

UNIVERZA V LJUBLJANI
EKONOMSKA FAKULTETA

DIPLOMSKO DELO
EKONOMSKA ANALIZA KRŠITVE POGODBE

Ljubljana, avgust 2013

PETRA JARC

IZJAVA O AVTORSTVU

Spodaj podpisani(-a) Petra Jarc, študent(-ka) Ekonomske fakultete Univerze v Ljubljani, izjavljam, da sem avtor(-ica) zaključne strokovne naloge/diplomskega dela/specialističnega dela/magistrskega dela/doktorske disertacije z naslovom Ekonomska analiza kršitve pogodbe, pripravljene(-ga) v sodelovanju s svetovalcem/svetovalko mag. Jaka Cepec in sosvetovalcem/sosvetovalko _____/_____.

Izrecno izjavljam, da v skladu z določili Zakona o avtorski in sorodnih pravicah (Ur. l. RS, št. 21/1995 s spremembami) dovolim objavo zaključne strokovne naloge/diplomskega dela/specialističnega dela/magistrskega dela/doktorske disertacije na fakultetnih spletnih straneh.

S svojim podpisom zagotavljam, da

- je predloženo besedilo rezultat izključno mojega lastnega raziskovalnega dela;
- je predloženo besedilo jezikovno korektno in tehnično pripravljeno v skladu z Navodili za izdelavo zaključnih nalog Ekonomske fakultete Univerze v Ljubljani, kar pomeni, da sem
 - poskrbel(-a), da so dela in mnenja drugih avtorjev oziroma avtoric, ki jih uporabljam v zaključni strokovni nalogi/diplomskem delu/specialističnem delu/magistrskem delu/doktorski disertaciji, citirana oziroma navedena v skladu z Navodili za izdelavo zaključnih nalog Ekonomske fakultete Univerze v Ljubljani, in
 - pridobil(-a) vsa dovoljenja za uporabo avtorskih del, ki so v celoti (v pisni ali grafični obliki) uporabljena v tekstu, in sem to v besedilu tudi jasno zapisal(-a);
- se zavedam, da je plagiatorstvo – predstavljanje tujih del (v pisni ali grafični obliki) kot mojih lastnih – kaznivo po Kazenskem zakoniku (Ur. l. RS, št. 55/2008 s spremembami);
- se zavedam posledic, ki bi jih na osnovi predložene zaključne strokovne naloge/diplomskega dela/specialističnega dela/magistrskega dela/doktorske disertacije dokazano plagiatorstvo lahko predstavljalo za moj status na Ekonomski fakulteti Univerze v Ljubljani v skladu z relevantnim pravilnikom.

V Ljubljani, dne 19.08.2013

Podpis avtorja(-ice): _____

KAZALO

UVOD	1
1 EKONOMSKA ANALIZA IN POGODBENO PRAVO	1
1.1 Ekonomska analiza prava v splošnem.....	1
1.1.1 Zgodovina razvoja ekonomske analize prava.....	1
1.1.2 Predpostavke ekonomske analize prava	2
1.1.2.1 Racionalnost.....	2
1.1.2.2 Učinkovitost	2
1.2 Ekonomska analiza pogodbenega prava	2
1.2.1 Popolna in nepopolna konkurenca.....	3
1.2.2 Funkcije pogodbenega prava	4
1.2.2.1 Iztožljivost pogodb.....	4
1.2.2.1.1 Zastopniška igra brez pogodbe.....	4
1.2.2.1.2 Zastopniška igra s pogodbo.....	5
1.2.2.2 Asimetrija informacij	5
1.2.2.3 Spodbujanje optimalnega zanašanja	6
1.2.2.4 Zniževanje transakcijskih stroškov	6
1.2.3 Povzetek prvega dela	7
2 TEORIJA O UČINKOVITI KRŠITVI	7
2.1 Oblikovanje spodbud za učinkovito izpolnitev oz. kršitev	8
2.1.1 Vpliv spremembe okoliščin na izpolnitev	8
2.1.1.1 Primer	9
3 PRAVNA SREDSTVA ZA KRŠITEV POGODBE	10
3.1 Odškodninske sankcije	10
3.1.1 Odškodnina za pričakovanje.....	10
3.1.2 Odškodnina za zanašanje.....	10
3.1.2.1 Odškodnina za vračilo oportunitetnih stroškov.....	10
3.1.3 Pogodbena kazen	11
3.1.4 Specifična izpolnitev oz. izpolnitev obveznosti v naravi	11
3.2 Analiza učinkovitosti posameznih vrst sankcij	11
3.2.1 Odškodnina za pričakovanje.....	12
3.2.2 Odškodnina za zanašanje.....	13

3.2.3	Specifična izpolnitev oz. izpolnitev obveznosti v naravi	14
3.2.4	Pogodbena kazen	15
3.3	Povzetek tretjega dela	15
4	KRŠITEV POGODBE V SLOVENSKEM PRAVNEM REDU	16
4.1	Nepravilna izpolnitev in njene posledice skladno z OZ	17
4.1.1	Zamuda z izpolnitvijo.....	18
4.1.2	Neizpolnitev pogodbene obveznosti (denarne ali nedenarne).....	18
4.1.3	Izpolnitev s stvarno ali pravno napako (nedenarna obveznost)	18
4.2	Odškodnina	18
4.3	Pogodbena kazen.....	19
4.4	Povzetek četrtega dela.....	19
	SKLEP.....	20
	LITERATURA IN VIRI.....	22

UVOD

Posamezniki v pogodbeni razmerja vstopajo, ker si od njih obetajo koristi. Pogodbeno pravo jim z zagotavljanjem iztožljivosti obljub, sankcioniranjem kršitev, z zniževanjem transakcijskih stroškov in spodbujanjem učinkovitega razkrivanja informacij sodelovanje omogoča.

Razmere popolne konkurence bi strankam omogočale sklenitev popolnih pogodb. Popolna pogodba ne pušča nobenih tveganj in negotovosti in je učinkovita. Dejansko pa stranke sklepajo pogodbe na trgih, kjer prevladujejo različne oblike nepopolne konkurence, kar jim onemogoča sklenitev popolne pogodbe. Pogodbeno pravo naj bi torej s svojimi pravnimi pravili strankam pogodbenega razmerja dalo spodbude, da sklenejo pogodbo, ki se čim bolj približa idealu popolne pogodbe oziroma naj bi strankam dalo spodbudo, da do kršitve pogodbene obveznosti pride le takrat, ko je to bolj učinkovito.

Ekonomski prava se ukvarja z analizo posameznih pravnih pravil v smislu spodbud, ki jih ustvarjajo pri pogodbenih strankah.

Namen mojega diplomskega dela je s pomočjo ekonomske analize prikazati ali pravna sredstva stranke pogodbenih razmerij res spodbudijo k učinkovitemu ravnanju. Konkretno se bom osredotočila na kršitev pogodbe, torej ali pravna sredstva določena kot sankcija za kršitev pogodbe, pogodbene stranke res spodbudijo h kršitvi samo, ko je to bolj učinkovito.

V prvem delu bom na kratko predstavila zgodovino razvoja ekonomske analize prava in predpostavke na katerih temelji ter funkcije pogodbenega prava.

V drugem delu bo sledila predstavitev teorije o učinkoviti kršitvi, ki trdi, da je kršitev bolj učinkovita, če stroški izpolnitve pogodbene obveznosti presegajo koristi, ki iz izpolnitve izhajajo.

V tretjem delu sledi predstavitev posameznih sankcij za kršitev pogodbe in njihova analiza glede na njihov vpliv na ravnanje pogodbenih strank, ali res ustvarjajo spodbude, ki pogodbene stranke usmerijo k učinkovitemu obnašanju.

V četrtem delu je predstavljena ureditev kršitve pogodbe v slovenskem pravem redu.

1 EKONOMSKA ANALIZA IN POGODBENO PRAVO

1.1 Ekonomska analiza prava v splošnem

Ekonomski prava se ukvarja z vprašanjem, kako posamezno pravno pravilo vpliva na obnašanje posameznikov, konkretnije ali ustvarja spodbude, ki posameznika usmerijo k učinkovitemu ravnanju.

S pomočjo analize spodbud, tveganj in transakcijskih stroškov, skuša odgovoriti na vprašanje katera pravila pogodbenega prava najboljše služijo interesom pogodbenih strank (Posner, 2003, str. 833).

1.1.1 Zgodovina razvoja ekonomske analize prava

Pred letom 1960 je ekonomska analiza prava posegala predvsem na področje protimonopolne zakonodaje. S pomočjo ekonomske analize so pojasnjevali obnašanje subjektov na ekonomskih

trgih. Po letu 1960 pa je ekonomska analiza posegla na vsa pravna področja, od lastninskega, stvarnega, pogodbenega in kazenskega prava, posegla je celo na področje družinskega prava. To novo obdobje v ekonomski analizi prava se je pričelo s člankom Guida Calabresija o kršitvi pogodbene obveznosti in člankom Ronalda Coasa o družbenih stroških. Članka predstavljata prvi poizkus aplikacije ekonomske analize na področja, ki ne urejajo striktno ekonomskih razmerij (Posner, b.l., str. 23 - 24).

1.1.2 Predpostavke ekonomske analize prava

1.1.2.1 Racionalnost

Ekonomska analiza pogodbenega prava poteka na predpostavki racionalnega obnašanja posameznika. Racionalno obnašanje je delovanje, ravnanje v smeri uresničevanja zastavljenih ciljev in temelji na sebičnih interesih posameznikov (Prašnikar & Domadenik, 2007, str. 28).

Racionalni posameznik bo ob danih omejenih sredstvih maksimiral svojo lastno koristnost, kar pomeni, da bo skušal kar najbolje zadovoljiti svoje lastne potrebe. Pri doseganju zastavljenih ciljev bo vedno tehtal stroške in koristi. Iz tega sledi, da bodo posamezniki vstopali v taka pogodbena razmerja, iz katerih si obetajo največjo korist v primerjavi s stroški, iz pogodbenih razmerij, katerih korist v primerjavi s stroški je premajhna, pa bodo želeli izstopiti.

1.1.2.2 Učinkovitost

Pri svoji analizi uporablja koncept učinkovitosti po Paretu. Učinkovitost po Paretu je dosežena, ko posameznik ne more izboljšati lastnega položaja, ne da bi hkrati poslabšal položaj drugega (Tajnikar, 2003, str. 135).

Paretov kriterij razširja Kaldor – Hicksov kriterij. Temelji na nadomestitvenem načelu. Skladno s tem kriterijem se blaginja v družbi poveča, četudi posameznik svojo korist poveča na račun drugega, če je le-to povečanje tolikšno, da lahko kompenzira izgubo drugega subjekta in mu še vedno ostane nekaj koristi (Tajnikar, 2003, str. 135).

Napisano ponazarja sledeči primer. Imamo subjekt A, ki sklene veljavno pogodbo s subjektom B, ki je A-ju za predmet pogodbe pripravljen plačati 120 enot, kar pomeni da B predmet vrednoti v tej višini, A pa bo za predmet dobil 120 enot. Po tem, ko je A že sklenil pogodbo z B-jem, pa mu subjekt C za predmet pogodbe ponudi 180 enot. A-ju bi sklenitev take pogodbe prinesla večjo korist (180 enot), prav tako bi sklenitev te pogodbe prinesla C-ju večjo koristnost kot B-ju, saj C blago višje vrednoti. Če gledamo z vidika družbe, bi le-ta imela večjo korist, če pogodbo skleneta A in C, vendar, da bi se to lahko zgodilo mora A kršiti pogodbo, ki jo ima sklenjeno z B-jem, odškodnina, ki bi jo v tem primeru prejel B pa mora biti taka, da bo spodbudila bolj učinkovito transakcijo, torej sklenitev pogodbe med subjektoma A in C.

1.2 Ekonomska analiza pogodbenega prava

Stranke vstopajo v pogodbena razmerja, sklepajo pogodbe, ker si od njihove izpolnitve obetajo določene koristi, ki jih postavljajo v boljši položaj, kot če pogodbe sploh nikoli ne bi sklenile. Naloga pogodbenega prava je torej s pravnimi pravili zaščititi te interese strank.

Iskanje pogodbenih partnerjev, pogajanja o vsebini pogodbe, sklepanje pogodbe in na koncu tudi njena izpolnitev so povezani z nastankom transakcijskih stroškov. Če transakcijski stroški

presejajo koristi, ki si jih od izpolnitve obetata pogodbeni stranki, bodo le-tej preprečili sklenitev pogodbe (Cooter & Ulen, 2005, str. 219).

Pogodbe se v večini nanašajo na odložene menjave, kar pomeni, da izpolnitev pogodbene obveznosti ni sočasna. Potek časa pa prinese tveganja in negotovosti, zato mora pogodbeno pravo s svojimi pravili zagotoviti izpolnitev pogodb oziroma sankcioniranje kršitev (Cooter & Ulen, 2005, str. 194).

V postopku sklepanja pogodb sta stranki lahko v neenakem pogajalskem položaju, kjer ena nima pomembnih informacij za sklenitev pogodbe in je zato na slabšem (Cooter & Ulen, 2005, str. 221).

Vse te nepopolnosti od transakcijskih stroškov do asimetrije informacij skuša pogodbeno pravo s svojimi pravili omiliti in tako spodbuditi sodelovanje, ki je z vidika družbe kot celote bolj učinkovito, saj so zaradi sodelovanja pogodbene stranke na boljšem, kot pred sklenitvijo pogodbe. Sodelovanje je skladno s Paretovim kriterijem učinkovitosti, bolj učinkovito od nesodelovanja, saj je zaradi sodelovanja vsaj ena izmed strank na boljšem, druga pa ni na slabšem (Cooter & Ulen, 2005, str. 193; Zajc, 2010, str. 1433 - 1435).

Pravila pogodbenega prava naj bi torej omilila nepopolnosti trgov, kot so transakcijski stroški in asimetrija informacij, ki lahko preprečijo sodelovanje med strankama in tako stranke spodbudila k učinkovitemu ravnanju, torej sodelovanju.

1.2.1 Popolna in nepopolna konkurenca

Na popolnokonkurenčnih trgih je toliko povpraševalcev in ponudnikov, da le-ti nimajo vpliva na oblikovanje cene, so angl. *price takers*. Asimetrije v informacijah ni, vsi subjekti so popolnoma informirani. Eksternalij oziroma zunanjih učinkov na popolnokonkurenčnih trgih ni, kar pomeni, da subjekti s svojo dejavnostjo tretjim osebam, ki vanjo niso neposredno vpletene, ne povzročajo škode ali koristi. Transakcijski stroški na popolnokonkurenčnih trgih so enaki nič (Prašnikar & Domadenik, 2007, str. 168; Tajnikar, 2003, str. 366).

Popolnokonkurenčni trgi ne zahtevajo nikakršne regulacije. Pogodbe sklenjene na popolnokonkurenčnih trgih so popolne pogodbe. V popolni pogodbi so specificirane vse obveznosti pogodbenih strank, pričakovano je vsako naključje, tveganja so med strankama učinkovito razdeljena, razkrite so vse relevantne informacije. To je možno, ker so transakcijski stroški enaki nič in stranki zaradi dodatnih pogajanj ne utrpita nobene škode. To je skladno s Coasovim teoremom, ki pravi, da če so transakcijski stroški enaki nič, so pogajanja vedno uspešna. Popolna pogodba ne pušča nobene negotovosti, stranki bosta obveznost izhajajočo iz popolne pogodbe vedno izpolnili. Popolna pogodba je učinkovita (Shavell, 1980, str. 219 - 220; Cooter & Ulen, 2005, str. 217). »Vsako sredstvo je dodeljeno tisti stranki, ki ga vrednosti najvišje; vsako tveganje je dodeljeno tisti stranki, ki ga lahko nosi z najnižjimi stroški; in pogodbeno določila izčrpajo vse možnosti za pridobitev dodatnih, iz sodelovanja med strankami izhajajočih koristi« (Cooter & Ulen, 2005, str. 217 - 218).

Zgoraj opisanemu popolnokonkurenčnemu trgu, idealu, dejanski trgi ne ustrezajo. Z različnimi oblikami nepopolnosti trgov, ekonomska teorija pojasnjuje, kako se dejanski trgi od tega ideala oddaljujejo (Cooter & Ulen, 2005, str. 217).

Na nepopolnih trgih vladajo razmere nepopolne konkurence, kar pomeni, da subjekti na takih trgih lahko vplivajo na ceno, prihaja do asimetrije v informacijah, transakcijski stroški so različni

od nič, prisotne so eksternalije. Nepopolni trgi zahtevajo regulacijo. Različne ekonomske politike skušajo s svojimi ukrepi zmanjšati vpliv nepopolnosti trgov in zagotoviti večjo učinkovitost. Razlogi za regulacijo pogodb so podobni razlogom za regulacijo trgov. Ideal predstavlja popolna pogodba, ki ne zahteva nobene regulacije, je učinkovita (Cooter & Ulen, 2005, str. 217 - 221).

1.2.2 Funkcije pogodbenega prava

1.2.2.1 Iztožljivost pogodb

Običajno med samo sklenitvijo pogodbe in njeno izpolnitvijo preteče določeno časovno obdobje, kar ustvarja negotovost in tveganje, še posebej v primerih, kjer izpolnitev pogodbene obveznosti ni sočasna. Negotovost in tveganje predstavljata oviro pri sklepanju pogodb, kar pomeni manj transakcij na trgu in krčitev gospodarske aktivnosti. Vsaka izmed strank, ki vstopa v pogodben odnos si želi veljavne obljube nasprotnne stranke (Cooter & Ulen, 2005, str. 194).

Pogodbeno pravo deluje po načelu lat. *pacta sunt servanda*, kar pomeni, da so vse pogodbe načeloma iztožljive oz. z drugimi besedami sodišče bo dano obljubo uveljavilo (Možina, 2006, str. 56). Z zagotavljanjem iztožljivosti pogodb se zmanjšuje negotovost in tveganje, pospešuje menjava in spodbuja sodelovanje (Cooter & Ulen, 2005, str. 194).

Vpliv iztožljivosti obljub na sklepanje pogodb se da dobro prikazati s pomočjo teorije iger (Cooter & Ulen, 2005, str. 194). Teorija iger (angl. *game theory*) je orodje, ki analizira in modelira strateško odločanje. Poteka na predpostavki, da se subjekti obnašajo racionalno, kar pomeni, da vedno izberejo tisto možnost pri kateri maksimirajo svoj izkupiček. Subjekti se obnašajo strateško, kar pomeni, da pri izbiri svoje strategije upoštevajo vse informacije, ki so jim na voljo in predvidevajo kakšna je najboljša strategija drugega subjekta ali subjektov. Vsi igralci poznajo strategije, ki so na voljo drugim. Odločanje katero strategijo izbrati lahko poteka sočasno ali pa zaporedno. Pri sočasnem odločanju igralci ne vedo katero strategijo je drugi izbral, pri zaporednem odločanju pa svojo strategijo najprej izbere en in nato kot odgovor na to še drugi igralec, seveda oba igralca vedno izbereta tisto strategijo, ki jima prinaša največji izkupiček, upoštevajoč predvidevanja o tem, katero strategijo bo izbral nasprotni igralec. Ravnotežje je doseženo, ko nobeden od igralcev nima želje po spremembi strategije, ki jo je izbral, pod pogojem, da tudi drugi igralci ne spremenijo svoje strategije (Pepall, Richards, & Norman, 1952, str. 195 – 200).

S pomočjo teorije iger t.i. zastopniške igre bom opisala vpliv iztožljivosti obljube na sklepanje pogodb, kjer bom pričela s primerom, ko obljuba ni iztožljiva in nadaljevala s primerom z iztožljivo obljubo (Cooter & Ulen, 2005, str. 194). V prikazanem primeru imamo igralca A in igralca B. Igralec A se odloča med dvema možnostima ali prepustiti svoje premoženje v upravljanje igralcu B ali ne, igralec B pa izbira med strategijo sodelovanja in prilaščanja.

Primer je osnovan na predpostavki, da so igralci racionalni, torej vedno izberejo možnost, ki prinaša največji izkupiček. Odločanje poteka sočasno, igralec A pozna strategije, ki so na voljo igralcu B in obratno.

1.2.2.1.1 Zastopniška igra brez pogodbe

Igralec A se odloča o naložbi v višini 1. Če se igralec A odloči za naložbo v vrednosti 1 in igralec B sodeluje, igralec B ustvari celotni izkupiček v vrednosti 1, ki si ga razdelita po enakih deležih. Igralec A si v tem primeru povrne začetno naložbo v vrednosti 1 in dobi izkupiček v

vrednosti 0,5, medtem ko igralec B dobi izkupiček v vrednosti 0,5 (Cooter & Ulen, 2005, str. 194 - 195).

V primeru, ko se igralec A odloči za naložbo v vrednosti 1 in igralec B izbere strategijo prilaščanja, so rezultati sledeči: igralec A izgubi svojo naložbo v vrednosti 1, zato je njegov izkupiček enak -1, izkupiček igralca B pa je enak 1, saj si je prilastil naložbo igralca A (Cooter & Ulen, 2005, str. 194 - 195).

Če do naložbe s strani igralca A ne pride je izkupiček obeh enak 0, ne glede na strategijo, ki jo izbere igralec B (Cooter & Ulen, 2005, str. 194 - 195).

Glede na gornje rezultate je najboljša strategija igralca B strategija prilaščanja, saj je v tem primeru njegov izkupiček višji ($1 > 0,5$). Najboljša strategija igralca A je sicer izvedba naložbe, saj je takrat njegov izkupiček največji, vendar igralec A ve, da je najboljša strategija igralca B prilaščanje, zato bo igralec A vedno izbral strategijo ne investiraj, saj pri zastopniški igri brez pogodbe, kršitvi ne sledi sankcija, kar pomeni da igralec A za škodo, ki mu je nastala zaradi kršitve igralca B, ne prejme nikakršnega nadomestila (Cooter & Ulen, 2005, str. 194 - 195).

Pri zastopniški igri brez pogodbe nikoli ne bo prišlo do sodelovanja, saj ni mehanizma, ki bi zagotavljal uveljavitev obljub in sankcij za njihovo kršitev (Cooter & Ulen, 2005, str. 194 - 195).

1.2.2.1.2 Zastopniška igra s pogodbo

Obljuba je iztožljiva in igralec A sedaj ve, da investira v veljavno obljubo. Igralec A se odloča med strategijama investiraj ali ne investiraj. Če se odloči za naložbo v vrednosti 1 in igralec B izbere strategijo sodelovanja je njegov izkupiček enak 0,5, povrne si tudi svojo osnovno naložbo. Izkupiček igralca B, ko izbere strategijo sodelovanja je enak 0,5, saj se s sodelovanjem ustvari celotni izkupiček v vrednosti 1, ki si ga igralca razdelita po enakih deležih (Cooter & Ulen, 2005, str. 196 - 197).

Pri zastopniški igri s pogodbo kršitvi sledi sankcija in sicer v obliki izravnalne odškodnine, ki oškodovano stranko postavi v položaj v katerem bi bil, če bi bila pogodbeno obveznost izpolnjena (Cooter & Ulen, 2005, str. 196 - 197).

Rezultati igre, ko igralec A izbere strategijo investiraj in igralec B strategijo prilaščanja so: izkupiček igralca B je enak 1 (prilasti si naložbo igralca A), vendar mora zaradi kršitve igralcu A plačati izravnalno odškodnino, ki igralca A postavlja v položaj kot da je bila pogodba izpolnjena (povrnjena mu je začetna investicija v vrednosti 1 in še izkupiček v vrednosti 0,5, ki bi ga pridobil, če bi prišlo do sodelovanja), kar pomeni, da je končni izkupiček igralca B enak $1 - 1,5 = -0,5$. Če do investicije igralca A ne pride je izkupiček obeh enak 0. Glede na zgoraj prikazane rezultate je najboljša strategija igralca A investiraj, najboljša strategija igralca B pa sodeluj (Cooter & Ulen, 2005, str. 196 - 197).

Kot je prikazal gornji primer, pogodbeno pravo z zagotavljanjem iztožljivosti omogoča sodelovanje (Cooter & Ulen, 2005, str. 196 - 197).

1.2.2.2 Asimetrija informacij

Pomemben del sodelovanja med strankami predstavlja medsebojna izmenjava informacij. Pred sklenitvijo pogodbe ima vsaka stranka svoje zasebne informacije o tem kakšne koristi pričakuje od pogodbenega razmerja, o ceni, drugih pogojih, pričakovanem trajanju pogodbenega razmerja

ipd.. Ena izmed pogodbenih strank pa ima lahko še dodatne informacije, ki so relevantne, kar ji lahko omogoči boljši položaj. V takem primeru govorimo o asimetriji informacij, ki lahko prepreči sklenitev najbolj učinkovite pogodbe. Pogodbeno pravo s svojimi pravili o sklenitvi in uveljavitvi pogodb stranke pogodbenega razmerja vodi pri odločanju o tem, katere informacije morajo razkriti. Namen pogodbenega prava je spodbuditi učinkovito razkrivanje informacij (Cooter & Ulen, 2005, str. 199).

1.2.2.3 Spodbujanje optimalnega zanašanja

Kot prikazuje zgornji primer iztožljivost pogodb omogoča sodelovanje, saj daje verodostojnost obljubi. Verodostojnost obljube pa povzroči, da se stranki pogodbenega razmerja zanašata na izpolnitev iz pogodbe izhajajoče obveznosti. Zaradi tega lahko izvedeta dodatne investicije npr. pri kupoprodajni pogodbi se kupec zaveže, da bo kupil deset strojev za tiskanje časopisa, prodajalec pa se obveže, da bo te stroje dobavil. Kupec zato investira v povečanje proizvodne hale in prične z izobraževanjem dodatnih delavcev. Vrednost izpolnitve je sedaj v očeh kupca višja, v primeru kršitve pa bo njegova izguba večja. Težava s katero se sooča pogodbeno pravo je, kako preprečiti prekomerno zanašanje, ki povzroča čezmerno škodo in zagotoviti optimalno stopnjo zanašanja. O optimalnem zanašanju govorimo, ko je pričakovana korist od dodatnega zanašanja enaka povečanju vrednosti izpolnitve zaradi dodatnega zanašanja pomnoženi z verjetnostjo izpolnitve (Cooter & Ulen, 2005, str. 204 - 209).

Na stopnjo zanašanja in verjetnost kršitve pogodbene obveznosti vpliva izbira odškodninske sankcije (Rogerson, 1984, str. 245).

Popolna odškodnina za pričakovanje žrtev kršitve postavi v položaj, kot da bi bila pogodba izpolnjena, kar pomeni, da je odškodnina enaka pričakovanim koristim stranke od izpolnitve ob upoštevanju dejanske stopnje zanašanja, ne glede na to ali je ta visoka ali nizka. Popolna odškodnina za pričakovanje tako iz zanašanja odstrani vsa tveganja, kar pomeni, da se stranka pogodbenega razmerja vedno zanese do polnega obsega, četudi učinkovitost zahteva drugače. Če pa pri določanju višine odškodnine ne upoštevajo dejanske stopnje zanašanja, ampak optimalno stopnjo zanašanja, to pomeni, da žrtev kršitve ne prejme nadomestila za čezmerno zanašanje, ampak stroške čezmernega zanašanja nosi sama. Upoštevanje optimalne stopnje zanašanja pri določanju višine odškodnine predstavlja stranki spodbudo za izogibanje čezmernemu zanašanju (Cooter & Ulen, 2005, str. 204 - 209).

V angl. *common law* sistemu je čezmerno zanašanje opisano kot nepredvidljivo in zato nenadomestljivo. »Zanašanje obljubojemalca pa je nepredvidljivo, če presega znesek, ki bi ga obljubodajalec na podlagi okoliščin lahko upravičeno pričakoval« (Cooter & Ulen, 2005, str. 209).

1.2.2.4 Zniževanje transakcijskih stroškov

Transakcijski stroški vključujejo stroške iskanja pogodbenega partnerja, stroške pogajanja o vsebini pogodbe ter stroške izpolnitve pogodbe (Cooter & Ulen, 2005, str. 91).

Pogodbe pogosto vsebujejo tveganja, iz česar sledi, da so pogajanja o vsebini pogodbe in razdelitvi tveganj lahko zelo draga, zato stranke v pogodbi običajno izrecno razdelijo le nekatera od teh tveganj, torej tista katerih verjetnost nastanka je visoka. Če v pogodbi o razdelitvi tveganj ni nič dogovorjeno to predstavlja praznino. Pogodbeno pravo v ta namen zagotavlja dispozitivna določila za zapolnjevanje teh praznin. Strankam pogodbenega razmerja se tako ni potrebno dogovoriti o razdelitvi tveganj za dogodke, katerih verjetnost nastanka je zelo majhna, saj bo

praznino v primeru takega dogodka zapolnilo dispozitivno določilo. S tem se skrajša čas in zmanjšajo transakcijski stroški pogajanj in sklenitve pogodbe. Dispozitivna določila za zapolnjevanje praznin so oblikovana tako, da praznino zapolnijo na način kot bi to želela večina pogodbenih strank. Stranki lahko ta določila obideta z lastnimi določili. Z določili, ki jih stranki določita v pogodbi ne moreta obiti kogentnih pravil, ki jih določa zakon npr. predpostavke za veljavno sklenitev pogodbe kot je, da morata biti obe stranki poslovno sposobni. Nizki transakcijski stroški pospešujejo in omogočajo sodelovanje med strankama, sodelovanje pa je učinkovito (Cooter & Ulen, 2005, str. 210 - 213).

1.2.3 Povzetek prvega dela

V ekonomski teoriji popolnokonkurenčni trgi predstavljajo ideal, različni modeli nepopolnih trgov nato pojasnjujejo kako se le-ti odmakajo od razmer popolne konkurence. To razmišljanje je aplicirano tudi na področje pogodbenega prava. Ideal predstavlja popolna pogodba, kjer so vsa tveganja optimalno alocirana, predmet pogodbene obveznosti vedno pristane v rokah tiste stranke, ki ga najvišje vrednoti. Popolna pogodba je učinkovita. Na današnjih trgih pa v večini vladajo različne oblike nepopolne konkurence. Nepopolnosti trgov, kot so asimetrija informacij, transakcijski stroški, strankam onemogočajo sklenitev popolne pogodbe. Pogodbeno pravo s svojimi pravili skuša omiliti učinke nepopolnosti trgov in sklenjene pogodbe čim bolj približati idealu popolne pogodbe.

Že v samem postopku sklepanja pogodbe zahteva po razkrivanju relevantnih informacij, zniževanje transakcijskih stroškov z oblikovanjem dispozitivnih določil, sama iztožljivost pogodb in sankcioniranje kršitev spodbujajo sodelovanje, ki je vedno bolj učinkovito od nesodelovanja.

S sklenitvijo pogodbenega razmerja je povezano tudi tveganje, da nasprotna stranka svoje obveznosti ne bo izpolnila ali pa da se bodo s potekom časa okoliščine tako spremenile, da izpolnitev pogodbene obveznosti ne bo več mogoča ali pa bo postala predraga. Zakonodajalec pri oblikovanju pravil pogodbenega prava stremi k temu, da pravila oblikuje tako, da zmanjšujejo negotovost, ki jo prinese potek časa in strankam omogočajo odstop od pogodbe, ko iz nje izhajajoče obveznosti ne morejo izpolniti ali pa stroški izpolnitve presegajo iz nje izhajajoče koristi ali pa ena izmed pogodbenih strank dobi ugodnejšo priložnost, torej priložnost, ki bi ji prinesla večji izkupiček.

Pravila pogodbenega prava naj bi torej pri strankah oblikovala spodbude, da bodo svojo obveznost izpolnile, ko je to učinkovito oziroma kršile, ko je kršitev bolj učinkovita. V nadaljevanju bom najprej opisala teorijo o učinkoviti kršitvi, nato naštela sankcije, ki jih pogodbeno pravo določa za primer kršitve in s pomočjo ekonomske analize prava nato analizirala spodbude, ki jih ima posamezno pravno sredstvo na ravnanje strank, torej ali so posamezna pravna sredstva pogodbenega prava oblikovana tako, da stranko spodbudijo k izpolnitvi oziroma kršitvi, ko je to bolj učinkovito.

2 TEORIJA O UČINKOVITI KRŠITVI

Pred vstopom v posamezno pogodbeno razmerje vedno ocenimo pričakovane stroške in koristi, ki naj nam bi jih prineslo, iz tega sledi, da bomo v pogodbeno razmerje vstopili le, če pričakovana korist presega pričakovane stroške. Pogosto pa med samo sklenitvijo pogodbe in izpolnitvijo pogodbene obveznosti preteče določen čas. Potek časa predstavlja določeno negotovost in tveganje, saj se tekom tega lahko spremenijo okoliščine in vplivajo na stroške ter koristi npr. proizvajalec ugotovi, da bodo stroški proizvodnje veliko višji, kot je predvideval ob

sklenitvi. Spremenjene okoliščine imajo lahko pozitiven ali negativen vpliv. Ko zaradi spremenjenih okoliščin stroški izpolnitve presegajo koristi, izpolnitev pogodbene obveznosti z ekonomskega vidika ni več učinkovita (Cooter & Ulen, 2005, str. 200).

Avtorji, ki se ukvarjajo z ekonomsko analizo prava celo zagovarjajo stališče, da naj zakonodajalec sprejme taka pravila, ki bodo dolžnika spodbudila h kršitvi, če bo to bolj učinkovito (Rajgelj, 2009, str. 76 - 77).

Bistveno vprašanje pogodbenega prava je, kakšne naj bodo sankcije za kršitev, da bodo pogodbene stranke spodbudile k učinkovitemu obnašanju (Cooter & Ulen, 2005, str. 200).

2.1 Oblikovanje spodbud za učinkovito izpolnitev oz. kršitev

Sankcija, ki sledi kršitvi pogodbe predstavlja ceno, ki jo mora kršitelj plačati, ker ni izpolnil pogodbene obveznosti. Višja kot je ta cena, močnejša je zaveza pogodbene stranke k izpolnitvi. Pogodbeno pravo stremi k temu, da bi s sankcijami za kršitev zagotovilo optimalno zavezo izpolnitve (Cooter & Ulen, 2005, str. 200 - 201).

Če stroški izpolnitve presegajo strankino odgovornost za kršitev, ob predpostavki, da edino skrb pogodbene stranke predstavlja njena odgovornost za kršitev, bo pogodbo kršila, svojo obveznost pa bo izpolnila v primeru, ko bodo stroški izpolnitve manjši od njene odgovornosti za kršitev. Navedeno prikazuje spodnja enačba (Cooter & Ulen, 2005, str. 200 - 201):

- stroški izpolnitve pog. stranke > odgovornost za kršitev pog. stranke = kršitev
- stroški izpolnitve pog. stranke < odgovornost za kršitev pog. stranke = izpolnitev

Učinkovitost zahteva maksimiranje vsote izkupičkov pogodbenih strank. Izpolnitev pogodbene obveznosti stranki povzroči določene stroške, iz česar sledi, da bo gledano z vidika učinkovitosti pogodbeni stranka svojo obveznost izpolnila takrat, ko bodo stroški njene izpolnitve manjši od koristi, ki jih bo od izpolnitve imela druga pogodbeni stranka in pogodbeno obveznost kršila, če bodo stroški njene izpolnitve višji od koristi, ki jih ima od izpolnitve druga stranka. Navedeno ponazarja spodnja enačba (Cooter & Ulen, 2005, str. 200 - 201):

- stroški izpolnitve dolžnika > koristi izpolnitve upnika = učinkovita je kršitev
- stroški izpolnitve dolžnika < koristi izpolnitve upnika = učinkovita je izpolnitev

S primerjavo zgornjih dveh enačb pridemo do sredstva, ki spodbuja učinkovito kršitev in izpolnitev, torej zagotavlja optimalno zavezo izpolnitvi. Učinkovita spodbuda za izpolnitev oz. kršitev je dosežena takrat, ko je odgovornost za kršitev ene stranke enaka izgubljenim koristim druge stranke, s tem stranka, ki je pogodbeno obveznost kršila ponotranji stroške kršitve. Zgornji enačbi sta osnovani na domnevi, da odgovornost za kršitev zajema vse stroške, ki jih stranka s svojo kršitvijo povzroči drugi stranki (Cooter & Ulen, 2005, str. 200 - 201).

2.1.1 Vpliv spremembe okoliščin na izpolnitev

Čas, ki preteče od sklenitve pogodbe ter do njene izpolnitve prinaša številna tveganja in negotovosti. Sprememba okoliščin ima lahko pozitiven ali negativen vpliv na stroške in koristi, ki si jih stranke obetajo iz pogodbenega razmerja. Kot sem že omenila ekonomska analiza temelji na predpostavki racionalnega posameznika, ki bo maksimiral svojo koristnost, torej je smiselno, da pogodbeni stranki delujeta v smeri maksimizacije skupne vsote izkupičkov, saj

bosta tako obe imeli več, kar je tudi z ekonomskega stališča najbolj učinkovito (Cooter & Ulen, 2005, str. 201).

Od okoliščin posameznega primera je odvisno ali je bolj učinkovita izpolnitev ali kršitev pogodbene obveznosti (Cooter & Ulen, 2005, str. 201).

V nadaljevanju bom s pomočjo primera prikazala vpliv spremembe stroškov na odločitev pogodbene stranke ali bo svojo obveznost izpolnila ali ne. Za prikaz bom uporabila t.i. zastopniško igro (Cooter & Ulen, 2005, str. 201).

2.1.1.1 Primer

Ob sklenitvi pogodbenega razmerja je višina končnih stroškov izpolnitve nejasna. Stroški izpolnitve lahko nepričakovano narastejo, saj izpolnitev pogodbene obveznosti zahteva npr. rabo redkih virov, ki so potrebovani drugje in zato izpolnitev za stranko postane zelo draga (Cooter & Ulen, 2005, str. 201 - 203).

Predpostavljamo, da če stranki sodelujeta ustvarita celotni izkupiček v vrednosti 1, ki si ga razdelita po enakih deležih. Stroški izpolnitve so enkrat enaki nič, drugič pa so enaki 1,5. Pogodba je iztožljiva, v primeru kršitve, pogodbi zvesta stranka prejme popolno odškodnino za pričakovanje, ki je enaka izgubljenim koristim pogodbi zveste stranke (Cooter & Ulen, 2005, str. 201 - 203).

Igralec A se odloča o naložbi v vrednosti 1, igralec B prevzame naložbo v upravljanje in izpolni svojo pogodbeno obveznost. Ko so stroški izpolnitve enaki nič, je izkupiček igralca A in igralca B enak 0,5 (igralec A si povrne tudi svojo osnovno naložbo). V primeru, da bi se igralec B odločil za kršitev, bi igralcu A moral plačati popolno odškodnino, ki je enaka izgubljenim koristim igralca A, kar pomeni, da bi bil končni izkupiček igralca B enak -0,5. Oba igralca stremita k maksimizaciji lastnih izkupičkov, zato bo igralec B vedno izpolnil svojo obveznost, igralec A pa bo investiral, saj je v primeru, da igralec A ne investira, celotni izkupiček enak 0 (Cooter & Ulen, 2005, str. 201 - 203).

Ko so stroški izpolnitve enaki 1,5 je izkupiček igralca A še vedno enak 0,5, do spremembe pride pri izkupičku igralca B, saj je njegov izkupiček sedaj enak $0,5 - 1,5 = -1$. Kot sem že omenila, če se igralec B odloči za kršitev, bo njegov izkupiček enak -0,5. V primeru visokih stroškov izpolnitve je torej bolj učinkovito, da igralec B svojo pogodbeno obveznost krši in plača odškodnino, kot pa da bi jo izpolnil [$-0,5 < -1$] (Cooter & Ulen, 2005, str. 201 - 203).

Pravo kot nadomestilo za kršitev pogosto prisodi odškodnino za pričakovanje (angl. *expectation damages*). »Popolna odškodnina za izgubljena in upravičena pričakovanja postavi obljubojemalca v takšno stanje, kakršno bi bil užival, če bi bila obljuba izpolnjena« (Cooter & Ulen, 2005, str. 200 - 201). Iz tega sledi, da popolna odškodnina za pričakovanje izvablja iz pogodbenih strank učinkovito zavezo k izpolnitvi (Cooter & Ulen, 2005, str. 201 - 203).

Zgoraj prikazane enačbe in sklepi vsi temeljijo na domnevi, da odgovornost za kršitev vsebuje vse stroške, ki jih je le-ta povzročila nasprotni stranki. Odškodnine, ki jih prisoja pravo pa v večini primerov ne vsebujejo vseh stroškov, saj se sodišča soočajo s pomanjkanjem informacij oz. je pridobivanje le-teh zahteven in dolgotrajen proces (Cooter & Ulen, 2005, str. 201 - 203).

3 PRAVNA SREDSTVA ZA KRŠITEV POGODBE

Ker so stroški pogajanj o razdelitvi tveganj in identifikacije vseh dogodkov zelo visoki, nastane potreba po pogodbenih sankcijah, ki delujejo kot instrument utrditve izpolnitve pogodbene obveznosti (Shavell, 1980, str. 221).

Kršitvi pogodbene obveznosti lahko sledi ali odškodninska sankcija ali pogodbena kazen za primer kršitve, ki sta jo stranki dogovorili v pogodbi ali zahteva po specifični izpolnitvi (izpolnitveni zahtevki).

3.1 Odškodninske sankcije

Pravni red razlikuje med različnimi vrstami odškodnine. Bistveno razliko predstavlja izhodišče za izračun nadomestila za kršitev. Odškodninska sankcija naj bi nadomestila škodo, ki jo je stranka utrpela zaradi kršitve pogodbe, predstavlja ceno, ki jo nasprotna stranka plača za kršitev.

3.1.1 Odškodnina za pričakovanje

Odškodnina za pričakovanje stranko postavlja v položaj, v katerem bi bila, če bi bila pogodbena obveznost izpolnjena. Stranka je zaradi kršitve v slabšem položaju, kot če bi bila iz pogodbe izhajajoča obveznost izpolnjena, zato izhodišče pri določanju te vrste odškodnine predstavlja izpolnitev. Odškodnina za pričakovanje temelji na vrednosti pričakovane izpolnitve. Odškodnina za pričakovanje je v kontinentalnem pravnem redu opredeljena kot izgubljeni dobiček oz. pozitivni pogodbeni interes (Cooter & Ulen, 2005, str. 239).

3.1.2 Odškodnina za zanašanje

Pogodbena stranka lahko zaradi zanašanja v izpolnitev izvede dodatne investicije, kar pomeni, da ima izpolnitev za stranko po investiciji večjo vrednost. Kršitev pogodbene obveznosti, vrednost investicije stranke zmanjša oziroma jo popolnoma izniči, saj je stranka na slabšem, kot če v pogodbeno razmerje sploh ne bi vstopila, zato osnovo za izračun odškodnine za zanašanje predstavlja stanje brez sklenjene pogodbe (Cooter & Ulen, 2005, str. 241 - 242).

Višina odškodnine je določena tako, da stranko postavi v položaj, kot če pogodbe sploh ne bi sklenila. V kontinentalnem pravnem redu je odškodnina za zanašanje enaka povračilu dejanske škode oziroma negativnemu pogodbenemu interesu, saj ta vrsta odškodnine nadomesti škodo, ki jo je stranka dejansko utrpela (Cooter & Ulen, 2005, str. 241 - 242).

Popolna odškodnina za zanašanje (angl. *perfect reliance damages*) stranki v celoti nadomesti stroške, ki so nastali kot posledica zanašanja na izpolnitev (Cooter & Ulen, 2005, str. 241 - 242).

3.1.2.1 Odškodnina za vračilo oportunitetnih stroškov

Sklenitev ene pogodbe pogosto pomeni izgubo priložnosti za sklenitev alternativne pogodbe. Izhodišče za izračun te vrste odškodnine predstavlja neizkoriščena možnost sklenitve alternativne pogodbe. Stranka dobi povrnjeno škodo izgubljene priložnosti, saj jo odškodnina za vračilo oportunitetnih stroškov postavi v položaj, v katerem bi bila, če bi izkoristila najboljšo alternativo kršeni pogodbi (Cooter & Ulen, 2005, str. 242 - 243).

Stranka se zaradi zanašanja na izpolnitev sklenjene pogodbe odreče alternativni možnosti, zato angl. *common law* sistem oportunitetne stroške šteje med škodo zaradi zanašanja, kontinentalna

pravna ureditev pa oportunistne stroške šteje za obliko dejanske škode (Cooter & Ulen, 2005, str. 242 - 243).

3.1.3 Pogodbena kazen

Stranki lahko v pogodbi določita odškodnino, ki sledi kršitvi pogodbene obveznosti. Če je višina odškodnine, določena s pogodbo, razumna ocena škode, do katere bi zaradi kršitve lahko prišlo, bo sodišče tako pogodbeno določilo uveljavljalo. V primeru, ko je višina odškodnine v pogodbi določena tako, da bi z njo žrtev kršitve pridobila več, kot pa lahko pričakuje, da bi zaradi kršitve izgubila ali da bi s tem pridobil kršitelj pogodbene obveznosti, pogodbene določbe, s katero je višina odškodnine določena, sodišče ne bo uveljavljalo. Tako določeno odškodnino v angl. *common law* sistemu imenujejo kaznovalna odškodnina. Če bi sodišča kaznovalno odškodnino uveljavljala, bi ta stranke pogodbenega razmerja odvrčala od kršitve pogodbe tudi, ko bi ta bila bolj učinkovita, saj je s kaznovalno odškodnino strošek kršitve pogodbene obveznosti višji od stroškov, ki bi jih kršitev lahko povzročila nasprotni stranki (Posner, b.l., str. 128).

Tradicija v angl. *common law* sistemu sodiščem preprečuje, da bi ugodila zahtevkom na osnovi pogodbenih določil, ki določajo kaznovalno odškodnino. V kontinentalnem pravem sistemu pa sodišča pogosteje dosodijo pogodbeno kazen v celoti ali jo zgolj znižajo, ne da bi jo povsem zanemarila (Cooter & Ulen, 2005, str. 251 - 252).

3.1.4 Specifična izpolnitev oz. izpolnitev obveznosti v naravi

Izpolnitev obveznosti v naravi v državah s kontinentalnim pravnim redom predstavlja tradicionalno pravno sredstvo, ki sledi kršitvi pogodbe. Sodišče stranki, ki je kršila pogodbeno obveznost naloži, da jo mora izpolniti (Cooter & Ulen, 2005, str. 250). V državah z angl. *common law* sistemom je uporaba tega pravnega sredstva izjema, običajno v državah z angl. *common law* sistemom, kršitvi pogodbe sledi odškodninska sankcija.

Specifična izpolnitev je kot sankcija za kršitev najpogosteje uporabljena v primerih, ko za predmet pogodbene obveznosti na trgu ni na voljo substitutov kot npr. nakup zemljišča, hiše, starin, umetniških del ipd. (Zajc, 2010, str. 1436 – 1439).

3.2 Analiza učinkovitosti posameznih vrst sankcij

Učinkovitost posameznega pravnega sredstva presojamo glede na vpliv, ki ga ima na ravnanje pogodbenih strank, katero pravno sredstvo najbolje služi interesom pogodbenih strank. Sankcije za kršitev naj bi služile kot substitut za popolne pogodbe, saj naj bi strankam pogodbenega razmerja služile kot spodbuda za učinkovito obnašanje (Shavell, 1980, str. 219).

Avtorji s področja ekonomske analize k reševanju tega vprašanja pristopajo na dva načina. Pozitivni pristop (angl. *descriptive analysis*) temelji na predpostavki, da sodišča v primerih kršitev pogodbenih obveznosti odločajo na način, ki maksimizira učinkovitost. Koncept učinkovitosti, ki ga ponavadi uporabljajo je Pareto učinkovitost, torej sodišče izbere pravno sredstvo, ki bo maksimiziralo izkupiček sodelovanja, kar lahko vključuje tudi idejo Kaldor-Hicks učinkovitosti o prenosu dobrin k osebam, ki jih najvišje vrednotijo. Modeli analize s pozitivnim pristopom za izhodišče vzamejo popolno pogodbo (Posner, 2003, str. 134).

V popolni pogodbi so razdeljena vsa tveganja, točno je določeno katera izmed pogodbenih strank nosi stroške določenih dogodkov, prav tako je strankama vnaprej znano do kakšnih kršitev lahko pride in za vsako izmed kršitev so določena pravna sredstva, ki ji bodo sledila. Popolne pogodbe

ne puščajo nobene negotovosti in so učinkovite (Epstein, 1989, str. 423). Vprašanje, ki se pojavi je, katero pravno sredstvo strankama omogoči, da vstopita v optimalno pogodbo (Posner, 2003, str. 134).

Normativni pristop domneva, da bi pogodbeno pravo moralo biti učinkovito. Avtorji oblikujejo model v katerem lahko stranki povečata svojo blaginjo skozi iztožljive pogodbe. Do izpolnitve pride le, ko so stroški izpolnitve ene stranke, manjši od vrednosti, ki jo ima izpolnitev za drugo stranko in oba izvedeta učinkovite investicije. Običajno avtorji, ki uporabljajo ta pristop prikažejo eno pravno sredstvo kot učinkovito oziroma pokažejo, da so različna pravna sredstva učinkovita pod različnimi predpostavkami (Posner, 2003, str. 135).

3.2.1 Odškodnina za pričakovanje

Splošno pravilo v angl. *common law* doktrini določa, da je pogodbi zvesta stranka upravičena do odškodnine za pričakovanje, ki jo postavi v položaj, kot da bi bila pogodba izpolnjena. Avtorji s področja ekonomske analize pogodbenega prava so na začetku trdili, da je odškodnina za pričakovanje edino učinkovito pravno sredstvo. Svojo domnevo so utemeljili s tem, da naj bi odškodnina za pričakovanje pogodbeno stranko spodbudila h kršitvi le v primeru, ko strošek izpolnitve obljubodajalca presega koristi, ki jih ima od izpolnitve obljubojemalca. Izpolnitev je tako vedno učinkovita, saj maksimizira skupni izkupiček pogodbenih strank, nobena izmed pogodbenih strank ne more biti na boljšem (Posner, 2003, str. 136).

Pri svojih analizah niso upoštevali dejstva, da imata stranki pred samo izpolnitvijo vedno možnost ponovnih pogajanj, kjer lahko spremenita pogodbeno določila. Če so stroški pogajanj dovolj nizki, bo rezultat vedno učinkovit, ne glede na pravno sredstvo, ki bi bilo določeno za primer kršitve. V svoje analize prav tako niso vključili vpliva odškodnine za pričakovanje na raven zanašanja na izpolnitev in s tem obseg investicij, ki jih zaradi zanašanja izvede posamezna stranka. Če je sredstvo za primer kršitve odškodnina za pričakovanje, to pri obljubojemalcu povzroči odmik od optimalnega zanašanja, saj mu je z odškodnino za pričakovanje vedno v celoti povrnjena investicija, ki jo je izvedel na osnovi zanašanja na izpolnitev, ne glede na to ali je zanašanje preobsežno. Obljubojemalcu je tako vedno povrnjena vsa škoda, ki jo utrpel zaradi kršitve, zato se bo vedno zanesel v prevelikem obsegu. Odškodnina za pričakovanje pri obljubojemalcu povzroči, da eksternalizira stroške prekomernega zanašanja (Posner, 2003, str. 136).

Popolna odškodnina za pričakovanje pri obljubojemalcu povzroči eksternalizacijo stroškov prekomernega zanašanja in na drugi strani pri obljubodajalcu da popolnoma internalizira stroške svoje kršitve, kar pomeni, da do kršitve ne bo prišlo, tudi v primeru, ko bi bila ta bolj učinkovita (Cooter & Ulen, 2005, str. 261 - 262).

Težave se pojavljajo tudi pri določanju višine odškodnine za pričakovanje. Odmera višine odškodnine za pričakovanje je lahko zelo težavna, saj njen izračun temelji na pričakovani vrednosti izpolnitve. Pogodbe pa se v večini nanašajo na izpolnitev pogodbene obveznosti v prihodnosti, iz česar sledi, da lahko pride do razhajanj med vrednostjo predmeta določeno s pogodbo in tisto na trgu. Vrednost predmeta pogodbe na trgu lahko presega vrednost predmeta določeno s pogodbo. Navedeno ponazarja naslednji primer.

A se obveže za nakup vstopnic za predstavo po ceni Y, B pa se obveže za prodajo vstopnic po ceni Y. V času, ki poteče med sklenitvijo pogodbe in tik pred njeno izpolnitvijo cena vstopnic naraste na raven Z, ki je od cene Y višja za C ($Z=Y+C$). Če se B odloči za kršitev, bo A moral kupiti vstopnice na trgu po ceni Z, ki je višja od cene dogovorjene s pogodbo. Višina odškodnine

za pričakovanje, ki jo bo v tem primeru prejel A je razlika med cenama Z in Y, A bo torej prejel C. Predpostavljamo, da so vstopnice kupljene pri B in tiste na trgu, popolni substituti. Sodišče torej višino odškodnine za pričakovanje določi s pomočjo vrednosti vstopnic na trgu (Cooter & Ulen, 2005, str. 241).

V zgoraj navedenem primeru sodišče za izračun odškodnine vzame vrednost vstopnic na trgu, če pa predmet pogodbene obveznosti na trgu nima substitutov, je njegova vrednost težje določljiva. Predmet, ki na trgu nima substitutov predstavljajo npr. umetniška dela, le-ta pa imajo za kupce ponavadi različno subjektivno vrednost, kar predstavlja še dodatno težavo, saj ni nujno, da bo določena višina odškodnine pogodbi zvesti stranki dejansko nadomestila škodo, ki jo je utrpela zaradi kršitve (Cooter & Ulen, 2005, str. 239 - 241).

Odškodnina za pričakovanje ni učinkovita tudi v primeru asimetrije informacij, saj povzroči, da ne pride do razkritja vseh relevantnih informacij. Problem ponazarja primer angl. *Hadley vs. Baxendale* (Posner, 2003, str. 136 - 137).

Hadley je bil lastnik mlina, kjer se je zlomila glavna gred. Za prevoz nove glavne gredi je najel ladijsko podjetje, pri katerem je delal Baxendale, ki glavne gredi ni dostavilo takoj. Poškodovana gred je bila edina v Hadleyjevem mlinu, zato je mlin ostal zaprt dokler nova gred ni bila dostavljena. Hadley je ladijsko podjetje tožil zaradi zamude in zahteval povrnitev izgubljenega dohodka v času, ko je bil mlin zaprt. Hadley je želel prejeti odškodnino za pričakovanje. Ladijski prevoznik na drugi strani je menil, da je upravičen do precej manjše odškodnine, saj je sklepal, da ima Hadley rezervno gred, prav tako je trdil, da ga Hadley ni obvestil o nujnosti dobave. Prevoznik je zmagal pri vprašanju odškodnine (Cooter & Ulen, 2005, str. 265).

Na osnovi tega primera je bilo oblikovano Hadleyjevo pravilo, ki določa, da je žrtev kršitve upravičena do povračila za povprečno in ne dejansko izgubo, razen če je nasprotni stranki predhodno razkrila visoko vrednost izpolnitve. Odškodnina za pričakovanje razkritja take informacije ne bi spodbudila, saj žrtvi kršitve vedno v celoti nadomesti njegovo škodo. Razkritje visoke vrednosti izpolnitve, ki jo ima ta za obljubojemalca, strankama omogoča, da v pogodbi določita drugačne pogoje, posebej zavarujeta primer kršitve (Posner, 2003, str. 137).

Odškodnina za pričakovanje lahko povzroči prekomerno zanašanje obljubojemalca, ne ustvarja spodbud za razkritje relevantnih informacij in preprečuje kršitev, tudi ko bi ta bila bolj učinkovita. Prav tako pride do težav pri določanju njene višine, saj sodišča zelo težko natančno določijo vrednost, ki jo ima izpolnitev za obljubojemalca v času, ko pride do kršitve. Pri določitvi si sicer sodišče lahko pomaga z vrednostjo substitutov, ki jih ima predmet pogodbene obveznosti na trgu, vendar se težava še poglobi, če na trgu predmet pogodbene obveznosti nima substitutov. V primerih, ko predmet pogodbene obveznosti na trgu nima substitutov je bolj učinkovito pravno sredstvo specifična izpolnitev, kar je podrobneje razloženo v nadaljevanju, v razdelku specifična izpolnitev.

Odškodnina za pričakovanje ustvarja učinkovite spodbude za izpolnitev obljubodajalca, saj ta internalizira stroške svoje kršitve, medtem ko pri obljubojemalcu povzroči eksternalizacijo stroškov prekomernega zanašanja in povzroči zanašanje, ki ni učinkovito, je torej vedno preobsežno.

3.2.2 Odškodnina za zanašanje

Odškodnina za zanašanje pogodbeni stranki povrne stroške investicije, ki jih je izvedla zaradi zanašanja v izpolnitev nasprotne stranke. Odškodnina za zanašanje pogodbi zvesto stranko

postavlja v položaj enak tistemu v katerem bi bila, če pogodbe sploh ne bi sklenila. Namen odškodnine za zanašanje je preprečiti kaznovanje pogodbi zveste stranke zaradi njenega zanašanja na izpolnitev (Ulen, 1984, str. 358).

Višina odškodnine za zanašanje je omejena, pri določanju njene višine sodišča upoštevajo le razumne in upravičene stroške, ki so pogodbeni stranki nastali kot posledica zanašanja na izpolnitev. Popolna odškodnina za zanašanje bi krila vse stroške vseh investicij, ki bi jih stranka izvedla na podlagi zanašanja v izpolnitev, kar bi povzročilo prekomerno zanašanje, saj v primeru popolne odškodnine za zanašanje, pogodbi zvesta stranka popolnoma eksternalizira stroške svojega zanašanja, saj so ji v vsakem primeru povrnjeni. Popolna odškodnina za zanašanje bi poleg tega, da bi povzročila prekomerno zanašanje pri pogodbi zvesti stranki, nasprotno stranko lahko tudi odvrnila od kršitve, tudi ko bi ta bila bolj učinkovita (Cooter & Ulen, 2005, str. 261 – 264; Ulen, 1984, str. 359).

Problem prekomernega zanašanja, ki ga lahko povzroči popolna odškodnina za zanašanje ponazarja sledeči primer.

A in B skleneta pogodbo za prodajo zemljišča za 90.000 EUR. Vrednost, ki jo hiši pripisuje B je enaka 110.000 EUR. B zaradi zanašanja na izpolnitev izvede investicijo v višini 9.000 EUR. Nato se pojavi kupec C, ki A ponudi za zemljišče 105.000 EUR. Če kot sankcija kršitvi sledi popolna odškodnina za zanašanje, bo A pogodbo z B kršil, plačal B odškodnino za zanašanje v višini 9.000 EUR in hišo prodal C. A je v tem primeru svoj izkupiček povečal za 6.000 EUR in B je v položaju, ki je enak tistemu kot če v pogodbeno razmerje sploh ne bi vstopil, vendar ta izid ni Pareto učinkovit, saj zemljišče ni v rokah tiste stranke, ki ga najvišje vrednoti, torej v rokah kupca B (Ulen, 1984, str. 358).

Stopnja zanašanja na izpolnitev je torej odvisna od sankcije določene kršitve. Popolna odškodnina za zanašanje, zato ni učinkovita, saj je rezultat tega običajno prekomerno zanašanje obljubojemalca (Shavell, 1980, str. 223).

Za učinkovito odločitev o stopnji zanašanja mora pogodbeni stranka internalizirati stroške, ki bi jih v primeru kršitve utrpela (Cooter & Ulen, 2005, str. 261 - 264).

Če kot sankcija kršitvi sledi dodelitev odškodnine za zanašanje žrtvi kršitve (obljubojemalcu), ta internalizira večji del stroškov, ki bi jih kršitev povzročila, kot v primeru da bi bila kot sankcija določena popolna odškodnina za pričakovanje (pride do popolne eksternalizacije stroškov kršitve), saj ji odškodnina za zanašanje povrne zgolj izgubo, ki ji je nastala kot posledica investicije v zanašanje in ne celotne izgube, ki bi jo zaradi kršitve utrpela. Odškodnina za zanašanje ima na obljubodajalca ravno nasprotni učinek, omogoči mu eksternalizacijo večjega dela stroškov, ki jih bo njegova kršitev povzročila obljubojemalcu, iz česar sledi, da odškodnina za zanašanje pri obljubodajalcu ne ustvarja učinkovitih spodbud za izpolnitev (Cooter & Ulen, 2005, str. 261 - 264).

3.2.3 Specifična izpolnitev oz. izpolnitev obveznosti v naravi

V angl. *common law* sistemu je uporaba sankcije specifične izpolnitve izjema, medtem ko v državah s kontinentalnim pravnim redom predstavlja sredstvo, ki običajno sledi kršitvi pogodbene obveznosti.

Specifična izpolnitev je v določenih primerih učinkovitejša kot odškodninska sankcija. Njena uporaba je v angl. *common law* sistemu omejena na primere, ko bi druga sredstva za primer

kršitve v veliki verjetnosti podcenila vrednost, ki jo predstavlja izpolnitev pogodbeni stranki, to je v primerih, kjer je predmet pogodbene obveznosti nenadomestljiv kot npr. zemljišče, hiša, starine ipd. (Ulen, 1984, str. 363 - 365).

Nenadomestljiv predmet na trgu nima substitutov in ima kot tak za pogodbeno stranko subjektivno vrednost. Sodišča težko natančno ocenijo subjektivno vrednost, zato pri oblikovanju odškodnine lahko pride do razlike med višino odškodnine in dejansko škodo, ki je stranki zaradi kršitve nastala. Odškodnina je lahko določena na ravni, ki podcenjuje ali precenjuje dejansko nastalo škodo. Določanje vrednosti stvari, ki na trgu nima substitutov, je težak in drag postopek, kar pomeni, da so transakcijski stroški zelo visoki, zato je v takem primeru specifična izpolnitev bolj učinkovita sankcija, saj so transakcijski stroški v tem primeru nizki (Schwartz, 1979, str. 291). Specifična izpolnitev predstavlja najboljše sredstvo za zaščito subjektivne vrednosti (Ulen, 1984, str. 365).

Specifična izpolnitev kot sredstvo, ki sledi kršitvi pogodbe, pri strankah pogodbenega razmerja ustvarja močnejše spodbude, da učinkoviteje razdelita tveganja in določita kdo bo nosil stroške, ki bi jih kršitev povzročila (Ulen, 1984, str. 365).

Če bi pogodbeno pravo kot edino sankcijo za kršitev pogodbe določilo specifično izpolnitev, bi to v primerih, ko stroški izpolnitve presegajo koristi od izpolnitve, povzročilo neučinkovitost, saj bi do izpolnitve prišlo, ne glede na to ali je učinkovita.

3.2.4 Pogodbena kazen

Pogodbeni stranki imata v postopku sklepanja pogodbe možnost sami določiti sankcijo, ki sledi kršitvi pogodbene obveznosti. Sam postopek določanja višine pogodbene kazni je lahko povezan z visokimi transakcijskimi stroški ter kot tak lahko prepreči že samo sklenitev pogodbe. Po drugi strani med strankama dogovorjena sankcija, ki sledi kršitvi pogodbene obveznosti, ustvarja močnejšo zavezo izpolnitvi pogodbene obveznosti. V primeru neenakega pogajalskega položaja pogodbenih strank, ko ima npr. ena stranka relevantne informacije, ki jih druga nima, pa lahko pride do situacije, ko je pogodbena kazen določena tako, da pri stranki, ki je v boljšem položaju ne ustvarja učinkovitih spodbud. Pri določanju višine pogodbene kazni sta stranki omejeni z angl. *penalty doctrine*, ki prepoveduje določanje nerazumno visokih pogodbene kazni (Posner, b.l., str. 128; Ulen, 1984, str. 365).

3.3 Povzetek tretjega dela

Odškodnina za pričakovanje za obljubodajalca ustvarja učinkovito spodbudo, da bo svojo obveznost izpolnil, saj popolnoma internalizira stroške svoje kršitve. Za obljubojemalca na drugi strani ne ustvarja učinkovitih spodbud, saj mu omogoča, da eksternalizira stroške svojega zanašanja in se posledično lahko zanese v prekomernem obsegu. V člankih s področja ekonomske analize pogodbenega prava sicer prevladuje mnenje, da odškodnina za pričakovanje predstavlja najučinkovitejše pravno sredstvo, saj naj bi ta oblika odškodnine stranke spodbudila h kršitvi le, ko je ta bolj učinkovita.

So pa z odškodnino za pričakovanje povezane tudi težave. Prva težava je že zgoraj omenjen prekomeren obseg zanašanja, ki ga lahko povzroči pri obljubojemalcu, naslednjo težavo predstavlja določanje njene višine. Odškodnina za pričakovanje lahko preceni ali pa podceni vrednost, ki jo ima izpolnitev za pogodbeno stranko. Določanje subjektivne vrednosti izpolnitve pa je dolgotrajen in drag postopek, zato v takih primerih učinkovitejšo sankcijo predstavlja specifična izpolnitev, saj se tako sodišča v celoti izognejo stroškom določanja subjektivne

vrednosti izpolnitve. Odškodnina za pričakovanje obljubojemalca ne predstavlja učinkovite spodbude za razkrivanje relevantnih informacij, saj nadomešča tudi izgubljeni dobiček. Kot spodbuda za razkritje relevantnih informacij je bilo izoblikovano Hadleyjevo pravilo, ki določa, da je žrtev kršitve upravičena do povračila za povprečno in ne dejansko izgubo, razen če je nasprotni stranki predhodno razkrila visoko vrednost izpolnitve.

Odškodnina za zanašanje lahko povzroči prekomeren obseg zanašanja obljubojemalca, vendar je zakonodajalec problem delno omilil s tem, da ne zaščiti celotnega obsega zanašanja, ampak samo tisti del, ki je upravičen. Višina odškodnine za zanašanje je omejena z upravičeno in pričakovano stopnjo zanašanja, obseg zanašanja je tako bližje družbeno učinkovitemu (Cooter & Ulen, 2005, str. 208 - 209; Leitzel, 1989, str. 87). Za obljubodajalca pa odškodnina za zanašanje ne ustvarja najbolj učinkovitih spodbud, saj mu omogoča, da eksternalizira večji del stroškov svoje kršitve.

Sankcija specifične izpolnitve je bolj učinkovito pravno sredstvo kot odškodninska sankcija v primerih, ko predmet pogodbene obveznosti predstavlja nenadomestljiva stvar, saj se sodišča tako v celoti izognejo določanju subjektivne vrednosti izpolnitve, ki bi jo odškodninska sankcija lahko precenila ali pa podcenila. Močan argument, ki ne govori v prid specifični izpolnitvi je, da prepreči kršitev tudi v primerih, ko bi to bilo bolj učinkovito.

Spodbude, ki jih posamezno pravno sredstvo ustvarja pri pogodbenih strankah, so tesno povezane z obsegom stroškov, ki jih stranka internalizira oz. eksternalizira. Izhajajoč iz tega, odškodnina za pričakovanje ustvarja učinkovito spodbudo za obljubodajalca, saj ta internalizira stroške kršitve, medtem ko pri obljubojemalcu povzroči eksternalizacijo stroškov kršitve in lahko vodi do prekomernega obsega zanašanja na strani obljubojemalca. Odškodnina za zanašanje obljubodajalca omogoča eksternalizacijo dela stroškov, ki bi jih njegova kršitev povzročila pogodbi zvesti stranki in je iz tega vidika manj učinkovito sredstvo kot odškodnina za pričakovanje. Za obljubojemalca na drugi strani, odškodnina za zanašanje predstavlja učinkovitejše pravno sredstvo, saj krije le upravičen obseg zanašanja in tako povzroči, da stranka internalizira določen del stroškov, ki mu jih zanašanje povzroči in prepreči prekomeren obseg zanašanja.

4 KRŠITEV POGODBE V SLOVENSKEM PRAVNEM REDU

Področje kršitve pogodbe in njenih pravnih posledic je urejeno v Obligacijskem zakoniku (Ur.l. RS, št. 97/2007-UPB1, 30/2010 Odl.US: U-I-207/08-10, Up-2168/08-12, v nadaljevanju OZ; Možina, 2006, str. 325).

Veljavna sklenitev pogodbe povzroči nastanek poslovnega obligacijskega razmerja in s tem pravico ene pogodbene stranke od druge zahtevati, da izpolnitveno ravnanje, ki se ga je s pogodbo zavezala opraviti, opravi in obveznost nasprotne stranke izpolnitveno ravnanje opraviti. Temeljno upravičenje upnika v poslovnem obligacijskem razmerju predstavlja izpolnitveni zahtev (Plavšak, Juhart, & Vrenčur, 2009, str. 735).

Pojem kršitve pogodbene obveznosti v slovenskem pravnem redu ni urejen enotno (Možina, 2006, str. 325). V splošnem je kršitev pogodbene obveznosti vsako dejanje, ki ni pravilna izpolnitev. Navadno pa se pojem kršitev pogodbene obveznosti uporablja v primerih, ko stranka za nepravilno izpolnitev odgovarja (Plavšak et al., 2009, str. 740). Pri kršitvi pogodbene obveznosti obstaja protipravno stanje, kar pomeni, da dolžnik ob dospelosti pogodbene obveznosti ni izpolnil oziroma jo je izpolnil z napako (Plavšak et al., 2009, str. 737).

Skladno z OZ je nepravilna izpolnitev izpolnitev z zamudo, izpolnitev z napakami (stvarnimi ali pravnimi) in neizpolnitev, pri kateri izpolnitvena obveznost preneha zaradi drugih vzrokov in ne izpolnitve (Plavšak et al., 2009, str. 740). Pravni položaj pogodbenih strank in njihova upravičenja se razlikujejo glede na vrsto nepravilne izpolnitve (Možina, 2006, str. 329).

Pravna pravila, ki urejajo področje odgovornosti za nepravilno izpolnitev sledijo temeljnemu načelom obligacijskega prava, zlasti načelu spoštovanja prevzetih obveznosti in načelu vestnosti in poštenja (Plavšak et al., 2009, str. 741). Osnovno vrednostno merilo predstavlja dejstvo, da se položaj pogodbi zveste stranke zaradi kršitve nasprotne stranke ne sme poslabšati (Plavšak et al., 2009, str. 741).

4.1 Nepravilna izpolnitev in njene posledice skladno z OZ

Pogodbena stranka se s kršitvijo pogodbene obveznosti ne razbremeni svoje obveznosti, prav tako kršitev ne povzroči prenehanja pogodbenega razmerja. Odločitev o tem, kaj se bo zgodilo je v rokah pogodbi zveste stranke (Plavšak et al., 2009, str. 741).

Pogodbi zvesta stranka lahko v primeru kršitve pogodbene obveznosti nasprotne stranke izbira med (Plavšak et al., 2009, str. 742):

1. zahteva lahko izpolnitev (izpolnitveni zahtevki) in hkrati uveljavlja pravice, ki jih pridobi zaradi zamude z izpolnitvijo oziroma izpolnitve z napakami, pravice lahko uveljavlja tudi potem, ko je bila obveznost pravilno izpolnjena
2. lahko pa uresniči pravico odstopiti od pogodbe in hkrati uveljavlja pravice, ki jih pridobi zaradi neizpolnitve

Če želi pogodbi zvesta stranka uveljavljati pravice, ki jih pridobi na osnovi kršitve pogodbene obveznosti nasprotne stranke, morata biti izpolnjeni dve splošni predpostavki odgovornosti za nepravilno izpolnitev, in sicer (Plavšak et al., 2009, str. 743):

1. nepravilna izpolnitev ima značilnost protipravnega stanja
2. vzrok za nepravilno izpolnitev izhaja iz sfere pogodbene stranke, ki je pogodbeno obveznost kršila

Pri uveljavljanju zahtevka za odškodnino pa morata biti izpolnjeni še dve dodatni predpostavki, in sicer (Plavšak et al., 2009, str. 859):

1. med nepravilno izpolnitvijo in škodo, ki jo kršitev povzroči pogodbi zvesti stranki, mora obstajati vzročna povezava
2. obstoj škode, ki jo pogodbi zvesti stranki povzroči nepravilna izpolnitev

V primeru nepravilne izpolnitve velja domneva, da sta izpolnjeni splošni predpostavki odgovornosti za nepravilno izpolnitev, iz česar sledi, da mora pogodbena stranka, ki je obveznost kršila, če se želi razbremeniti odgovornosti, ovreči eno imed domnev. Trditveno in dokazno breme je v rokah stranke, ki je obveznost izhajajočo iz pogodbe kršila (Plavšak et al., 2009, str. 859).

Obratno velja pri predpostavkah odškodninske odgovornosti, kjer je dokazno breme na strani pogodbi zveste stranke. Ta mora dokazati obstoj škode ter obstoj vzročne zveze med škodo, ki ji je nastala in nepravilno izpolnitvijo (Plavšak et al., 2009, str. 860).

Glede na vrsto nepravilne izpolnitve se razlikujejo upravičenja, ki jih zaradi kršitve nasprotne stranke, pridobi pogodbi zvesta stranka (Plavšak et al., 2009, str. 747).

4.1.1 Zamuda z izpolnitvijo

Pri zamudi z izpolnitvijo denarne obveznosti ima pogodbi zvesta stranka na voljo izpolnitveni zahtevek, ki ga lahko kumulira s pogodbeno kaznijo oziroma zamudnimi obrestmi. Upravičena je tudi do razlike do polne odškodnine za zamudo, če sta izpolnjeni dve dodatni predpostavki in sicer škoda mora presegati znesek zamudnih obresti ter zamuda mora biti vzrok za nastanek škode (Plavšak et al., 2009, str. 748).

Pri zamudi z izpolnitvijo nederarne obveznosti pa lahko pogodbi zvesta stranka izpolnitveni zahtevek kumulira z odškodnino za zamudo z izpolnitvijo, ob predpostavkah, da je zaradi zamude nastala škoda in da sta škoda in zamuda vzročno povezani ali pa izpolnitveni zahtevek kumulira s pogodbeno kaznijo za primer zamude, če sta se zanjo stranki v pogodbi dogovorili, pogodbi zvesta stranka je upravičena tudi do razlike do polne odškodnine za zamudo, če škoda zaradi zamude presega znesek pogodbene kazni (Plavšak et al., 2009, str. 748).

Pogodbi zvesta stranka se lahko odloči tudi odstopiti od pogodbe. Če pogodbi zvesta stranka uresniči svojo odstopno pravico izgubi upravičenja iz naslova izpolnitve z zamudo in pridobi pravice zaradi neizpolnitve (Plavšak et al., 2009, str. 748).

4.1.2 Neizpolnitev pogodbene obveznosti (denarne ali nederarne)

Pogodbi zvesta stranka je upravičena do odškodnine za neizpolnitev, če ji je zaradi neizpolnitve nastala škoda in obstaja vzročna zveza med škodo in neizpolnitvijo (Plavšak et al., 2009, str. 749).

V primeru, da sta pogodbeni stranki dogovorili pogodbeno kazen za neizpolnitev, je pogodbi zvesta stranka upravičena do le-te, če pa škoda nastala zaradi neizpolnitve presega znesek pogodbene kazni, lahko pogodbi zvesta stranka zahteva poleg pogodbene kazni tudi razliko do polne odškodnine za neizpolnitev. Pogodbene kazni in odškodnine za neizpolnitev pogodbi zvesta stranka ne more uveljavljati skupaj (Plavšak et al., 2009, str. 749).

4.1.3 Izpolnitev s stvarno ali pravno napako (nederarna obveznost)

Pogodbi zvesta stranka lahko zahteva odpravo napake (izpolnitveni zahtevek), vendar mora nasprotno stranko o napaki pravočasno obvestiti. Zahtevek za odpravo napake lahko kumulira z odškodnino za škodo zaradi zaupanja ter odškodnino za refleksno škodo – napaka lahko povzroči škodo na drugih stvareh pogodbi zveste stranke (Plavšak et al., 2009, str. 749 - 750).

Če pogodbeni stranka napake ne odpravi tudi v dodatnem roku, lahko pogodbi zvesta stranka uveljavi odstopno pravico. Tudi v primeru, da pogodbi zvesta stranka odstopi od pogodbe je upravičena do odškodnine zaradi zaupanja in odškodnine za refleksno škodo (Plavšak et al., 2009, str. 749 - 750).

4.2 Odškodnina

Obstoj škode je predpostavka odškodninske odgovornosti. Pravno priznana škoda je samo premoženjska škoda (Plavšak et al., 2009, str. 864).

»Po prvem odstavku 243. člena OZ je **pravno priznana premoženjska škoda** (kot predpostavka poslovne odškodninske odgovornosti) samo tista kršitev pravice (izpolnitvenega zahtevka) pogodbi zveste stranke, ki povzroči še nadaljno posledico, in sicer bodisi zmanjšanje premoženja pogodbi zveste stranke (navadna škoda) bodisi preprečitev povečanja premoženja pogodbi zveste stranke (izgubljeni dobiček)« (Plavšak et al., 2009, str. 864).

Pogodbi zvesta stranka je upravičena samo do povrnitve škode, ki ji je nastala zaradi nepravilne izpolnitve (Plavšak et al., 2009, str. 864).

Navadna škoda je definirana kot stroški, ki pogodbi zvesti stranki ne bi nastali, če bi bila pogodbeno obveznost izpolnjena pravočasno, pravilno in v celoti (Plavšak et al., 2009, str. 864).

Izgubljeni dobiček je dobiček, ki bi ga pogodbi zvesta stranka utemeljeno pričakovala ob pravilni in pravočasni izpolnitvi (Juhart & Plavšak, 2003, str. 224).

Skladno z 243. členom OZ, ima pogodbi zvesta stranka pravico do povrnitve odškodnine v obsegu navadne škode in izgubljenega dobička, ki bi ju stranka, ki je svojo pogodbeno obveznost kršila, glede na dejstva, ki so ji bila ob sklenitvi pogodbe znana oziroma bi ji morala biti znana, morala pričakovati. Obseg odškodnine je omejen na raven, ki je enaka obsegu predvidljive škode (Plavšak et al., 2009, str. 866).

Skladno z OZ se pri določanju višine odškodnine upoštevajo tudi morebitne koristi, ki so pogodbi zvesti stranki nastale zaradi kršitve. Pogodbi zvesta stranka je obvezana sprejeti vse ukrepe, da se škoda, ki ji je kot posledica kršitve nastala, ne povečuje, vendar izpeljava teh ukrepov ne sme poslabšati njenega položaja (Plavšak et al., 2009, str. 867).

Višina odškodnine se sorazmerno zmanjša tudi v primeru, ko za nastalo škodo poleg dolžnika odgovarja tudi upnik (Plavšak et al., 2009, str. 864).

Skladno z OZ pogodbi zvesta stranka ne more kumulirati pravice do odškodnine za celoten obseg škode (navadna škoda in izgubljeni dobiček) in pogodbene kazni (zamudne obresti v primeru nepravilne izpolnitve denarne obveznosti). V primerih ko nastala škoda presega znesek pogodbene kazni, pa lahko pogodbi zvesta stranka zahteva razliko do polne odškodnine (Plavšak et al., 2009, str. 869).

Pogodbena stranka je drugo stranko dolžna obvestiti o vseh dejstvih, ki vplivajo na njuno pogodbeno razmerje, v nasprotnem primeru odgovarja za škodo, ki drugi stranki nastane kot posledica tega, da ni bila pravočasno obveščena (Plavšak et al., 2009, str. 870).

4.3 Pogodbena kazen

Pogodbena kazen za primer kršitve pogodbene obveznosti dogovorita stranki pogodbenega razmerja. Pogodbena kazen lahko predstavlja plačilo določenega denarnega zneska ali druga premoženjska korist (Plavšak et al., 2009, str. 871). Pri pogodbeni kazni škoda ni predpostavka za njeno uveljavitev (Plavšak et al., 2009, str. 877 - 878).

4.4 Povzetek četrtega dela

Osnovno vrednostno merilo na področju kršitve pogodbene obveznosti v slovenski ureditvi predstavlja dejstvo, da pogodbi zvesta stranka zaradi kršitve ne sme biti na slabšem. Tako odškodninska sankcija kot pogodbena kazen utrdita zavezo izpolnitvi pri strankah.

Skladno s slovensko ureditvijo se sankcije, ki sledijo kršitvi pogodbene obveznosti razlikujejo glede na vrsto nepravilne izpolnitve.

V primeru zamude z izpolnitvijo in izpolnitve z napako ima pogodbi zvesta stranka možnost izbire med izpolnitvenim zahtevkom, ki ga lahko kumulira z odškodninskim zahtevkom ali pogodbeno kaznijo ali pa se odloči odstopiti od pogodbe in je tako upravičena do odškodnine za neizpolnitev ali pa pogodbene kazni, če sta jo stranki za primer neizpolnitve pogodbene obveznosti dogovorili. Izpolnitveni zahtevek predstavlja temeljno upravičenje pogodbenih strank.

Pogodbena stranka, ki svojo iz pogodbe izhajajočo obveznost krši mora ali izpolniti svojo obveznost in povrniti škodo, ki je nasprotni stranki zaradi kršitve nastala ali pa ji povrniti celoten obseg škode, to vključuje navadno škodo in izgubljeni dobiček, ki jo je zaradi neizpolnitve utrpela.

Sankcije, ki sledijo kršitvi pogodbene obveznosti v slovenski ureditvi, pri pogodbenih strankah ustvarjajo spodbudo, da bodo svojo obveznost izpolnile. Pogodbi zvesta stranka je upravičena do povrnitve celotnega obsega škode, kar pri nasprotni stranki povzroči, da internalizira stroške svoje kršitve in zato zanjo ustvarja učinkovite spodbude, da izpolni svojo obveznost. Nasprotno lahko pri pogodbi zvesti stranki povzroči prekomeren obseg zanašanja, saj eksternalizira stroške svojega zanašanja, kar pa je zakonodajalec omilil s tem, da je višina odškodnine omejena na predvidljivo raven.

Odškodninske sankcije so lahko povezane tudi z visokimi stroški, saj je uveljavljanje pravice do odškodnine pred sodiščem dolgotrajen in drag proces, prav tako ni nujno, da sodno določena odškodnina krije vso škodo, ki jo je zaradi kršitve utrpela pogodbi zvesta stranka. S pogodbo dogovorjena pogodbeno kazen je s tega vidika bolj učinkovito sredstvo za primer kršitve pogodbe, saj je pri njenem uveljavljanju pogodbi zvesta stranka v veliko ugodnejšem položaju.

SKLEP

Pogodbene stranke sklepajo pogodbe na trgih, ki so daleč od ideala popolnokonkurenčnega trga. Na trgih so prisotne različne oblike nepopolne konkurence, asimetrija informacij, zunanji učinki in transakcijski stroški so različni od nič. Vse te nepopolnosti pogodbenim strankam onemogočajo sklenitev popolne pogodbe oziroma sklenjene pogodbe oddaljujejo od tega ideala.

Sklenitev popolne učinkovite pogodbe je torej mogoča samo v razmerah, ki vladajo na popolnih trgih. Pogodbeno pravo naj bi s pravili, ki jih določa, sklenjene pogodbe čim bolj približalo popolnim pogodbam.

Ekonomska analiza pogodbenega prava se ukvarja s presojo ali pravna pravila dejansko ustvarjajo spodbude pogodbenim strankam oziroma jih usmerijo k učinkovitemu obnašanju. Na pravna pravila gleda kot na ceno, ki jo mora pogodbeno stranka plačati v primeru kršitve iz pogodbe izhajajoče obveznosti.

Teorija o učinkoviti kršitvi trdi, da je v primeru, ko stroški izpolnitve pogodbene obveznosti presegajo iz nje izhajajoče koristi, kršitev bolj učinkovita. Ekonomska analiza prava ugotavlja ali obstoječa pravna pravila v takih primerih stranko dejansko spodbudijo k bolj učinkovitemu ravnanju.

Skladno s pravili pogodbenega prava kršitvi sledi odškodninska sankcija ali izpolnitev obveznosti v naravi. Ureditev področja kršitve pogodbe v državah z angl. *common law* sistemom

in tistih s tradicionalnim pravnim sistemom se razlikuje. V državah z angl. *common law* sistemom prednost dajejo odškodninskim sankcijam in je uporaba specifične izpolnitve omejena le na določene primere, medtem ko v državah s kontinentalnim pravnim sistemom prednost dajejo specifični izpolnitvi.

Natančnega odgovora na vprašanje katero sredstvo ustvarja boljše spodbude za učinkovito obnašanje pogodbenih strank pa ekonomska analiza pogodbenega prava ni dala.

Odškodnina za pričakovanje pogodbi zvesto stranko postavi v položaj v kakršnem bi bila, če bi bila pogodbeni obveznost izpolnjena. Povzroči, da pogodbeni stranka popolnoma internalizira stroške svoje kršitve in s tem ustvarja učinkovite spodbude za stranko, da izpolni svojo obveznost oziroma stranka svoje obveznosti ne bo izpolnila le v primeru, ko je kršitev bolj učinkovita. Vendar je odškodnina za pričakovanje povezana s številnimi težavami, kot je npr. določanje subjektivne vrednosti izpolnitve. Določanje vrednosti izpolnitve na sodiščih je povezano z visokimi stroški, odškodnina, ki jo sodišče določi pa lahko podceni vrednost, ki jo ima izpolnitev za pogodbi zvesto stranko. Na drugi strani odškodnina za pričakovanje ne ustvarja učinkovitih spodbud za pogodbi zvesto stranko, saj pogosto povzroči obseg zanašanja, ki je večji od družbeno učinkovitega, saj pri odškodnini za pričakovanje pogodbi zvesta stranka eksternalizira stroške svojega zanašanja na izpolnitev. Prevelik obseg zanašanja pa v primeru kršitve pogodbene obveznosti pogodbi zvesti stranki poveča izgubo, ki jo utrpi zaradi kršitve. Pri odškodnini za zanašanje prav tako obstaja nevarnost prevelikega obsega zanašanja na strani pogodbi zveste stranke. Zakonodajalec je sicer ta problem delno rešil z omejitvijo višine odškodnine, tako da stranki nadomesti samo škodo, ki ji je nastala kot posledica nekega razumnega obsega zanašanja.

Specifična izpolnitev na drugi strani se popolnoma izogne problemu določanja subjektivne vrednosti izpolnitve in s tem vsem stroškom, ki nastanejo v povezavi z določanjem subjektivne vrednosti in je v tem primeru bolj učinkovita sankcija kot odškodninska. Sankcija specifične izpolnitve pogodbeni stranki spodbudi k temu, da bolj učinkovito razdelita tveganja in določita katera izmed strank je odgovorna za povračilo stroškov v primeru nastanka teh tveganj, že v času pogajanj o vsebini pogodbe. V primerih, ko stroški izpolnitve presegajo iz nje izhajajoče koristi, pa sankcija specifične izpolnitve deluje neučinkovito, saj bo do izpolnitve prišlo kljub temu, da bi bila kršitev bolj učinkovita.

Tako odškodninske sankcije, kot tudi specifična izpolnitev, imajo učinkovite spodbude na ravnanje pogodbenih strank, vendar je po mojem mnenju specifična izpolnitev sankcija, ki ustvarja bolj učinkovite spodbude kot odškodninske sankcije, saj pogodbeni stranki prisili, da natančneje premislita in določita samo vsebino pogodbe. Specifična izpolnitev kot edina sankcija za primer kršitve po mojem mnenju prepreči že samo sklepanje neučinkovitih pogodb, saj pogodbene stranke sklenejo le pogodbe, ki jih imajo namen izpolniti. Problem sicer nastane, če po sklenitvi ena izmed pogodbenih strank dobi ugodnejšo ponudbo, ponudbo ki bi ji prinesla več koristi od prvotne, v takem primeru pa bi bila učinkovitejša sankcija odškodnina, saj bi stranki omogočila kršitev pogodbe in sklenitev zanjo ugodnejše pogodbe.

Kot sem že omenila natančnega odgovora na to, katero pravno sredstvo ustvarja učinkovitejšo spodbude za pogodbene stranke ekonomska analiza ni dala, vendar so njeni izsledki pokazali, da specifična izpolnitev pred samo izpolnitvijo oziroma kršitvijo pogodbene obveznosti, daje pogodbenim strankam vsaj tako, če ne še bolj učinkovite spodbude, kot odškodnina za pričakovanje.

LITERATURA IN VIRI

1. Cooter, R., & Ulen, T. (2005). *Ekonomska analiza prava*, 1.natis. Ljubljana: Časnik Finance.
2. Epstein, R. A. (1989). Beyond Foreseeability: Consequential damages in the law of contract. V D. G. Baird (ur.), *Economics of Contract Law* (str. 423-456). Cheltenham (UK): Edward Elgar Publishing Limited.
3. Juhart, M., & Plavšak, N. (2003). *Obligacijski zakonik (OZ): (splošni del): s komentarjem, 1. knjiga, 2. knjiga*. Ljubljana: GV založba.
4. Leitzel, J. (1989). Reliance and Contract Breach. *Law and Contemporary Problems*, 52(1), 87-105.
5. Možina, D. (2006). *Kršitev pogodbe*, 1. natis. Ljubljana: GV Založba.
6. Obligacijski zakonik. *Uradni list RS* št. 97/2007-UPB1, 30/2010 Odl.US: U-I-207/08-10, Up-2168/08-12.
7. Pepall, L., Richards, D., & Norman, G. (1952). *Industrial organization: contemporary theory and empirical applications* (4th ed.). b.k.: Blackwell Publishing Ltd.
8. Plavšak, N., Juhart, M., & Vrenčur, R. (2009). *Obligacijsko pravo: splošni del*. Ljubljana: GV Založba.
9. Posner, R. A. (b.l.). *Economic analysis of law* (6th ed.). b.k.: Aspen Publishers.
10. Posner, E. A. (2003). Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?. V D.G. Baird (ur.), *Economics of Contract Law* (str. 130-181). Cheltenham (UK): Edward Elgar Publishing Limited.
11. Prašnikar, J., & Domadenik, P. (2007). *Mikroekonomija*, 2. popravljena izdaja. Ljubljana: GV Založba.
12. Rajgelj, B. (2009). Ekonomska analiza pogodbenih sankcij. V K. Zajc (ur.), *Ekonomska analiza prava v Sloveniji* (str. 75-90). Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.
13. Rogerson, W. P. (1984). Efficient Reliance and Damage Measures for Breach of Contract. V D.G. Baird (ur.), *Economics of Contract Law* (str. 244-258). Cheltenham (UK): Edward Elgar Publishing Limited.
14. Schwartz, A. (1979). The case for Specific Performance. V D. G. Baird (ur.), *Economics of Contract Law* (str. 284-319). Cheltenham (UK): Edward Elgar Publishing Limited.
15. Shavell, S. (1980). Damage Measures for Breach of Contract. V D.G. Baird (ur.), *Economics of Contract Law* (str. 219-243). Cheltenham (UK): Edward Elgar Publishing Limited.
16. Tajnikar, M. (2003). *Mikroekonomija s poglavji iz teorije cen*, 4. dopolnjeni natis. Ljubljana: Ekonomska fakulteta.
17. Ulen, T. S. (1984). The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies. *Michigan Law Review*, 83(2), 341-403.
18. Zajc, K. (2010). Kršitev pogodb in sankcije. V *Podjetje in delo* (str. 1432-1440). Ljubljana: GV Založba.