

Damjan Možina

Odškodninska odgovornost za kršitev pogodbe

1. Uvod
2. Pravica do povrnitve škode zaradi kršitve pogodbe
 - 2.1. Tipi škode, povzročene s kršitvijo pogodbe
 - 2.2. Razmerje med izpolnitvenim in odškodninskim zahtevkom
3. Narava in razbremenitev pogodbene odškodninske odgovornosti: 240. člen OZ
4. Osnovno merilo povrnitve škode: polna povrnitev škode
5. Načelo predvidljivosti škode kot omejitev obsega odškodninske odgovornosti
 - 5.1. Zgodovinsko ozadje načela predvidljivosti
 - 5.2. Predvidljivost – absolutna omejitev odškodninske odgovornosti?
 - 5.3. Merila predvidljivosti
 - 5.4. Predvidljivost ob sklenitvi ali kršitvi pogodbe?
 - 5.5. Kakšna škoda je objektivno predvidljiva?
6. Obseg škode pri namernih in hudo malomarnih kršitvah pogodbe
7. Nepremoženjska škoda zaradi kršitve pogodbe
8. Dolžnost zmanjševanja škode
9. Povrnitev škode
 - 9.1. Zmanjšanje premoženja
 - 9.2. Možnost upoštevanja dobička, ki ga je dolžnik pridobil s kršitvijo pogodbe, pri odmeri škode
 - 9.3. Konkretno in abstraktno računanje škode
10. Povrnitev škode zaradi stvarnih napak pri prodaji
11. Pogodbeni sporazumi o odškodnini
12. Sklep

Povzetek

Prispevek poskuša orisati temeljna načela slovenskega pogodbenega odškodninskega prava s poudarkom na obsegu povrnitve škode. Pri tem opozarja na nekatere dileme, ki se pojavljajo ob uporabi njegovih določb, ter poskuša iskati vzporednice s primerjalnim pravom. Avtor uvodoma oriše razmerje med izpolnitvenim in odškodninskim zahtevkom, nato na kratko predstavi možnosti dolžnikove razbremenitve odgovornosti za kršitev. Sledi obravnava osnovnega merila povrnitve škode (načela popolne odškodnine) in njegove omejitve v pogodbenem pravu – načela popolne odškodnine) in nje-stavi tudi v zgodovinskem in primerjalnem kontekstu, skupaj s posameznimi, praktično relevantnimi vidiki. Opozori tudi na sodobne tendence v teoriji in praksi glede predlogov za izboljšanje oziroma nadgradnjo tega načela. V okviru obravnave povrnitve škode predstavi različne pristope za ugotavljanje obsega premoženjske škode, zavzema pa se tudi za možnost upoštevanja morebitnega dobička, ki ga je dolžnik pridobil s kršitvijo

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

Clanki

D. Možina: Odškodninska odgovornost za kršitev pogodbe

pogodbe, pri ugotavljanju škode. Posebej predstavi problemske sklope glede povrnitve škode zaradi stvarnih napak pri prodajni pogodbi.

Ključne besede: kršitev pogodbe, odškodninska odgovornost, razbremenitev, načela polne odškodnine, načelo predvidljivosti škode, izgubljeni dobiček, premoženjska škoda, nepremoženjska škoda, konkretno in abstraktno računanje škode, stvarne napake

Abstract

The paper aims to outline the principles guiding damages for breach of contract in Slovenian law, with an emphasis on the scope of damages. It draws attention to some of the dilemmas arising in theory and practice, and tries to point out the parallels with solutions in other legal orders. Following the introduction, the relationship between the claim for specific performance and damages claim is presented, followed by a brief explanation of possibilities of debtor's exoneration of liability for breach. The general measure of damages is the principle of full compensation and its limitation in contract law – the principle of foreseeability of damage. This principle is presented in historical and comparative perspectives, together with the aspects of its applicability in practice. Attention is drawn to contemporary tendencies in comparative law regarding its improvement or upgrade. Furthermore, different approaches to the calculation of damage are presented. The author advocates the view that any profit that the debtor might have earned by breaching the contract can be taken into account when calculating the creditor's damage, effectively disgorging the debtor of the profit. The paper concludes by presenting some problem areas in Slovenian law with regard to recovery of damage due to material defects.

Key words: breach of contract, damages, exemptions, full compensation, the principle of foreseeability of damage, lost profit, patrimonial damage, non-patrimonial damage, concrete and abstract calculation of damage, material defects

1. Uvod

Če dolžnik krši svojo pogodbeno obveznost, mora povrniti škodo, ki je zaradi tega nastala upniku. Pri odškodninski odgovornosti za kršitev pogodbe je poleg vprašanja temelja odgovornosti in s tem povezane možnosti dolžnikove razbremenitve bistveno predvsem vprašanje, do kam seže dolžnikova odgovornost. Obseg odgovornosti je tako v pogodbenem kot v nepogodbenem (deliktne) odškodninskem pravu treba omejiti, sicer lahko pride do povsem neuravnoteženih rezultatov. Gre za vprašanje, katere izmed nastalih izgub lahko še pripišemo kršilcu in katere mora nositi oškodovanec sam. Medtem ko v nepogodbenem pravu omejitve obsega odgovornosti dose-gamo predvsem z uporabo teorij o vzročni zvezi, zlasti s teorijo o adekvatni vzročnosti, je pristop pogodbenega prava nekoliko drugačen: dolžnik upniku načeloma ni dolžan povrniti vse škode, ki je posledica kršitve pogodbe, ampak le tisto škodo, ki jo je oziroma bi jo bil moral dolžnik vnaprej predvideti. V sistemu pogodbene odgo-vornosti, ki ne temelji na krivdi – kakršen je tudi sistem pogodbene odgovornosti v OZ –, je načelo predvidljivosti škode najpomembnejše merilo pripisovanja škode oziroma njenega obsega dolžniku.

Načelo predvidljivosti iz prvega odstavka 243. člena OZ je poznal že jugoslovanski ZOR (prvi odstavek 262. člena), ki je glede koncepta pogodbene odškodninske

odgovornosti sledil za tiste čase zelo sodobnemu unificiranemu pravu prodajne pogodbe, tj. haaškemu Enotnemu zakonu o prodaji. Danes je to načelo široko sprejeto, ne le v pravu številnih držav, ampak tudi v naslednici haaškega prava mednarodne prodaje, Dunajski konvenciji ZN o mednarodni prodaji (CISG), ter v sodobnih modelih pogodbenega prava, kakršna so recimo Načela evropskega pogodbenega prava (PECL, člen 9:503), Načela UNIDROIT za mednarodne gospodarske pogodbe (člen 7.4.4), ter v Osnutku Skupnega referenčnega okvira (DCFR, člen III.-3:703) in Osnutku Skupnega evropskega prodajnega prava (CESL, člen 161). Zato je mogoče v zvezi z določbami OZ uporabljati tudi literaturo in sodno prakso, ki sta nastali na podlagi teh ureditev. To je posebej pomembno za izjemno majhen in mlad pravni red, kakršen je slovenski, v katerem se pogodbeno pravo ne more razvijati na enak način kot v večjih državah z živahnijim gospodarstvom in daljšo pravno tradicijo. Pravo EU pogodbeno odškodninske odgovornosti neposredno ne ureja.

Prispevek oriše temeljna načela slovenskega pogodbenega odškodninskega prava s poudarkom na obsegu povrnitve škode. Pri tem poskuša opozoriti na nekatere dileme, ki se pojavljajo ob uporabi njegovih določb, ter išče vzporednice s primerjalnim pravom.

2. Pravica do povrnitve škode zaradi kršitve pogodbe

Čeprav se besedilo odseka OZ o pogodbeni odškodninski odgovornosti izrecno nanaša le na zamudo z izpolnitvijo in (dokončno) neizpolnitev pogodbe, se uporablja za vse oblike kršitve pogodbe, tudi za izpolnitev s stvarnimi in pravnimi napakami ter za kršitev stranskih pogodbenih obveznosti.¹ Kršitev pogodbe je vsako odstopanje od tistega, kar je bilo dolgovano.

Obveznost povrnitve škode po določbah 239. do 246. člena OZ temelji na kršitvi obveznosti iz odplačnih (vzajemnih) pogodb. Pravne posledice kršitve neodplačnih pravnih poslov so drugačne.² V tem smislu je zanimiva sodba Vrhovnega sodišča, ki je prisodilo povrnitev škode zaradi kršitve pogodbe v naslednjem primeru: planinsko društvo, neprofitno združenje civilnega prava, je svoje člane povabilo na gorski izlet.³ Za vodjo poti je bila imenovana licencirana gorska vodnica. Plačilo za izlet ni

¹ Glej drugi odstavek 239. člena OZ. Podobno M. Dolenc, Pogodbena odškodninska odgovornost v sodni praksi, Pravosodni bilten, št. 2/2004, str. 294, ter Š. Mežnar, Pogodbena odškodninska odgovornost – nekatera odprta vprašanja, Odvetnik, št. 60/2013, str. 28 in nasl.

² Pri darilni pogodbi darovalec odškodninsko odgovarja (le) krivdno: če je škoda nastala zaradi pravnih napak podarjene stvari, ki jih je zamolčal (prvi odstavek 537. člena OZ), ali pa zaradi (stvarnih) napak ali nevarnih lastnosti podarjene stvari, za katere je vedel oziroma bi bil moral vedeti, in ni opozoril obdarjenca (drugi odstavek 537. člena OZ). Takšno darilo imenujemo danajsko darilo, po konju, ki so ga Grki (Danajci) zvičajno podarili Trojancem, s čimer so si omogočili vstop v Trojo in zmago v vojni. Znan je Vergilov verz iz Eneide (II, 49): »Timeo Danaos et dona ferentes« (Boj se Grkov, tudi če nosijo darila).

³ Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 70/1998 z dne 26. maja 1999. Glej tudi sodbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 143/2013 z dne 28. maja 2015. V primeru poškodbe na (odplačno) organiziranem soteskanju (*canyoning*), kjer si je eden od udeležencev pri skoku v tolmun poško-

bilo predvideno, udeleženci pa so si delili stroške avtobusnega prevoza in organizacije. Ob sestopu z gore je prišlo do hude nesreče: zaradi zdrsa s poti so trije udeleženci izgubili življenje, dva pa sta se poškodovala. Drugače kot višje sodišče, ki je odgovornost društva utemeljilo na nepogodbeni (deliktni) podlagi in štel gorski izlet za nevarno dejavnost, je Vrhovno sodišče v vabilu društva in njegovem sprejetju s strani udeležencev videlo sklenitev pogodbe, po kateri je planinsko društvo prevzelo obveznost zagotovitve varnega vzpona in vrnitve udeležencev. Sodišče je ugotovilo vrsto kršitev te obveznosti⁴ in prisodilo odškodnino za premoženjsko in nepremoženjsko škodo. Škoda je bila povrnjena tudi tistemu izmed udeležencev (oškodovancev), ki je bil tudi sam licenciran gorski vodič, a je bil po mnenju sodišča na tem izletu le udeleženec. Sodišče ni pojasnilo, kakšna pogodba je bila sklenjena med planinskim društvom in udeleženci izleta. Prav tako se ni spraševalo o lastni odgovornosti udeležencev gorskega izleta. Zdi se, da je v tem primeru za neodplačno pogodbo uporabilo strog koncept odgovornosti, kot ga poznamo glede odgovornosti za varnost potnikov iz pogodbe o prevozu oseb.⁵ Sodišče je morda želelo s svojo odločitvijo vplivati na organizatorje planinskih izletov, da bi bolj skrbeli za varnost, vendar se zdi, da utegne sodba neprofitna planinska (in druga) društva predvsem odvracati od organiziranja (brezplačnih) aktivnosti zaradi bojzani pred odškodninsko odgovornostjo oziroma te aktivnosti podražiti, na primer zaradi zavarovanja odgovornosti.

2.1. Tipi škode, povzročene s kršitvijo pogodbe

V teoriji in praksi so znane različne kategorizacije pogodbene škode. Na splošno se razlikuje med »škodo zaradi izgube tistega, kar je bilo dolgovano po pogodbi« (izguba iz kupčije oziroma škoda, ki bi zaradi kršitve verjetno nastala vsakemu upniku), in »drugo škodo« (izguba, ki izvira iz posebnih okoliščin, imenovana tudi posledična škoda).⁶ Podobno je razlikovanje med »škodo zaradi kršitve« v smislu primarne ali neposredne škode, »stransko škodo«, tj. nastalimi stroški, ki niso pove-

doval nogo, sodišče ni videlo neskrbnega ravnanja in s tem kršitve pogodbe na strani organizatorja, prav tako pa je zavrnilo misel, da bi organiziranje soteskanja v naravnem okolju pomenilo nevarno dejavnost v smislu nepogodbene odgovornosti.

⁴ Sodišče je menilo, da je društvo kršilo svoje obveznosti že v fazi načrtovanja izleta: ker je bil na gori junija še sneg, bi večjalo vzpon načrtovati drugače, zlasti pa upoštevati različne izkušnje in pripravljeno prijavičenih udeležencev; razpis (oglas) bi bil moral vsebovati priporočila glede opreme in podatke o trajanju in zahtevnosti vzpona (namesto »lahka ali srednje zahtevna pot« bi moralo pisati »zahtevna in delno zelo zahtevna pot«); vodičev bi moralo biti več; poleg tega pa izbrana vodnica področja ni poznala dovolj dobro; vzpon se je začel prepozno. Tudi pri sami izvedbi je prišlo do pomanjkljivosti: pomanjkljiva disciplina že pred začetkom vzpona, opustitev ustreznega informiranja (pri koči, pred vzponom nekaterih na vrh).

⁵ Glej 702. člen OZ.

⁶ Glej na primer O. Lando, H. Beale (ur.), Principles of European Contract Law, Parts I and II, art. 9:502, Comment b, str. 439; DCFR, Full Edition, art. II.-3:702, Comment C, str. 924; D. Možina, v: R. Schulze, Common European Sales Law (CESL) – Commentary, Beck, Hart, Nomos, 2012, 160. člen CESL, str. 642, r. št. 7 in nasl.

zani z uresničitvijo izpolnitvenega interesa, ampak so namenjeni izogibanju dodatnim neugodnostim, ter »posledično škodo« v smislu dodatnih izgub.⁷ Občepravno delitev na *interesse circa rem* (škoda v zvezi s predmetom pogodbe) in *interesse extra rem* (škoda na drugih stvareh), ki so jo na podlagi rimskih virov vzpostavili že glosatorji, najdemo tudi pri domačih piscih.⁸ Pomen omenjenih delitev danes ni več v tem, da bi bile nekatere oblike škode priznane in druge ne, saj načelo popolne odškodnine zahteva popravilo vseh negativnih posledic kršitve. Premoženjska škoda je v našem pravu načelno opredeljena kot zmanjšanje premoženja dolžnika (diferenčna teorija), kar je učinek vseh opisanih tipov škode.⁹ Z opisanimi modeli lahko predvsem pojasnimo, v katerih dolžnikovih sferah nastanejo posledice kršitve pogodbe. V našem pravu pa je delitev vendarle relevantna zaradi nenavadne zakonodajalčeve odločitve o povrnitvi škode zaradi stvarnih napak, ki bo obravnavana v nadaljevanju.

2.2. Razmerje med izpolnitvenim in odškodninskim zahtevkom

Zahtevek na povrnitev škode lahko v položaju, ki sledi kršitvi pogodbe, nastopa na različne načine. V primeru zamude z izpolnitvijo obveznosti – če denimo prodajalec kupcu blaga ne dobavi ob zapadlosti, ampak pozneje, ali če kupec zaradi stvarnih napak blaga ne more uporabljati, dokler niso odpravljene – odškodninski zahtevek nastopa poleg izpolnitvenega zahtevka (odškodnina poleg izpolnitve). Škoda zaradi zamude lahko tedaj pomeni stroške premostitvenih ukrepov, na primer v obliki stroškov najema enakovredne stvari. Če na primer taksi podjetje kupi avtomobil, ta pa je dobavljen z zamudo meseca dni, lahko podjetje za vmesni čas najame nadomestno

⁷ I. Schwenzer, v: P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ur.), *Commentary on CISG*, art. 74, at nr. 21 et seq (str. 1006), nr. 27 (str. 1009) in r. št. 32 (str. 1012); J. Gotanda, v: S. Kröll in drugi (ur.), *CISG Commentary*, art. 74, r. št. 15 et seq.

⁸ Klasifikacija Klarića (*dammum quoad rem, damnum circa rem in damnum extra rem*), *Odštetno pravo*, 3. izd., Narodne novine, Zagreb 1996, str. 172, povzema N. Plavšak, v: M. Juhart, N. Plavšak (ur.), *Obligacijski zakonik s komentarjem*, GV Založba, Ljubljana 2004, 3. knjiga, str. 162.

⁹ Tako imenovano diferenčno teorijo (razliko med dejanskim premoženjskim stanjem oškodovanca v danem trenutku in hipotetičnim stanjem premoženja, ki bi ga oškodovanec imel, če ne bi bilo škodnega dogodka) je v 19. stoletju predstavil vplivni nemški pravnik Friedrich Mommsen. Glej H. Coing, *Europäisches Privatrecht*, 2. knjiga, Beck, München 1989, str. 466. Pred tem ni obstajal le en sam pojem (premoženjske škode). Na rimskopravni podlagi so pravniki razlikovali več različnih »interesov« (škoda). *Id quod inter est* je bil od primera do primera drugačen. Pojem škode je bil v času občega prava eden najbolj kompleksnih in spornih pravnih vprašanj. Razlikovalo se je med *interesse circa rem* ter *interesse extra rem*, pa tudi na primer med *interesse conventum* (pogodbena vrednost), *interesse commune* (običajna vrednost), *interesse singulare* (vrednost za posamezno stranko) in. Znana slika Petrusa Rebuffusa z naslovom *Arbor super interesse* predstavlja kar 48 deloma prekrivajočih se podpojmov škode. Glej: R. Zimmermann, *Law of Obligations*, Oxford University Press, 1996, str. 833. Danes je jasno, da z diferenčno teorijo premoženjske škode ni mogoče pojasniti zgolj kot računsko operacijo, saj vključuje tudi pomembne vrednostne odločitve (na primer med izračunom na podlagi zmanjšanja premoženja oziroma vrednosti ter na podlagi stroškov vzpostavitve prejšnjega stanja). Glej na primer: D. Možina, *Povrnitev premoženjske škode na motornih vozilih*, *Pravni letopis* 2014, str. 87.

vozilo, z njim opravlja prevoze in povrnitev stroškov terja od prodajalca. Na ta način upnik zmanjša svojo škodo, saj prepreči, da bi prišlo do izgube strank. Razumni ukrepi za zmanjšanje oziroma preprečitev škode pa niso le njegova pravica, ampak tudi njegova dolžnost, posledica kršitve katere je sorazmerno zmanjšanje odškodnine.¹⁰ Škoda zaradi zamude lahko vključuje tudi odgovornost upnika nasproti tretjim osebam, ki je posledica dolžnikove kršitve, na primer v obliki pogodbenih kazni ali odškodninske odgovornosti za zamudo iz pogodb z upnikovimi odjemalci. Posebna oblika povrnitve škode za zamudo z izpolnitvijo denarnih obveznosti so zamudne obresti – posebna zato, ker gre za abstraktno povrnitev, saj upniku ni treba dokazovati nastanka konkretne škode, večja namreč neovrgljiva domneva, da mu je nastala škoda v višini zamudnih obresti.¹¹ Povrnitev morebitne višje škode pa upnik lahko terja z odškodninskim zahtevkom.

Odškodninski zahtevek lahko izpolnitvenega tudi nadomesti (odškodnina namesto izpolnitve).¹² Za take primere gre, kadar je dokončno jasno, da izpolnitve v naravi ne bo – če denimo prodajalec blaga sploh ne dobavi (dokončna neizpolnitev, 103. do 107. člen OZ) ali če je bila individualna stvar, ki jo mora prodajalec izročiti, uničena (naknadna nemožnost izpolnitve, tretji odstavek 117. člena OZ), kot tudi, če kupec, potem ko je prodajalca neuspešno pozval k odpravi stvarne napake, napako odpravi sam, stroške pa uveljavlja kot odškodnino.¹³ V teh primerih je predpostavka upnikovega odškodninskega zahtevka praviloma tudi postavitev primerne dodatnega roka dolžniku.¹⁴ Ta je namenjen temu, da bi dolžnik vendarle dobil še zadnjo priložnost, da bi se z izpolnitvijo oziroma naknadno izpolnitvijo v naravi izognil praviloma bolj neugodnim posledicam dokončne neizpolnitve.¹⁵ Izpolnitev v naravi, tudi v obliki naknadne izpolnitve (popravilo ali zamenjava), torej ni le pravica upnika, ampak je tudi pravica dolžnika (*right to cure*). Če torej dolžnik, ko je obveščen o kršitvi (na primer o stvarni napaki), izjavi, da bo izvedel popravilo ali zamenjavo, oziroma to izjavi, ko mu upnik postavi primeren dodatni rok, potem do poteka tega roka upnik ne more nadomestiti (naknadne) izpolnitve z odškodninskim zahtevkom. Dodatnega roka seveda ni treba postavljati, kadar je jasno, da izpolnitve tudi v dodatnem roku ne bo: kadar izpolnitev ni več mogoča (nemožnost izpolnitve), kadar je bil rok izpolnitve bistvena sestavina pogodbe (tako imenovane fiksne pogodbe) ali pa je dolžnik sam izjavil, da ne bo izpolnil. Nadomestitev izpolnitvenega zahtevka z odškodninskim praviloma sovпада z odstopom od pogodbe, vendar to ni nujno, saj se lahko pogodba nadaljuje, na mesto izpolnitvenega pa stopi odškodninski zahte-

¹⁰ Glej četrty odstavek 243. člena OZ in 244. člen OZ. Dolžnost je sama po sebi neiztožljiva, sankcionirana pa je z zmanjšanjem odškodnine (breme).

¹¹ Glej prvi odstavek 378. člena OZ in 2. člen Zakona o predpisani obrestni meri zamudnih obresti (ZPOMZO-1), Ur. l. RS, št. 56/03, 105/06.

¹² Zakon ta zahtevek nekoliko nenatančno imenuje »odškodnina za neizpolnitev«.

¹³ Glej na primer sodbo VSL I Cp 801/2014 z dne 21. maja 2014. To ne velja le za stvarne napake pri prodaji, ampak tudi pri drugih pogodbah, denimo pri podjemni pogodbi, glej na primer tretji odstavek 639. člena OZ.

¹⁴ Glej na primer drugi odstavek 105. člena OZ, prvi odstavek 470. člena OZ, 265. člen OZ.

¹⁵ Več: D. Možina, *Kršitev pogodbe*, GV Založba, Ljubljana 2006, str. 378 in nasl.

vek. Za enega takih primerov gre, če upnik, ki od dolžnika ne prejme izpolnitve ob dogovorjenem času (zamuda), izvede kritni posel, tj. si zagotovi izpolnitev drugje in zahteva povrnitev stroškov, hkrati pa ima interes ostati pri pogodbi.¹⁶ Tudi v primeru, ko odškodninski zahtevek nadomesti izpolnitvenega, se mu praviloma pridruži še zahtevek na povrnitev škode zaradi zamude.

Odškodninski zahtevek pa lahko obstaja tudi neodvisno od izpolnitvenega zahtevka oziroma kadar izpolnitvenega zahtevka sploh ni: kadar dolžnik izpolni svojo glavno obveznost, krši pa katero od stranskih pogodbenih obveznosti, denimo konkurenčno prepoved ali obveznost informiranja (245. člen OZ), ali pa svojo glavno obveznost izpolni, vendar zraven poškoduje siceršnje upnikove stvari.

3. Narava in razbremenitev pogodbene odškodninske odgovornosti: 240. člen OZ

Podlaga pogodbene odškodninske odgovornosti je dolžnikova kršitev pogodbene obveznosti, iz katere nastane upniku škoda. Dolžnikova odgovornost za kršitev in s tem tudi za škodo se domneva, dolžnik pa se je lahko razbremenil, če dokaže, da so mu izpolnitev preprečile naknadne in nepredvidljive okoliščine, ki jih ni mogel preprečiti, odpraviti oziroma se jim izogniti (240. člen OZ). Odgovornost za kršitev pogodbe ni krivdne (subjektivne) narave, saj se dolžnik ne more razbremeniti z dokazom, da ni kriv, ampak mora dokazati nepredvidljive okoliščine, ki niso pod njegovim nadzorom.¹⁷ Če so te okoliščine obstajale že ob sklenitvi pogodbe, jih je moral dolžnik upoštevati in se nanje pozneje ne more sklicevati. Gre za koncept odgovornosti za lastno vplivno sfero, ki je strožji od subjektivne odgovornosti in se približuje objektivni odgovornosti ter zelo spominja na ureditev iz 79. člena CISG in nekaterih drugih sodobnih ureditev pogodbenega prava.¹⁸ Tudi domača sodna praksa poudarja, da »krivda ni predpostavka poslovne odškodninske odgovornosti«¹⁹ oziroma da mora dolžnik za razbremenitev dokazati, da vzrok kršitve »ne izvira iz tve-

¹⁶ Glej: D. Možina, Kršitev pogodbe, str. 380 in nasl. Drug tak primer izhaja iz tretjega odstavka 117. člena OZ (druga alternativa).

¹⁷ Več: Možina, Kršitev pogodbe, GV Založba, Ljubljana (2006), str. 352 in nasl., N. Plavšak, v: M. Juhart, N. Plavšak (ur.), OZ s komentarjem, 240. člen, str. 214; M. Robin, Razbremenilni razlogi poslovne odškodninske odgovornosti, Podjetje in delo, št. 3-4/2014, str. 544; Š. Mežnar, Pogodbena odškodninska odgovornost v sodobnem slovenskem obligacijskem pravu, Pravosodni bilten, št. 4/2013, str. 25; A. Dežman, Pravna narava poslovnem odškodninske odgovornosti v OZ, Podjetje in delo, št. 3-4/2010, str. 475.

¹⁸ Več: P. Schlechtriem, D. Možina, Pravo mednarodne prodaje, Uradni list, Ljubljana 2006, r. št. 287 in nasl., str. 164 in nasl. Glej tudi člen 8:108(1) Principles of European Contract Law ter člen 7.1.7 UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts.

¹⁹ Glej na primer sodbo VSL I Cpg 603/2011 z dne 24. februarja 2012.

ganja, katerega obvladovanje je pripisati njemu«, ²⁰ oziroma je »zunaj njegove pravne sfere«.²¹

Za notranja tveganja, ki jih glede na pogodbeno porazdelitev rizikov in po običajih v prometu nosi dolžnik, se ta odgovornosti ne more razbremeniti.²² Sem spada denimo dolžnikova finančna zmožnost: dolžnik se ne more razbremeniti, češ da za izpolnitev obveznosti nima dovolj denarja. V dolžnikovo sfero spadajo tudi njegova notranja organizacija, delo njegovih ljudi in podobno; dolžnik se ne more uspešno sklicevati na primer na to, da je do kršitve prišlo zaradi slabega dela enega od delavcev ali zaradi okoliščine, da je bil ključni delavec bolniško odsoten. Razbremenil se lahko le na podlagi nepredvidljivih okoliščin zunaj svojega nadzora, na primer naravnih nesreč, posegov države, splošne stavke in podobno. Razbremenitev bo prodajalcu oziroma izvajalcu del uspela le izjemoma. Prevzem rizika je brez dvoma večji pri profesionalnih osebah (podjetjih), pri fizičnih osebah oziroma potrošnikih pa manjši.²³

Vedeti pa moramo, da je bila vzor za pravilo iz 240. člena OZ (263. člen ZOR) ureditev haaskega enotnega prodajnega prava, predhodnika CISG – konvencije o mednarodni prodajni pogodbi. Obveznost izročitve določene stvari v skladu s prodajno pogodbo je že tradicionalno obveznost uspeha, prav tako kot obveznost izdelati določeno delo na podlagi (podjemne) pogodbe. Tu se prodajalec oziroma podjemnik v primeru kršitve (tako zamude kot stvarne ali pravne napake) ne moreta sklicevati na to, da sta storila vse, kar je bilo v njuni moči, saj za izročitev v dogovorjenem času in v skladu s pogodbo jamčita (odgovarjata) ne glede na krivdo (obveznost uspeha, v francoskem pravu *obligation de résultat*).

Obstajajo pa tudi drugačne pogodbe, zlasti pogodbe o nekaterih storitvah, pri katerih po naravi stvari ni mogoče jamčiti za uspeh, ampak se obveznost izčrpa v ravnanju s potrebno skrbnostjo (obveznosti prizadevanja, *obligation de moyen*).²⁴ Tako na primer odvetnik stranki načeloma ne jamči, da bo v sporu uspela,²⁵ prav tako zdravnik s pogodbo ne obljubi pacientu, da bo ozdravel. Oba sta si dolžna prizadevati za uspeh z najvišjo možno skrbnostjo, vendar ne odgovarjata, če uspeh kljub ustrezni skrbnosti ni dosežen. Vendarle pa odvetnik odgovarja, da bo na primer do roka vložil pravno sredstvo, prav tako zdravnik, da bo na primer zagotovil varno in sterilno medicinsko opremo. Poleg tega pa se lahko stranki, če želita, zavežeta tudi za uspeh.

²⁰ Glej na primer sodbo VSL Cpg 59/2011 z dne 24. marca 2011, VSL 100/2011 z dne 15. januarja 2011 in VSL 129/2010 z dne 18. maja 2010.

²¹ Sodba VSL Cp 2153/2010 z dne 19. januarja 2010.

²² Glej tudi vzporedno ureditev v 114. členu OZ, ker sodišče pri razvezi zaradi spremenjenih okoliščin upošteva »namen pogodbe in tveganja, ki so za pogodbene stranke v poslovnem prometu običajna pri izpolnjevanju pogodb iste vrste«.

²³ V tem smislu tudi: N. Plavšak, OZ s komentarjem (II), str. 215; podobno: Š. Mežnar, Pogodbena odškodninska odgovornost – nekatera odprta vprašanja, Odvetnik, št. 60/2013, str. 28.

²⁴ Več: H. Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. izd., Mohr Siebeck, 2015, str. 364 in nasl.

²⁵ Lahko pa se odvetnik in stranka dogovorita za plačilo po uspehu, tj. v odstotkih od vrednosti prisojenega oziroma pridobljenega zneska. Glede na tretji odstavek 3. člena Zakona o odvetništvu se lahko dogovorita za plačilo v deležu največ 15 odstotkov od prisojenega zneska.

Poudariti velja, da je pomen razprave o subjektivni in objektivni pogodbeni odgovornosti precej bolj pomemben v teoretičnem kot praktičnem smislu. Gre za vprašanje tehnične kategorizacije porazdelitve in omejitve pogodbenih rizikov. Tako v ureditvah, ki predvidevajo krivdno načelo, kot tudi tistih, v katerih pogodbeno odgovornost temelji na nekrivdnem načelu, so končni rezultati uporabe meril porazdelitve rizikov zelo podobni oziroma enaki.²⁶

4. Osnovno merilo povrnitve škode: polna povrnitev škode

Pri vprašanju pojma pravno priznane škode in njenega obsega si lahko pomagamo z različnimi upnikovimi interesi, ki opisujejo načine, na katere je kršitev pogodbe posegla v upnikov položaj. Najpomembnejši interes upnika je brez dvoma pravilna izpolnitev pogodbenih obveznosti – zaradi tega sta stranki sploh sklenili pogodbo.

Zato je izhodišče glede obsega odškodninske odgovornosti za kršitev pogodbe načelo popolne odškodnine (angl. *full compensation*, nem. *Totalreparation*): z denarno odškodnino naj bo oškodovanec postavljen v premoženjski položaj, v kakršnem bi bil, če kršitve ne bi bilo, tj. če bi bila pogodba pravilno izpolnjena. Na uporabo pravila o popolni odškodnini (169. člen OZ) v pogodbenem pravu napotuje 246. člen OZ. Načelo popolne odškodnine oziroma reparacije vseh škodnih posledic kršitve je nujno za ohranjanje zaupanja v pogodbeno pravo, kajti stranke ne bodo imele interesa sklepati pogodb, če bodo morale posledice kršitev nasprotnih strank nositi same. Načelo popolne povrnitve škode želi upniku z denarno odškodnino nadomestiti korist od kupčije (*benefit of the bargain*), ki je ni dobil od dolžnika. Gre za izpolnitveni interes (angl. *expectation interest*), ki vključuje zlasti tudi izgubljeni dobiček.²⁷ Tako ima na primer lizingodajalec v primeru lizingojemalčeve kršitve pogodbe o lizingu in posledičnega razdora pogodbe pravico do povrnitve škode v višini vseh še nezapadlih (diskontiranih) obrokov, ki bi jih lizingojemalec plačeval do izteka pogodbe.²⁸ Po vzoru nemškega prava izpolnitveni interes imenujemo tudi pozitivni pogodbeni interes (pri čemer včasih pozabljamo, da je uporaba terminologije določenega nacionalnega prava povezana s specifičnim pozitivnim pravom).²⁹

Izpolnitveni interes pa ni edini interes, ki ga varuje pogodbeno pravo. Upnik ima prav tako interes, da mu zaradi kršitve pogodbe ne nastane škoda na njegovih sicerš-

njih, od pogodbe neodvisnih pravnih dobrinah, kar imenujemo interes integritete.³⁰ Na takšno škodo je vezana povrnitev škode zaradi stvarnih napak »na drugih kupčevih dobrinah« iz tretjega odstavka 468. člena OZ. Nekateri takšno škodo imenujejo tudi »refleksna« škoda.³¹ Sem lahko uvrstimo primere tako imenovane nadaljnje ali posledične škode: prodajalec na primer dobavi tovor žita z napako – škodljivimi žuželkami, ki potem v kupčevem skladišču uničijo drugo blago. Za posledično škodo gre na primer tudi, če kupljena stvar zaradi stvarne napake povzroči požar, ki uniči kupčevo stavbo. Takšna stvarna napaka utegne pomeniti tudi napako v smislu nepogodbene odškodninske odgovornosti proizvajalca za proizvod (glej 6. člen ZVPot) – pravne podlage odškodninskih zahtevkov se tu lahko prekrivajo. Za poseg v interes integritete gre tudi, če dolžnik krši stransko pogodbeno obveznost, na primer če slikopleskar ob tem, ko sicer v redu prebeli stanovanje, pri odnašanju orodja poškoduje vrata.

Iz načela popolne povrnitve škode izhaja, da ima upnik pravico do odprave vseh negativnih posledic dolžnikove kršitve pogodbe. To po prevladujočem mnenju vključuje tudi pravico do varstva njegovega interesa zaupanja (angl. *reliance interest*, v nemškem pravu: negativni pogodbeni interes).³² Odškodninski zahtevek je mogoče oblikovati tudi tako, da se z njim povrnejo nekateri izdatki, nastali v zaupanju v ravnanje sopogodbnika v skladu s pogodbo. Tu pravzaprav ne gre za škodo, ki jo je neposredno povzročila kršitev pogodbe, ampak za izdatke, ki se zaradi kršitve pogodbe izjalovijo, postanejo nekoristni.³³ Če je na primer kupec v pričakovanju blaga, ki naj bi mu bilo dobavljeno, zgradil skladišče, prodajalec pa blaga ni dobavil, potem je kupec skladišče zgradil zaman (predpostavimo, da ga drugače ne more uporabiti). Ta škoda brez pogodbe ne bi nastala. Gre za obliko škode zaradi zaupanja. Tako je na primer podjetje sklenilo pogodbo z odvetnikom, da bi ga ta zastopal v postopku revizije javnega naročila. V zvezi s pripravo gradiva za revizijo so podjetju nastali precejšnji stroški. Ker je bil revizijski zahtevek zaradi napake odvetnika zavržen, je zahtevalo in dobilo tudi povrnitev teh stroškov.³⁴ Načeloma se škoda zaradi zaupanja oziroma tako imenovani negativni pogodbeni interes kot način izra-

³⁰ I. Schwenzer, v: P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ur.), *Commentary on CISG*, art. 74, r. št. 3; P. Huber, v: *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. izd. (2008), CISG – art. 74, r. št. 17; U. Magnus, v: *Staudingers Kommentar zum BGB: Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, XVII, Sellier-de Gruyter, Berlin 2005, 74. člen, r. št. 21.

³¹ Na primer N. Plavšak, v: M. Juhart, N. Plavšak (ur.), *OZ s komentarjem*, GV Založba, Ljubljana 2004, 3. knjiga, 468. člen, str. 177.

³² I. Schwenzer, v: P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ur.), *Commentary on CISG*, art. 74, no. 3, str. 1000; Huber, v: *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. izd. (2008), CISG – art. 74, r. št. 18; U. Magnus, v: *Staudinger Kommentar zum BGB: Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, XVII, Sellier-de Gruyter, Berlin 2005, art. 74 CISG, r. št. 21, str. 725.

³³ I. Schwenzer, v: P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ur.), *Commentary on CISG*, art. 74, no. 3, str. 1000; P. Huber, v: *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. izd., (2008), CISG – art. 74, r. št. 18; U. Magnus, v: *Staudinger Kommentar zum BGB: Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, XVII, Sellier-de Gruyter, Berlin 2005, art. 74 CISG, r. št. 21, str. 725.

³⁴ Sodba VSL I Cp 2303/2015 z dne 25. novembra 2015.

²⁶ Več: D. Možina, *Kršitev pogodbe*, str. 275–283.

²⁷ G. H. Treitel, *Remedies for breach of contract*, v: R. David, A. von Mehren (ur.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, Bd. VII, Tübingen 1976, r. št. 49, str. 27; O. Lando, H. Beale (ur.), *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, art. 9:502, str. 438, Kluwer (2000), Hague; P. Huber, v: *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. izd., 2012, art. 74 CISG, r. št. 18.

²⁸ Glej na primer sodbo VSL I Cpg 1005/2013 z dne 17. septembra 2014.

²⁹ Na to utemeljeno opozarja M. Baretić, *Treba li se u hrvatskom obveznom pravu koristiti konceptima pozitivnog i negativnog pogodbenog interesa?*, v: T. Josipović in drugi (ur.), *Liber Amicorum Petar Klarić*, Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2012, str. 425–465.

čuna škode pojavlja predvsem v primerih, ko veljavne pogodbe ni, na primer zaradi ugotovitve ničnosti ali uspešnega izpodbijanja zaradi napak volje (glej 91. in 97. člen OZ) ali v primeru predpogodbene odškodninske odgovornosti (20. člen OZ). Gre za škodo, ki je nastala zaradi zaupanja ene stranke v pošteno ravnanje druge oziroma v veljavno sklenitev pogodbe. Ker pogodbe ni, je podlaga za njeno povrnitev zakon; velja doktrina *culpa in contrahendo* (krivdno ravnanje pri sklepanju pogodbe). Vendar povrnitev škode zaradi zaupanja ni omejena na motnje v fazi sklenitve pogodbe, ampak zajema tudi izpolnitvene motnje (kršitev pogodbe). Upnik se bo za izračun škode na ta način praviloma odločil tedaj, kadar škode ne bo mogel izraziti na način izpolnitvenega interesa.

Iz načela popolne odškodnine, po katerem je treba upnika postaviti v položaj, v katerem bi bil, če kršitve ne bi bilo, izhaja še eno načelo: upnikov položaj naj se zaradi kršitve ne izboljša.³⁵ Zato je treba pri izračunavanju škode upoštevati tudi okoliščine po kršitvi in všteti morebitne koristi, ki jih je upnik pridobil (*compensatio lucri cum damno*).³⁶ Tako se denimo všttevajo izdatki, ki bi jih upnik v primeru pravilne izpolnitve pogodbe imel, pa jih zaradi kršitve ni imel.³⁷

5. Načelo predvidljivosti škode kot omejitev obsega odškodninske odgovornosti

5.1. Zgodovinsko ozadje načela predvidljivosti

Načelo popolne povrnitve škode ima v pogodbenem pravu pomembno omejitev. Čeprav je popolna povrnitev škode osnovno merilo odškodnine, dolžnik odgovarja za celotno škodo le, če je nastanek takšne škode lahko vnaprej predvidel oziroma bi ga bil moral predvideti (načelo predvidljivosti).

Povrnitev vse škode, ki je v kakršnikoli zvezi s kršitvijo pogodbe, bi stranke utegnili odvracati od sklepanja pogodb oziroma bi pomembno zviševala stroške pogodbenih transakcij. Pravni redi omejujejo obseg odškodnine na različne načine, nekateri – tako kot slovenski – z načelom predvidljivosti, drugi na primer z ustreznim pojmovanjem vzročne zveze ali krivde ali celo z diskrecijsko pravico sodišča.³⁸ Že v rimskem pravu je Justinijan omejil višino upnikovega pogodbenega interesa v običajnih primerih na *duplum* (dvojno vrednost predmeta pogodbe).³⁹

V 16. stoletju je francoski pravnik Dumoulin Justinijanovo omejitev razložil s primerom prodaje lesenega soda za pivo. Če bi se izkazalo, da sod pušča in bi pivo

³⁵ To načelo ne velja absolutno. Izjema je denimo pogodbena kazen, ki se dolguje ne glede na nastanek škode; glej prvi odstavek 253. člena OZ.

³⁶ Glej na primer sodbo VSL I Cpg 1491/2010 z dne 5. aprila 2011 in sodbo VSL I Cpg 204/2011 z dne 23. aprila 2012.

³⁷ P. Huber, v: Münchener Kommentar zum BGB, 6. izd., 2012, art. 74 CISG, r. št. 23.

³⁸ Pregled: G. H. Treitel, Remedies for breach of contract, v: R. David, A. von Mehren (ur.), International Encyclopedia of Comparative Law, Bd. VII, Tübingen 1976, r. št. 77, str. 56.

³⁹ G. Krek, Obligacijsko pravo, Družba sv. Mohorja, Celje 1937, str. 68. V Digestah (D. 19, I, 43, 44) je omenjena tudi omejitev na predvidljivo škodo.

izteklo, bi bil tesar dolžan povrniti tudi vrednost izteklega piva. Če pa bi kupec sod napolnil z vinom, bi bil tesar ob morebitnem izlitju kot posledici napake soda vseeno dolžan le odškodnino v višini cene piva, ne pa (dražjega) vina.⁴⁰ V svojem znamenitem *Traité des Obligations* je francoski pravnik Pothier predvidljivost (*prévision*) postavil za splošno omejitev pogodbene odškodnine in jo utemeljil s tem, da se razumen človek podvrže le rizikom, ki jih lahko predvidi, ter da ni mogoče šteti, da se je dolžnik podvrzel nepredvidljivemu riziku.⁴¹ Na ta način je načelo prišlo v Code civil, ki v 1150. členu določa, da dolžnik odgovarja le za škodo (navadno škodo in izgubljeni dobiček), ki je bila v času sklenitve pogodbe predvidljiva ali bi morala biti predvidljiva, razen če je pogodbo kršil naklepno oziroma v slabi veri. Na podlagi vpliva francoskega prava sta pravilo o predvidljivosti sprejela tudi italijanski Codice civile (1225. člen) in španski Codice civil (1107. člen).

V angleškem pravu se je pravilo, podobno načelu predvidljivosti iz francoskega prava, izoblikovalo v odločbi *Hadley v. Baxendale* (1854) pod imenom doktrina *contemplation*.⁴² Mlinarju se je pokvarila železna os parnega mlina. S prevoznikom je sklenil pogodbo o prevozu osi v Greenwich, kjer naj bi izdelovalec po njenem modelu naredil novo os. Prevoz je zamudil pet dni, kar je pomenilo, da je mlin miroval pet dni (dlje). Mlinar je zahteval povrnitev izgubljenega dobička. Sodišče je med drugim izreklo, da je stranka, ki krši pogodbo, dolžna povrniti tisto škodo, ki jo je mogoče pošteno in razumno šteti kot naravno posledico takšne kršitve pogodbe ali za katero je mogoče razumno domnevati, da sta jo stranki v času sklenitve lahko predvidevali kot verjetno posledico kršitve pogodbe (da je torej bila »within the contemplation of the parties«).⁴³ Prek Ernsta Rabela, čigar znamenito delo *Das Recht des Warenkaufs* pomeni osnovo za unifikacijo prava mednarodne prodaje,⁴⁴ je načelo predvidljivosti prišlo v 82. člen haaškega Enotnega zakona o mednarodni prodaji (EZP), od tam pa v 74. člen CISG. Načelo predvidljivosti vsebujejo tudi Načela evropskega pogodbenega prava (člena 9:502 in 9:503), Načela UNIDROIT za mednarodne gospodarske pogodbe (člena 7.4.2 in 7.4.4) ter DCFR (člena III.-3:703 in III.-3:702).

Smisel omejitve odgovornosti na predvidljivo škodo je v tem, da naj stranki ne odgovarjata za več škode, kot sta jo ob sklenitvi pogodbe lahko razumno predvideli, vključili v svoje kalkulacije v zvezi s pogodbo in po potrebi tudi zavarovali.⁴⁵ Osnovna misel je, naj odgovornost dolžnika ostane v mejah, ki bi jih razumen človek ob

⁴⁰ H. Döhlle, Kommentar zum einheitlichen Kaufrecht, Beck, München 1976, str. 537.

⁴¹ Pothier, Traite des Obligations, Nouvelle ed., Tome I-VII, Bruselj 1829–1834, Tome I, Partie I, chapitre II, Nr. 159 in nasl.

⁴² 9 Exch. 341, obj. v: H. Beale, A. Hartkamp, H. Kötz, D. Tallon: Contract Law, Hart Publishing, Oxford 2002, str. 821.

⁴³ Sodišče je večji del tožbe zavrnilo, saj je menilo, da prevoznik odgovarja le za škodo, ki je bila na splošno predvidljiva. Zgolj dejstvo, da stranka pošilja nekaj na popravilo, še ne pomeni, da bo posledica morebitne zamude tudi izguba dobička.

⁴⁴ E. Rabel, Das Recht des Warenkaufs I (1936), str. 494 in 502.

⁴⁵ U. Magnus, v: Staudinger Kommentar zum BGB: Wiener UN-Kaufrecht (CISG), XVII, Sellier/de Gruyter, Berlin 2005, art. 74, r. št. 31, str. 728; P. Schlechtriem, D. Možina, r. št. 302, str. 175.

sklenitvi pogodbe mogel in moral predvideti.⁴⁶ Načelo predvidljivosti spodbuja upnika k temu, da dolžnika ob sklenitvi pogodbe opozori na nevarnost posebej visoke škode, dolžnik pa se lahko odloči, ali bo takšno pogodbo sklenil, se poskušal dogovoriti za pogodbeno omejitev odškodninske odgovornosti ali pa zahteval višje pogodbeno plačilo.⁴⁷ Omejitev obsega odgovornosti na predvidljivo škodo je tudi vrednostna protiutež strogi pogodbeni odgovornosti,⁴⁸ ki jo predvidevata tako CISG (79. člen) kot OZ (240. člen).

Avtorji jugoslovanskega Zakona o obligacijskih razmerjih (ZOR) so se pri ureditvi pogodbene odškodninske odgovornosti zgledovali po poenotenem haaškem pravu prodaje, predhodniku CISG.⁴⁹ ZOR je v prvem odstavku 266. člena določal, da mora dolžnik povrniti navadno škodo in izgubljeni dobiček, ki bi ju *dolžnik moral pričakovati v času sklenitve pogodbe kot možno posledico kršitve pogodbe glede na dejstva, ki so mu bila takrat znana ali bi mu morala biti znana*. Odškodnina je torej načeloma omejena na riziko odgovornosti, ki ga je bilo mogoče oceniti ob sklenitvi pogodbe. Slovenski Obligacijski zakonik (2001) vsebuje načelo predvidljivosti v prvem odstavku 243. člena z modifikacijo, ki bo obravnavana pozneje.

5.2. Predvidljivost – absolutna omejitev odškodninske odgovornosti?

Opozoriti velja, da glede načela predvidljivosti tako v teoriji kot v praksi obstajajo tudi dvomi oziroma predlogi za dopolnitev. Utemeljeno se zastavlja vprašanje, ali je golo dejstvo, da dolžnik ve oziroma bi moral vedeti za neki škodni riziko, že dovolj, da dolžnik zanj tudi odgovarja oziroma ga prevzame, ter ali ne bi bilo nemara primerneje zahtevati njegovo privolitev.⁵⁰ Uravnotežena pogodba pomeni uravnoteženo razdelitev rizikov in plačil v smislu, da tisti, ki nosi določen riziko, zanj dobi tudi določeno plačilo.⁵¹ Ali je to v praksi izvedljivo, pa je drugo vprašanje. Pri pogodbi

⁴⁶ H. Stoll, v: H. Döhlle, Kommentar zum einheitlichen Kaufrecht, Beck, München 1976, str. 438.

⁴⁷ H. Kötz, Vertragsrecht, 2. izd., Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, r. št. 1045, str. 439.

⁴⁸ I. Schwenzler, v: P. Schlechtriem, I. Schwenzler (ur.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht (CISG), 3. izd., 2008, 74. člen, r. št. 4; P. Huber, v: Münchener Kommentar zum BGB, 5. izd. (2008), CISG – art. 74, r. št. 2.

⁴⁹ Tako: D. Mitrović, v: B. T. Blagojević, V. Krulj (ur.): Komentar Zakona o obligacionim odnosima, 1. izd., Savremena administracija, Beograd 1980, str. 667. Haaški konvenciji o mednarodni prodaji blaga in sklepanju prodajnih pogodb z dne 1. julija 1964 sta kot dodatek vsebovali Enotni zakon o mednarodni prodaji blaga (EZP) in Enotni zakon o sklepanju pogodb o mednarodni prodaji blaga (EZS).

⁵⁰ J. Gordley, The Foreseeability limitation on Liability in Contract, v: A. S. Hartkamp in drugi (ur.), Towards a European Civil Code, 4. izd., Kluwer Law International, Alphen an den Rijn 2011, str. 699 in nasl.

⁵¹ J. Gordley (delo iz prejšnje op.) to razlaga na angleškem primeru *Victoria Laundry (Windsor) Ltd v. Newman Industries Ltd* [1949] 2 KB 528, v katerem je šlo za nakup kotla za toplo vodo. Prodajalec je vedel, da želi kupec, imetnik pralnice, kotel čim prej uporabiti. Ker je bil kotel dobavljen pet mesecev prepozno, je kupec izgubil izjemno dobičkonosen posel z državo. Zahteval je povrnitev izgubljenega dobička. Sodišče je izreklo, da je upravičen do povrnitve običajnega izgubljenega dobička (na podlagi »običajnih« poslov), ne pa tudi do

velike vrednosti najbrž ne bo težav s prepoznavanjem rizika in njegovim upoštevanjem pri pogajanju. Če prodajalec denimo prodaja veliko količino standardiziranih proizvodov velikemu številu kupcev za razmeroma nizko ceno, pa bo najbrž težko pričakovati, da bo prilagodil ceno le enemu kupcu, če je riziko nastanka škode posebej velik le pri tem kupcu. Rezultat njegove morebitne odškodninske odgovornosti bi bil verjetno ta, da bi prodajalec povišal ceno za vse kupce, čeprav škodni riziko obstaja le pri enem ali pri majhnem številu kupcev. Takšna porazdelitev rizika ne bi bila poštena, saj bi morali kupci z majhnim škodnim rizikom plačevati vsoto, vezano na riziko velike škode, ki pa ne preti njim.⁵²

Uporaba načela predvidljivosti brez upoštevanja pravične porazdelitve rizika lahko privede do obsega odgovornosti, ki je povsem nesorazmeren s pogodbeno ceno. Riziko naj načeloma nosi tisti, ki ga lahko najlažje obvlada. Ameriški *Restatement Second of Contracts* daje v tretjem odstavku § 351 sodišču diskrecijsko pravico, da omeji odškodnino za predvidljivo škodo, tako da omeji povrnitev izgubljenega dobička ali dovoli le povrnitev na podlagi škode zaradi zaupanja ali pa na drug način, če glede na okoliščine pravičnost zahteva, da se prepreči nesorazmerna kompenzacija. Zanimivo je, da *Restatement* kot primer navaja situacijo, ki zelo sponinja na *Hadley v. Baxendale*: zasebni prevoznik sklene pogodbo s tovarno, po kateri ji mora dostaviti popravljene stroj, in ve, da tovarna brez stroja ne more delati. Dobava ima zamudo, ker se prevozniku pokvari tovornjak. Kot pojasnjuje *Restatement*, lahko sodišče ob obravnavi zahtevka zavrne povrnitev izgubljenega dobička iz razloga izrazitega nesorazmerja med ceno prevoza in odškodnino za izgubljeni dobiček.⁵³

V angleškem pravu pravilo iz primera *Hadley v. Baxendale* še velja, a le s pridržkom, da iz pogodbe ne izhaja drugačna razporeditev tveganj.⁵⁴ V primeru *Transfield Shipping v. Mercator Shipping*, o katerem so odločali v House of Lords,⁵⁵ je *Transfield* od *Mercatorja* najel ladjo, vrniti pa bi jo moral do 2. maja 2004. *Mercator* je že sklenil pogodbo za oddajo naslednjemu najemniku, in sicer za 39.500 ameriških dolarjev na dan, od 8. maja dalje, za več mesecev. *Transfield*, ki je dva tedna pred koncem najema dobil naročilo za prevoz premoga, ladje ni vrnil vse do 11. maja. Vmes so se cene ladijskih prevozov drastično znižale. *Mercatorjev* novi najemnik je bil za večmesečni najem tedaj pripravljen plačati le 31.500 dolarjev na dan. *Mercator* je zahteval tudi povrnitev izgube zaradi nižje cene v naslednjih mesecih. Zastavilo se je vprašanje, ali načelo predvidljivosti velja v vsakem primeru, kolikor se stranki nista posebej dogovarjali, ali pa je mogoče na podlagi okoliščin, kakršna je

povrnitve dobička iz izjemno lukrativnega posla – s slednjim bi bil moral biti po mnenju sodišča posebej seznanjen. Vendar, kot poudarja Gordley (glej delo iz prejšnje op., str. 711), ne bi bilo pravično, če bi bil prodajalec nosil posebej visok riziko zgolj zaradi dejstva, da je vedel zanj. Prevzem rizika bi bil upravičen, če bi se bil prodajalec na visok predvideni riziko lahko odzval tako, da bi zaračunal dodatek.

⁵² Prav tam.

⁵³ Glej primer 17, *Restatement 2nd*, § 351.

⁵⁴ H. Kötz, *Europäisches Vertragsrecht*, 2. izd., Mohr Siebeck, 2015, str. 381.

⁵⁵ *Transfield Shipping Inc. v. Mercator Shipping Inc.* [2009] 1 A.C. 61 (H. L.).

na primer splošno mnenje na relevantnem trgu, šteti, da stranka ne bi razumno prevzela bremena takšne izgube, čeprav ta sama po sebi ni bila nepredvidljiva. Sodišče se je odločilo za slednje. V primeru *South Australia Asset Management Corp. v. York Montague Ltd* je ocenjevalec vrednosti (cenilec) kršil svojo dolžnost skrbnosti in svoji stranki (banki) malomarno svetoval glede vrednosti nepremičnine, ki je bila predlagana kot zavarovanje za kredit.⁵⁶ Ocenil jo je boljše, kot je bila vredna na trgu. Ker kredit ni bil vrnjen, je bilo zavarovanje realizirano, pri čemer je bila dosežena cena bistveno nižja od ceno. Vmes je prišlo tudi do padca cen na nepremičninskem trgu. Za obseg odškodnine je bilo odločilno vprašanje, ali naj cenilec odgovarja le za izgube, povezane s pomanjkljivim zavarovanjem kredita, ali tudi za del škode, ki izhaja iz padca cen na nepremičninskem trgu. Stališče House of Lords je predstavil lord Hoffmann. Navedel je primer planinca, ki pred izvedbo težkega gorskega vzpona obišče zdravnika in ga vpraša, ali bo njegovo poškodovano koleno zdržalo napore. Če zdravnik poda mnenje malomarno in mu na vprašanje odgovori pritrdilno, čeprav koleno v resnici vzpona ne bi zdržalo, ne bo odgovarjal za škodo, ki nastane, če se planinec na poti poškoduje zaradi padajočega kamenja, in ne zaradi kolena. To velja tudi tedaj, če planinec v primeru pravilnega zdravnikovega nasveta sploh ne bi šel na pot. Varstveni namen svetovalne obveznosti, ki jo je prevzel zdravnik, namreč ni in ne more biti varstvo pred vsemi nevarnostmi na gorskih vzponih. Na podlagi tega je House of Lords prisodilo le povrnitev škode, izhajajoče iz cenilčeve kršitve obveznosti, saj je menilo, da mu ni mogoče naložiti tveganja splošnega znižanja nepremičninskih cen, čeprav je bilo z njim mogoče računati in čeprav banka v primeru pravilne ceno nepremičnine sploh ne bi sprejela v zastavo.⁵⁷ Menim, da bi bilo načelo predvidljivosti tudi v slovenskem pravu treba uporabljati z opisano nadgradnjo.

5.3. Merila predvidljivosti

Predpostavki odškodninskega zahtevka sta kršitev pogodbe in nastanek škode kot njena posledica. Ker je obseg odgovornosti omejen na predvidljivo škodo, za omejitve na podlagi teorij o vzročni zvezi, zlasti teorije o aдекватni vzročnosti, ki v nepogodbenem pravu opravlja podobno funkcijo kot načelo predvidljivosti v pogodbenem pravu, ni prostora, saj bi bila sicer škoda dvakrat omejena; enako velja za (nejasno) razmejevanje neposredne in posredne škode.⁵⁸ Vzročna povezava med

⁵⁶ *South Australia Asset Management Corp. v. York Montague Ltd*, [1996] UKHL 1 [1997] AC 191.

⁵⁷ Glej H. Kötz, *Europäisches Vertragsrecht*, 2. izd., Mohr Siebeck, 2015, str. 381.

⁵⁸ U. Magnus, v: Staudinger Kommentar zum BGB: Wiener UN-Kaufrecht (CISG), XVII, Sellier/de Gruyter, Berlin 2005, art. 74, r. št. 29, str. 727; P. Huber, v: Münchener Kommentar zum BGB, 5. izd. (2008), CISG – art. 74, r. št. 20; I. Schwenzer, v: P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ur.), *Commentary on CISG*, Oxford University Press, 3. izd., 2010, art. 74, r. št. 40. Glej tudi D. Možina, *Pogodbena in nepogodbena odškodninska odgovornost: ODZ (1811) in OZ (2002)*, v: A. Polajnar Pavčnik in drugi (ur.), *Izročilo Občnega državlanskega zakonika, GV Založba, Ljubljana 2013*, str. 349.

kršitvijo in škodo se presoja po načelu naravne vzročnosti (*condicio-sine-qua-non*), kar pomeni, da mora biti kršitev pogoj za nastanek škode.

Predvidljivost se presoja le z vidika stranke, ki je kršila pogodbo, tj. dolžnika. Le dolžnik je moral ob sklenitvi pogodbe škodo, kakršna je nastala, predvideti kot možno posledico svoje kršitve pogodbe. Predvidljivost se seveda presoja *ex post*; v času, ko je škoda že nastala. Pri tem ni potrebno, da je dolžnik škodo natančno in v vseh podrobnostih predvidel oziroma lahko predvidel ali morebiti poznal celo znesek škode.⁵⁹ Po drugi strani pa ne zadostuje zgolj abstraktna predvidljivost škode. Bistveno je, ali je dolžnik lahko pričakoval, da bo kršitev pogodbe povzročila škodo, ki bo v bistvenem takšne vrste in obsega, kot je v resnici nastala.⁶⁰

Osnovno merilo predvidljivosti je objektivno (škoda, ki bi jo dolžnik moral predvideti): dolžnik mora računati s posledicami, s katerimi bi računala razumna oseba v njegovem položaju glede na konkretne okoliščine.⁶¹ Ali je dolžnik s temi posledicami tudi v resnici računal, ni pomembno. Načelo predvidljivosti ne pomeni empirične ugotovitve verjetnosti nastopa škode, ampak vsebuje vrednostno oceno, kaj lahko stranka običajno predvidi, in zato nosi tudi ustrezen riziko. V tem smislu načelo predvidljivosti vsebuje tudi normativni element, tj. oceno, kakšna je v danih okoliščinah primerna razdelitev pogodbenih rizikov.⁶² Za posledice običajnega poteka stvari, ki je vedno predvidljiv, dolžnik torej odgovarja.⁶³

Nasprotno pa dolžnik za neobičajna tveganja oziroma posebne okoliščine odgovarja le, če je zanje vedel (subjektivni element).⁶⁴ Objektivno merilo je dopolnjeno s subjektivnim (škoda, ki jo je predvidel konkretni dolžnik). Upnik polje predvidljivosti seveda lahko razširi, tako da dolžnika ob sklenitvi pogodbe seznanj z določenimi, objektivno neprepoznavnimi riziki, na primer s posebnim namenom uporabe pred-

⁵⁹ Glej sklep VSL I Cp 3992/2010 z dne 10. novembra 2010 ter U. Magnus, v: Staudinger Kommentar zum BGB: Wiener UN-Kaufrecht (CISG), XVII, Sellier-de Gruyter, Berlin 2005, art. 74 CISG, št. 33, str. 728; P. Huber, v: Münchener Kommentar zum BGB, 5. izd. (2008), art. 74 CISG, r. št. 28.

⁶⁰ U. Magnus, v: Staudinger Kommentar zum BGB: Wiener UN-Kaufrecht (CISG), XVII, Sellier-de Gruyter, Berlin 2005, art. 74 CISG, r. št. 34, I. Schwenzer, v: P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ur.), *Commentary on CISG*, Oxford Univ. Press, 3. izd., 2010, art. 74, r. št. 50.

⁶¹ U. Magnus, v: Staudinger Kommentar zum BG: Wiener UN-Kaufrecht (CISG), XVII, Sellier-de Gruyter, Berlin 2005, art. 74 CISG, r. št. 35, str. 728; I. Schwenzer, v: P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ur.), *Commentary on CISG*, Oxford University Press, 3. izd., 2010, art. 74, r. št. 49; D. Možina, v: Schulze, *Common European Sales Law (CESL) – Commentary*, Beck, Hart, Nomos, 2012, 163. člen CESL, str. 650, r. št. 3 in nasl.

⁶² U. Magnus, v: Staudinger Kommentar zum BG: Wiener UN-Kaufrecht (CISG), XVII, Sellier-de Gruyter, Berlin 2005, art. 74 CISG, r. št. 37, str. 729.

⁶³ E. McKendrick, v: S. Vogenauer, J. Kleinheisterkamp (ur.), *Commentary on UNIDROIT PICC*, člen 7.4.4, r. št. 6.

⁶⁴ H. Döle, r. št. 61, str. 545; U. Magnus, r. št. 36, str. 729; I. Schwenzer, v: P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ur.), *Commentary on CISG*, Oxford University Press, 3. izd., 2010, art. 74, r. št. 49; P. Schlechtriem, D. Možina, *Pravo mednarodne prodaje, Uradni list, Ljubljana 2006*, r. št. 302, str. 176.

meta pogodbe oziroma z nevarnostjo posebej visoke škode. V tem smislu načelo predvidljivosti spodbuja stranki k izmenjavi informacij. Dolžnik se potem lahko odloči, ali bo takšno pogodbo sklenil ali pa se bo morda poskušal dogovoriti za omejitve odškodninske odgovornosti ali za višje plačilo.⁶⁵

5.4. Predvidljivost ob sklenitvi ali kršitvi pogodbe?

Ker je namen predvidljivosti kot elementa razdelitve rizika med stranki v tem, da stranka odgovarja le za tista tveganja, ki jih je lahko predvidela ter vključila v svoje izračune koristi in tveganj, na podlagi katerih se je odločila za sklenitev pogodbe, je jasno, da se predvidljivost lahko presoja le v trenutku *sklenitve* pogodbe. Tako določajo vse ureditve, ki odškodnino omejujejo na predvidljivo škodo, tudi nekdanje jugoslovansko pravo – prvi odstavek 266. člena ZOR.⁶⁶ Do trenutka sklenitve pogodbe namreč stranka še lahko reagira na tveganja, ki jih lahko predvidi v zvezi s pogodbo, na primer tako, da zahteva višje plačilo, omeji ali izključi pogodbeno odgovornost, sklene posebno zavarovanje ali, če je tveganje vendarle preveliko, pogodbe sploh ne sklene.

Slovenski zakonodajalec, ki je sicer v OZ tako rekoč brez sprememb prenesel celotno obligacijsko pravo ZOR, pa je v prvem odstavku 243. člena OZ trenutek *sklenitve* pogodbe kot referenčno točko za presojo predvidljivosti škode zamenjal s trenutkom *kršitve* pogodbe. Ker je trenutek sklenitve ključen za presojo vseh obveznosti in odgovornosti strank, vključno s temeljem in morebitno razbremenitvijo pogodbene odgovornosti na podlagi 240. člena OZ ter z razbremenitvijo zaradi sprememb okoliščin na podlagi 112. člena OZ, je določitev trenutka *kršitve* pogodbe kot merodajnega za presojo predvidljivosti škode nelogična in v nasprotju s smislom načela predvidljivosti.

Če je bila zakonodajna sprememba hotena, bi morali bržkone šteti, da to pomeni širitev odgovornosti za kršitev pogodbe. V trenutku kršitve, ki praviloma sovпада s trenutkom zapadlosti, je namreč dolžniku o upniku in njegovih okoliščinah, zlasti o namenu uporabe predmeta obveznosti, praviloma znano več, vsekakor pa ne manj kot v trenutku sklenitve pogodbe. Merodajnost trenutka kršitve pogodbe torej spreminja razdelitev tveganj med pogodbeni stranki v smeri večje odgovornosti dolžnika. Uporaba določbe lahko privede tudi do nevzdržnih rezultatov. Tako lahko upnik tudi po sklenitvi pogodbe sporoči dolžniku okoliščine, ki tako povečujejo obseg dolžnikove odgovornosti, da bi se bil dolžnik, če bi vedel zanje, za sklenitev take pogodbe sploh ne odločil. Dolžnik pa se na takšno naknadno povečanje tveganja škode ne more odzvati.

⁶⁵ H. Kötz, *Vertragsrecht*, 2. izd., Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, r. št. 1045, str. 439.

⁶⁶ Glej 74. člen CISG; za francosko, belgijsko in luksemburško pravo glej 1150. člen Code civil; za italijansko pravo glej 1225. člen Codice civile; za špansko pravo glej 1107. člen Código civil; za angleško pravo glej G. H. Treitel, *The Law of Contract*, 11. izd. (2003), str. 965; enako velja tudi v irskem, škotskem in danskem pravu – tako DCFR.

Za podoben primer je šlo v zadevi, o kateri je odločalo Vrhovno sodišče.⁶⁷ Stranki sta sklenili pogodbo o prodaji stanovanja, ki naj bi bilo izročeno dobrih 16 mesecev pozneje. Kupec je mesec dni in pol pred predvideno izročitvijo prodajalcu sporočil, da je svoje stanovanje, v katerem je prebival, prodal, in se dogovoril za izročitev takrat, ko bi mu moral prodajalec izročiti stanovanje v skladu s pogodbo. Obvestil ga je tudi o tem, da se je dogovoril za pogodbeno kazen v višini 1 odstotka kupnine za vsak dan zamude. Vprašal je, ali bo rok izročitve spoštovan, vendar od prodajalca ni dobil odgovora. Ker mu prodajalec ni izročil stanovanja v roku, je moral poleg (nizke) pogodbene kazni iz pogodbe o prodaji stanovanja kupcu povrniti tudi znesek plačane (visoke) pogodbene kazni iz pogodbe, s katero je kupec prodal svoje prejšnje stanovanje. Sodišče je svojo odločitev utemeljilo s tem, da bi bil prodajalec, ki je vedel, da do roka ne bo mogel izpolniti pogodbe, in je bil pravočasno obveščen o kupčevi pogodbi, lahko škodo zmanjšal, če bi kupcu zagotovil drugo primerno stanovanje. Zdi se, da glede na besedilo zakona sodišče ni imelo izbire. Vendar pa s povečevanjem obsega predvidljive škode po sklenitvi pogodbe ne moremo biti zadovoljni. Poleg tega takšno pravilo na široko odpira vrata zlorabam.

Obstaja pa najmanj dvom o tem, da je bila taka zakonodajna sprememba hotena in zavestna. Besedilo predloga OZ v prvem in drugem branju v Državnem zboru je namreč še vsebovalo načelo predvidljivosti ob sklenitvi, v različico za tretje branje pa se je prikradel izraz ob kršitvi in sprememba – drugače kot v drugih primerih – ni bila niti omenjena niti obrazložena.⁶⁸ Zato menim, da bi bilo mogoče v času do popravka zakona spremembo v prvem odstavku 243. člena OZ obravnavati kot nehoteno redakcijsko napako in besedilo razlagati tako, da je za predvidljivost škode merodajen trenutek sklenitve pogodbe.

5.5. Kakšna škoda je objektivno predvidljiva?

Kaj je na splošno oziroma objektivno predvidljivo, je odvisno od vrste posla in tudi od tega, kdo sta stranki. Nekatero oblike škode, ki so lahko v določenih okoliščinah objektivno predvidljive v gospodarskih pogodbah (B2B), denimo izgube dobička od nadaljnje prodaje, kadar gre za blago, namenjeno nadaljnji prodaji, praviloma ne bodo predvidljive v potrošniških pogodbah (B2C). Vendar so tudi tu možne izjeme. Zato pa bo predvidljivost škode v obliki kupčevih stroškov s popravilom ali zamenjavo načeloma podana pri vseh prodajnih oziroma podjemnih pogodbah. Prav tako so na splošno predvidljivi tudi razumni stroški najema nadomestne stvari, pri zamudi s plačilom denarja pa stroški premostitvenega kredita (kolikor presegajo zamudne obresti).

Če torej prodajalec kupcu ne izroči stanovanja v dogovorjenem roku, je mogoče predvideti, da ga kupec ne bo mogel uporabljati, pri čemer se posledice lahko kažejo v stroških najema nadomestnega stanovanja ali pa, če bi bilo stanovanje mogoče

⁶⁷ Sodba Vrhovnega sodišča II Ips 593/2009 z dne 24. januarja 2013.

⁶⁸ Glej Poročevalec DZ z dne 13. junija 2000, z dne 7. septembra 2000 ter z dne 31. julija 2001 (str. 64).

oddati, tudi kot izgubljeni dobiček zaradi nemožnosti oddajanja v najem.⁶⁹ Stanovanja se ne kupujejo le zaradi lastne uporabe, ampak tudi zaradi oddajanja v najem, pa tudi zaradi nadaljnje prodaje, zato so nekatere posledice zamude predvidljive tudi na tem področju.

Če ima kupec predmet pogodbe namen uporabljati v okviru svoje proizvodnje, potem je predvidljiva posledica kršitve pogodbe glede na okoliščine lahko tudi zastoj proizvodnje. Kadar gre za blago, ki je namenjeno vgraditvi v drugo blago in pri katerem se neskladnost s pogodbo tipično pokaže šele po vgraditvi, so v primeru popravila ali zamenjave načeloma predvidljivi tudi stroški odstranitve pomanjkljivega blaga in ponovne vgraditve zamenjanega oziroma popravljenega blaga.⁷⁰ Na področju potrošniške prodajne pogodbe (B2C) se ti stroški na podlagi sodbe Sodišča EU v zadevi Weber povrnejo v okviru kupčevega zahtevka za zamenjavo, izven področja veljave Direktive 99/44 pa v okviru odškodninskega zahtevka.⁷¹

Načeloma so predvidljivi tudi primerni in upravičeni stroški (izvensodnega) uveljavljanja pravice, kot na primer angažiranje odvetnika, pošiljanje opomina ipd., zlasti kadar gre za tuje stranke.⁷² Stroški sodnega zastopanja se seveda povrnejo v okviru in po pravilih pravnega oziroma arbitražnega postopka. Opozoriti velja, da v primeru plačilne zamude v gospodarski pogodbi o nakupu blaga ali opravljanju storitev dolžnik upniku v vsakem primeru dolguje 40 evrov za stroške izterjave.⁷³ Ta znesek se povrne pavšalno, kot posebna posledica plačilne zamude in ne glede na predvidljivost, upnik pa lahko zahteva povrnitev morebitnih višjih stroškov, ki presegajo zamudne obresti, kolikor so bili predvidljivi.

Izjemoma je lahko posledica kršitve pogodbe tudi zmanjšanje kupčevega poslovnega ugleda (premoženjska škoda). Švicarsko vrhovno sodišče je denimo na podlagi CISG priznalo odškodnino za škodo v obliki izgube strank kot predvidljive posledice izpolnitve s stvarno napako (dobava drugačnega mesa od dogovorjenega), pri čemer pa je bil kupec udeležen na zelo občutljivem trgu in ni imel možnosti, da bi si

⁶⁹ Zdi se, da ima Vrhovno sodišče drugačen pristop: v zadevi II Ips 237/2011 z dne 3. septembra 2014 je zavrnilo povrnitev škode v obliki izgubljene najemnine, saj prodajalec, ki je zamujal z izročitvijo stanovanja, s to kupčevo namero ni bil posebej seznanjen oziroma je ni pričakoval.

⁷⁰ Glej: Sodišče EU, združeni zadevi C-65/09 (Weber) in C-87/09 (Putz) z dne 16. junija 2011, ter Možina, Pravice kupca na podlagi stvarne napake, Pravni letopis 2012, str. 85.

⁷¹ Po sodbi Sodišča EU v zadevi *Weber/Putz* (glej prejšnjo op.) kupčev zahtevek za zamenjavo blaga z napako iz drugega in tretjega odstavka 3. člena Direktive 1999/44/ES o potrošniški prodaji in garancijah vključuje stroške odstranitve in ponovne vgradnje zamenjanega blaga. Več o sodbi: D. Možina, Pravice kupca na podlagi stvarne napake pri prodajni pogodbi, Pravni letopis 2012, str. 85–104.

⁷² VSL je denimo zavrnilo povrnitev stroškov odvetnika, saj je upnik angažiral odvetnika izven območja sodišča, pri čemer tudi ni šlo za zahtevnejši primer ali zadevo zaupnejše narave, I Cpg 1431/2011 z dne 11. oktobra 2012.

⁷³ Glej 14. člen Zakona o preprečevanju zamud pri plačilih (ZPreZP-1), Ur. l. RS, št. 57/12, ter D. Možina, Meje pogodbene svobode pri dogovorih o plačilnih rokih in posledicah plačilne zamude, Podjetje in delo, št. 6-7/2011, str. 1101.

blago priskrbel drugje.⁷⁴ Podobno je nemško vrhovno sodišče kupcu (velikemu prodajalcu hrane) prisodilo odškodnino, ker mu je prodajalec dobavil sir z napako, zaradi česar je izgubil pomembne stranke; štelo je, da je glede na zahtevno konkurenco na relevantnem trgu prodajalec lahko pričakoval, da bo posledica njegove kršitve tudi izguba strank pri kupcu.⁷⁵

6. Obseg škode pri namernih in hudo malomarnih kršitvah pogodbe

Kot določa prvi odstavek 243. člena OZ, lahko v primeru prevare ali namerne kršitve oziroma kršitve pogodbe iz hude malomarnosti upnik zahteva povrnitev »celotne« škode, ne glede na to, ali je dolžnik vedel za posebne okoliščine, zaradi katerih je nastala. Enako rešitev pozna francosko pravo, ki v 1151. členu Code civil določa, da dolžnik v tem primeru odgovarja le za škodo, ki je takojšnja in neposredna posledica kršitve pogodbe (*une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention*). V primeru prevare, naklepa ali hude malomarnosti izključujejo načelo predvidljivosti na primer tudi italijanski Codice civile v 1225. členu, DCFR v členu III.-3:703 ter PECL v členu 9:503. Glede na to, da temelj odškodninske obveznosti ni odvisen od krivde, se zdi nenavadno, da je treba naklep ali veliko malomarnost dokazovati v zvezi z (izjemnim) obsegom odškodnine. Morda je tudi zato domače sodne prakse o tem vprašanju zelo malo.⁷⁶ Zdi se, da je zakonodajalec presodil, da je v primerih prevare, naklepa ali velike malomarnosti riziko nepredvidljive škode primerneje naložiti dolžniku, ki krši pogodbo, kot upniku. Seveda pa mora biti tudi v tem primeru škoda neposredna posledica kršitve pogodbe oziroma od slednje ne sme biti preveč oddaljena.

7. Nepremoženjska škoda zaradi kršitve pogodbe

Zaradi kršitve pogodbe lahko nastane tudi nepremoženjska škoda.⁷⁷ To je že od nekdaj veljalo glede poškodb in smrti, ki so nastale zaradi kršitve pogodbe. Za tak primer je šlo na primer pri opisani nesreči v gorah med izletom planinskega društva⁷⁸ ali pri padcu s konja zaradi malomarnosti učitelja jahanja.⁷⁹ Nekoliko manj jasen pa je bil odgovor na vprašanje, ali gre za denarno odškodnino za nepremoženjsko škodo tudi v primeru nezadovoljstva oziroma trpljenja zaradi kršitve pogodbe, čeprav ta ni

⁷⁴ Glej odločbo švicarskega zveznega vrhovnega sodišča z dne 28. oktobra 1998 (CISG-online, št. 413).

⁷⁵ Glej odločbo BGH, obj. v: WM 1980, 36 (na podlagi EZP), cit. po: P. Schlechtriem, D. Možina, r. št. 306, str. 178.

⁷⁶ Izjema je sodba Vrhovnega sodišča II Ips 827/2009 z dne 18. julija 2013, tč. 7.

⁷⁷ Več: D. Možina, Nepremoženjska škoda zaradi kršitve pogodbe, Izbrane teme civilnega prava, 2006, Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti, str. 33–51. Drugačno mnenje: F. Očepek, Obseg škode v pogodbenem odnosu s poudarkom na vprašanju (ne)priznanja nepremoženjske škode, Pravna praksa, št. 28/2013 (priloga).

⁷⁸ Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 70/1998 z dne 26. maja 1999.

⁷⁹ Sodba VSK Cp 689/99 z dne 17. novembra 1999.

povzročila fizičnih poškodb.⁸⁰ Če je bil namen pogodbe, zaradi katerega je upnik prevzel denarno obveznost, (tudi) zagotavljanje nepremoženjskih koristi, na primer prijetno preživljanje dopusta, oddih, udobje, športne aktivnosti in podobno, potem razočaranje in neugodje, ki lahko prerasteta v duševne bolečine, na splošno nista nepredvidljivi posledici kršitve pogodbe.⁸¹ V skladu z načelom popolne odškodnine in zavezujočo naravo pogodb odškodnina za takšne posledice ne sme biti izključena.⁸² Nedavno je Vrhovno sodišče v primeru kršitve pogodbe o organiziranju potovanja sledilo odločbi Sodišča EU v zadevi *Leitner v. TUI (C-168/00)* in potrošniku priznalo nepremoženjsko škodo zaradi izgube dopusta,⁸³ ki je odtlej torej priznana kategorija v slovenskem pravu.

Vrhovno sodišče (delovnopравни oddelek) je odškodnino za nepremoženjsko škodo priznalo tudi v primeru nezakonite odpovedi delovnega razmerja (javnemu uslužbencu).⁸⁴ Pri tem je zanimivo, da te odškodnine ni oprlo na kršitev pogodbene obveznosti (na nezakonito odpoved pogodbe o zaposlitvi lahko gledamo tudi kot na kršitev pogodbe), ampak na nepogodbeno povzročitev škode (delikt).

8. Dolžnost zmanjševanja škode

Upnik ne more zahtevati povrnitve tiste škode, za katero je sam odgovoren. To ne vključuje le njegovega prispevka h kršitvi pogodbe, ampak tudi njegovo ravnanje po kršitvi pogodbe: upnik mora namreč izvesti vse razumne ukrepe, da se škoda ne poveča oziroma da se zmanjša ali celo prepreči (*duty to mitigate*). Če teh ukrepov ne izvede in je zaradi tega škoda večja, povrnitve v tem obsegu ne more zahtevati.⁸⁵ Upnik torej po dolžnikovi kršitvi ne sme ostati pasiven, ampak si mora aktivno prizadevati za zmanjšanje škode. Pogosto bo obveznost zmanjševanja škode zahtevala izvedbo premostitvenih ukrepov oziroma kritnega posla. Denimo avtoprevoznik, ki je tovornjak pripeljal k mehaniku in se z njim dogovoril o popravilu do določenega

datuma, pa mehanik zamuja, ne sme zgolj čakati in računati svojega izgubljenega dobička, ampak si mora, če je le mogoče, začasno izposoditi drugo vozilo in opravljati prevoze, da bi čim bolj zmanjšal škodo in preprečil dolgoročneje posledice, na primer izgubo strank. Stroške razumnih ukrepov za zmanjšanje škode mora povrniti dolžnik, ki je kršil pogodbo.⁸⁶ To velja tudi, kadar upniku na koncu ne uspe zmanjšati škode, če so bili izvedeni ukrepi razumni oziroma je bil poskus zmanjšanja primeren.

Ali je upnik ukrepe zmanjševanja škode izvedel na primeren način, na koncu presoja sodišče.⁸⁷ Sodišče je na primer ugotovilo, da je prodajalec, ki kupcu ni izročil blaga, ker je ta kršil njuno pogodbo (glede dogovorjenega načina prodaje končnim odjemalcem), nato pa blago (oblačila jesensko-zimske kolekcije) prodal tretji osebi z velikim (70-odstotnim) popustom, ravnal povsem primerno.⁸⁸ V drugem primeru je šlo za pogodbo o finančnem lizingu za motorno vozilo.⁸⁹ Ker lizingojemalec ni spoštoval pogodbe, jo je lizingodajalec odpovedal, vozilo pa (potem ko ga je dal oceniti sodnemu cenilcu) za razmeroma nizko ceno prodal in za dobljeni znesek znižal svojo terjatev do lizingojemalca (vse bodoče neplačane obroke lizinga in stroške). Sodišče je njegovo ravnanje ocenilo za ustrezno. Zavrnilo je tudi odškodninski zahtevek kupca tovornega vozila, ki zaradi prodajalčeve napake v dokumentaciji ni mogel opraviti tehničnega pregleda in posledično vozila ni mogel uporabljati, vendar pa ni sprejel prodajalčeve ponudbe za brezplačno uporabo nadomestnega vozila, s čimer bi preprečil nastop škode.⁹⁰

9. Povrnitev škode

9.1. Zmanjšanje premoženja

Kot je bilo že povedano, je osnovna usmeritev glede povrnitve premoženjske škode zaradi kršitve pogodbe načelo popolne odškodnine (169. in 132. člen v povezavi z 246. členom OZ), ki je omejeno z načelom predvidljivosti iz prvega odstavka 243. člena OZ.

Premoženjska škoda pomeni zmanjšanje upnikovega premoženja. Na splošno jo lahko računamo na dva načina, med katerima lahko, če sta v danem položaju mogoča oba, načeloma izbira upnik: na podlagi stroškov vzpostavitve skladnosti s pogod

⁸⁰ Glej na primer sodbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 765/2007 z dne 30. oktobra 2008.

⁸¹ Glej P. Klarić, Ugovorna odgovornost za nematerialno škodo, Zbornik Pravne fakultete Zagreb, št. 5-6/1989, str. 980.

⁸² D. Možina, Nepremoženjska škoda zaradi kršitve pogodbe, Izbrane teme civilnega prava, 2006, Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti, str. 46.

⁸³ Sklep Vrhovnega sodišča VS II Ips 160/2013 z dne 23. aprila 2015 ter odločba Okrajnega sodišča v Mariboru II P 578/2015 z dne 9. septembra 2015 (60 evrov na dan). Glej tudi D. Možina, Nepremoženjska škoda zaradi izgube počitnic: Leitner pri nas doma, Podjetje in delo, št. 1/2014, str. 41-56.

⁸⁴ Vrhovno sodišče, VIII Ips 97/2011 z dne 6. 11. 2012. Sodišče je oškodovancu (javnemu uslužbencu) prisodilo 8.000 EUR iz naslova nepremoženjske škode, pri čemer je 5.000 EUR odpadlo na »psihične težave«, 1000 EUR na »nevšečnosti pri zdravljenju« ter 2.000 EUR na »zmanjšanje življenjske aktivnosti«. Sodišče ni pojasnilo, kakšne »psihične težave« (ki same po sebi – tako kot nevšečnosti pri zdravljenju – niso oblika pravno priznane nepremoženjske škode) ter »zmanjšanje življenjske aktivnosti« lahko povzroči nezakonita odpoved delovnega razmerja javnemu uslužbencu.

⁸⁵ Glej četrti odstavek 243. člena in 244. člen OZ ter sodbo Vrhovnega sodišča RS III Ips 37/2009 z dne 17. aprila 2012.

⁸⁶ Ti stroški se povrnejo v okviru odškodninskega zahtevka. Povrnitev razumnih stroškov izrecno omenjata na primer člen 9:505(2) PECL in člen 7.4.9(2) Načel UNIDROIT za medna rodne gospodarske pogodbe. CISG tega ne določa izrecno, vendar enako rešitev zagovarja teorija, glej I. Schwenzer, v: P. Schlechtriem, I. Schwenzer, *Commentary on CISG*, Oxford University Press, 2010, art. 77 CISG, r. št. 11, str. 1047. Glej tudi D. Možina, v: R. Schulze *Common European Sales Law (CESL) – Commentary*, Beck, Hart, Nomos, 2012, 163. člen CESL, str. 650, r. št. 3 in nasl.

⁸⁷ Glej na primer sodbo VSL I Cp 495/2015 z dne 18. marca 2015.

⁸⁸ Sodba Vrhovnega sodišča III Ips 8/2012 z dne 25. marca 2014.

⁸⁹ Sodba VSL II Cp 3378/2014 z dne 18. marca 2015.

⁹⁰ Sodba VSL I Cp 1431/2011 z dne 11. oktobra 2011.

bo oziroma cene kritnega posla ali pa na podlagi razlike v vrednosti upnikovega premoženja. Za prvi način (stroškovni pristop) gre denimo, če kupec, ki mu je prodajalec izročil blago s stvarno napako, potem ko je slednjega neuspešno pozival k popravilu, sam organizira popravilo, račun pa pošlje prodajalcu. Za podoben položaj gre, če upnik v primeru dolžnikove zamude z izpolnitvijo sklene kritni posel za premostitev obdobja čakanja (najame nadomestno stvar ali vzame kredit, če prodajalec zamuja s plačilom). Za drugi način (razlika v vrednosti) pa gre denimo v primeru dolžnikove dokončne neizpolnitve, pri čemer upniku nastane izguba, vključno z izgubljenim dobičkom, in sklenitev kritnega posla ni mogoča oziroma primerna.

Čeprav iz 132. člena OZ izhaja, da bi bilo za ugotovitev premoženjske škode načeloma treba primerjati celoten premoženjski položaj upnika pred kršitvijo pogodbe in po njej, se moramo zavedati, da vrednotenje upnikovega celotnega premoženjskega položaja ni le izjemno zahtevno, ampak je včasih tudi zavajajoče, kajti na vrednost premoženja vpliva tudi vrsta dejavnikov, ki niso povezani s kršitvijo (na primer spremembe na kapitalskem trgu). Zato se je za ugotovitev obsega zmanjšanja premoženja oziroma preprečitve njegovega povečanja (po metodi razlike v vrednosti) treba osredotočiti le na zmanjšanje, ki je povezano s pogodbo oziroma njenim predmetom. Stroškovni pristop je v vsakem primeru omejen na konkretno zmanjšanje premoženja.

Načelo popolne odškodnine je tudi temeljna opredelitev pravno priznane škode. Določbe o tem, da se poleg navadne škode povrne tudi izgubljeni dobiček, kot denimo v prvem odstavku 168. člena OZ in prvem odstavku 243. člena OZ, imajo zgolj pojasnjevalno naravo in niso zaključena opredelitev pravno priznane škode.⁹¹ Vsekakor pa zakon navadno škodo in izgubljeni dobiček priznava v enaki meri, zato razlikovanje med njima ni tako pomembno. Namen tretjega odstavka 168. člena OZ je predvsem olajšanje dokaznega bremena. Upnik dokazuje le okoliščine, iz katerih izhaja verjetnost pridobitve dobička, nato pa nastopi (ovrgljiva) domneva, da bi ta dobiček tudi v resnici nastal.⁹² Določba dopolnjuje 216. člen ZPP o določanju odškodnine po prostem preudarku.⁹³

⁹¹ Glede 74. člena CISG (prvi stavek: »Povrnitev škode za kršitev pogodbe ene strani je enaka pretrpljeni izgubi in izgubljenemu dobičku, ki ju ima zaradi kršitve druga stran«) tako tudi CISG-Secretariat Commentary, 74. člen, št. 3, objavljeno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/seccomm/seccomm-74.html> (10. 2. 2016), ter U. Magnus, v: Staudinger Kommentar zum BG: Wiener UN-Kaufrecht (CISG), XVII, Sellier-de Gruyter, Berlin 2005, art. 74 CISG, r. št. 19; P. Huber, v: Münchener Kommentar zum BGB, 6. izd., 2012, art. 74 CISG, r. št. 17.

⁹² Glej na primer sodbo VSL I Cpg 1552/2014 z dne 22. aprila 2015, tč. 16 (verjetnost nad 50 odstotkov).

⁹³ Glej na primer sodbo VSL I Cpg 125/2013 z dne 28. maja 2013, tč. 19, ter H. Oetker, v: Münchener Kommentar zum BGB, 6. izd., 2012, § 252 BGB, r. št. 30; Schulze, BGB Kommentar, 7. izd. (2012), § 252, r. št. 2; H. Heinrichs, v: Palandt BGB, 66. izd. (2007), § 252, r. št. 5. Dobiček se lahko računa abstraktno, tj. glede na običajen tek stvari, ne glede na konkretne okoliščine (kar prav tako pomeni olajšanje dokaznega bremena), ali pa konkretno, tj. glede na posebne okoliščine (ki jih je treba dokazati).

9.2. Možnost upoštevanja dobička, ki ga je dolžnik pridobil s kršitvijo pogodbe, pri odmeri škode

V središču odškodninskega – tudi pogodbenega – prava je položaj oškodovane oziroma pogodbi zveste stranke. Pravni red jo želi z odškodnino postaviti v premoženjski položaj, v katerem bi bila, če kršitve ne bi bilo. Zastavlja se vprašanje, ali je pri odmeri odškodnine mogoče upoštevati tudi morebitni dobiček, ki ga je s kršitvijo pogodbe dosegel dolžnik. Denimo tako, da je po sklenitvi prodajne pogodbe isto blago še enkrat prodal in izročil drugemu kupcu, ki mu je ponudil višjo ceno, ali pa tako, da ga je pogodba zavezovala k spoštovanju pravic delavcev, neuporabi otroškega dela ali k delovanju na ekološko sprejemljiv način, pa je obljubo prelomil, s tem znižal proizvodne stroške in dosegel dobiček.⁹⁴ Na prvi pogled se zdi, da odvzem takšnega dobička kršitelju ni v domeni pogodbene odškodnine, ki se ukvarja le s položajem oškodovanca. Po drugi strani pa bi bilo v nasprotju s temeljnimi pravnimi načeli, če bi kdo lahko obdržal dobiček, pridobljen s protipravnim ravnanjem ali kršitvijo pogodbenih obveznosti.⁹⁵ Dopustitev tako imenovanih dobičkonosnih kršitev pogodb (*profitable breach*) bi pravzaprav pomenila spodbudo dolžnikom, da se pogodb držijo le tedaj, kadar se jim to izplača. Res je sicer, da je v pogodbenem pravu primarno sredstvo za preprečevanje takšnih kršitev izpolnitveni zahtevek, vendar ta pogosto ni učinkovit, včasih – kot v drugem opisanem primeru – pa sploh ni mogoč. Odvzem protipravno pridobljenega dobička omogoča kazensko in prekrškovno pravo (odvzem premoženjske koristi), vendar mora iti za kaznivo dejanje oziroma prekršek, poleg tega pa javnopravna intervencija pogosto ni zadostna.⁹⁶ V okviru civilnega prava se zdi pravo neupravičene obogatitve prikladno za odvzem dobička, pridobljenega brez ustrezne pravne podlage.⁹⁷ Vendar se tudi v nepogodbenem in pogodbenem odškodninskem pravu vse bolj uveljavlja mnenje, da je mogoče takšen dobiček upoštevati pri odmeri škode.⁹⁸ Pogodbeno pravo je namenjeno tudi spodbujanju etičnega ravnanja in pravične porazdelitve tveganj. S tem, ko pogodbeni stranka obljubi izpolnitev, na neki način obljubi tudi, da bo s pogodbenici zagotovila ekonomske koristi posla; v tem smislu sta odvzem dobička, nastalega s kršitvijo, in njegov prenos na upnika ustrezna sankcija za kršitev obljube.⁹⁹ Navsezadnje je odškodninsko pravo usmerjeno v odpravljanje vseh posledic kršitve. Nekateri

⁹⁴ N. Schmidt-Arentds, Disgorgement of profits under the CISG, v: I. Schwenzer, L. Spagnolo (ur.), State of Play: The 3rd Annual Maa Schlechtriem CISG Conference, Eleven Publishing, 2012, str. 89, 91.

⁹⁵ Več: D. Možina, Protipravno pridobljeni dobiček kot merilo odškodninskega in obogatitvenega zahtevka, Podjetje in delo, št. 3-4/2015, str. 462–478.

⁹⁶ Prav tam.

⁹⁷ Prav tam.

⁹⁸ Prav tam; pregled pri: E. Hondius, A. Janssen, Disgorgement of profits-Gain based remedies throughout the world, Springer, 2015, str. 471 in nasl. Glej tudi člen VI-6:101 DCFR.

⁹⁹ N. Schmidt-Arentds, Disgorgement of profits under the CISG, v: I. Schwenzer, L. Spagnolo (ur.), State of Play: The 3rd Annual Maa Schlechtriem CISG Conference, Eleven Publishing, 2012, str. 93.

avtorji menijo, da je mogoče dolžnikov dobiček upoštevati pri odmeri upnikovega izgubljenega dobička tudi na podlagi 74. člena CISG.¹⁰⁰

Za podobno rešitev se je odločilo tudi Vrhovno sodišče v primeru škode, ki je bila posledica zlorabe prevladujočega položaja, torej nepogodbene škode.¹⁰¹ Sodišče je uporabilo pooblastilo o določanju obsega odškodnine po prostem preudarku iz 216. člena ZPP. Utemeljeno je poudarilo, da je izbira metode za izračun izgubljenega dobička odvisna od okoliščin, zlasti od dostopnosti in kvalitete ustreznih podatkov. Zakon namreč ne predpisuje ene in edine možne poti za izračun višine škode v primeru zahtevka za povrnitev izgubljenega dobička. Sodišče je oškodovančev izgubljeni dobiček ocenilo na podlagi podatkov o donosnosti primerljivega podjetja, ki ni bilo podvrženo zlorabi, pri čemer je za primerjavo izbralo kar podjetje, ki je zlorabilo prevladujoči položaj. S tem je Vrhovno sodišče pravzaprav odvzelo kršilcu pravnomočno pridobljen dobiček. Tudi Višje sodišče v Ljubljani je poudarilo, da se kot merilo dobička, ki bi ga bilo utemeljeno pričakovati glede na normalen tek stvari, lahko upošteva tudi doseženi dobiček kršitelja.¹⁰² Ta stališča so uporabna tudi v pogodbemem pravu.

9.3. Konkretno in abstraktno računanje škode

Glede na drugi odstavek 239. člena OZ mora upnik dokazati ne le, da je dolžnik kršil pogodbo in da mu je zaradi tega nastala škoda, ampak tudi, da mu je nastala škoda v obsegu povrnitve, ki jo zahteva. Načeloma mora upnik svojo škodo konkretno obračunati, tj. izkazati na podlagi konkretnih okoliščin svojega primera. Če je na primer upnik, da bi premostil pomanjkanje zaradi dolžnikove kršitve, sklenil kritni posel, tako da je kupil blago drugje, potem mora dokazati okoliščine, iz katerih izhaja, da in za kolikšno ceno si je priskrbel enakovredno stvar oziroma storitev. Drugače velja v primeru, da je upnik prodajalec, kupec pa stvari ni prevzel in plačal: upnik mora dokazati, za kakšno ceno jo je prodal.

Zakon dopušča, da upnik svojo škodo obračuna tudi abstraktno, tj. ne glede na to, ali in kako je v resnici izvedel kritni posel. Če za prodano oziroma kupljeno blago ali storitev obstaja tržna cena, potem je mogoče šteti, da bi bil kritni posel lahko izveden po tej ceni (hipotetični kritni posel). Če je upnik kupec, lahko zahteva odškodnino v višini razlike med ceno, ki jo je dosegel v pogodbi z dolžnikom, in tržno ceno, po kateri bi bilo mogoče zagotoviti substitut. Kako je upnik v resnici pokrtil svoje potrebe, tedaj ni pomembno. Pogoje je, da je mogoče ugotoviti primerno tržno ceno.

¹⁰⁰ I. Schwenger, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht (CISG), 6. izd., 2013, člen 74, r. št. 43; N. Schmidt-Arendts, Disgorgement of profits under the CISG, v: I. Schwenger, L. Spagnolo (ur.), State of Play: The 3rd Annual Maa Schlechtriem CISG Conference, Eleven Publishing, 2012, str. 89 in nasl., podobno tudi: P. Huber, v: Münchener Kommentar zum BGB, 6. izd., 2012, art. 74 CISG, r. št. 16. Nasprotnega mnenja je denimo: U. Magnus, v: Staudinger Kommentar zum BG: Wiener UN-Kaufrecht (CISG), XVII, Sellier-de Gruyter, Berlin 2005, art. 74 CISG, r. št. 18.

¹⁰¹ Sodba Vrhovnega sodišča RS III Ips 98/2013 z dne 23. maja 2014.

¹⁰² Glej sodbo VSL I Cpg 125/2013 z dne 28. maja 2013, tč. 17.

Zakon za prodajno pogodbo kot merodajno določa ceno v kraju, kjer je bil posel opravljen, subsidiarno pa ceno na trgu, ki ga lahko nadomesti, tej ceni pa se prištejejo prevozni stroški.¹⁰³

Abstraktno obračunavanje škode je ugodno za upnika, saj mu ni treba dokazovati konkretnih stroškov; slednje je lahko težavno, če upnik sklepa veliko število pogodb, ali neprijetno, če je ob tem primoran razkriti kakšne občutljive podatke o doseženih cenah z dobavitelji oziroma odjemalci. Prav tako pa je ugodno za sodišča, saj jih razbremeni napornih kalkulacij škode. OZ v 504. členu dopušča abstraktno izračunavanje škode v primeru, ko kupec oziroma prodajalec odstopi od pogodbe. Vendar pa lahko kupec sklene kritni posel oziroma obračuna škodo abstraktno tudi, če od pogodbe ne odstopi.¹⁰⁴ To izhaja tudi iz določb o »supnikovih pravicah v nekaterih posebnih primerih« (265. do 267. člen OZ). Kot že rečeno, je abstraktna odškodnina za neuporabo denarja priznana v obliki zamudnih obresti.

Ali je mogoče povrnitev škode zaradi nemožnosti uporabe stvari kot posledice kršitve pogodbe zahtevati tudi v primeru, kadar kupec nadomestne stvari ne najame (tako imenovana abstraktna odškodnina zaradi nemožnosti uporabe), je odprto vprašanje.¹⁰⁵ ZVPot v primeru kršitve garancijske obveznosti potrošniku izrečno priznava povrnitev »škode, ki jo je utrpel, ker proizvoda ni mogel uporabljati«.¹⁰⁶ Po mojem mnenju nemožnost uporabe stvari sama po sebi pomeni poseg v lastninsko pravico in s tem premoženjsko škodo.¹⁰⁷ Odškodnino zanjo bi kazalo priznati glede nekaterih stvari, namenjenih zasebni uporabi, denimo stanovanj in motornih vozil, ne pa na primer glede luksuznih dobrin.¹⁰⁸ Abstraktno odškodnino je mogoče določiti v deležu od tržnih cen najema stvari, ki so danes brez nadaljnega dostopne za številne dobrine. Če so stvari namenjene gospodarski uporabi, se škoda zaradi nemožnosti uporabe lahko povrne kot izgubljeni dobiček.

10. Povrnitev škode zaradi stvarnih napak pri prodaji

V zvezi s slovensko pravno ureditvijo odškodninske odgovornosti za stvarne napake pri prodaji velja opozoriti predvsem na dve problematični točki: prvič, na izjemno kratke časovne okvire prodajalčeve odgovornosti v (nepotrošniških pogodbah), in

¹⁰³ Glej drugi odstavek 504. člena OZ. Primernejša se zdi ureditev iz drugega odstavka 76. člena CISG, ki se nanaša na trg kraja dobave.

¹⁰⁴ O razlogih glej D. Možina, Kršitev pogodbe, str. 380 in nasl. ter 389.

¹⁰⁵ Glej na primer D. Možina, Povrnitev premoženjske škode na motornih vozilih, Pravni letopis 2014, str. 54 in nasl.

¹⁰⁶ Glej drugi odstavek 21.c člena ZVPot.

¹⁰⁷ Več D. Možina, Odškodnina za nemožnost uporabe stvari, zlasti motornih vozil, Pravni letopis 2010, str. 129–138. Glej tudi J. Zobec, Neuporaba osebnega avtomobila kot navadna škoda, Pravosodni bilten, št. 3-4/1996, str. 5; D. Jovanovič, J. Toplak, Odškodnina za nemožnost uporabe stvari in nadomestno vozilo, Podjetje in delo, št. 2/2011, str. 321.

¹⁰⁸ Več D. Možina, Odškodnina za nemožnost uporabe stvari, zlasti motornih vozil, Pravni letopis 2010, str. 129–138.

drugič, na nenavadno razlikovanje dveh oblik škode v drugem in tretjem odstavku 468. člena OZ.

Najprej lahko ugotovimo, da so kupčevi zahtevki na podlagi stvarnih napak, vključno z odškodninskim zahtevkom, odvisni od kupčeve pravočasne notifikacije napak prodajalcu, pri čemer OZ po nepotrebnem vzpostavlja zapleten sistem notifikacije.¹⁰⁹ Nadalje, 6-mesečni jamčevalni rok prodajalčeve odgovornosti iz drugega odstavka 462. člena OZ je prekratek in v primerjalnopravnem pogledu izrazito odstopa.¹¹⁰ Pri podjemni pogodbi OZ določa dveletni rok.¹¹¹ Pri številnih dobrinah, pri katerih kakovost v skladu s pogodbo predpostavlja tudi določeno trajnost (na primer avtomobil), se stvarna napaka lahko pokaže šele po času, daljšem od 6 mesecev, kupec pa že prej izgubi svoje pravice. Pričakovana življenjska doba večine stvari je mnogo daljša. Vendar to ni edini kratek rok, ki omejuje kupčev položaj: kupec ima zahtevke na voljo le v prekluzivnem roku enega leta od notifikacije napake.¹¹² Na področju potrošniške prodaje ZVPot po zgledu Direktive 99/44 o potrošniški prodaji kogentno določa dveletni jamčevalni rok in dveletni rok za uveljavljanje pravic.¹¹³ V jugoslovanskem pravu kratkost jamčevalnega roka pri prodaji in neobičajna kombinacija prekluzivnih (namesto zastaralnih) rokov nikoli nista bili ustrezno pojasnjeni. Položaj kupca pri prodaji je precej drugačen od položaja preostalih upnikov.

Kupec lahko poleg popravila ali zamenjave ter v primeru znižanja kupnine ali razdora pogodbe zahteva tudi povrnitev škode. Pri tem pa OZ v 468. členu razlikuje med povrnitvijo »škode« po drugem odstavku 468. člena OZ in povrnitvijo »škode na drugih kupčevih dobrinah«, ki temelji na »splošnih pravilih o odškodninski odgovornosti«, po tretjem odstavku 468. člena OZ. To se razlaga na način, da za povrnitev »neposredne« škode po drugem odstavku 468. člena OZ veljajo časovni okviri in predpostavke kot za druge jamčevalne zahtevke, medtem ko se škoda na drugih kupčevih dobrinah (zunaj sfere kupljene stvari) povrne po splošnih pravilih (pogodbene)-povrnitve škode, tj. brez kratkih časovnih okvirov in predpostavke notifikacije ter znotraj zastaralnega roka. Zakonodajalec je torej za poseg v interes integritete predvidel bistveno blažje pogoje kot za poseg v druge kupčeve interese (izpolnitveni interes, interes zaupanja itn.). Vendar pa kupčevega interesa, da mu zaradi morebitne stvarne napake ne bi nastala škoda v sferi pogodbe, ni mogoče ločiti od njegovega interesa, da ohrani svoje »druge« pravne dobrine. Glede na načelo popolne povrnitve škode je treba povrniti vso škodo, ki izhaja iz kršitve

¹⁰⁹ ZOR je vzpostavil zapleten sistem pravil za notifikacijo napak, ki razlikuje očitne in skrite napake ter gospodarske in negospodarske pogodbe (glej 481. in 482. člen ZOR, zdaj 462. in 462. člen OZ). Drugačna pravila veljajo za pogodbe s potrošniki, glej 37.a člen ZVPot. Več D. Možina, *Predpostavke in časovni okviri odgovornosti prodajalca za stvarne napake*, Podjetje in delo, št. 3-4/2008, str. 407-426.

¹¹⁰ Več D. Možina, prav tam.

¹¹¹ Drugi odstavek 634. člena OZ.

¹¹² Člen 480 OZ.

¹¹³ Člen 37b ter tretji odstavek 37.c člena ZVPot.

pogodbe in ki je bila za prodajalca predvidljiva. Razlikovanje predpostavk in časovnih okvirov dveh oblik škode iz iste kršitve pogodbe ni smiselno. Nobenega razloga ni, da bi – če si smem izposoditi Ulpianov primer prodaje bolne krave¹¹⁴ – škodo, ki je kupcu nastala, ker krave ni mogel uporabljati, in škodo v obliki stroškov živinozdravnika obravnavali drugače od škode, ki je nastala, ker je krava z boleznijo okužila druge živali v hlevu. Za razlikovanje med neposredno in »refleksno« škodo ni jasnih meril, saj se vsaka premoženjska škoda na koncu odrazi v kupčevem premoženju.¹¹⁵ Za vso odgovornost za škodo zaradi stvarne napake veljajo enaka merila razbremenitve (240. člen OZ).

Nenavadno zakonsko ureditev je mogoče razložiti samo z zgodovino nastanka ZOR.¹¹⁶ V jugoslovanski literaturi tudi nikoli ni bila zadovoljivo pojasnjena. Hrvaški zakonodajalec je ob sprejemanju Zakona o obveznih odnosima (2005), ki – tak kot slovenski OZ – v veliki meri temelji na ZOR, nejasno in nepotrebno določbe tretjega odstavka 488. člena ZOR preprosto črtal, slovenski zakonodajalec pa jo je žal prenesel v OZ.

11. Pogodbeni sporazumi o odškodnini

Pogodbeni stranki lahko z dogovorom modificirata zakonski režim povrnitve škode za kršitev pogodbe. Gre sicer za več sklopov kompleksnih vprašanj, ki si zaslužijo samostojno obravnavo. Stranki se lahko dogovorita za strožjo ali milejšo odgovornost ali jo tudi v celoti izključita. Lahko se dogovorita tudi za pogodbeno kazen (za nedelarne obveznosti)¹¹⁷ ali vnaprej določita znesek odškodnine (pavšalizirana

¹¹⁴ Glej H. Kötz, *Europäisches Vertragsrecht*, 3. izd., 2015, str. 377, ki se sklicuje na Ulpian, D. 19, 1, 13 pr.

¹¹⁵ Mogoče je opredeliti škodo na drugih stvareh, ki niso kupljena stvar; glej na primer Direktivo 85/374 o odgovornosti proizvajalca za proizvod, 9. člen ter drugi odstavek 4. člena ZVPot. Težje je opredeliti škodo na drugih pravnih dobrinah.

¹¹⁶ Tretji odstavek 488. člena ZOR, ki je danes tretji odstavek 468. člena OZ, ni bil del Konstantinovičeve Skice, ampak je v zakon prišel kasneje, ko je posebna komisija (brez Konstantinovičevega sodelovanja) osnutek »popravljalca«. V Skici je bila predlagana moderna ureditev stroge pogodbene odgovornosti z možnostjo dolžnikove razbremenitve na podlagi višje sile. Vse oblike kršitve pogodb so se obravnavale enako, zato ni bilo – tako kot v nekaterih pravnih redih, denimo švicarskem – potrebe po razlikovanju direktne škode (za katero velja stroga, objektivna odgovornost) ter posledične škode (za katero velja krivdna odgovornost) – glej *Obligationenrecht* (208. člen) ter H. Honsell, v: H. Honsell, N. P. Vogt, W. Wiegand, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht – Obligationenrecht*, Basel 1992, 208. člen, r. št. 8, str. 1100. Zdi se, da so »popravljalci« osnutka želeli položaj približati ravno švicarskemu pravu; iz razbremenitvene klavzule (263. člen ZOR, 240. člen OZ) so izpustili pogoj »zunanosti« okoliščin in menili, da so vzpostavili nekaj podobnega (postroženj) krivdni odgovornosti. Zato so skrajšali jamčevalni rok z dveh let (osnutek) na šest mesecev in po vzoru švicarskega prava dodali tretji odstavek 488. člena ZOR, danes tretji odstavek 468. člena OZ. Vendar za tako ureditev ni razloga.

¹¹⁷ Razlog za omejitev na nedelarne obveznosti naj bi bil v tem, da pri denarnih obveznostih funkcijo priiška na dolžnika opravljajo že zamudne obresti. Kot se utemeljeno navaja, ta

odškodnina), s čimer utrdita dolžnikovo obveznost.¹¹⁸ Vendar veljajo vsi takšni dogovori le pod predpostavko skladnosti z načelom vestnosti in poštenja.¹¹⁹ V tem smislu je na primer klavzula, ki izključuje dolžnikovo odgovornost za škodo zaradi namerne ali hudo malomarne kršitve pogodbe, nična.¹²⁰ OZ omogoča sodiščem tudi razveljavitev dogovorov o omejitvi odgovornosti, ki so posledica monopolnega položaja dolžnika ali drugačnega neenakopravnega razmerja med strankama, vendar v praksi takšnih primerov skoraj ni.¹²¹ Sodišče lahko tudi zmanjša nesorazmerno določeno pogodbeno kazen oziroma pavšalizirano odškodnino.¹²²

Kadar je pogodbeni sporazum o odškodnini del splošnih pogojev poslovanja (klavzul, ki niso posamično dogovorjene), je podvržen tudi sodni presoji pravičnosti.¹²³ V pogodbah med podjetji in potrošniki (B2C) so možnosti za omejitev ali izključitev odškodninske odgovornosti zelo omejene. Kogentna ureditev pravic potrošnika pri prodajni pogodbi takšno omejitev izrecno onemogoča, s čimer je Slovenija naredila še korak več od Direktive 99/44 o potrošniški prodaji, ki odškodninske odgovornosti ne ureja.¹²⁴

12. Sklep

Pravna ureditev pogodbene odškodninske odgovornosti v slovenskem OZ je bila skoraj brez sprememb prenesena iz jugoslovanskega ZOR, skupaj z vsemi njegovimi dobrimi in slabimi lastnostmi. Med prvimi velja omeniti sodobno zasnovano pogodbene odškodninske odgovornosti, vključno z načelom predvidljivosti, kjer se je ZOR zgledoval po rešitvah iz unificiranega prava prodajne pogodbe. Kot primer slednjih je mogoče navesti izjemno kratke časovne okvire za del kupčevega odškodninskega zahtevka na podlagi stvarne napake ter nejasno in nepotrebno razlikovanje med več oblikami škode iz iste stvarne napake. Poseben problem je ena izmed redkih sprememb, do katere je prišlo ob sprejemanju OZ, namreč določitev časa kršitve pogodbe kot trenutka, v katerem se presoja predvidljivost škode, namesto prej veljavnega

obrazložitev ni prepričljiva, glej N. Plavšak, v: M. Juhart, N. Plavšak (ur.), OZ s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2003, 247. člen, str. 234.

¹¹⁸ Razlika med njima je v tem, da se pogodbena kazen (ki je določena sorazmerno glede na vrednost in pomen predmeta obveznosti) dolguje tudi v primeru, ko škoda sploh ne nastane, medtem ko je treba pri pavšalizirani odškodnini dokazati nastanek škode kot posledice kršitve, ne pa tudi višine škode. Več J. Prostor, Pogodbena kazen v poslovni praksi, Podjetje in delo, št. 8/2014, str. 1404–1416.

¹¹⁹ Glej prvi odstavek 241. člena in drugi odstavek 466. člena OZ ter sodbo VSL II Cp 1387/2014 z dne 2. julija 2014 (prodaja s klavzulo, ki izključuje odgovornost za izrecno obljubljeni lastnost stvari).

¹²⁰ Glej prvi odstavek 242. člena OZ.

¹²¹ Glej drugi odstavek 242. člena in 466. člen OZ.

¹²² Glej npr. Vrhovno sodišče, III Ips 80/2009 in III Ips 81/2009, z dne 20. marca 2012.

¹²³ Za pogodbe med podjetji in potrošniki (B2C) glej 22. do 24. člen ZVPot, za druge pogodbe pa 120. in 121. člen OZ.

¹²⁴ Člen 378 ZVPot. O implementaciji Direktive glej D. Možina, Pravice kupca na podlagi stvarne napake pri prodajni pogodbi, Pravni letopis 2012, str. 85–104.

(in smiselnega) časa sklenitve pogodbe. Slabo premišljena sprememba spreminja porazdelitev tveganj med pogodbeni stranki in omogoča zlorabe. Identificirane kritične točke pravne ureditve pogodbene odškodninske odgovornosti spodbujajo razmislek o potrebi po popravkih tega dela Obligacijskega zakonika.