

SZKODA EWENTUALNA I UTRATA SZANSY

Granice obowiązku odszkodowawczego

Alicja Sieczyk-Drzewiecka

SZKODA EWENTUALNA I UTRATA SZANSY

Granice obowiązku odszkodowawczego

Alicja Sieczych-Drzewiecka

SERIA **MONOGRAFIE**

Stan prawny na 20 maja 2020 r.

Alicja Sieczych-Drzewiecka, nr ORCID 0000-0002-7579-324X

Recenzent

Prof. dr hab. Bernadetta Fuchs

Wydawca

Małgorzata Stańczak

Redaktor prowadzący

Joanna Tchorek

Opracowanie redakcyjne

Trzy kropki Joanna Maź

Projekt okładek serii

Wojtek Kwiecień-Janikowski, Przemek Dębowski

Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przysługujących im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło. A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.



SZANUJMY PRAWO I WŁASNOŚĆ
Więcej na www.legalnakultura.pl
POLSKA IZBA KSIĄŻKI

© Copyright by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2020

ISBN 978-83-8187-855-5

ISSN 1897-4392

Dział Praw Autorskich

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

tel. 22 535 82 19

e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

SPIIS TREŚCI

Wykaz skrótów	7
Przedmowa.....	11
Rozdział I	
Szkoda ewentualna	17
1. Wprowadzenie	17
2. Pojęcie szkody ewentualnej. Uwagi terminologiczne	18
3. Prawdopodobieństwo.....	20
4. Wymagany stopień prawdopodobieństwa hipotetycznego stanu majątku poszkodowanego	27
5. Szkoda ewentualna a <i>damnum emergens</i>	38
6. Szkoda giełdowa.....	43
7. Szkoda w środowisku	47
8. Umowy losowe a szkoda ewentualna.....	60
8.1. Sprzedaż nadziei	62
8.2. Umowy z gier i zakładów	68
8.3. Konkurs	79
Rozdział II	
Dowód związku przyczynowego	95
1. Wprowadzenie	95
2. Roszczenia informacyjne.....	97
3. Domniemania faktyczne i dowód <i>prima facie</i>	102
4. Wyprzedzająca przyczynowość i legalne zachowanie alternatywne.....	114
5. Inne przypadki wielości przyczyn	126

5.1. Przyczynowość alternatywna	126
5.2. Przyczynowość kumulatywna i pozorny zbieg przyczyn	134
6. Wielość przyczyn w ujęciu praktycznym	138
Rozdział III	
Utrata szansy <i>sensu stricto</i>	147
1. Wprowadzenie	147
2. Szansa jako dobro chronione odszkodowawczo i jako dobro osobiste	154
3. Utrata szansy na wyleczenie	181
3.1. Utrata szansy czy wzrost ryzyka	183
3.2. Szansa na wyleczenie jako samodzielne dobro osobiste	188
3.3. Utrata szansy na wyleczenie jako przesłanka odpowiedzialności poza procesami lekarskimi	203
4. Szkoda ewentualna w orzecznictwie Unii Europejskiej	208
Zakończenie	215
Bibliografia	225
Wykaz orzecznictwa	235

WYKAZ SKRÓTÓW

Akty prawne

k.c.	– ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 ze zm.)
k.k.	– ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1950 ze zm.)
Konstytucja RP	– Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.)
k.p.	– ustawa z 26.06.1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 2019 r. poz. 1040 ze zm.)
k.p.a.	– ustawa z 14.06.1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 256 ze zm.)
k.p.c.	– ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2019 r. poz. 1460 ze zm.)
k.r.o.	– ustawa z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. z 2019 r. poz. 2086 ze zm.)
k.s.h.	– ustawa z 15.09.2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2019 r. poz. 505 ze zm.)
k.z.	– rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 27.10.1933 r. – Kodeks zobowiązań (Dz.U. Nr 82, poz. 598 ze zm.)
p.o.ś.	– ustawa z 27.04.2001 r. – Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2019 r. poz. 1396 ze zm.)
pr. at.	– ustawa z 29.11.2000 r. – Prawo atomowe (Dz.U. z 2019 r. poz. 1792 ze zm.)
pr. aut.	– ustawa z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1231 ze zm.)
pr. farm.	– ustawa z 6.09.2001 r. – Prawo farmaceutyczne (Dz.U. z 2020 r. poz. 944 ze zm.)

p.z.p.	– ustawa z 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843)
u.g.h.	– ustawa z 19.11.2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. z 2019 r. poz. 847 ze zm.)
u.g.m.o.	– ustawa z 22.06.2001 r. o mikroorganizmach i organizmach genetycznie zmodyfikowanych (Dz.U. z 2019 r. poz. 706 ze zm.)
u.i.t.	– ustawa z 24.11.2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 548 ze zm.)
u.p.p.	– ustawa z 6.11.2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz.U. z 2020 r. poz. 849 ze zm.)
u.u.t.	– ustawa z 29.08.1997 r. o usługach hotelarskich oraz usługach pilotów wycieczek i przewodników turystycznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 238 ze zm.)
u.z.n.k.	– ustawa z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019 r. poz. 1010 ze zm.)
u.z.o.z.	– ustawa z 30.08.1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz.U. z 2007 r. Nr 14, poz. 89 ze zm.) – uchylona
u.z.s.ś.	– ustawa z 13.04.2007 r. o zapobieganiu szkodom w środowisku i ich naprawie (Dz.U. z 2019 r. poz. 1862 ze zm.)
u.z.z.	– ustawa z 15.06.2018 r. o zbiorowym zarządzaniu prawami autorskimi i prawami pokrewnymi (Dz.U. z 2018 r. poz. 1293 ze zm.)
u.z.z.l.	– ustawa z 5.12.1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. z 2020 r. poz. 514 ze zm.)

Publikatory i czasopisma

KPP	– Kwartalnik Prawa Prywatnego
M.Prawn.	– Monitor Prawniczy
NP	– Nowe Prawo
OSN	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego
OSNC	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna
OSP	– Orzecznictwo Sądów Polskich
OSPika	– Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych
PA	– Prawo Asekuracyjne
PiM	– Prawo i Medycyna

PiP	–	Państwo i Prawo
PiŚ	–	Prawo i Środowisko
PPH	–	Przegląd Prawa Handlowego
PS	–	Przegląd Sądowy
SP	–	Studia Prawnicze
SPE	–	Studia Prawno-Ekonomiczne
TPP	–	Transformacje Prawa Prywatnego

Publikatory zagraniczne

Francja

D	–	Recueil Dalloz
GAJC	–	Grands arrêts de la jurisprudence civile
JCP	–	Juris-Classeur périodique

Stany Zjednoczone Ameryki Północnej

Cal.	–	Central District Court of California
Conn.	–	District Court for the District of Connecticut
N.E.2d	–	North Eastern Reporter

Wielka Brytania

AC	–	Appeal Cases
All ER	–	All England Law Reports
EWHC (QR)	–	England and Wales High Court Queen's Bench Division
KB	–	Law Reports, King's Bench Division
PNLR	–	Professional Negligence and Liability Reports
UKHL	–	United Kingdom House of Lords
WLR	–	Weekly Law Reports

Węgry

BH	–	Kúriai Döntések
----	---	-----------------

Instytucje

NFZ	– Narodowy Fundusz Zdrowia
NSA	– Naczelny Sąd Administracyjny
SA	– Sąd Apelacyjny
SO	– Sąd Okręgowy
SN	– Sąd Najwyższy
TK	– Trybunał Konstytucyjny
TSUE	– Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
UE	– Unia Europejska

Inne skróty

GMO	– organizmy genetycznie zmodyfikowane
mps.	– maszynopis

PRZEDMOWA

W granicach wyprowadzanej z art. 361 § 2 k.c. zasady pełnego odszkodowania mieszczą się te korzyści, które poszkodowany mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono. W piśmiennictwie wyrażono pogląd, że przepis ten zawiera wyczerpujący katalog postaci szkody majątkowej¹. Inni autorzy wskazują na zawężający kategorię szkody podlegającej naprawieniu² charakter wymienionego przepisu, zwracając uwagę, że takiej klasyfikacji wymyka się szkoda w postaci utraconej szansy³. W prawie polskim przeważa zapatrywanie, że utracona szansa to rodzaj szkody naturalnej, który nie podlega naprawieniu ze względu na brak wystarczającej pewności co do przewidywanego przebiegu zdarzeń⁴. Zatem zgodnie z przyjętą przez polskiego ustawodawcę teorią

¹ T. Dybowski [w:] *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 1, red. Z. Radwański, Ossolineum 1981, s. 227.

² W pracy posługuję się pojęciem szkody podlegającej naprawieniu, unikam zaś pojęcia szkody normatywnej, zarezerwowanego dla opisu całego systemu, w którym za szkodę uważa się jedynie to, co podlega naprawieniu. Polski ustawodawca przyjął odmienne – naturalne ujęcie szkody, w świetle którego szkoda istnieje niezależnie od prawa, a rolą norm prawnych jest określenie, czy *in concreto* dany podmiot ponosi odpowiedzialność. Szczegółowo w tej kwestii: M. Kaliński, *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2014, s. 177–182. Odmienne znaczenie pojęcia szkody normatywnej (prawnej) i naturalnej (ekonomicznej) zdaje się przyjmować A. Ohanowicz, *Zobowiązania. Zarys według kodeksu cywilnego, część ogólna*, Warszawa–Poznań 1965, s. 74–75.

³ M. Kaliński, *Szkoda...*, s. 254.

⁴ W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2009, s. 91; odmienne E. Bagińska, *Odpowiedzialność deliktowa w razie niepewności związku przyczynowego. Studium prawnoporównawcze*, Toruń 2013, s. 232, gdzie Autorka wymienia Polskę jako kraj, w którym roszczenie o wynagrodzenie utraconej szansy jest uznawane w ograniczonych sytuacjach, np. przez przyznanie renty

adekwatnego związku przyczynowego utracona szansa jest – w tym ujęciu – odzwierciedleniem w stanie dóbr poszkodowanego skutków zdarzenia szkodzącego⁵, jednak niepodlegających kompensacji z uwagi na zbyt mały stopień prawdopodobieństwa uzyskania korzyści, która miałyby zostać osiągnięta w świetle osobistej sytuacji poszkodowanego.

Pojęciu utraconej szansy nadaje się także zgoła odmienne znaczenie. W prawie francuskim, gdzie narodziła się koncepcja rekompensaty utraconej szansy⁶, wskazuje się, że w klasycznym przypadku utraty szansy na wyleczenie kompensacji podlega utracone dobro niemajątkowe w postaci nadziei poszkodowanego na życie bez choroby⁷. W polskiej literaturze powołano również przykład z brytyjskiej judykatury, który dobrze obrazuje istotę utraconej szansy w omawianym znaczeniu. Wynik rzutu monetą można oszacować z 50% prawdopodobieństwem. Złapanie monety w locie pozbawia osobę przewidującą wynik szansy na rozstrzygnięcie⁸. Nie chodzi więc o rekompensatę utraconej wygranej, która nastąpiłaby z 50% prawdopodobieństwem, lecz o rekompensatę szansy na poznanie wyniku. Jak wskazuje E. Bagińska⁹, to drugie podejście do utraconej szansy stosowane jest wówczas, gdy poszkodowany nie może skutecznie i według tradycyjnych reguł dowodowych wykazać tradycyjnych przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej – szkody lub związku przyczynowego.

Podwójne znaczenie nadawane pojęciu utraconej szansy skłania niektórych autorów do rozróżnienia między szkodą ewentualną (utratą szansy w pierwszym znaczeniu) a utratą szansy *sensu stricto*¹⁰. Przychylam

z tytułu zmniejszenia się widoków powodzenia na przyszłość bądź zwiększenia się potrzeb poszkodowanego (art. 444 § 2 k.c.), szerzej s. 239 i n.

⁵ M. Kaliński, *Szkoda...*, s. 379.

⁶ E. Bagińska, *Odpowiedzialność deliktowa...*, s. 230, 232.

⁷ G. Mémeteau, *Perte de chances et responsabilité médicale*, „Gazette du Palais” 1997, s. 1370.

⁸ Gregg v. Scott [2005] UKHL 2, par. 211 [w:] P. Grzebyk, *Rekompensata utraty szansy* [w:] *Odpowiedzialność odszkodowawcza*, red. J. Jastrzębski, Warszawa 2007, s. 26.

⁹ E. Bagińska, *Kompensacja utraconej szansy – problem związku przyczynowego czy szkody?* [w:] *Współczesne problemy prawa zobowiązań*, red. A. Olejniczak, J. Haberk, A. Pyrzyńska, D. Sokołowska, Warszawa 2015, s. 44.

¹⁰ P. Grzebyk, *Rekompensata...*, s. 24–25.

się do powyższego postulatu. Dychotomia terminologiczna występuje także w innych porządkach prawnych (fr. *préjudice éventuel* i *perte d'une chance*; niem. *Schaden eventuelle* i *verlorene Chance*; wł. *danno eventuale* i *perdita di chance*), choć nie wszędzie nadaje się jej znaczenie prawne. W dalszej części pracy postaram się wykazać operatywność takiego rozróżnienia. Stanowi ono także kryterium podziału rozważań w niniejszej monografii. W pierwszej jej części (rozdziały I i II) analizie zostanie poddana szkoda ewentualna, jako rodzaj niepodlegającej naprawieniu szkody majątkowej, natomiast w drugiej części (rozdział III) zajmę się szerzej utratą szansy jako specyficzną szkodą o niemajątkowym, a w każdym razie nie tylko majątkowym charakterze.

Rozważany w książce problem badawczy dotyczy granic odpowiedzialności odszkodowawczej. Praca ma na celu udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy szkoda ewentualna lub utrata szansy podlegają albo mogą podlegać kompensacji w prawie polskim. Analiza problemu badawczego rozpoczyna się od opisanie istoty szkody ewentualnej i prowadzi do wskazania sytuacji, w których *de lege lata* – mimo braku pewności co do związku przyczynowego lub faktu zaistnienia szkody – uszczerbek podlega naprawieniu. Z uwzględnieniem dorobku literatury i orzecznictwa zarówno polskiego, jak i zagranicznego badaniu poddano wymagany stopień prawdopodobieństwa hipotezy dyferencyjnej. Innymi słowy, praca poszukuje odpowiedzi na pytanie, czy i kiedy sąd może – lub wręcz powinien – uznać, że dana okoliczność miałaby miejsce, mimo że co do danego faktu nie można uzyskać absolutnej pewności. Celem pierwszej części książki jest wskazanie granicy między szkodą podlegającą a niepodlegającą naprawieniu, dostrzeżenie, że granica ta jawić się może równie niejasno na styku między utraconymi korzyściami a szkodą ewentualną, jak i między stratą a szkodą ewentualną, a także zwrócenie uwagi na stany faktyczne, gdzie szkoda intuicyjnie kwalifikowana jako „ewentualna” w istocie okazuje się klasycznym typem uszczerbku podlegającego naprawieniu.

Drugą perspektywą przyjętą do analizy szkody ewentualnej jest problem związku przyczynowego, czyli elementu, który bezpośrednio decyduje o realności bądź jedynie ewentualności powstania uszczerbku. W tym zakresie analizie poddano narzędzia, którymi ustawodawca lub

orzecznictwo zmierzają do poprawienia sytuacji strony stojącej przed koniecznością przeprowadzenia *probatio diabolica*. Następnie opisano problemy związane z szeroko rozumianą wielością przyczyn, czyli sytuacją, w której wątpliwości pojawiają się co do faktycznej genezy zdarzenia szkodzącego i liczby czynników wpływających na jego ostateczny kształt. Jako zwieńczenie tych rozważań, w rozdziale II pkt 6 proponuję praktyczny model, zawierający konkretne wskazówki postępowania w toku rozważania problemu wielości przyczyn. Źródłem opracowanej pragmatyki są wnioski wynikające z formalnoprawnych rozważań przeprowadzonych we wcześniejszych rozdziałach pracy.

Rozdział III niniejszej książki został poświęcony pojęciu utraty szansy, czyli – jak wcześniej zasygnalizowano – specyficznemu uszczerbkowi o niemajątkowym charakterze, którego istnienie jest pewne i niezależne od wystąpienia tzw. szkody finalnej. Charakterystykę utraty szansy rozpoczynam od propozycji jej ujęcia przede wszystkim jako dobra chronionego, a następnie jako dobra osobistego, gdyż uznanie szkody niemajątkowej za element uszczerbku podlegający naprawieniu w prawie polskim jest możliwe jedynie, gdy przepis szczególny tak stanowi (*a contrario* z art. 361 § 2 k.c.). Z uwagi na specyficzny charakter utraty szansy na wyłączenie rozważania w tym zakresie wyłączono do osobnego rozdziału. Analiza utraty szansy w kontekście dóbr osobistych zmierza do odpowiedzi na pytanie, czy można mówić o naruszeniu dobra osobistego w postaci określonego rodzaju utraconej szansy nie tylko na podstawie art. 445 k.c., ale także na tle art. 448 k.c. Badając ten problem, proponuję trzy rozwiązania: po pierwsze, kategoryczne odrzucenie możliwości uznania szansy za dobro osobiste, po drugie, uznanie szansy w ogólności za dobro osobiste, oraz po trzecie, przyjęcie, że szansa nie stanowi dobra osobistego *per se*, ale uwzględnienie „treści” utraconej szansy (przedmiotu żywionej przez poszkodowanego nadziei), może prowadzić do konstatacji, iż w konkretnym przypadku doszło do naruszenia dobra osobistego.

W zakresie utraty szansy na wyłączenie zwracam uwagę na specyficzny charakter tego uszczerbku, pozwalający na uznanie go za samodzielne dobro osobiste. Analizie dogmatycznej poddano także problem wzrostu ryzyka – celem badawczym tej analizy było rozważenie, czy ryzyko sta-

nowi jedynie negatywny refleks szansy, czy też jeszcze inny rodzaj szkody oraz w konsekwencji – czy jest możliwe objęcie indemnizacją również tej kategorii uszczerbku. Wreszcie, zamykając problem utraty szansy na wyleczenie, rozważam możliwość wystąpienia tego typu uszczerbku poza typowymi procesami lekarskimi, w szczególności w kontekście obowiązków Narodowego Funduszu Zdrowia w zakresie realizowania zagwarantowanego w art. 68 ust. 2 Konstytucji RP prawa obywateli do równego dostępu do świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych, w kontekście wynikających z prawa farmaceutycznego obowiązków podmiotów odpowiedzialnych i przedsiębiorców zajmujących się obrotem hurtowym produktami leczniczymi zapewnienia nieprzerwanego zaspokajania zapotrzebowania na te produkty podmiotów uprawnionych do detalicznego obrotu w ilości odpowiadającej potrzebom pacjentów oraz w kontekście aktualnego społecznie problemu tzw. ruchu antyszczepionkowego.

Ostatnia część książki dotyczy problemu utraty szansy w orzecznictwie Unii Europejskiej. Czytelnika może zastanawiać, czemu wyodrębnieniu podlegał akurat ten fragment analizy prawnoporównawczej, skoro jej zasadnicza część została wpleciona w treść rozprawy, a dorobek nauki i judykatury zagranicznej przedstawiono na bieżąco – wraz z poruszonymi w pracy problemami. Zabieg ten jest zamierzonym działaniem i ma na celu pokazanie charakterystycznego – w mojej ocenie – kierunku rozwoju orzecznictwa Unii Europejskiej. Przeanalizowane wypowiedzi Trybunału Sprawiedliwości, Sądu Unii Europejskiej oraz Rzeczników Generalnych wydają się bowiem wskazywać, że choć orzecznictwo stopniowo dopuszcza kompensację utraconej szansy, skłania się jednak bardziej do uznania jej za odrębną kategorię szkody niż strata czy utracone korzyści, nawet w przypadku szkód majątkowych. Ten kierunek rozwoju orzecznictwa pozostaje jednak otwarty. Osobiście postuluję, aby w odniesieniu do szkód majątkowych Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej rozważył zasadność ich kwalifikowania w ramach istniejących kategorii jako straty, utraconej korzyści lub szkody ewentualnej. Natomiast w odniesieniu do szkód, które nie mają wartości majątkowej, a jedynie stanowią krzywdę osoby poszkodowanej, zgadzam się z potrzebą uwzględniania utraconej szansy w zasądzanych przez Trybunał zadośćuczynieniach.

Wnioski w zakresie zaprezentowanych we wstępie problemów badawczych rozwinętych w książce podsumowuję w zakończeniu.

Niniejsza monografia stanowi nieznacznie zmodyfikowaną wersję rozprawy doktorskiej obronionej na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. W toku pracy miałam szczęście i za szczyt korzystać z pomocy oraz wsparcia zarówno merytorycznego, jak i duchowego wielu osób, którym chciałabym w tym miejscu serdecznie podziękować. Szczególne podziękowania kieruję do mojego promotora Profesora Macieja Kalińskiego, który czuwał nad każdym szczegółem powstającej pracy i inspirował do wielu rozważań. Jego wsparcie stanowiło prawdziwe kierownictwo naukowe, za co jestem ogromnie wdzięczna. Dziękuję także moim recenzentkom – Profesor Ewie Bagińskiej i Profesor Beacie Giesen za wszelkie pochlebne oraz krytyczne uwagi, a także za cenne wskazówki, które starałam się w miarę możliwości uwzględnić w opracowaniu. Za szczególne wsparcie podziękowania kieruję do Profesora Jana Bleszyńskiego oraz Profesora Jacka Jastrzębskiego. Koleżankom i Kolegom z Katedry Prawa Cywilnego dziękuję za wszelkie inspirujące i motywujące rozmowy. Wreszcie z całego serca dziękuję moim Najbliższym – w szczególności Rodzicom i Mężowi, bez których ani rozprawa doktorska, ani niniejsza książka nigdy by nie powstały.

Rozdział I

SZKODA EWENTUALNA

1. Wprowadzenie

Zgodnie z przyjętą w przedmowie terminologią szkoda ewentualna to skutek zdarzenia szkodzącego w sferze dóbr poszkodowanego, który nie podlega kompensacji (w modelu ustawowym) z uwagi na zbyt mały stopień prawdopodobieństwa realizacji hipotezy dyferencyjnej. Punkt 2 niniejszego rozdziału stanowi punkt wyjścia do dalszych rozważań co do szkody ewentualnej. Zawiera bowiem analizę pojęcia szkody ewentualnej zobrazowaną praktycznymi przykładami, a także uwagi terminologiczne przydatne dla wyводу zawartego w dalszej części książki.

Ponieważ w kontekście kwalifikacji danego uszczerbku jako szkody ewentualnej zasadniczego znaczenia nabiera kwestia prawdopodobieństwa, w punkcie 3 omówiono to pojęcie i jego potrójną rolę w procesie ustalania odpowiedzialności. W tej części pracy zwracam także uwagę na proces ustalania stanu faktycznego przez sąd i konieczność dokonywania definitywnych rozstrzygnięć w sprawach o niejednokrotnie nieoczywistym przebiegu oraz na znaczenie tych ustaleń dla określania wysokości odszkodowania.

Natomiast szczegółowej analizie wymaganego prawdopodobieństwa hipotezy dyferencyjnej w procesie odszkodowawczym poświęcony został punkt 4. W części tej dokonano również analizy prawnoporównawczej z uwzględnieniem stanów faktycznych, które w doktrynie uważane są za kamienie milowe w kształtowaniu się odpowiedzialności za utratę

szansy w szerokim rozumieniu. Rozważania prawne zawarte w uzasadnieniach rozstrzygnięć omawianych spraw otwierają drugą perspektywę analizy problematyki szkody ewentualnej, jaką jest problem związku przyczynowego i jego dowodu, który będzie przedmiotem rozważań w II rozdziale książki.

Analiza pojęcia szkody ewentualnej nie może pominąć problemu, czy stopień prawdopodobieństwa hipotezy dyferencyjnej przesądza o kwalifikacji uszczerbku jako szkody ewentualnej lub szkody podlegającej naprawieniu w ogólności, czy też problem wyróżnienia szkody ewentualnej od szkody podlegającej naprawieniu pojawia się jedynie, gdy mówimy o szkodzie w postaci utraconych korzyści. Rozważania w tym zakresie znajdują się w punkcie 5 tego rozdziału.

Przechodząc od uwag teoretycznoprawnych do koncepcji bliższych praktyce, wskazuję, że wprawdzie pojęcie szkody ewentualnej odnosi się do szkody majątkowej w ogólności, jednakże w niektórych typach szkód, jak w przypadku szkody giełdowej czy szkody w środowisku, nabiera szczególnego znaczenia. Kolejne punkty niniejszego rozdziału (6 i 7) zostały poświęcone analizie wyżej wymienionych typów szkód.

Szkoda ewentualna jest traktowana przede wszystkim jako rodzaj uszczerbku niepodlegającego naprawieniu. Bywa jednak, że niepewność pojawia się już w samej treści stosunku zobowiązaniowego, a „szansa” nie służy określeniu granic odpowiedzialności odszkodowawczej, lecz ustaleniu wielkości, a nawet w ogóle istnienia obowiązku świadczenia. Relacji między szkodą ewentualną a czynnościami prawnymi, których swoistą przyczyną jest właśnie istnienie szansy, poświęcony został punkt 8 tego rozdziału.

2. Pojęcie szkody ewentualnej. Uwagi terminologiczne

Pojęcie szkody ewentualnej pozostaje w ścisłym związku z instytucją utraconych korzyści. Zgodnie z klasyczną definicją tej kategorii szkody utracone korzyści są powiększeniem aktywów poszkodowanego, które

byłoby nastąpiło, gdyby nie zdarzenie wyrządzające szkodę¹. Już sama ta definicja wskazuje na hipotetyczny charakter *lucrum cessans*, a zatem na immanentną niepewność co do faktycznego powstania uszczerbku w majątku poszkodowanego.

Jak wskazano wyżej, szkoda ewentualna to skutek zdarzenia szkodzącego w sferze dóbr osoby poszkodowanej, który nie podlega indemnizacji ze względu na znikome prawdopodobieństwo uzyskania korzyści w braku zdarzenia szkodzącego. Jest to utrata szansy w pierwszym rozumieniu. Zestawienie definicji *lucrum cessans* i szkody ewentualnej prowadzi do wniosku, że różnicy między tymi dwiema kategoriami szkody możemy dopatrywać się wyłącznie w prawdopodobieństwie hipotetycznego stanu dóbr poszkodowanego rekonstruowanego dla potrzeb metody dyferencyjnej.

Praktycznie obrazuje to następujący przykład: statystyczny dzienny zarobek taksówkarza wynosi 100. Na skutek zdarzenia szkodzącego taksówkarz nie może pracować w dniu X. Utraconą korzyścią będzie niezarobione 100. Szkodą ewentualną zaś pozostanie potencjalny napitek w wysokości 50 od jednego, wyjątkowo hojnego pasażera. Jak widać na powyższym przykładzie, w przypadku *lucrum cessans* hipotetyczny stan majątku poszkodowanego taksówkarza w dniu X ustaliliśmy na poziomie 100. Dodatkowy i niespodziewany zarobek w wysokości 50 uznajemy za zbyt mało prawdopodobny, aby uwzględnić go w rekonstruowanym hipotetycznym stanie majątku poszkodowanego. Gdyby jednak przyjąć, że jest wystarczająco prawdopodobne, iż ten potencjalny zarobek byłby się zmaterializował, 50 należałoby przenieść z kategorii szkody ewentualnej do utraconych korzyści².

Problem ustalenia linii demarkacyjnej między *lucrum cessans* a szkodą ewentualną pojawia się także w szczególnych typach szkód, np. w kontekście szkody giełdowej, gdzie wobec zmienności rynku nabiera on podstawowego znaczenia. Pojęcie szkody ewentualnej wymaga też

¹ T. Dybowski [w:] *System...*, t. III, cz. 1, red. Z. Radwański, s. 228.

² Por. A. Szpunar, *Odszkodowanie za szkodę majątkową. Szkoda na mieniu i osobie*, Bydgoszcz 1998, s. 46–47.

analizy na gruncie szkód w środowisku, co do których ustawodawca za podstawowy cel uznał wprowadzić zapobieganie im³, ale dzięki temu umożliwił stosowanie mechanizmów o charakterze kompensacyjnym już na etapie „wysokiego prawdopodobieństwa wystąpienia szkody w środowisku w dającej się przewidzieć przyszłości”⁴. Cechy szczególne szkód ekologicznych, takie jak: znaczny wzrost prawdopodobieństwa ich wystąpienia wynikający z rozwoju techniczno-gospodarczego, trudności w ustalaniu związku przyczynowego, nieprzewidziany przebieg i kumulacja następstw⁵ czynią tę dziedzinę szczególnie interesującą z perspektywy odpowiedzialności za szkodę ewentualną. Uwagi dotyczące szkody ewentualnej w kontekście tych szczególnych typów szkód będą przedmiotem rozważań w dalszej części niniejszego rozdziału.

3. Prawdopodobieństwo

Przy kwalifikacji danego uszczerbku jako szkody ewentualnej zasadnicze znaczenie należy przypisać kwestii prawdopodobieństwa. Powyższe stwierdzenie wymaga doprecyzowania. W toku ustalania odpowiedzialności problem prawdopodobieństwa pojawia się trzykrotnie⁶. Dwa razy przy teście *conditio sine qua non* (po pierwsze, na etapie wstępnej oceny, czy zdarzenie szkodzące pozostaje w związku przyczynowym z naruszeniem, po drugie, przy ustalaniu związku między naruszeniem a jego skutkami w majątku poszkodowanego), a także w toku badania normalności relacji kauzalnej między zdarzeniem szkodzącym a naruszeniem – przy dokonywaniu generalizacji. W ostatnim przypadku wystarczające jest każde, nawet minimalne podwyższenie prawdopodobieństwa zajścia skutku w razie wystąpienia uogólnionej przyczyny w porównaniu z jej brakiem⁷.

³ M. Longchamps, *Odpowiedzialność za szkodę ekologiczną*, Wrocław 1986, s. 8.

⁴ Por. art. 6 pkt 1, art. 9 ust. 1 i art. 22 u.z.s.s.

⁵ M. Longchamps, *Odpowiedzialność...*, s. 76.

⁶ M. Kaliński, *Szkoda...*, s. 388–389.

⁷ M. Kaliński, *Szkoda...*, s. 387.

Przy teście *conditio sine qua non* kwestia jest bardziej złożona. Wynikiem testu warunkowości na etapie ustalania związku między zdarzeniem szkodzącym a naruszeniem musi być jednoznaczne stwierdzenie, czy określone zdarzenie stanowi przyczynę danego skutku. Życie jednak nie jest zapisane w systemie binarnym. Większość powiązań kauzalnych można stwierdzić wyłącznie z większym lub mniejszym stopniem prawdopodobieństwa. Zadaniem sądu jest jednoznaczne zakwalifikowanie wszelkich odcieni szarości jako czarnych lub białych⁸. Dopiero pozytywne rozstrzygnięcie tej kwestii pozwala przejść do wartościowania ustalonego obiektywnego związku przyczynowego z punktu widzenia kryterium normalności.

Kontrowersje co do wysokości wymaganego prawdopodobieństwa przy dokonywaniu testu *conditio sine qua non* stanowią jedną z osi krytyki koncepcji kompensacji szkody ewentualnej⁹. Moim zdaniem pewność związku przyczynowego może stanowić *differentia specifica* między szkodą podlegającą naprawieniu a ewentualną, jako refleks podejścia, w którym różnicę między tymi dwiema kategoriami szkody wyznacza prawdopodobieństwo hipotetycznego stanu dóbr poszkodowanego rekonstruowanego dla potrzeb metody dyferencyjnej. Pewność związku przyczynowego może intuicyjnie implikować niektóre stwierdzenia również na drugim etapie oceny, przy ustalaniu związku między naruszeniem a jego skutkami w majątku poszkodowanego. Jest to jednak sytuacja niewskazana.

Jak wyjaśniłam wyżej, sąd musi jednoznacznie rozstrzygnąć o wyniku testu *conditio sine qua non* między zdarzeniem szkodzącym a naruszeniem. Jeżeli związek ten okazał się zdaniem sądu wystarczająco prawdopodobny, by uznać, że zaszła badana relacja kauzalna, stopień tego

⁸ C. Müller, *Schadenersatz für verlorene Chancen – Ei des Kolumbus oder Trojanisches Pferd?*, „Aktuelle Juristische Praxis” 2002/4, s. 386–397.

⁹ P. Grzebyk, *Rekompensata...*, s. 47; E. Bagińska, *Odpowiedzialność za utratę szansy przeżycia lub wyleczenia w orzecznictwie amerykańskim*, PiM 2012/3–4, s. 53. W prawie francuskim podkreśla się, że błędne jest analizowanie kwestii niepewności związku przyczynowego w kontekście pojęcia utraty szansy, które stanowi wyłącznie problem samej szkody, na co zwracają uwagę Y. Lambert-Faivre i S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Paris 2011, s. 688–690.

prawdopodobieństwa nie ma już żadnego wpływu na ocenę związku przyczynowego między naruszeniem a szkodą. Wobec tego może się okazać, że sąd uzna za warunek konieczny naruszenia określone zdarzenie mimo braku całkowitej obiektywnej pewności co do zaistnienia tej relacji, a następnie to naruszenie zostanie uznane za przyczynę zupełnie pewnej szkody podlegającej naprawieniu, i przeciwnie – naruszenie, które niewątpliwie było uwarunkowane zdarzeniem szkodzącym, może spowodować szkodę zbyt mało prawdopodobną, by uznać ją za podlegającą naprawieniu.

Ocena z punktu widzenia kryterium warunkowości następuje także przy ustalaniu szkody. W odniesieniu do *lucrum cessans* i szkody ewentualnej test *conditio sine qua non* ma na tym etapie nieco inny charakter niż przy ustalaniu związku między zdarzeniem a naruszeniem, co pozwala na zastosowanie mniej rygorystycznych wymagań co do prawdopodobieństwa. Na etapie oceny związku między zdarzeniem szkodzącym a naruszeniem formułujemy hipotezę, że gdyby nie to zdarzenie, nie doszłoby do naruszenia (nie-Z $\rightarrow$ nie-N). Natomiast ustalając związek między naruszeniem a szkodą, zakładamy, że gdyby nie naruszenie, poszkodowany osiągnąłby określone korzyści (nie-N $\rightarrow$ K)¹⁰. W pierwszym przypadku następnik jest zanegowany, przy drugiej hipotezie wykazujemy rezultat pozytywny. Oczywiście dużo łatwiej jest dowieść niewystąpienia jakiegoś zdarzenia w razie braku przyczyny, niż udowodnić, że brak przyczyny spowodowałby konkretny bieg wydarzeń. Różnica pozwala w moim przekonaniu na zmniejszenie wymaganego stopnia prawdopodobieństwa na tym drugim etapie¹¹.

¹⁰ Ta różnica nie występuje przy szkodzie w postaci *damnum emergens*, gdzie hipoteza przedstawiałaby się następująco: gdyby nie naruszenie, poszkodowany nie poniósłby straty (nie-N $\rightarrow$ nie-S).

¹¹ Por. A. Szpunar, *Odszkodowanie...*, s. 66; J. Jastrzębski, *Odszkodowanie za utracone oprocentowanie. Glosa do wyroku SN z 7.06.2002 r. (IV CKN 1141/00)*, PPH 2004/12, s. 55; odmiennie: W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania...*, s. 90.

Takie podejście wydaje się prezentować Sąd Najwyższy w wyroku z 19.06.2008 r.¹², w którym rozważano m.in. możliwość przyznania odszkodowania za potencjalne zyski powoda z działalności gospodarczej, której nie rozpoczął z uwagi na niewykonanie umowy najmu lokalu użytkowego przez wynajmującego. Ustalenie, że gdyby umowa została należycie wykonana przez pozwanego, powód rozpocząłby działalność, wymagało dowodu pozwalającego sądowi jednoznacznie przyjąć, że niewątpliwie tak by się stało¹³. Natomiast przy ustalaniu związku przyczynowego między nierozpoczęciem działalności a brakiem zysku Sąd Najwyższy zastosował mniej rygorystyczne wymagania, wskazując, że ponieważ powód zamierzał prowadzić działalność gospodarczą podobną do działalności dotychczasowych najemców lokali, wiarygodne odniesienie stanowiły dochody uzyskiwane przez te osoby (mimo że miały one różne kompetencje, a sam powód w dotychczasowej działalności ponosił straty). Wystarczające dla uznania szkody za *lucrum cessans* okazało się stwierdzenie, że „**największe prawdopodobieństwo** [wyróżnienie A.S.-D.] wysokości hipotetycznych dochodów można było przewidzieć w oparciu o tak przyjęte kryterium”. Co ciekawe, w tym zakresie wywód Sądu Najwyższego stanowi odzwierciedlenie stosowanej w prawie brytyjskim koncepcji ustalania wymaganego stopnia prawdopodobieństwa hipotetycznego stanu majątku poszkodowanego za pomocą testu *balance of probabilities*.

Natomiast M. Kaliński w głosie do omawianego wyroku akcentuje inny fragment tego orzeczenia, z którego można by wysnuć zgoła odmienne wnioski w zakresie stanowiska Sądu Najwyższego co do wymaganego stopnia prawdopodobieństwa uzyskania dochodzonych utraconych korzyści. W uzasadnieniu sąd ten stwierdził bowiem również, że wykazanie szkody w postaci *lucrum cessans* z natury rzeczy ma charakter hipotetyczny, ale wymaga istnienia tak dużego prawdopodobieństwa uzyskania korzyści, iż rozsądnie rzecz oceniając, można stwierdzić, że

¹² Wyrok SN z 19.06.2008 r., V CSK 19/08, LEX nr 424433, wraz z glosą M. Kalińskiego, PS 2009/9, s. 125.

¹³ Sąd Okręgowy ustalił tę okoliczność (co przyjęto także w postępowaniu odwoławczym), mając na względzie, że powód podjął liczne kroki w celu rozpoczęcia działalności: uzyskał zezwolenie na sprzedaż piwa, zaciągnął kredyt na zakup niezbędnego sprzętu, zakupił część wyposażenia lokalu.

korzyść **na pewno** [wyróżnienie M.K.] zostałyby osiągnięta¹⁴. Autor podkreśla, że stawianie powodowi takich wymagań jest zbyt rygorystyczne i sprzeczne z brzmieniem art. 361 § 2 k.c., który nie wymaga stuprocentowej pewności, a jedynie znacznego prawdopodobieństwa¹⁵. Należy się zgodzić, że literalne potraktowanie tego passusu uzasadnienia wyroku mogłoby prowadzić do nierozsądnych rozwiązań (np. możliwości oddalenia każdego roszczenia o *lucrum cessans*, gdyż nigdy powód nie zdoła wykazać go w sposób absolutnie pewny). Zarazem nie można tracić z pola widzenia okoliczności sprawy i ostatecznie zapadłego rozstrzygnięcia, w którym Sąd Najwyższy wcale nie wymagał dowodu zupełnej pewności, przeciwnie, jak wskazałam wyżej – uwzględnił okoliczności pozwalające przyjąć najbardziej prawdopodobny stan majątku poszkodowanego w braku zdarzenia szkodzącego. Natomiast podjętą przez Sąd Najwyższy próbę generalizacji zastosowanego rozwiązania¹⁶ należy ocenić krytycznie. Zapoznanie się jednak z całością uzasadnienia nie pozostawia wątpliwości, że sąd ten dostrzegł specyfikę dowodu hipotetycznego stanu majątku poszkodowanego i ustalenia w tym zakresie poczynił na podstawie uwarunkowań najbardziej prawdopodobnych, a nie całkowicie pewnych.

Również z aprobatą należy się odnieść do orzeczenia, w którym Sąd Najwyższy prawidłowo zwrócił uwagę na dwustopniowość ustalania związku przyczynowego i wynikające z niej konsekwencje¹⁷. W sprawie powództwo wniósł przedsiębiorca, który domagał się zasądzenia od pozwanej spółki znacznej kwoty z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania w postaci błędnego wypełnienia formularza oferty w postępowaniu o zamówienie publiczne, co doprowadziło do jej odrzucenia. Na dochodzoną kwotę składało się wynagrodzenie dla powoda w wysokości 1,8% wartości brutto zamówienia kontraktu oraz 700 000 zł z tytułu wynagrodzenia, które powód zobowiązał się wypłacić swoim podwykonawcom pod warunkiem zawarcia umowy o współpracę z pozwaną.

¹⁴ M. Kaliński, *Glosa do wyroku z 19.06.2008 r.*, V CSK 19/08, PS 2009/9, s. 125 i 127.

¹⁵ M. Kaliński, *Glosa...*, s. 128.

¹⁶ Która notabene została wyróżniona jako teza orzeczenia zarówno w systemie LEX (nr 424433), jak i Legalis (nr 340495).

¹⁷ Wyrok SN z 1.02.2006 r., V CSK 86/05, OSP 2007/2, poz. 13, s. 85, z glosą K. Zagrobelnego.