev premoženjske škode, je v slovenskem pravnem redu uzakonjeno načelo popolne odškodnine v 169. členu OZ. Načelo popolne odškodnine pomeni, da sodišče oškodovancu prisodi odškodnino v znesku, ki je potreben, da postane njegov premoženjski položaj takšen, kakršen bi bil, če ne bi bilo škodljivega dejanja ali opustitve. Glede nepremoženjske škode pa drugi odstavek 179. člena OZ izrecno navaja, da je višina odškodnine za nepremoženjsko škodo odvisna od pomena prizadete dobrine in namena te odškodnine, ne sme pa podpirati teženj, ki niso združljive z njeno naravo in namenom. Je nekompenzatorna povrnitev škode skladna s to dikcijo? Odgovor na to vprašanje je odvisen od tega, katere funkcije določen pravni red pripisuje odškodnini za nepremoženjsko škodo. Pri iskanju odgovora

¹ Glej 169. in 179. člen Obligacijskega zakonika (OZ), Uradni list RS, št. 97/07 in nasl.

nam lahko pomaga pregled narave in namena, ki jih želijo doseči različne ureditve »pravnih sredstev«² (ali »odškodnin« ali »nadomestil« ali »civilnih kazni«) v zakonodaji in sodni praksi.

Prispevek bo najprej kratko opredelil nekompenzatorno povrnitev škode in osvetlil težnje po preventivnem učinku pravnih sredstev v kontekstu civilnega prava na ravni EU. Temu bo sledil prikaz elementov nekompenzatorne odškodnine v domačem pravnem redu. Te elemente lahko razdelimo na tiste, ki jih najdemo v okviru splošnega obligacijskega prava, in na tiste zunaj tega okvira, ki jih najdemo na različnih pravnih področjih. Prispevek bo osvetlil različne oblike in njihove skupne značilnosti ter razlike med njimi, predvsem glede na namen, za katerega so dodeljene, ter glede na faktorje, ki se upoštevajo pri odmeri višine zneska, namenjenega povrnitvi škode. Za nekatere elemente je v pravni teoriji nesporno, da so nekompenzatorne narave in želijo doseči preventivne in tudi kaznovalne cilje, s tega vidika pa so bili tudi že večkrat obravnavani.³ Posledično se bo prispevek osredotočil na pravna sredstva, ki jih najdemo zunaj okvira splošnega obligacijskega prava, torej na posebnih pravnih področjih. Ta pravna sredstva pogosto vstopajo v domač pravni red na podlagi prenosa prava EU, zato je nujno poznavanje evropske zakonodaje in sodne prakse SEU glede pravnih sankcij za kršitev prava EU.

2. Opredelitev nekompenzatorne povrnitve škode: namen in višina odškodnine

2.1. Negativna definicija: trenja med izravnalnim in odvračilnim namenom odškodnine

Pozitivno pravo ne opredeljuje nekompenzatorne povrnitve škode. Za začetek se lahko opremo na negativno definicijo, po kateri je nekompenzatorna povrnitev škode tista, ki pomeni odmik od načela popolne odškodnine (kompenzacije). To zajema primere, ki pomenijo nekaj več od popolne odškodnine, t. i. nadkompenzatorna odškodnina (na primer kaznovalna odškodnina, večkratni znesek odškodnin, nadomestil itd.), in tudi primere, ki pomenijo povrnitev škode v manjšem obsegu od nastale škode (na primer simbolični znesek, nominalna odškodnina, vnaprej določeni najvišji zneski odškodnine, nadomestil itd.).

Nadkompenzatorna povrnitev škode – in zlasti njena prepoved – razkriva trenja med dvema ciljema, ki se običajno pripisujeta odškodninskemu pravu – med izravnalno in odvračilno

² S tem so mišljene vse oblike civilnih sankcij, ki so naložene povzročitelju škode ali kršitelju pravic. Kot sopomenko za »civilne sankcije« prispevek uporablja tudi besedno zvezo »pravna sredstva v civilnem pravu« (v smislu angleškega pojma *remedies*). Civilne sankcije je treba ločiti od »civilnih kazni«, ki so ena izmed oblik civilnih sankcij.

³ Glej na primer Varl 2019, poglavje 8; Možina 2016, str. 384–388; Piršič.

funkcijo.⁴ Primarna cilja, ki ju želi doseči odškodninsko pravo, sta izravnavna (restitucija) in zadoščenje (satisfakcija). V določenih primerih pa želi doseči tudi druge cilje, na primer kaznovanje in prevencijo (specialno in/ali generalno). Medtem ko je izravnalna funkcija odškodnine po naravi retroaktivna, saj je namenjena povrnitvi povzročene škode, je odvračilnost perspektivna in je namenjena odvratitvi »od ravnanja, podobnega ravnanju, ki ga sankcionira pravno sredstvo, v prihodnosti«.⁵ Ta prispevek tako kaznovalni kot preventivni namen odškodnine razume kot izraza odvračilnosti, vsaj do določene mere, saj imata oba vidika perspektiven značaj s ciljem vplivati na prihodnje vedenje povzročitelja škode oziroma kršitelja pravice.⁶ Kot bo razvidno iz prispevka, se z zakonodajo tako v Sloveniji kot v EU želijo doseči (tudi) nameni prevencije, medtem ko obstaja večja zadržanost glede možnosti kaznovanja v okviru civilnega prava.

Za potrebe tega prispevka odvračilni namen prepoznamo na podlagi njegove perspektivne usmeritve (preventivni učinek) in upoštevanja sfere povzročitelja škode, ne le sfere oškodovanca. Slednje se kaže tako, da se pri odmeri višine civilne sankcije upošteva ravnanje povzročitelja škode, torej tudi stopnja njegove krivde. S tem gre za odmik od klasičnega odškodninskega prava, skladno s katerim je krivda sicer predpostavka za odškodninsko odgovornost, a načeloma ne vpliva na višino odškodnine. Tak odmik je v primerjalnem pravu utemeljen z javnim interesom zaradi zavrznosti ravnanja povzročitelja na področjih, kot sta trpinčenje na delovnem mestu, varstvo potrošnikov itd. Odvračilni namen civilne sankcije se kaže tudi v tem, da je v določenih primerih oškodovancem olajšano dokazovanje predpostavk odškodninske odgovornosti (na primer obrnjeno dokazno breme) oziroma določene predpostavke ni treba dokazovati (na primer škode).

V pravni teoriji in praksi so dobro znani ugovori zoper kaznovalne odškodnine.⁷ Če jih na kratko povzamemo, se kaznovalne odškodnine pogosto dojemajo kot v nasprotju z javnim redom, ker (1) naj bi bile v nasprotju z logiko odškodninskega prava, (2) ker zamegljujejo razliko med civilnimi in kazenskimi funkcijami prava (pri tem pa civilnopravni postopek ne ponuja ustreznih procesnih jamstev za dodelitev odškodnin, ki so po naravi kaznovalne), (3) ker so v primeru kaznovalnih odškodnin oškodovane stranke neupravičeno obogatene in (4) ker se kaznovalne odškodnine dodelijo na arbitraren način in ustvarjajo določeno stopnjo pravne negotovosti. Obstaja še en ugovor, ki je po svoji naravi manj konceptualen in temelji

⁴ Glej na primer Weinrib, str. 5; Robertson, str. 3–4; Nebbia, str. 36–39; Leczykiewicz 2013, str. 279.

⁵ Cane, str. 207.

⁶ Glej na primer Weingerl 2016, str. 140; Leczykiewicz 2013.

⁷ Za pregled ugovorov zoper kaznovalne odškodnine glej na primer McBride, str. 194 in nasl.; Koziol, str. 751–758; Meurkens 2014, poglavje 6; Meurkens in Nordin (ur.), poglavje 3.

na političnih razlogih, tj. da je z njihovim podeljevanjem sodni postopek podvržen tveganjem za zlorabe (t. i. »kulturi nepoštenega pravedanja«).⁸

Ti klasični ugovori zoper kaznovalno odškodnino zadevajo razlikovanje med javnim in zasebnim pravom na splošno, ki pa je »sad moderne dobe«,⁹ saj se je uveljavilo po znani debati med nemškima akademikoma Savignyjem in Thibautom glede kodifikacije nemškega prava v 19. stoletju (*Kodifikationsstreit*), ter zlasti med kazenskim in odškodninskim pravom.¹⁰ Na podlagi te ločnice med javnim in zasebnim se pripisuje odvračilna funkcija prvemu in izravnalna funkcija drugemu.¹¹ Vendar je stališče Ustavnega sodišča, da ni treba o vsakem sankcioniranju odločati v okviru kazenskega postopka, v katerem morajo biti izpolnjena vsa ustavna procesna jamstva.¹²

Prispevek se bo osredotočil zlasti na odvračilnost, in sicer na preventivni namen odškodnine. Splošno je sprejeto, da sta tako kompenzacija kot odvracanje funkciji odškodnin, čeprav v različni meri. V nacionalnih pravnih sistemih je odškodnina običajno v ospredju oziroma njen primarni cilj, medtem ko je odvracanje pogosto razumljeno kot njen (pozitiven) stranski učinek. V slovenski pravni teoriji pa Plavšakova celo meni, da je preventiva glavni razlog za odškodnine na splošno.¹³ Pri tem poudarja, da so odškodnine civilnopravne sankcije in jim pripisuje tudi kaznovalno funkcijo.¹⁴ Nasprotno pa Jadek Pensa razlikuje med kaznovalno in preventivno funkcijo odškodnine ter zgolj za slednjo meni, da lahko ima vlogo pri določanju višine odškodnine.¹⁵

Težnje po razlikovanju med preventivno in kaznovalno funkcijo so se pojavile tudi v kontekstu EU. Značilnost prava EU je, da se lahko države članice načeloma same odločijo, s katerimi pravnimi sredstvi bodo sankcionirale njegove kršitve, pri čemer morajo upoštevati načeli učinkovitosti in enakovrednosti.¹⁶ Tako se lahko odločijo tudi za uporabo pravnih sredstev

⁸ Glej uvodno izjavo 15 preambule in 31. točko Priporočila Komisije z dne 11. junija 2013 o skupnih načelih za mehanizme kolektivnih opustitvenih in odškodninskih tožb v državah članicah v zvezi s kršitvami pravic iz prava Unije, UL L 201, 26. 7. 2013.

⁹ Wagner 2006, str. 69. V rimskem pravu je imela odškodnina (tudi) kaznovalno funkcijo.

¹⁰ Glej Weingerl 2018, str. 19–25; Cappelletti 2015.

¹¹ Prav tam.

¹² Odločba US RS U-I-145/03 z dne 23. 6. 2005. V tej zadevi je šlo za kaznovanje odvetnika zaradi žaljivih vlog po 109. členu Zakona o pravnem postopku (ZPP), Uradni list RS, št. 73/07 in nasl.

¹³ Plavšak, v: Juhart, Plavšak (ur.), str. 1057.

¹⁴ Prav tam.

¹⁵ Jadek Pensa, v: Juhart, Plavšak (ur.).

¹⁶ Pogoji, ki so jih določile nacionalne zakonodaje na področju povrnitve škode, ne smejo biti manj ugodni od pogojev za podobne zahtevke, ki zadevajo zgolj nacionalno pravo (načelo enakovrednosti), niti ne smejo biti oblikovani

civilnega prava, v določenih primerih pa se to od njih zahteva s sekundarno zakonodajo EU.¹⁷ A pogoj, ki ga morajo izpolniti, kot ga je razvilo SEU in kodificiralo več aktov sekundarne zakonodaje EU, je, da morajo pravna sredstva za kršitve prava EU izpolnjevati zahteve »triade načel« – učinkovitost, sorazmernost in odvračilnost.¹⁸ Ta formula se na splošno uporablja v pravu EU – v civilnem, upravnem in kazenskem pravu.¹⁹

Wagner trdi, da učinkovite sankcije za kršitve prava EU za namene odvrčanja niso enake kaznovalnim odškodninam in da je treba posledično odvračilno funkcijo odškodninske odgovornosti razlikovati od kaznovalne funkcije v tehničnem smislu povračila za škodo.²⁰ Po njegovem mnenju sodna praksa SEU in zakonodajni akti EU ne ustrezajo klasičnemu pogledu na dvojno funkcijo kaznovalnih odškodnin, temveč zajemajo zgolj odvračilno funkcijo.²¹ Zaradi konceptualne jasnosti je šel tako daleč, da je za ta evropski institut predlagal nov izraz, na primer »preventivna škoda«. Generalni pravobranilec Jääskinen je takšno razlikovanje izrecno sprejel v zadevi *Geistbeck*, ko je obravnaval »razumno nadomestilo«, ki ga mora kmet

tako, da v praksi onemogočijo ali preveč otežijo pridobitev odškodnine (načelo učinkovitosti) (C-46/93 in C-48/93, *Brasserie du pêcheur in Factortame*, EU:C:1996:79, točka 67; C-224/01, *Köbler*, EU:C:2003:513, točka 58).

¹⁷ Gre za pravna sredstva civilnega prava, kot so začasna odredba, odškodnina, ničnost, razveljavitev pogodbe, restitucija itd. Direktive večinoma ne navajajo, kaj točno je mišljeno s pravnimi sredstvi. Obstajajo pa izjeme, ki pravna sredstva izrecno določajo ravno z željo, da bi se povečal odvračilni učinek zasebnega uveljavljanja prava EU. Glej Direktivo (EU) 2019/2161 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 27. novembra 2019 o spremembi Direktive Sveta 93/13/EGS in direktiv 98/6/ES, 2005/29/ES ter 2011/83/EU Evropskega parlamenta in Sveta zaradi boljšega izvrševanja in posodobitve pravil Unije o varstvu potrošnikov (Omnibus direktiva), UL L 328, 18. 12. 2019, ki s 3. členom spreminja Direktivo o nepoštenih poslovnih praksah in v ta namen določa: »Potrošniki, oškodovani zaradi nepoštenih poslovnih praks, imajo dostop do sorazmernih in učinkovitih pravnih sredstev, vključno z nadomestilom za škodo, ki so jo utrpeli, in, kadar je ustrezno, znižanjem kupnine ali razdrom pogodbe. Države članice lahko določijo pogoje za uporabo in učinek teh pravnih sredstev. Države članice lahko po potrebi upoštevajo težo in naravo nepoštenih poslovne prakse, škodo, ki so jo utrpeli potrošniki, in druge ustrezne okoliščine.«

¹⁸ To splošno pravilo prava EU je razvilo SEU v zadevi 14/83, *Von Colson*, EU:C:1984:153, v kateri je odločilo, da mora izbrana sankcija za kršitev prepovedi diskriminacije iz Direktive 76/207/EGS zagotoviti »resnično in učinkovito sodno varstvo« in imeti »resničen odvračilni učinek« na morebitne kršitelje. Glej na primer Cafaggi in Iamiceli, str. 575.

¹⁹ Glej na primer C-42/15, *Home Credit Slovakia*, EU:C:2016:842; C-377/14, *Radlinger and Radlingerova*, EU:C:2016:283 (sankcije na področju prava varstva potrošnikov); C-218/15, *Paoletti*, EU:C:2016:748 (kazenske sankcije). Zanimiv je drugi odstavek 8. člena Direktive 2014/104/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. novembra 2014 o nekaterih pravilih, ki urejajo odškodninske tožbe po nacionalnem pravu za kršitve določb konkurenčnega prava držav članic in Evropske unije, UL L 349, 5. 12. 2014. Ta določa: »Države članice zagotovijo, da so kazni, ki jih lahko naložijo nacionalna sodišča, učinkovite, sorazmerne in odvračilne. Kar zadeva ravnanje strank v postopku odškodninske tožbe, kazni, ki je na voljo nacionalnim sodiščem, vključuje možnost sprejetja odločitve v škodo strank, kot so domneva, da je relevantno vprašanje dokazano, ali popolna ali delna zavrnitev zahtevkov in ugovorov ter možnost odreditve plačila stroškov.«

²⁰ Wagner 2012, str. 5.

²¹ Glej tudi Pavillon.

plačati imetniku žlahtniteljske pravice v EU.²² Čeprav je takšno razlikovanje zanimiva in za pravnike očitno tudi »sprejemljiva« možnost, je vprašanje, ali in kako je mogoče preventivne in kaznovalne vidike resnično – in v celoti – ločiti. Tako preventivna kot kaznovalna funkcija zajemata perspektiven značaj in si prizadevata spremeniti prihodnje vedenje kršitelja.²³

2.2. Spodbujanje odvračilnega namena pravnih sredstev v pravu EU

Vprašanje, na katero bi bilo treba odgovoriti, je, kaj omenjena triada načel vključuje oziroma zahteva. SEU je v kontekstu civilnega prava sicer še ni podrobno razlagalo.²⁴ Navedlo je, da mora biti strogost sankcij sorazmerna z resnostjo kršitev, za katere so naložene, zlasti z zagotavljanjem resničnega odvračilnega učinka ob spoštovanju splošnega načela sorazmernosti.²⁵ Tako lahko sklepamo, da bi lahko bila v nekaterih primerih dodelitev nadkompenzatorne škode z namenom doseganja »učinkovite« stopnje »odvračilnosti« legitimna in združljiva z zahtevami »sorazmernosti«. Sodišče je potrdilo, da kaznovalne odškodnine lahko izpolnjujejo zahteve sorazmernosti na različnih področjih prava EU (konkurenčno pravo, intelektualna lastnina, delovno pravo).²⁶

Zasnova zasebnega uveljavljanja prava v EU daje poudarek na dojemljanju posameznikov kot »enforcerjev« prava, kot podaljšane roke javnega aparata, Komisije, tržnih inšpektoratov itd.²⁷ S tem pa je tudi poudarek na odvračilnosti, ki je sicer koncept, značilen za javno pravo, predvsem kazensko pravo oziroma kazenske sankcije. Na področju konkurenčnega prava EU je SEU izrecno poudarilo odvračilno funkcijo odškodnine kot pravnega sredstva zasebnega uveljavljanja prava EU kot dopolnilno odvračilni funkciji javnega uveljavljanja prava. Na tem področju Direktiva 2014/104 sicer poudarja načelo popolne odškodnine in izraža odklonilen odnos do nadkompenzacije, vendar je takšna ureditev neskladna z ustaljeno sodno prakso na tem področju.²⁸ Prelomno sodbo je SEU izdalo v zadevi *Courage*, v kateri je odločilo, da imajo posamezniki pravico zahtevati odškodnino za škodo, ki jim je nastala zaradi kršitev konku-

²² C-509/10, *Geistbeck*, sklepni predlogi generalnega pravobranilca Jääskinena, EU:C:2012:187.

²³ Weingerl 2018, str. 179.

²⁴ Glej na primer Pavillon, str. 1300 in nasl.; glej tudi Caffagi in Iamicieli.

²⁵ C-81/12, *Asociația Accept*, EU:C:2013:275, točka 63; C-565/12, *LCL Le Crédit Lyonnais*, EU:C:2014:190, točka 45.

²⁶ Na obeh področjih prava EU se je sodišče v tistih delih sodb, ki obravnavajo kaznovalne odškodnine, sklicevalo na zadevo C-295/04, *Manfredi*, EU:C:2006:46. Za področje delovnega prava glej C-407/14, *María Auxiliadora Arjona Camacho v Securitas Seguridad España*, EU:C:2015:831 (*Arjona Camacho*); za pravo intelektualne lastnine glej C-367/15, *Stowarzyszenie 'Oławska Telewizja Kablowa'*, EU:C:2017:36.

²⁷ Glej na primer že 26/26, *Van Gend en Loos*, EU:C:1963:1.

²⁸ Glej Weingerl 2018.

renčnega prava (101. in 102. člen PDEU).²⁹ V pravni literaturi so sledile številne polemike glede narave te odškodnine. Pereče vprašanje je bilo, ali ima ta odškodnina tudi nekompenzatorne namene, predvsem odvratilni in preventivni namen. SEU je v zadevi *Skanska*, sprejeti po uveljavitvi Direktive 2014/104, razblinilo dvome o tem in potrdilo, da je bistven namen te odškodnine odvratilnost, ne le povrnitev škode, saj ta pravica »krepi delovanje pravil Unije o konkurenci in lahko odvrča od pogosto prikritih sporazumov ali ravnanj, ki lahko omejujejo ali izkrivljajo konkurenco, s čimer prispeva k ohranjanju učinkovite konkurence v Uniji«. ³⁰ Nadaljevalo je, da so »odškodninske tožbe zaradi kršitve pravil Unije o konkurenci sestavni del sistema izvajanja teh pravil, katerega namen je sankcioniranje protikonkurenčnih ravnanj podjetij in odvrčanje podjetij od tega, da bi se posluževala takih ravnanj«. ³¹ Posamezniki so torej v veliki meri razumljeni kot orodje za povečanje učinkovitosti prava EU, s čimer delujejo v javnem interesu. ³² Glede na to je SEU v zadevi *Manfredi* potrdilo, da kaznovalna odškodnina v nacionalnem pravu ni neskladna s pravom EU. ³³

Tudi iz sodne prakse na področju protidiskriminacijske zakonodaje EU in prava intelektualne lastnine je razvidno, da so kaznovalne odškodnine skladne s pravom EU, če se spoštujeta načeli enakovrednosti in učinkovitosti. ³⁴ Iz dikcije SEU izhaja, da bi bila »manj znatna« nadkompenzacija, če je sorazmerna in učinkovita, skladna s pravom EU, do zlorabe pravic pa bi prišlo zgolj izjemoma: »Gotovo ni mogoče izključiti, da v izjemnih primerih povračilo škode, izračunane na podlagi dvakratnega zneska hipotetičnega nadomestila, očitno in znatno presega dejansko utrpljeno škodo, tako da bi lahko predlog v tem smislu pomenil zlorabo pravic.« ³⁵ Zdi se, da je torej odvratilna funkcija lahko problematična v primeru, če očitno prevzame prednost pred kompenzacijsko funkcijo, ne pa v primeru, ko jo dopolnjuje. ³⁶

V zadevi *Manfredi* je SEU sicer res opozorilo na posledico neupravičene obogatitve oškodovancev, vendar iz analize sodne prakse SEU jasno izhaja, da to ni mišljeno specifično glede kaznovalne odškodnine. Gre za pristavek, ki se nanaša na načeli enakovrednosti in učinkovitosti (klasični načeli, ki omejujeta nacionalno procesno avtonomijo na področju sankcioniranja kršitev prava EU) ter ga je SEU vključilo že v zadevo *Courage*, ki sploh ni obravnavala

²⁹ C-453/99, *Courage in Crehan*, EU:C:2001:465.

³⁰ Prav tam, točka 44.

³¹ Prav tam, točka 45.

³² Glej na primer Ioannidou, str. 7; Wilsher, str. 27; Cseres, str. 439.

³³ C-295/04, *Manfredi*, EU:C:2006:46.

³⁴ C-367/15, *Stowarzyszenie 'Oławska Telewizja Kablowa'*, EU:C:2017:36, točka 28.

³⁵ Prav tam, točka 31.

³⁶ Glej tudi Pavillon, str. 1302.

kaznovanih odškodnin.³⁷ Zato argumenta o neupravičeni obogatitvi v tem kontekstu ne bi smeli brati kot omejitev razpoložljivosti kaznovanih odškodnin za kršitve konkurenčnega prava EU.³⁸ V vsakem primeru pa se je treba vprašati, sploh glede na težnje po odvračilnosti v evropskem zasebnem pravu, ali se takšna nadkompenzacija družbi res zdi »neupravičena« obogatitev.

Težnje po odvračilnosti v evropskem zasebnem pravu so posebej aktualne na področju varstva potrošnikov. Na tem področju je poudarek na pravičnosti pri uveljavljanju prava EU, ki se uporablja kot leitmotiv v podporo konceptu odvračilnosti.³⁹ Spodbujanje aktivnega uveljavljanja pravic potrošnikov v praksi je bil namen Novega dogovora za potrošnike (New Deal for Consumers), ki ga je Komisija predstavila v aprilu 2018.⁴⁰ Rezultat je modernizacija potrošniškega prava z Omnibus direktivo 2019/2161, ki je bila sprejeta leta 2019. Nacionalni predpisi, sprejeti na njeni podlagi, so se začeli uporabljati konec maja 2022. V Novem dogovoru za potrošnike je Komisija namesto krilatice »pravičnost za rast« (angl. *justice for growth*, včasih prevedeno tudi kot »pravosodje za rast«), ki jo je uporabljala v preteklosti in ki se povezuje z ekonomijo blaginje, začela poudarjati »pravičnejši notranji trg« (angl. *a fairer single market*)⁴¹ in »krepitev pravic potrošnikov« (angl. *strengthening consumer rights*).⁴² »Pravičnost« je v tem kontekstu torej povezana z »odvračilnostjo«.⁴³

Omnibus direktiva vsebuje strožja pravila o kaznih za kršitve zakonodaje EU o varstvu potrošnikov in je namenjena povečanju njihovega odvračilnega učinka. Potreba po odvračilnosti je utemeljena z neučinkovitim uveljavljanjem potrošniškega prava v praksi.⁴⁴ Ker zgolj javno-pravno varstvo v obliki upravnih odločb in glob za prekrške ni dovolj učinkovito za sankcioniranje kršiteljev potrošniškega prava, se nova pravila osredotočajo na civilnopravno varstvo, obe obliki varstva pa želita doseči isti cilj: odvračilni učinek na trgovca.⁴⁵ S tem se želi poudariti preventivni učinek civilnopravnih sankcij, kar pomeni odmik od načelne narave splošnih pravil civilnega prava. Skladno z novostmi imajo potrošniki v vseh državah članicah pravico do uveljavljanja individualnih pravnih sredstev (na primer denarne odškodnine, odstopa od

³⁷ Weingerl 2018, str. 172–173.

³⁸ Podrobneje glej Weingerl 2018, str. 172–173.

³⁹ Glej Weingerl 2022. Ta del prispevka je delno povzet po tem članku.

⁴⁰ Evropska komisija, Sporočilo za medije: Nov dogovor za potrošnike: Komisija krepi pravice potrošnikov v EU in njihovo izvrševanje, Bruselj, 11. aprila 2018, dosegljivo na http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3041_sl.htm.

⁴¹ Komisija (2015). A deeper and fairer Single Market: Commission boosts opportunities for citizens and business.

⁴² Hesselink, str. 23.

⁴³ Weingerl 2022.

⁴⁴ Omnibus direktiva, preambula, točka 2.

⁴⁵ Weingerl in Bratina, str. 77.

pogodbe, zmanjšanje kupnine), če so bili oškodovani zaradi nepoštenih poslovnih praks, kot je agresivno ali zavajajoče trženje. Nova pravila so namenjena torej temu, da se aktivirajo potrošniki, ki so tarča nepoštenih poslovnih praks, da ukrepajo zoper nepoštenega podjetnika.

Triada načel in poudarek na odvrtačnosti v pravu EU sta pomembna za razumevanje nekompenzatornih oblik povrnitve škode, ki bodo obravnavane v nadaljevanju, saj je večina teh institutov, ki so urejeni zunaj splošnega obligacijskega prava, v naš pravni red prenesenih ravno iz prava EU.

3. Primeri nekompenzatorne povrnitve škode v slovenskem pravem redu

V civilnem pravu najdemo kar veliko primerov nekompenzatorne povrnitve škode, ki pomeni odmik od načel popolne in pravične odškodnine. Te institute najdemo tako pri splošnem obligacijskem pravu kot tudi na posebnih pravnih področjih. Instituti, ki jih najdemo v OZ in ki želijo doseči (tudi) druge namene, razen odškodninskih, tj. imajo vsaj delno kaznovalni ali preventivni namen, so na primer denarna odškodnina za nepremoženjsko škodo, odškodnina zaradi kršenja osebnostnih pravic s tiskom (134. člen OZ), odškodnina zaradi okrnitve ugleda in dobrega imena pravne osebe (183. člen OZ), pogodbena kazen (247. člen OZ in nasl.), sodni penali (269. člen OZ) in institut cene posebne priljubljenosti (*praetium affectionis*) (četrti odstavek 168. člena OZ). Pravna narava teh institutov je bila že večkrat obravnavana in se ne zdi sporna v pravni teoriji in praksi, zato je prispevek ne bo podrobneje obravnaval. Prispevek je že opozoril na težnje po krepitevi prevencije v slovenski pravni teoriji glede odškodnine za nepremoženjsko škodo.⁴⁶ Strinjam se s stališčem, da bi bilo lahko to doseženo že s samo spremembo sodne prakse, saj pravni okvir ne nasprotuje funkciji preventive. Namen prispevka je prikazati še druge institute, ki želijo doseči nekompenzatorne cilje, na podlagi tega pa se moramo kot družba vprašati, ali je nadkompenzatorna oblika povrnitve škode res neskladna z namenom in težnjami, ki jih podpira naš pravni red.⁴⁷

Ko govorimo o primerih nekompenzatorne povrnitve škode, ki jih najdemo zunaj OZ, gre v večini primerov za institute, s katerimi se v slovenski pravni red prenaša sekundarna zakonodaja EU, na primer na področju diskriminacije, trpinčenja na delovnem mestu, odškodnin žrtvam kaznivih dejanj, avtorskih pravic in poslovne skrivnosti. Posledično morajo biti ta pravna sredstva skladna z zahtevami t. i. triade načel, načel učinkovitosti, sorazmernosti in odvrtačnosti. Njihova skupna značilnost je, da se na njihovi podlagi dodeli plačilo v znesku, ki

⁴⁶ Plavšak, v: Juhart, Plavšak (ur.); Bergant Rakočević; Mežnar; Petek; tudi Jadek Pensa, v: Juhart, Plavšak (ur.), str. 666; Možina 2016, str. 387; Weingerl 2016.

⁴⁷ Glej tudi Varl 2016, str. 258–259.

odstopa od načela popolne odškodnine, pri tem pa se upošteva sfera povzročitelja škode ali kršitelja pravic. To se kaže predvsem v upoštevanju njegove stopnje krivde. Vendar v slovenskem pravnem redu težko govorimo o stopnjevanju krivde z učinkovitim odvratilnim namenom, kar bo predstavljeno v nadaljevanju.

3.1. Odškodnina za trpinčenje na delovnem mestu (ZDR-1):⁴⁸ odvratilnost le na papirju?

Odškodnina za diskriminacijo in trpinčenje na delovnem mestu je urejena v 8. členu Zakona o delovnih razmerjih (ZDR-1),⁴⁹ ki prenaša 18. člen prenovljene Direktive 2006/54/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 5. julija 2006 o uresničevanju načela enakih možnosti ter enakega obravnavanja moških in žensk pri zaposlovanju in poklicnem delu (preoblikovano) (Direktiva o enakem obravnavanju).⁵⁰ Slednji določa, da mora biti odškodnina ali povračilo za diskriminacijo dejanska in učinkovita in odvratilna ter sorazmerna z utrpjeno škodo. Omenjeni so torej vsi elementi triade načel – učinkovitost, sorazmernost in odvratilnost. Ta člen dodatno določa, da takšna odškodnina ali povračilo ne sme biti omejena z vnaprejšnjo določitvijo zgornje meje. Triada načel je prenesena v 8. člen ZDR-1, ki določa, da je delodajalec v primeru kršitve prepovedi diskriminacije ali trpinčenja na delovnem mestu kandidatu oziroma delavcu dolžan zagotoviti odškodnino po splošnih pravilih civilnega prava, da je ta učinkovita in sorazmerna s škodo, ki jo je utrpel kandidat oziroma delavec, in da odvrča delodajalca od ponovnih kršitev.

ZDR-1 torej izrecno določa, da mora odškodnina odvrčati delodajalca od ponovne kršitve (izrecno je usmerjen v specialno prevencijo). V zakonskem predlogu, ki je privedel do sprejetja ZDR-1, je zapisano, da je na podlagi prava EU nepremoženjski škodi primerno pripisati tudi preventivno in kaznovalno funkcijo ter da to pomeni odmik od pravil splošnega civilnega prava.⁵¹ S tem je slovenski zakonodajalec izvajal zahtevo, ki jo je prvotno postavila sodna praksa Sodišča, da mora biti odškodnina »odvratilna«. Ta določba torej zahteva upoštevanje položaja kršitelja (povzročitelja škode) pri določitvi višine odškodnine,⁵² s čimer ji pripisuje perspektivno naravo.

SEU je že imelo priložnost odločati o vprašanju, ali pravila, ki zahtevajo, da je odškodnina za spolno diskriminacijo resnična, učinkovita, odvratilna in sorazmerna z utrpjeno škodo (to-

⁴⁸ Ta del prispevka je delno povzet po Weingerl 2016.

⁴⁹ Uradni list RS, št. 21/13 in nasl.

⁵⁰ UL L 204, 26. 7. 2006.

⁵¹ Poročevalec Državnega zbora, 19. 10. 2012, str. 117.

⁵² Glej tudi Možina 2016, str. 388.

rej triada načel), zahtevajo kaznovalno odškodnino za spolno diskriminacijo v zadevi *Arjona Camacho*. V tej zadevi je špansko sodišče zanimalo, ali zakonodaja EU nacionalnemu sodišču omogoča, da žrtvi dodeli razumno kaznovalno odškodnino, ki je »dodatna«, torej naložena v znesku, ki presega polno odškodnino.

Za odgovor na to vprašanje sta v Direktivi 2006/54 ključni dve določbi – 18. člen, ki obravnava »odškodnino ali povračilo«, in 25. člen, ki obravnava »kazni«. Člen 25 določa, da lahko kazni vključujejo plačilo odškodnine žrtvi. Obe določbi uporabljata pojme »učinkovito, sorazmerno, odvračilno«, kar poudarja semantično in konceptualno zmedo, ki spremlja razpravo o odškodninah in kaznih, kar kaže na zabrisanost ali celo odsotnost jasnih meja med nameni teh pravnih sredstev in utemeljitvami, ki se pripisujejo tem pojmom.⁵³

Po besedah generalnega pravobranilca Mengozzija Direktiva 2006/54 o enakem obravnavanju niti ne zahteva niti ne nasprotuje državam članicam, da žrtvi dodelijo kaznovalno odškodnino.⁵⁴ Sodišče se je strinjalo z generalnim pravobranilcem Mengozzijem in poudarilo, da 25. člen Direktive 2006/54, ki obravnava kazni (ne pa tudi 18. člen, ki obravnava odškodnine), »omogoča, vendar ne zahteva, da države članice sprejmejo ukrepe za plačilo kaznovalne odškodnine osebi, ki je bila žrtev diskriminacije na podlagi spola«. Tako pravni okvir te direktive »omogoča« kaznovalne odškodnine, vendar le če se država članica odloči zagotoviti tak ukrep z zakonodajo. Nacionalna sodišča nimajo pooblastil za naložitev kaznovalne odškodnine po uradni dolžnosti.

Taka odločitev je svojevrsten paradoks, saj odškodnina, ki mora biti v obeh primerih učinkovita, sorazmerna in odvratilna, po 18. členu ne sme biti kaznovalna, po 25. členu pa je lahko. Vpeljujeta se torej dva različna standarda odvratnosti. Na podlagi zadeve *Arjona Camacho* je pojasnjeno, da odvratnost na podlagi 25. člena lahko vodi tudi do kaznovalne odškodnine, torej do nadkompenzatorne oblike povrnitve škode. Vprašanje, ki pa še vedno ni zadostno pojasnjeno v teoriji in praksi, je, kaj v tem kontekstu pomeni odvratnost v okviru 18. člena. Ali odvratnost v tem kontekstu zahteva nekaj več od popolne odškodnine (vendar manj od kaznovalne)?

Menim, da preventivna funkcija, ki jo je zakonodajalec izrecno poudaril, v določenih primerih lahko vodi do nadkompenzatorne odškodnine, da se s tem zadosti zahtevam triade načel, ki so uzakonjene z 8. členom ZDR-1 in se morajo razlagati glede na sodno prakso SEU.⁵⁵ Vendar bi bilo to opravičljivo le v primerih, ko popolna odškodnina sama po sebi ne bi imela do-

⁵³ Weingerl 2018, str. 205–224.

⁵⁴ *Arjona Camacho*, sklepni predlogi generalnega pravobranilca Mengozzija, EU:C:2015:534, točka 36.

⁵⁵ Glej tudi Možina 2013; Varl 2016, str. 257.

volj odvrčilne funkcije.⁵⁶ Pomanjkanje odvrčilnosti popolne odškodnine je v takem primeru treba ustrezno utemeljiti, na primer s ponavljanjem kršitev v primerih t. i. dobičkonosnih kršitev.⁵⁷ Zdi se, da so bila tudi slovenska sodišča na začetku naklonjena ideji, da se lahko za doseganje odvrčilnosti naloži višja odškodnina od popolne.⁵⁸ Vrhovno sodišče je vsaj navidezno razrešilo dilemo s sodbo v zadevi VIII Ips 14/2021, v kateri je odločilo, da element odvrčilnosti ne pomeni podlage za odmero višje odškodnine kot »za (v konkretnem primeru) popolne odškodnine za nepremoženjsko škodo žrtvam diskriminacije in trpinčenja«.⁵⁹

Vrhovno sodišče v tej zadevi meni, da je triada načel z zadevo *Arjona Camacho* postala *acte éclairée* (točka 25), čemur pa ne morem pritrditi, saj SEU v kontekstu civilnega prava še ni pojasnilo zahtev načel triade, še posebej ne odvrčilnosti.⁶⁰ Iz konkretne zadeve izhaja le, da triada ne zahteva, da nacionalni sodniki naložijo kaznovalno odškodnino, če to ni predvideno z nacionalno zakonodajo, ni pa izrecno izključena določena nadkompenzatorna odškodnina, ki bi želela doseči namene prevencije, in ne kaznovanja. Spomnimo, da SEU poudarja preventivni namen odškodnine v številnih kontekstih, vse bolj pa je pomemben tudi na ravni zakonodaje in politike EU, kar je vidno tudi s prej omenjeno Omnibus direktivo.

3.2. Limitirano nadomestilo zaradi diskriminacije (ZVarD): neskladnost s pravom EU?

Zakon o varstvu pred diskriminacijo (ZVarD)⁶¹ ureja varstvo posameznikov pred diskriminacijo glede na številne osebne okoliščine. Ta zakon v slovenski pravni red prenaša vsebino kar petih direktiv.⁶² Z določbo o pravnem varstvu (39. člen) omogoča diskriminirani osebi, da s tožbo zahteva prenehanje diskriminacije, izplačilo nadomestila zaradi diskriminacije oziro-

⁵⁶ Glej tudi Možina 2016, str. 387.

⁵⁷ Možina 2016, str. 387; glej tudi Weingerl 2016.

⁵⁸ Višje delovno in socialno sodišče je v sodbi VDSS Pdp 214/2014 z dne 9. 4. 2014 odločilo: »V skladu s členom 45/3 ZDR je bil delodajalec delavcu v primeru trpinčenja odškodninsko odgovoren po splošnih pravilih civilnega prava. Odškodnina za nepremoženjsko škodo po določbah civilnega prava nima kaznovalne funkcije. Šele 8. člen novega ZDR-1 je določil, da je namen denarne odškodnine za nepremoženjsko škodo v primeru kršitve prepovedi diskriminacije ali trpinčenja na delovnem mestu tudi odvrčanje delodajalca od ponovnih kršitev.«

⁵⁹ Sodba VS RS VIII Ips 14/2021 z dne 6. 7. 2021.

⁶⁰ Glej na primer Pavillon, str. 1300.

⁶¹ Uradni list RS, št. 33/16 in nasl.

⁶² Direktiva Sveta 2000/43/ES z dne 29. junija 2000 o izvajanju načela enakega obravnavanja oseb ne glede na raso ali narodnost, UL L 180, 19. 7. 2000; Direktiva Sveta 2000/78/ES z dne 27. novembra 2000 o splošnih okvirih enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu, UL L 303, 2. 12. 2000; Direktiva Sveta 2004/113/ES z dne 13. decembra 2004 o izvajanju načela enakega obravnavanja moških in žensk pri dostopu do blaga in storitev ter oskrbi z njimi, UL L 373, 21. 12. 2004; Direktiva 2006/54/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 5. julija 2006 o uresničevanju načela enakih možnosti ter enakega obravnavanja moških in žensk pri zaposlovanju in poklicnem delu (preoblikovano),

ma objavo sodbe v medijih. Pri tem določa višino nadomestila v zneskih od 500,00 evra do 5.000,00 evra in upošteva trajanje diskriminacije, izpostavljenost hujšim oblikam diskriminacije in druge okoliščine primera. ZVarD torej ureja »nadomestilo«, ki je navzdol in navzgor omejeno. Za upravičenost do nadomestila je dovolj izpostavljenost diskriminaciji, saj 39. člen ne omenja škode. Slednje diskriminirani osebi olajša dostop do denarnega nadomestila, saj ji ni treba dokazovati ene izmed predpostavk, ki jo je sicer treba izkazati, ko se dokazuje škoda po splošnih pravilih civilnega prava. Poleg tega v postopku velja obrnjeno dokazno breme – diskriminirana oseba izkazuje dejstva, ki upravičujejo domnevo, da je bila kršena prepoved diskriminacije, kršitelj pa mora dokazati, da v obravnavanem primeru ni kršil te prepovedi, oziroma da je neenako obravnavanje dopustno (prvi odstavek 40. člena ZVarD).

To je torej pravno sredstvo, ki je glede na morebitno škodo v nekem primeru lahko pod- ali nadkompenzatorne narave ali pa povsem nekompenzatorne narave, če škoda sploh ni nastala. Pri določitvi višine nadomestila se upošteva tudi krivda povzročitelja diskriminacije (tretji odstavek 39. člena ZVarD).

Ker gre s tem pravnim sredstvom za uresničevanje prava EU, je treba »nadomestilo« po 39. členu ZVarD razlagati skladno s sekundarno zakonodajo EU in sodno prakso SEU. Tudi direktive, ki jih ZVarD prenaša, se sklicujejo na triado načel. Tako na primer 15. člen Direktive 2000/43, ki ureja sankcije za kršitve načela enakega obravnavanja oseb ne glede na raso ali narodnost, določa: »Sankcije, ki lahko zajemajo tudi plačilo nadomestila žrtvi, morajo biti učinkovite, sorazmerne in odvračilne.« Druge direktive, ki jih prenaša ZVarD, v določbi o sankcijah ne govorijo o nadomestilu, temveč o odškodnini, in se prav tako sklicujejo na triado načel.⁶³ Zanimivo je, da triada načel v ZVarD ni izrecno zapisana, kot je to v primeru 8. člena ZDR-1, a to seveda ne pomeni, da nadomestilu po ZVarD ni treba izpolniti teh zahtev. Posledično mora biti to nadomestilo tudi odvračilno.

Glede na to, da gre za limitirano obliko nadomestila, lahko govorimo o odmiku od načela popolne odškodnine. Seveda se pri tem postavi vprašanje, kakšne pravne narave sploh je »nadomestilo«. Glede na jezikovno razlago ne gre za odškodnino. Tudi Vrhovno sodišče meni, da obstaja razlika med odškodnino in nadomestilom po ZVarD, čeprav je ne pojasni.⁶⁴ Razlika je tudi v primerjavi z nadomestilom po Zakonu o avtorski in sorodnih pravicah (ZASP)⁶⁵ in Zakonu o poslovni skrivnosti (ZPosS),⁶⁶ ki je pravzaprav civilna kazen. V primeru ZASP in

UL L 204, 26. 7. 2006; Direktiva 2014/54/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. aprila 2014 o ukrepih za lažje uresničevanje pravic, podeljenih delavcem v okviru prostega gibanja delavcev, UL L 128, 30. 4. 2014.

⁶³ Glej 17. člen Direktive 2000/78, 8. in 14. člen Direktive 2004/113 ter 18. in 25. člen Direktive 2006/54.

⁶⁴ Sodba VS RS VIII Ips 14/2021 z dne 6. 7. 2021, točka 24.

⁶⁵ Uradni list RS, št. 16/07 in nasl.

⁶⁶ Uradni list RS, št. 22/19.

ZPosP se nadomestilo namreč dodeli za uporabo (bodisi avtorske pravice bodisi poslovne skrivnosti), uporaba »nadomestila« v kontekstu ZVarD pa ni jasna. Vendar je treba poudariti, da v drugih jezikovnih različicah Direktive 2000/43 ni uporabljena beseda za nadomestilo, temveč beseda za odškodnino (v angleški različici je uporabljena beseda *compensation*, v nemški *Schadenersatzleistungen*, v francoski *le versement d'indemnités*). Kot že omenjeno, druge direktive, ki jih prenaša ZVarD, v določbi o sankcijah ne govorijo o nadomestilu, temveč o odškodnini. Poimenovanje pravnega sredstva v zakonu, skupaj z neomembo triade načel, s katerimi mora biti to pravno sredstvo skladno, vpliva na razumevanje pravne narave in ciljev takega pravnega sredstva. Posledično menim, da se zaradi limitiranega nadomestila lahko utemeljeno postavi vprašanje, ali je pravno varstvo v ZVarD sploh urejeno na način, ki je skladen s pravom EU. Primernejša bi bila ureditev, ki je podobna tisti v 8. členu ZRD-1. Ta člen tudi izrecno prepoveduje omejevanje višine odškodnine. SEU je že večkrat izključilo možnost določanja zgornje meje odškodnine zaradi neenakega obravnavanja,⁶⁷ ureditev v ZVarD pa odstopa od tega.

3.3. Limitirana odškodnina: ZOZKD in ZPPŽP

V slovenskem pravnem redu poznamo tudi primere limitiranih odškodnin. Zakon o odškodnini žrtvam kaznivih dejanj (ZOZKD)⁶⁸ prenaša vsebino Direktive Sveta 2004/80/ES z dne 29. aprila 2004 o odškodnini žrtvam kaznivih dejanj.⁶⁹ Ta v drugem odstavku 12. člena določa, da se mora žrtvam kaznivih dejanj zagotoviti poštena in primerna odškodnina. ZOZKD v 8. členu najprej našteva oblike priznane škode (telesne bolečine ali okvaro zdravja, duševne bolečine, izgubljenost preživetja, stroške v zvezi z zdravljenjem, pogrebne stroške, škodo za uničene medicinske pripomočke, stroške zaradi uveljavljanja odškodnine). Odškodnina je torej namenjena tako premoženjski kot nepremoženjski škodi, pa tudi na primer povračilu stroškov zaradi uveljavljanja odškodnine. V 9. členu je urejena odškodnina za telesne bolečine ali okvaro zdravja in najprej določa, da je odškodnina izključena v primeru telesne poškodbe, zaradi katere je le začasno prizadeta zunanost ali začasno in v manjši meri okvarjeno zdravje. Nadalje limitira odškodnino od 50 evrov za lažje primere do 10.000 evrov za izjemno hude primere. Odškodnina za duševne bolečine, ki je urejena v 10. členu, je prav tako limitirana z zneskom 10.000 evrov. To je torej odstop od načela popolne odškodnine, saj si lahko predstavljamo primer, v katerem zaradi limitirane odškodnine škoda ne bo v celoti povrnjena.

⁶⁷ Na primer v kontekstu Direktive 2000/78, ki jo ZVarD prav tako prenaša: C-271/91, *Marshall*, EU:C:1993:335; C-180/95, *Draehmpaehl*, EU:C:1997:208.

⁶⁸ Uradni list RS, št. 101/05 in nasl.

⁶⁹ UL L 261, 6. 8. 2004.

To omejevanje zneskov je Upravno sodišče utemeljilo z upoštevanjem objektivnih materialnih možnosti države, saj se sredstva za odškodnine po ZOZKD zagotavljajo v okviru proračuna.⁷⁰ To je skladno z namenom te odškodnine, posledično pa tudi morebitni preventivni in/ali kaznovalni cilj takih odškodnin ne bi bil smiseln. To je podobna situacija kot v primeru, ko bi bila zavarovalnica primorana plačati kaznovalno odškodnino za bolnišnico zaradi ravnanja zdravnika, za katero je bolnišnica objektivno odgovorna.⁷¹

ZOZKD uzakonja tudi posebno dolžnost mitigacije škode (*duty to mitigate*), saj 16. člen določa, da se pri odločanju o višini odškodnine upošteva tudi ravnanje upravičenca ob dejanju in po njem, njegov prispevek k nastanku in obsegu škode. Posledično se lahko odškodnina tudi ustrezno zniža ali zavrne.

Drug primer limitirane odškodnine je urejen v Zakonu o prevoznih pogodbah v železniškem prometu (ZPPŽP).⁷² Ta v 22. in 23. členu limitira višino odškodnine za smrt in poškodbe potnika ter zamudo in za ročno prtljago ob predpostavki, da škoda ni bila povzročena name-noma ali iz hude malomarnosti. Tako se pri določitvi limitirane odškodnine, ki lahko sama po sebi pomeni odmik od načela popolne odškodnine, upošteva tudi stopnja krivde prevoznika. Ker gre za objektivno odgovornost,⁷³ preventivni in/ali kaznovalni namen te odškodnine ni smiseln, saj ne bi dosegel svojega cilja.

3.4. Civilne kazni: ZASP in ZPosS

Poleg odškodnin in nadomestil so v slovenskem pravnem redu urejene tudi civilne kazni. Urejata jih ZASP in ZPosS, ki oba v naš pravni red prenašata vsebino sekundarne zakonodaje EU. Ker sta določbi, ki urejata civilno kazen, v obeh zakonih zelo podobni, ju prispevek obravnava skupaj.

Naslov 168. člena ZASP in 10. člena ZPosS je »Povrnitev škode in civilna kazen«. Določata, da je kršilec dolžan upravičencu plačati odškodnino skladno s splošnimi pravili civilnega prava ali v obsegu, ki je enak dogovorjenemu ali običajnemu honorarju ali nadomestilu za zakonito uporabo avtorske pravice ali poslovne skrivnosti. Na tej točki je treba poudariti kon-fuzijo namena »odškodnine« in »nadomestila«, saj se v tem primeru obe vrsti pravnih sredstev uporabljata za povrnitev povzročene škode zaradi kršitve.

⁷⁰ Sodba I U 586/2010 z dne 9. 12. 2010.

⁷¹ Sodba VS RS II Ips 130/2012 z dne 8. 11. 2012, točka 7.

⁷² Uradni list RS, št. 61/00.

⁷³ Glej na primer sklep VSL II Cp 922/2000 z dne 30. 8. 2000, ki je sicer zadeval starejši Zakon o prevoznih pogodbah v železniškem prometu (Uradni list SFRJ, št. 2/74) in Zakon o spremembah in dopolnitvah le-tega (Uradni list SFRJ, št. 17/90).

Če je bila pravica iz ZASP ali ZPosS kršena namerno ali iz hude malomarnosti, lahko upravičenec zahteva plačilo dogovorjenega ali običajnega honorarja ali nadomestila za tovrstno uporabo, povečanega do 200 odstotkov. To pravico ima ne glede na to, ali je zaradi kršitve pretrpel kakšno premoženjsko škodo ali ne. Medtem ko je v primeru ZPPŽP prevoznik za škodo, ki jo je povzročil namenoma ali iz hude malomarnosti, dolžan posledično plačati polno odškodnino (in ne le limitirane), gre v tem primeru za funkcijo kaznovanja, v ta namen pa je povračilo nadkompenzatorno (nadkompenzatorno pa je v vsakem primeru ob odsotnosti škode). Določba sama to povračilo izrecno poimenuje kot civilno kazen. Upoštevanje sfere povzročitelja pri določitvi višine povračila, torej tudi stopnje krivde, se poudari tudi s tretjim odstavkom obeh navedenih členov, skladno s katerim sodišče pri odločanju o zahtevku za plačilo civilne kazni in odmeri njene višine upošteva vse okoliščine primera, zlasti pa stopnjo krivde kršilca, velikost dogovorjenega ali običajnega honorarja ali nadomestila ter preventivni namen civilne kazni.

Navedena člena v obeh zakonih določata še, da ima v primeru, če je premoženjska škoda večja kot civilna kazen, imetnik avtorske pravice ali poslovne skrivnosti pravico zahtevati razliko do polne odškodnine.

Kot pojasnjuje Vrhovno sodišče, 168. člen ZASP omogoča sodniku »široko polje proste presoje in s tem popolno prilagoditev sankcije konkretnemu dejanskemu stanju. Določba, ki jo je glede na njeno (kaznovalno) naravo treba restriktivno tolmačiti, zahteva upoštevanje vseh okoliščin, ki zadevajo obnašanje obeh pravnih strank med izvrševanjem pogodbe, zlasti pa stopnjo krivde kršilca.«⁷⁴ Pri tem Vrhovno sodišče kaznovalne narave izrecno ne omeji zgolj na tisti del določbe, ki govori o civilni kazni. Tudi v poznejši sodni praksi Vrhovno sodišče ne razmeji različnih namenov pravnih sredstev glede na odškodnino in civilno kazen, temveč civilni kazni poleg preventivnega in kaznovalnega pripiše tudi odškodninski namen:

»Imetnikom avtorskih pravic je pogosto težko dokazovati obseg njihove škode ali koristi kršilcev. Namen civilne kazni je zato (poleg preventivnega in kaznovalnega) tudi v varstvu odškodninskega položaja avtorja. Ta zavaruje odškodnino in olajšuje njen izračun. Seveda pavšalnost izkazovanja ne pomeni samovoljnosti. Pojem pavšalnosti je treba razumeti izključno v razmerju do siceršnjega standarda zatrjevanja in dokazovanja škode po splošnih pravilih civilnega prava. Višina civilne kazni pa s tem ni arbitrarna, saj je vezana na vprašanje, kakšen honorar ali nadomestilo bi bila običajna.«⁷⁵

Iz tega izhaja, da je namen civilne kazni olajšati vtoževanje odškodnine v primeru, da je kršilec ravnal s hujšo obliko krivde. Funkcije enega ali drugega pravnega sredstva so torej prepletene, očitno pa je, da je namen določbe, da oškodovana stranka prejme odškodnino, v določenih

⁷⁴ Sklep VS RS II Ips 190/2001 z dne 15. 11. 2001.

⁷⁵ Sklep VSL I Cp 2900/2011 z dne 24. 8. 2011.

primerih tudi nadkompenzatorno, če to opravičujejo okoliščine, ki so v sferi povzročitelja škode. Ne glede na poimenovanja gre torej za nadkompenzatorno obliko povrnitve škode.

Glede na to, da lahko v primeru, da civilna kazen ne dosega višine popolne odškodnine, imetnik pravice zahteva razliko do popolne odškodnine, se pojavi vprašanje, ali bi bila tako nizka civilna kazen sploh upravičena. Temu bi bilo tako v primeru, da bi sodnik ocenil, da tako nizka civilna kazen zadostuje za doseganje preventivnega in kaznovalnega namena, za zadostitev odškodninskemu namenu pa se potem dovoli razlika do popolne odškodnine. A glede na to se sprašujemo o smiselnosti civilne kazni na splošno, če gre v praksi zgolj za (lažje dokazljiv) substitut za odškodnino. Civilna kazen bi bila bolj smiselna kot nekaj dodatnega k popolni odškodnini, tako kot je to značilno za kaznovalno odškodnino v ZDA, Združenem kraljestvu in drugod.⁷⁶

Po sedANJI ureditvi si lahko predstavljamo primere, ko bo imela prav odškodnina bolj preventivni namen kot sama civilna kazen. Primer je sodba I Cp 1490/2016, v kateri je VSL utemeljilo, da je škoda, nastala zaradi duševnih bolečin zaradi kršitve moralnih pravic, pravno priznana škoda. Toženka, izdajateljica revije, je v svoji reviji objavila tožnikovo fotografijo brez njegovega dovoljenja. Sodišče je prisodilo 1.000,00 evra odškodnine za duševne bolečine zaradi kršitve osebnostnih pravic. Običajni honorar za takšno fotografijo pa je sodišče ocenilo na 50,00 evra, upošteva je cenik Društva profesionalnih fotografov. Civilno kazen v višini 200 odstotkov je utemeljilo s tem, da je bilo ravnanje tožene stranke hudo malomarno.⁷⁷

Tudi v zadevi I Cp 3081/2014 je VSL prisodilo visoko odškodnino zaradi kršitve osebnostnih pravic avtorja, ker je nekdo uporabil njegovo delo brez njegove vednosti in ni označil njegovega imena. Kot ugotavlja Drobeževa, je navedena praksa »pomembna, saj odvrča od kršitev v primerih, kjer so kršitve pogoste in ima kršitelj z dostopom do dela in njegovo uporabo neznatne stroške, izračun škode po licenčni analogiji pa je zelo nizek, zato je nizka tudi civilna kazen (na primer uporaba fotografij, dostopnih na spletu)«. ⁷⁸ Nadalje meni, da bi bilo treba višino odškodnine za kršitev avtorske in sorodnih pravic presojati celostno, brez preveč formalističnih ločevanj na posamezne odškodninske postavke.⁷⁹

Namen odškodnine in kazni v obravnavanih členih je prepleten, med njima ni jasne ločnice, saj se želijo doseči tako odškodninski kot tudi preventivni in kaznovalni nameni. To se kaže tudi v različni naravi, ki so jo civilni kazni pripisovala slovenska sodišča. Najprej je bilo za-

⁷⁶ Meurkens 2012, str. 3.

⁷⁷ Drobež, str. 72.

⁷⁸ Prav tam.

⁷⁹ Prav tam, str. 73.

vzeto stališče, da gre za odškodninsko naravo,⁸⁰ a je poznejša sodna praksa zavzela stališče, da je civilna kazen po svoji pravni naravi podobna pogodbeni kazni. Za deliktno obveznost velja triletni zastaralni rok, za pogodbeno kazen pa petletni.⁸¹

4. Sklep

Iz obravnavanih primerov vidimo, da v slovenski zakonodaji obstajajo določbe, ki odkrito želijo doseči odvračilni namen, vendar je njihova odvračilnost v praksi vprašljiva. Instituti, za katere bi na podlagi terminologije lahko domnevali, da gre za institute, ki želijo doseči namen preprečitve in morebiti tudi kaznovanja, so v praksi pogosto oblikovani in razlagani tako, da te namene težko dosežejo.

Glede odškodnine po ZRD-1 Vrhovno sodišče meni, da triada načel ne zahteva odmika od načela popolne odškodnine. Po drugi strani pa so civilne sankcije v ZASP in ZPosS urejene na način, da je sicer mogoče 200-odstotno zvišanje nadomestila, ko gre za hujšo obliko krivde, a si je enostavno predstavljati primere, ko takšno zvišanje sploh ne dosega popolne odškodnine. Preventivni učinek civilne kazni bi lahko bil večji, če bi se lahko kumulirala s popolno odškodnino. Vendarle pa ne gre spregledati pozitivnega vidika civilne kazni, ki se kaže v tem, da imetniku blagovne znamke ali poslovne skrivnosti olajša vtoževanje odškodnine, saj mu v primeru hujše oblike krivde ne bo treba dokazovati vseh predpostavk odškodninske odgovornosti, hkrati pa se lahko zaradi stopnje krivde povzročitelja škode dosodi nadkompenzatorna odškodnina.

Ureditev glede nadomestila v ZVarD triade načel izrecno niti ne prenaša v naš pravni red, kar je lahko vprašljivo z vidika skladnosti s pravom EU, če se ta načela ne bodo upoštevala v praksi pri določitvi višine t. i. nadomestila. Glede na zahtevo po odvračilnosti bi lahko bilo sporno omejevanje višine teh nadomestil, takšno omejevanje pa je tudi v nasprotju z ustaljeno sodno prakso SEU.

Če se vrnemo k pravični odškodnini za nepremoženjsko škodo in vprašanju, ali so težnje po odvračilnosti združljive z njeno naravo in namenom, vidimo, da našemu pravnemu redu odvračilnost ni tuja. Še več, v določenih primerih, ko gre za sankcioniranje kršitev prava EU, je celo nujna. Zdi se, da razlog za odklonilen odnos do odvračilnosti v praksi ni v sami funkciji, ki jo civilna sankcija želi doseči, temveč v njenem poimenovanju. Gre za neke vrste prevlado forme nad vsebino. Kakor hitro civilno sankcijo poimenujemo kot kaznovavno odškodnino, je to problematično, če pa govorimo o »nadomestilu« ali »civilni kazni«, je to sprejemljivo⁸² kljub

⁸⁰ Sodba VSL I Cp 2628/2012 z dne 19. 12. 2012.

⁸¹ Sodba in sklep VSL I Cp 2133/2015 z dne 18. 11. 2015 ter sodba in sklep VSL II Cp 737/2018 z dne 12. 9. 2018.

⁸² Podobno ugotavlja tudi Varl 2019, str. 16–17.

enakim pomislekom kot v primeru kaznovalne odškodnine (nadkompenzatornost, neupravičena obogatitev, odsotnost procesnih kavtel itd.).

Literatura

- BERGANT RAKOČEVIĆ, Vesna. Denarna odškodnina za nepremoženjsko škodo – o njeni penalni funkciji. *Pravna praksa*, 2006, letn. 25, št. 15/16, str. 6–7.
- CAFAGGI, Fabrizio, IAMICELI, Paola. The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law: The Impact of a Triad on the Choice of Civil Remedies and Administrative Sanctions. *European Review of Private Law*, 2017, letn. 25, št. 3, str. 575–618.
- CANE, Peter. *The Anatomy of Tort Law*. Oxford: Hart Publishing, 1997.
- CSERES, Kati. Towards a European Model of economic justice: the role of competition law. V: Micklitz, H.-W. (ur.), *The Many Concepts of Social Justice in European Private Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011, str. 405–450.
- DROBEŽ, Eneja. Novejši razvoj sodne prakse s področja avtorskega prava. *Pravosodni bilten*, 2020, št. 1, str. 63–74.
- HESELINK, Martijn W. Reconstituting the Code of Capital: could a progressive European code of private law help us reduce inequality and regain democratic control?. *European Law Open*, 2022, letn. 1, št. 1, str. 316–343.
- IOANNIDOU, Maria. *Consumer Involvement in Private EU Competition Law Enforcement*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- JUHART, Miha, PLAVŠAK, Nina (ur.). *Obligacijski zakonik s komentarjem*. Ljubljana: GV Založba, 2003.
- KOZIOL, Helmut. Punitive Damages – A European Perspective. *Louisiana Law Review*, 2008, letn. 68, št. 3, str. 741–768.
- LECZYKIEWICZ, Dorota. Enforcement or Compensation? Damages Actions in EU Law after the Draft Common Frame of Reference. V: Kenny, M., in Devenney, J. (ur.), *The Transformation of European Private Law*. Cambridge: CUP, 2013, str. 276–294.
- McBRIDE, N. J. Punitive Damages. V: Birks, P. (ed.), *Wrongs and Remedies in the Twenty-first Century*. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- MEURKENS, R. C. Lotte. *Punitive Damages*. Cambridge: Intersentia, 2014.
- MEURKENS, L., NORDIN, E. (ur.). *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*. Cambridge: Intersentia, 2012.
- MEŽNAR, Špela. Novejši trendi v odškodninskem pravu. *Podjetje in delo*, 2006, letn. 34, št. 6–7, str. 1284–1293.
- MEŽNAR, Špela. Odškodnina v primeru kršitve prepovedi diskriminacije in mobinga. *Delavci in delodajalci*, 2010, letn. 10, št. 2/3, str. 439–458.

- MOŽINA, Damjan. Pogodbena in nepogodbena odškodninska odgovornost: ODZ (1811) in Obligacijski zakonik (2001). V: Polajnar Pavčnik, A. (ur.), *Izročilo Občnega državljankega zakonika*. Ljubljana: GV Založba, 2013, str. 343–357.
- MOŽINA, Damjan. Povrnitev škode zaradi diskriminacije in trpinčenja na delovnem mestu: nekaj misli ob 8. členu ZDR-1. V: Žnidaršič Skubic, V., Damjan, M., in Koritnik, B. (ur.), *Izbrani vidiki ustavnega, civilnega in gospodarskega prava: liber amicorum Lojze Ude*. Ljubljana: Pravna fakulteta, Inštitut za primerjalno pravo, 2016, str. 371–389.
- NEBBIA, Paolisa. Damages Actions for the Infringement of EC Competition Law: Compensation or Deterrence?. *European Law Review*, 2008, št. 33, str. 23–43.
- PAVILLON, Charlotte. Private Enforcement as a Deterrence Tool: A Blind Spot in the Omnibus-Directive. *European Review of Private Law*, 2019, letn. 27, št. 6, str. 1297–1328.
- PIRŠIČ, Katja. Sivo polje kaznovanja – pravičnost kaznovalnih odškodnin. *Pravna praksa*, 2017, št. 22, str. II–VIII.
- ROBERTSON, Andrew. Introduction: Goals, Rights and Obligations. V: Robertson, A., in Tang, H. W. (ur.), *The Goals of Private Law*. Oxford: Hart Publishing, 2009.
- VARL, Maruša. *Kaznovalna odškodnina*. Ljubljana: GV Založba, 2019.
- VARL, Maruša. Elementi kaznovalne odškodnine v slovenskem pravu. *Zbornik znanstvenih razprav*, 2016, letn. 76, str. 235–262.
- WAGNER, Gerhard. *Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden*. Gutachten A zum 66. Deutschen Juristentag. München: Verlag C. H. Beck, 2006.
- WAGNER, Gerhard. Punitive Damages in European Private Law. V: Hopt, K. J., Basedow J., in Zimmermann, R. (ur.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- WILSHER, Dan. The Public Aspects of Private Enforcement in EC law: Some Constitutional and Administrative Challenges of a Damages Culture. *The Competition Law Review*, 2006, letn. 3, št. 1, str. 27–45.
- WEINGERL, Petra. The Implementation of the Antitrust Damages Directive in Slovenia: Tensions with the (Lurking) Preventive Character of Liability in Damages?. *LeXonomica*, 2016, letn. 8, št. 2, str. 139–159.
- WEINGERL, Petra. *Effective judicial protection and damages in EU law: the case for the deterrent effect*, doktorska disertacija, Oxford, 2018.
- WEINGERL, Petra. Pravičnost v okviru zasebnega uveljavljanja prava EU. *Dignitas*, 2022, v objavi.
- WEINGERL, Petra, BRATINA, Borut. Varstvo potrošnikov pred nepoštenimi poslovnimi praksami na energetskem trgu EU. V: Bratina, B., Šepec, M., Tomažič, L. M., in Stajniko, J. (ur.), *Sodobne dileme prekrškovnega prava energetike*. Maribor: Univerzitetna založba, 2020, str. 77–96.
- WEINRIB, J. Ernest. *The Idea of Private Law*. Oxford: OUP, 2012.