

SZALAI ÁKOS

A magyar szerződési jog gazdasági elemzése

SZALAI ÁKOS

A magyar szerződési jog gazdasági elemzése

L'Harmattan

Készült a TÁMOP 4.2.2/B-10/1-2010-0023 számú „A tudományos képzés műhelyeinek átfogó fejlesztése a Budapesti Corvinus Egyetemen és a Nemzeti Közszolgálati Egyetemen” című projekt keretében. A projekt az Európai Unió támogatásával, az Európai Szociális Alap társfinanszírozásával valósult meg.

© L'Harmattan Kiadó, 2013

© Szalai Ákos, 2013

© Széchenyi István Szakkollégium, 2013

L'Harmattan France

7 rue de l'Ecole Polytechnique

75005 Paris

T.: 33.1.40.46.79.20

L'Harmattan Italia SRL

Via Bava, 37

10124 Torino–Italia

T./F.: 011.817.13.88

ISBN 978 963 236 716 3

A kiadásért felel Gyenes Ádám

A sorozat kötetei megrendelhetők, illetve kedvezményel

L'Harmattan Könyvesbolt

1053 Budapest, Kossuth L. u. 14–16.

Tel.: 267-5979

Párbeszéd Könyvesbolt

1085, Horánszky utca 20.

www.konyveslap.hu

megvásárolhatók:

harmattan@harmattan.hu

www.harmattan.hu

Olvasószerkesztő: Kiss Bernadett

A borító ... felhasználásával készült.

A borítóterv Ujváry Jenő, a tördelés Csernák Krisztina munkája.

A sokszorosítást a Robinco Kft. végezte, felelős vezető Kecskeméthy Péter.

Tartalom

| | |
|--|----|
| Előszó | 11 |
| I. FEJEZET. A SZERZŐDÉSEK KÖZGAZDASÁGTANI ELMÉLETE | 17 |
| 1. Miért kötünk szerződést, avagy a játékelmélet alapjai | 17 |
| 1.1. Elköteleződés – bizalmi játék | 18 |
| 1.2. Koordináció | 21 |
| 2. A szerződés alternatívái | 25 |
| 2.1. Erkölcösség | 25 |
| 2.2. Ismétlődés | 26 |
| 2.3. Hírnév | 27 |
| 2.4. Biztosíték – idioszinkratikus beruházás | 28 |
| 2.5. A kikényszerítő személye: első, második, harmadik fél általi kikényszerítés | 30 |
| 3. A közgazdaságtan szemléletmódja | 30 |
| 3.1. Pozitív közgazdasági modellek: ösztönzők és a racionalitás problémája | 31 |
| 3.2. Normatív joggazdaságtan | 33 |
| 3.3. Az intézményi választás logikája | 36 |
| 4. A szerződési szabadság | 37 |
| 4.1. A Coase-tétel | 37 |
| 4.2. Tranzakciós költség és csökkentése – a bíróságok, a vállalatok szerepe, diszpozitív szabályok | 42 |
| 5. A szerződési jog ösztönző hatásai, a normatív joggazdaságtan elvárásai | 47 |
| 5.1. A szerződésekkel kapcsolatos klasszikus közgazdasági elvárások | 47 |
| 5.2. A nem klasszikus joggazdaságtani elvárások | 61 |
| 6. A szerződési jog eszközei: kógens és disz pozitív szabályok | 64 |
| 6.1. Kógens szabályok osztályozása | 64 |
| 6.2. Kógens és disz pozitív szabályok hatásainak összehasonlítása | 66 |
| 6.3. A kikényszerítés: állami vagy magánkikényszerítés | 67 |
| 7. Összefoglaló | 68 |
| Irodalomjegyzék | 69 |
| II. FEJEZET. A MAGYAR SZERZŐDÉSI JOG ALAPJAI | 71 |
| 1. Kikényszerítés | 72 |
| 1.1. Pacta sunt servanda – természetbeni kikényszerítés | 72 |
| 1.2. Kártérítés | 77 |

| | |
|---|-----|
| 1.3. Egyéb megoldások | 80 |
| 2. Szerződéskötés | 84 |
| 2.1. Ajánlat-elfogadás | 84 |
| 2.2. Szerződéskötést megelőző magatartás | 87 |
| 2.3. Szerződésmódosítás | 88 |
| 2.4. Speciális szerződéskötési szabályok | 91 |
| 2.5. Hibák, érvénytelenség | 92 |
| 3. Kötelezettségek | 97 |
| 3.1. Szerződés tartalma | 97 |
| 3.2. Teljesítés – szerződésszegés | 99 |
| 3.3. Felelősségkizárás, jogfenntartás | 101 |
| 4. A joggazdaságtani irodalomban kiinduló pontnak tételezett szerződési modell | 102 |
| Irodalomjegyzék | 104 |
| | |
| III. FEJEZET. A SZERZŐDÉS KIKÉNYSZERÍTÉSE – ELMÉLETI ALAPOK | 105 |
| 1. Kikényszerítés tökéletes szerződés esetén | 106 |
| 1.1. Tökéletes szerződés – tökéletes kártérítés | 107 |
| 1.2. Opció szerződés | 112 |
| 1.3. Szerződéstípusok | 115 |
| 1.4. A szerződésteljesítés etikai kötelezettsége | 116 |
| 2. A kártérítés nagyságától függő ösztönző hatások | 117 |
| 2.1. A kártérítés nagyságának ösztönző hatásai | 117 |
| 2.2. A kártérítés nagysága és a kockázatmegosztás | 123 |
| 3. A szerződésmódosítás lehetősége miatt módosuló ösztönzők | 127 |
| 3.1. Ösztönzők | 127 |
| 3.2. A kártérítés nagyságának hatása az újratárgyalás esélyére | 132 |
| 4. Összefoglaló | 135 |
| Irodalomjegyzék | 136 |
| | |
| IV. FEJEZET. PACTA SUNT SERVANDA | 137 |
| 1. Természetbeni kikényszerítés | 137 |
| 1.1. A pacta sunt servanda alapelve a magyar jogban | 138 |
| 1.2. Joggazdaságtani elemzés: elrettentően magas büntetés, kártérítés | 140 |
| 1.3. Joggazdaságtani elemzés: az újratárgyalás lehetősége – tulajdoni vagy felelősségi védelem | 142 |
| 1.4. Joggazdaságtani elemzés: Természetbeni kikényszerítés és szerződéstípusok | 145 |
| 2. Lehetetlenülés | 152 |
| 2.1. Magyar jogi megoldás | 152 |
| 2.2. Joggazdaságtani elemzés: aránytalan nehézség | 155 |

| | |
|--|-----|
| 2.3. Joggazdaságtani elemzés: előreláthatóság | 157 |
| 3. Garancia: szavatosság és jótállás | 162 |
| 3.1. Magyar jogi megoldás | 162 |
| 3.2. Joggazdaságtani elemzés: kockázatmegosztás | 168 |
| 3.3. A jogi szabályozás értékelése: részleges, gyakorlatilag kötelező garancia | 175 |
| 4. Összefoglalás | 182 |
| Irodalomjegyzék | 183 |
| | |
| V. FEJEZET. KÁRTÉRÍTÉS | 185 |
| 1. A magyar felelősségi, kártérítési alapszabály | 186 |
| 2. Szerződésszegéért való felelősség és károsulti közrehatás | 190 |
| 2.1. Vétkesség szerződésszegés esetén | 191 |
| 2.2. Szolgáltatói felelősség vagy objektív felelősség | 202 |
| 2.3. Fordított bizonyítási teher | 203 |
| 2.4. Közreműködőért viselt felelősség | 206 |
| 2.5. Lehetetlenülés | 208 |
| 3. Kártérítés mértéke | 214 |
| 3.1. A magyar jog kárfogalma | 217 |
| 3.2. Fedezeti ügylet: hatékony szerződésszegés és kárenyhítés | 219 |
| 3.3. A kártérítés fajtái | 221 |
| 3.4. A magyar kárfogalom elemei: az elmaradt vagyoni előny – a profit megtérítése | 223 |
| 3.5. A magyar kárfogalom elemei: tényleges kár és kárenyhítési költségek | 227 |
| 3.6. A nem vagyoni kár és a kártérítés | 229 |
| 3.7. Restitúció | 231 |
| 4. Előreláthatóság | 232 |
| 4.1. Jogi szabályozás | 232 |
| 4.2. Joggazdaságtani elemzés | 233 |
| 5. Nem a kárhoz kötődő kártérítés | 238 |
| 5.1. Haszonelvonás | 238 |
| 5.2. Büntető kártérítés | 241 |
| 6. Összefoglaló | 244 |
| Irodalomjegyzék | 245 |
| | |
| VI. FEJEZET. SZERZŐDÉS-BIZTOSÍTÉKOK | 247 |
| 1. Szerződésben kikötött kártérítés | 248 |
| 1.1. Magyar jog: kötbér és alternatívái | 248 |
| 1.2. A joggazdaságtani alapl dilemma: szerződési kikötés vagy ex post kármérés | 252 |
| 1.3. Kötbér, büntetés: káron felüli kompenzáció | 255 |
| 1.4. Kártól elmaradó kötbér kiegészítése | 259 |

| | |
|---|-----|
| 2. Dologi biztosítékok, zálog | 261 |
| 2.1. Magyar jog: zálog, óvadék, fiduciárius hitelbiztosítékok | 264 |
| 2.2. A dologi biztosítékok közgazdasági racionalitása | 272 |
| 2.3. Jogi problémák | 278 |
| 2.4 A zálog formái, zálogba adható dolgok | 281 |
| 3. Prioritás: csődjog és vagyonelevonás | 286 |
| 3.1. Csődeljárás | 286 |
| 3.2. Vagyonkimentés | 292 |
| 4. Személyes biztosítékok, kezesség | 297 |
| 4.1. Magyar jog | 297 |
| 4.2. Joggazdaságtani elemzés | 300 |
| 5. Összefoglaló | 303 |
| Irodalomjegyzék | 304 |
| | |
| VII. FEJEZET. SZERZŐDÉSKÖTÉS: A NAGY ÁTALAKULÁS | 307 |
| 1. Szerződéskötés: foglyul ejtés | 308 |
| 1.1. Joggazdasági probléma | 309 |
| 1.2. Jogi válaszok | 315 |
| 2. A szerződéskötés: ajánlat, és elfogadás | 320 |
| 2.1. Jogi megoldások | 320 |
| 2.2. Joggazdasági alapproblémák: beruházás és keresés | 326 |
| 2.3. Joggazdasági elemzés: a felelősség beállta | 330 |
| 2.4. Magyar jogi problémák | 337 |
| 3. Ellenszolgáltatás – ajándékozási szerződés | 343 |
| 3.1. Jogi megoldások | 343 |
| 3.2. Joggazdasági elemzés | 347 |
| 3.3. Magyar jogi problémák | 354 |
| 4. Formai követelmények | 356 |
| 4.1. Magyar jog | 357 |
| 4.2. Joggazdasági elemzés: bírósági költségek csökkentése és ösztönzők | 358 |
| 4.2. Magyar jogi problémák: önkéntesség | 360 |
| 5. Képviselet | 361 |
| 5.1. Jogi megoldás | 361 |
| 5.2. Joggazdasági elemzés: másért viselt felelősség, a képviselet hatásköre | 363 |
| 5.3. Magyar jogi problémák | 364 |
| 6. Összefoglalás | 366 |
| Irodalomjegyzék | 368 |

| | |
|--|-----|
| VIII. FEJEZET. INFORMÁCIÓ | 371 |
| 1. Joggazdaságtani problémák az információ | 372 |
| 1.1. Az információ értéke | 372 |
| 1.2. Ösztönzési problémák | 374 |
| 1.3. Az információfeldolgozás problémája | 382 |
| 1.4. Bizonyíthatóság problémája | 384 |
| 2. Tévedés | 386 |
| 2.1. Jogi szabályozás | 387 |
| 2.2. Magyar jogi problémák: alapkérdések, definíciók | 395 |
| 2.3. Magyar jogi problémák: további kérdések | 408 |
| 3. Megtévesztés | 413 |
| 3.1. Jogi szabályozás | 413 |
| 3.2. Joggazdasági elemzés: a szándékosság | 415 |
| 3.3. Magyar jogi problémák | 420 |
| 4. Összefoglaló | 424 |
| Irodalomjegyzék | 426 |
| IX. FEJEZET. AZ ÖNKÉNTESSEG HIÁNYA, A KÉNYSZER FORMÁI | 429 |
| 1. Jogellenes fenyegetés | 430 |
| 1.1. Magyar jog | 430 |
| 1.2. Joggazdaságtani elemzés: jogellenesség | 433 |
| 1.3. Joggazdaságtani elemzés: járadékvadászat | 442 |
| 1.4. Magyar jogi problémák | 444 |
| 2. Uzsorás szerződés | 447 |
| 2.1. Magyar jog | 448 |
| 2.2. Joggazdaságtani elemzés: értékegyensúly visszaállításának ösztönző hatásai | 453 |
| 2.3. Joggazdaságtani elemzés: szükséghelyzet | 462 |
| 2.4. Magyar jogi problémák | 465 |
| 3. Feltűnő értékaránytalanság, objektív uzsora | 468 |
| 3.1. Magyar szabályozás | 469 |
| 3.2. Joggazdasági elemzés: ösztöntő hatások | 473 |
| 4. Összefoglalás | 478 |
| Irodalomjegyzék | 479 |
| X. FEJEZET. SZERZŐDÉS TARTALMA, ÉRTELMEZÉSE | 481 |
| 1 Diszpozitív szabályok és értelmezés | 482 |
| 1.1. Magyar jogi alapelvek | 483 |
| 1.2. Joggazdaságtani alapkérdések | 485 |
| 1.3. Magyar példák: a szerződés teljesítése | 499 |

| | |
|---|-----|
| 2. Kógens szabályok osztályozása | 509 |
| 2.1. Kógens szabályok a magyar jogban | 510 |
| 2.2. Joggazdaságtani elemzés: a tilalmak tárgya | 518 |
| 2.3. Joggazdasági elemzés: a kógens szabályozás paradoxona és a generálklauzulák hatásai | 523 |
| 2.4. Magyar példák | 528 |
| 3. Szerződési pozíciók átruházása | 535 |
| 3.1. Magyar jog | 535 |
| 3.2. Joggazdaságtani elemzés | 539 |
| 4. Összefoglalás | 543 |
| Irodalomjegyzék | 546 |
| | |
| XI. FEJEZET. SPECIÁLIS SZERZŐDÉSEK | 549 |
| 1. Fogyasztói szerződések | 550 |
| 1.1. Racionalitás körüli joggazdaságtani viták | 555 |
| 1.2. Magyar jog | 571 |
| 2. Általános szerződési feltételek | 573 |
| 2.1. Az általános szerződési feltételek joggazdaságtana | 574 |
| 2.2. Magyar jogi szabályozás | 583 |
| 3. Munkaszerződések, munkaviszony | 588 |
| 3.1. Joggazdasági kérdések: a munkaviszony fő problémái és eszközei | 590 |
| 3.3. Munkabiztonság | 599 |
| 3.4. Kollektív szerződések | 602 |
| 4. Összefoglaló | 604 |
| Irodalomjegyzék | 606 |
| | |
| Tárgymutató | 609 |

Előszó

Miért kötnek az emberek szerződéseket? Miért ne gondolhatnák meg magukat egy-egy ígéret után? Miért fontos a szerződési szabadság – és hol vannak annak határai? Mely ígéreteket hajlandó az állam kikényszeríteni és melyeket nem? Miért tesz a bíróság, a jogrendszer különbséget e tekintetben az egyes ígéretetek között? Jó-e, hogy különbséget tesz? Ezekkel a kérdésekkel foglalkozik a szerződések joggazdaságtani elemzése.

Magyarországon még nem igazán bevett gyakorlat az egyes jogintézmények joggazdasági vizsgálata. A magyar közgazdász és jogásztársadalom a joggazdaságtannal elsősorban mint elméleti, módszertani problémával találkozik. Tudjuk, hogy ez az elmélet másképpen tekint a jogintézményekre, mint a hazánkban szokásban lévő klasszikus jogtudományi megközelítések, és tudjuk, hogy másképp írja le a piaci intézményeket, a piac működését, mint a megszokott közgazdaságtani (mikro- és makroökonómiai) modellek. A módszertani előfeltevések kapcsán sok kritika – és némileg kevesebb a feltevéseket bemutató, értelmező írás – született már. Ezzel szemben az, hogy ezzel az eszköztárral milyen eredményeket lehet elérni, vagyis konkrét jogintézmények elemzésével, egyetlen, fordításban megjelent kiváló tankönyvet¹ (Cooter – Ulen [2005]), valamint Harmathy Attila és Sajó András klasszikus szöveggyűjteményét² leszámítva nem találkozhat a magyar olvasó. Ezt a hiányt szeretné jelen kötet betölteni. Az olvasó ennek alapján eldöntheti, hogy alkalmas-e (szerintem természetesen, igen) ez a módszertan arra, hogy bemutassa az egyes jogintézmények társadalmi hatásait, vagyis azt, hogyan hat azok léte vagy hiánya a szerződést kötő, illetve a szerződés fennállása alatt különböző döntéseket meghozó (például a szerződés megszegéséről, a teljesítés késedelméről, stb. döntő) emberek várható viselkedésére.

A kötet nemcsak azért lehet hasznos, mert megmutatja, hogy alkalmas-e ez a módszertan ennek elemzésére, hanem azért is, mert nem egy feltételezett jogrendszert, hanem konkrétan létező jogrendszert vizsgál – nem feledkezve meg arról, hogy az egyes intézmények hatását lényegében megváltoztathatja

¹ Cooter, Robert – Thomas Ulen: *Jog és közgazdaságtan*. Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest, 2005

² Harmathy Attila – Sajó András (szerk.): *A jog gazdasági elemzése*. KJK, Budapest, 1984

az, ha más intézményi környezetbe kerülnek. Például az egyoldalú tévedésben levő fél által kötött szerződés érvénytelensége másképpen hat akkor, ha létezik szavatosság vagy akkor, ha nem, ha a sértett fél valóban megkapja a teljes kártérítést vagy akkor, ha a valós kárának csak egy része bizonyítható, és csak azt téríti meg a bíróság, vagyis csak azt lehet behajtani. (Tegyük hozzá, Cooter – Ulen [2005] sem az amerikai jogrendszert, hanem annak egyes, hipotetikus elemeit vizsgálja: a tankönyvük lévén, nem jut elég hely arra, hogy az egyes jogintézmények közötti kölcsönhatásokra kitérjenek, csak az alapvető módszertan, logika bemutatása a fő feladat.)

Természetesen ez a kötet sem tud minden részletre kitérni, minden kölcsönhatást bemutatni. Alapjában a szerződési jog általános elveivel foglalkozik. Bőven maradnak a további vizsgálatok számára feltárandó összefüggések. A cél csak annyi volt, hogy az olvasók ezeket az elemzéseket, az itt látott lényegi összefüggéseket, példák segítségével maguk is elvégezhessék. Különösen fontos lehet ez a könyv a zárásának pillanatában, 2013 tavaszán, amikor a magyar polgári jog egy-két intézménye teljesen átalakul. A könyvben ugyan igyekeztem kitérni az új Polgári törvénykönyv várható hatásaira is, de mivel az új intézmények (például az előreláthatóság) konkrét gyakorlati, bírói alkalmazását még nem ismerjük, így ezek fényében majd vélhetően jó néhány itteni állítást pontosítani kell.

A szöveg stílusával kapcsolatban két további megjegyzést kell előrebocsátani. Egyrészt, a szöveg arra törekszik, hogy a közgazdaságtanban (különösen a formális, matematikai közgazdaságtanban) nem túlzottan jártas olvasók is követni tudják. A szövegben éppen ezért elsősorban az intuíciók, illetve azok verbális bizonyítása szerepel. Mindemellett a jegyzetek között, az érdeklődők – ha nem túl hosszú és bonyolult – megtalálhatják az adott probléma matematikai, algebrai leírását is. Másrészt, mivel a szerző nem jogász (bár a munka elvégzése során sok segítséget kapott a jogász barátaitól), így a magyar jogrendszer működésével kapcsolatos megállapításokat a jogirodalomból, tankönyvekből, a Polgári törvénykönyvhöz készült kommentárokból, az új Ptk. előkészítő anyagainak érveléséből emeli át.

*

A kötet szerkezete logikája kissé eltér a szerződési jogi tankönyvek, kurzusok szokásos felépítésétől; mivel a joggazdaságtan kérdései is kissé eltérnek. Ez a szerződési jog lényegének a jogi kikényszerítés lehetőségét tekinti (mint majd látjuk, legkevésbé sem vitatva a nem bírósági kikényszerítés vagy az önkéntes jogkövetés fontos szerepét) így a kötet első része a „szerződés végével” kikényszerítéssel kezd. Két bevezető fejezet után, amelyek a joggazdaságtan, illetve

a szerződési jog alapfogalmai mutatják be, a következő négy fejezet azzal foglalkozik, hogy milyen módszerekkel próbál a magyar szerződési jog teljesítésre ösztönözni egy olyan felet, aki abban nem érdekelt, milyen eszközöket ad ennek érdekében a jogosult kezébe. A harmadik fejezet először is azt a meglehetősen bonyolult összefüggésrendszerrel próbál egy egyszerű képet rajzolni, ahogy a különböző jogi szankciók, kikényszerítési mechanizmusok befolyásolják a szerződéskötési akaratok, a felek együttműködését, illetve magát a szerződésszegés valószínűségét. Ezen általános modell után a következő három fejezet a három talán legfontosabb kikényszerítési mechanizmust veszi sorra. A negyedik fejezet a természetbeni kikényszerítést (ide sorolva a szavatosság és a jótállás intézményét, a természetbeni teljesítésnek határt szabó lehetetlenséget); az ötödik a bíróság által szabott kártérítés szabályait (köztük az új Ptk-ban fontos szerepet kapó előreláthatósági korlátot), a hatodik pedig a felek közös megállapodásán alapuló többlétszankciókat, szerződés biztosítékokat (köztük a kötbér, a zálog vagy a kezesség jogintézményét).

Miután láttuk, hogy várhatóan hogyan hatnak a különböző kikényszerítési technikák (és szerződésbiztosítékok) a felek magatartására visszatérünk a szerződés megkötéséhez és a következő három fejezet a szerződés létrejöttét meghatározó fontos jogintézményekkel foglalkozik. Elsőként maga a szerződés létrejötte lesz a vizsgálat tárgya – arra az alapfeltételezésre építve, hogy a szerződés létrejötte az a pillanat, amikor a közgazdaságtani tankönyvekben megismert piaci verseny (a partnerkeresés) megszűnik és a két felet a szerződés egymáshoz köti. Kisebb vagy nagyobb mértékben kétoldalú kiszolgáltatottságot (monopóliumot) teremtve. A hetedik fejezet azt keresi, hogy ezen kétoldalú kötöttség kialakulásához milyen formai és egyéb követelményeknek kell megfelelni – például beállnak-e bizonyos szerződéshez hasonló kötelek már a tárgyalás idején (mondjuk az ajánlati kötöttségen keresztül). A nyolcadik és a kilencedik fejezet pedig a szerződés létrejötte körüli két, talán legfontosabb korlát, procedurális szabály, az információhiány (tévedés, megtévesztés), illetve a kényszer (jogellenes fenyegetés, uzsora, objektív uzsora – feltűnő értékaránytalanság) vizsgálatával folytatja az elemzést.

Az utolsó két fejezet pedig a szerződés, a kötelezettség tartalmát vizsgálja. Tudjuk ugyanis, hogy a feleket nemcsak a szerződésben foglaltak kötik, hanem például a szerződésben felül nem írt disz pozitív szabályok vagy éppen azok a kógens előírások is, amelyekről, ha akarnak, sem tudnak (jogilag érvényes módon) a szerződésben eltérni. Ezen tartalmi elemek, korlátok között kap helyet a különböző disz pozitív szabályok értelmezése, csoportosítása, a legfontosabb kógens szabályok bemutatása – mindenekelőtt a talán legfontosabb generálklauzula a jóerkölcsbe ütközés elemzése. Ugyanebben a tizedik fejezetben kerül sor a szerződési pozíciók átruházásának elemzésére is, amely

egyaránt tartalmaz diszpozitív és kógens elemeket is. Az utolsó fejezet néhány roppant fontos szerződéstípus (az általános szerződési feltételekkel kötött szerződések, a fogyasztói szerződések, illetve a munkaszerződések) tartalmát, specialitásait elemzi. Túl azon, hogy ezek (a munkaszerződés kivételével) a Polgári törvénykönyvben is jelentős szerepet kapnak, az köti össze őket, azért érdemelnek kiemelt szerepet, hogy ezek esetében a jogrendszernek reagálnia kell azokra az – egyébként a joggal és a joggazdaságtannal szemben egyaránt megfogalmazott – kritikákra, amely szerint nem életszerű a szerződő feleket racionálisnak tételezni.

*

Mióta elkezdtem ezt a könyvet írni, vagyis lassan öt éve, sok minden megváltozott. Megváltozott a munkahelyem – külön köszönöm a *Budapesti Corvinus Egyetemnek* (leánykori nevén a Közgáznak), hogy a könyv korábbi, még kéziratban levő verzióit két éven keresztül taníthattam, illetve a *Pázmány Péter Katolikus Egyetem Jog- és Államtudományi Karának*, amely a kutatómunkához a nyugodt, és egyben a szellemi inspiráló körülményeket most biztosítja.

Megváltozott a jogi környezet is. Mivel a kötetet 2013 májusában zártam le így megpróbáltam az akkor már elfogadott, de még életbe nem lépett új Ptk. várható hatásait (és a változások mellett felhozott érveket) is értelmezni a joggazdaságtan eszközeivel.

Ami nem változott, az a *Széchenyi István Szakkollégium* támogatása, amelynek diákjai már időtlen-idők óta viselik, hogy Menyhárd Attilával közösen évről évre a szerződések (és a tulajdon, valamint a kártérítés) joggazdaságtanának kérdéseivel fásasztjuk őket. Mindazok, akik végigolvassák a kötet körülbelül negyven ívét, együtt fognak érezni velük.

A kötet sokáig készült, ezért sokakkal folytatott beszélgetésekből, vitákból kimazsolázott gondolatok rakódnak benne egymásra. Nem is lehet mindenkit megemlíteni, de négy ember szerepe mindekképpen kiemelés érdemel. *Menyhárd Attiláé*, akivel immár 10 éve tanítunk együtt joggazdaságtant különböző helyeken, és folyamatosan formáljuk egymás gondolkodását. *Mike Károlyé*, akivel évekig osztoztunk egy szobán a Közgázon, akin általában először teszteltem ötleteimet, és aki sok butaság közzétételétől megóvott (persze nem mindegyikétől; az olvasó neki lehet elsősorban hálás azért, hogy a szöveg legalább annyira érthető, amennyire majd megtapasztalja). *Cserne Péteré*, aki a joggazdaságtan irodalmát nálam lényegesen jobban átlátja, ezért sok itt hivatkozott szövegre, elméletre nem találtam volna rá nélküle. És *Czinkoczkó Zoltáné*, aki Mike Károly mellett a már elkészült korábbi változatok leghűségesebb olvasója volt, akitől a legtöbb, kifejezetten a szöveghez érkező kritikát kaptam. Illetve, köszönet

illeti az összes olyan diákomat, kollégámat, akikkel az évek során az eszmefuttatásaimat megoszthattam; a véleményük, kritikáik, kérdéseik hatására újra átgondoljam az egyes kérdéseket.

Tata, 2013. május

Szalai Ákos

I. fejezet

A szerződések közgazdaságtani elmélete

Az első fejezet célja az, hogy a jogászok, joghallgatók megértsék, átlássák azokat a kérdéseket, amelyekkel a közgazdaságtan közelít a szerződési jog szabályaihoz. Éppen ezért fogjuk az elemzést azzal kezdeni, hogy feltesszük a kérdést: miért van szükség szerződésekre, miért nem elégségesek az üzleti kapcsolatok kereteiként a társadalomban egyébként kialakuló (kikényszerítési) mechanizmusok. A fejezet első és második része ezekkel a kérdésekkel foglalkozik. Ezután a harmadik részben kerül sor egyrészt a közgazdaságtan (talán meglepő) előfeltevéseinek ismertetésére, másrészt azoknak az elvárásoknak a számbavételére, amelyeket a joggazdaságtan a joggal szemben megfogalmaz, itt definiáljuk majd a közgazdaságtanban központi szerepet játszó a hatékonyság fogalmát. A negyedik rész a modern közgazdaságtan, a joggazdaságtan egyik legfontosabb elemét a *Coase-tételt* és a hozzá kapcsolódó tranzakciósköltség-elméletet tekinti át; ez az alap az, amelyre építkezve normatív érveket találhatunk a szerződési szabadság mellett is. Az ötödik rész megpróbálja sorra venni azokat az ösztönzőket, amelyekre egy-egy szerződés megkötésekor, vagy egy-egy szerződési szabadságot korlátozó vagy éppen kiterjesztő jogszabály megalkotásakor figyelni kell. A fejezet utolsó, hatodik része pedig a közgazdasági hatásaik alapján próbálja értékelni a szerződési jog eszközeit.

1. MIÉRT KÖTÜNK SZERZŐDÉST, AVAGY A JÁTÉKELMÉLET ALAPJAI

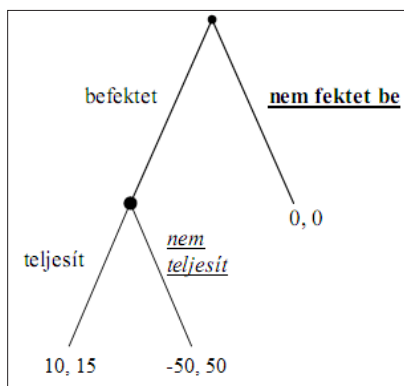
Miért kötnek az emberek szerződést? Miért akarják, hogy az ő ígéretüket a jog, a bíróság kikényszerítse? Elsőre valószínűleg azt válaszolnánk, hogy azért, mert a másik is ígér valamit, és cserébe azért, hogy az ő ígéretét mi kikényszeríthessük, hajlandók vagyunk beleegyezni abba, hogy a mi ígéretünk is bíróság előtt kikényszeríthető legyen. Csakhogy... Egyrészt, sokszor a kikényszeríthető ígérettel szemben nem áll ellenígéret. Másrészt, sokszor olyankor sem kötünk jogilag kikényszeríthető szerződést, amikor fontos lenne a kikényszerítés.³

³ Tipikus példái ennek a munkaviszonyt megalapozó ígéretnek (például a karrierlehetőségről, a fizetésemelésről), amelyeknek jó részét nem tudjuk szerződésbe foglalni. A munkaszerződések ezen speciális jellemzőiről lásd Vandenberghe [2008].

1.1. Elköteleződés – bizalmi játék

Kezdjük azzal a kérdéssel, hogy miért éri meg szerződést kötni, ha a másik fél oldalán nincs semmi „kikényszeríthető”. Vegyük a következő esetet! Fel akarunk építtetni egy házat. A házért maximálisan 60-at fizetnénk ki.⁴ Ezt nevezi a közgazdaságtan *fizetési hajlandóságnak*, vagyis az a maximális pénzösszeg, amit a vevő adna. Találunk egy építész, fővállalkozót, aki hajlandó megépíteni 50-ért – de tegyük fel, hogy csak akkor kezd a munkába, ha egy összegben kifizettük előre a teljes árat. (Később éppen azt fogjuk belátni, hogy miért nem szokás előre kifizetni a teljes összeget.) Ha a pénzt megkapta, akkor az építész számára semmiféle további ellenszolgáltatás nincs; a kikényszerítés számára tehát nem azért fontos, hogy ő is megkaphassa azt, amit mi ígértünk. Azt már megkapta. A kikényszerítés a szerződéskötés előtt mégis az ő érdekében is áll.

A közgazdaságtan nyelvén ebben a helyzetben egy ún. *bizalmi játék* (*trust game*) szituáció alakul ki: attól függ, hogy megbízuk-e az építkezéssel, hogy megbízhatunk-e benne. Ezt ábrázoljuk az 1.1. ábrán. Ha nem adjuk oda neki a pénzt, akkor semmi nem változik. Ezt úgy jelezzük, hogy sem a mi, sem az építész helyzete nem változik, mind a ketten 0 nyereséghez jutunk. Szintén tegyük fel, hogy ha átadjuk a pénzt, akkor csak két lehetősége van: vagy ígéreteinek megfelelően megépíti a házat, vagy eltűnik a pénzünkkel.⁵ Ha a ház felépül, akkor mi hozzájutunk egy házhoz, amely számunkra 60-t ér, ennyi a fizetési hajlandóságunk, de amelyért csak 50-t fizettünk ki, vagyis 10-et nyertünk. Ezt a 10-et nevezi a közgazdaságtan *fogyasztói többletnek*: ennyivel fizetünk kevesebbet valamiért, mint amennyit maximálisan hajlandók lennénk. Az építész vélhetően szintén nyert az üzleten – azért vállalta el 50-ért, mert annál olcsóbban tudta valójában kivitelezni azt. Az a minimális összeg, amennyiért a szolgáltató már szolgálna, az eladó már eladna az ún. *elfogadási hajlandóság*. Az 1.1. ábrán



1.1. ábra. Bizalmi játék, szerződés nélkül

⁴ A könyvben a pénznevekkel és a mértékegységekkel – hacsak nem fontos, nem valutakereskedelemtől, eltérő pénznemben számoló felekről van szó – nem foglalkozunk. (Az 60 ugyanúgy lehet 6 millió forint, 6.000 euró, stb.) Látni fogjuk, hogy ami fontos, az a költségek és a hasznok relatív nagysága: melyik haladja meg a másikat.

⁵ A leegyszerűsítés azért túlzott, mert megtehető például azt is, hogy megépít egy házat, de nem olyan minőségben, ahogy mi azt elvártuk: ha úgy tetszik, ilyenkor nem az egész pénzzel lép le csak annak egy részével.

feltesszük, hogy pontosan ismerjük is ennek összegét: 35, vagyis a haszna 15. Az építész nyeresége és a fogyasztói többlet együttesen a *társadalmi többlet* – a példánkban 25. Ez az értékteremtés alapja: egy jószág⁶ attól, aki kevesebbre értékeli, ahhoz kerül, akinek többlet ér.

Elég-e a társadalmi többlet léte, vagyis az, hogy az építető többre értékeli a jószágot, vagyis a házat, mint az építész ahhoz, hogy belevágjunk az építkezésbe? Önmagában még nem. Az építés megkezdése attól is függ, hogy megbízunk-e, megbízhatunk-e az építészben. Ezt a bizalmat segít kialakítani a szerződés is.

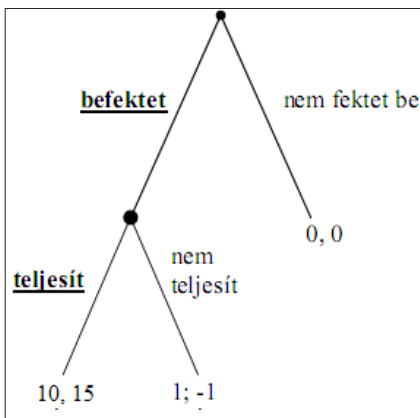
Példánkban egy *szekvenciális játékról* van szó, ami annyi jelent, hogy a két fél nem egyszerre lép: először mi adjuk oda a pénzt, az építész csak ezután kezd bele az építkezésbe (vagy éppen tűnik el a szemünk elől a pénzzel). Az ilyen játékokat, amikor a két fél nem egyszerre, szimultán módon dönt a legegyszerűbben az 1.1. ábrán szereplő döntési fával szemléltethetjük, oldhatjuk meg. A kiindulópontban az építető dönt, hogy odaadja-e a pénzt. Vagy odaadja (beruház – ez a bal oldali ág), vagy nem (ez a jobb oldali ág). Ha odaadta a pénzt, akkor az építésznek két lehetősége van: vagy megépíti a házat (teljesít – bal oldali ág), vagy nem, hanem elmegy a pénzzel (jobb oldali ág). Minden lehetséges megoldáshoz *kifizetések* tartoznak: meg tudjuk adni, hogy adott végeredmény esetén az építető és az építész milyen nyereséghez, többletkezhez jutott. Az előbb bemutatottuk ezek értékét: ha megtörténik a beruházás és a ház is felépül, akkor az építető 10, míg az építész 15-et nyer. Ezt mutatja a bal oldali ágak alá írt 10, 15 számpár – az első az először döntő játékos (az építető), míg a második a második játékos (építész) kifizetése. Ha az építető beruház, odaadja a pénzt, de az építész eltűnik vele, akkor a kifizetés -50, 50, hiszen az építető elbukja az átadott pénzt, míg az építész pontosan ugyanennyit nyer. Ha nincs beruházás, akkor mind a két fél nyeresége, vagyis kifizetése 0. A játékelmélet segítségével meghatározhatjuk, hogy mi lesz ennek a szituációnak a végeredménye. Intuíciónk szerint az építető nem fogja odaadni a pénzt, elmarad a beruházás. Induljunk alulról, és vizsgáljuk meg, hogy az egyes döntési szituációkban mit érdemes döntenie annak, aki a döntést meghozza! Ha az első játékos a bal oldali ágat választja, akkor a második játékos (az építész) két olyan alternatíva közül választ, amelyek közül az egyik (jobb oldali) 15, míg a másik (baloldali) 50 nyereséget jelent a számára. Racionális döntéshozó az utóbbit fogja választani.⁷ Ha ezt tudjuk, akkor megvizsgálhatjuk, hogy mi a racionális

⁶ Jószágon ért mindent a közgazdaságtan, amit a felek értékesnek tartanak. Lehet az dolog, szolgáltatás, jog, stb.

⁷ A racionalitás alatt itt csak azt értjük, hogy azt választja, amely számára a magasabb nyereséggel jár. A nyereség, a haszon viszont nagyon tág fogalom a közgazdaságtanban. Elképzelhető lenne például, hogy az építész számára a lelki nyugalma, a saját erkölcsössége olyan sokat ér, hogy a nem teljesítésből származó anyagi nyereségét már kevesebbre értékeli. *A racionalitás független az erkölcsösségtől: a racionális ember azt az alternatívát választja,*

döntés az első játékos részéről. Ő most már tudja, ha odaadja a pénzt, akkor a második el fog vele tűnni, vagyis a kifizetése -50 lesz: a második játékos által választott (jobboldali) alternatíva esetén ő ennyit kap. A döntése tehát arra egyszerűsödik le: ha beruház, akkor 50 -et bukik, ha nem, akkor nem veszít semmit, a kifizetése, nyeresége 0 . Nyilvánvalóan ez utóbbi a kedvezőbb alternatíva, vagyis nem fog beruházni.

Eddig azt feltételeztük, hogy az építész szerződéses ígérete nem kikényszeríthető, könnyedén eltűnhet a pénzzel. A kikényszeríthető szerződés módosítja az 1.1 ábrán látható játékot. Az építész ugyan továbbra is megteheti, hogy nem teljesít, de akkor valamilyen szankcióra számíthat. Induljunk ki a legegyszerűbb megoldásból: a kártérítésből! Ha az építész nem teljesít, akkor vissza kell adnia az 50 -et, és még valamilyen kártérítést is kell fizetnie. Legyen ez, mondjuk, csak 1 ! Ezt a döntési sémát, játékot láthatjuk a 1.2. ábrán. Látszik, hogy az 1.1. ábrához képest csak abban az esetben módosulnak a kifizetések, ha az első játékos odaadja a pénzt, beruház, és a második játékos nem teljesít. Ekkor az első játékos visszakapja az 50 -et és még kap is kártérítésként 1 -t; a második játékos pedig azon 50 -en felül, amit eredetileg kapott, még 1 -et a sajátjából ad.



1.2. ábra. Kikényszerítés bizalmi játékban

Az 1.1 ábrához hasonlóan oldhatjuk meg itt is a játékot. A második játékos számára most a teljesítés (vagyis a bal ág) lesz a jobb: itt 10 -et nyer, ahelyett, hogy 1 -et bukna. Az első játékos pedig tudja, hogy a második teljesíteni fog, vagyis ez a beruházás számára 10 -et hoz, így megbízza az építészt.

Látjuk, hogy miért éri meg a szerződés (a kikényszerítés fenyegetése) a második játékosnak? A kérdés kicsit bonyolultabb, mint elsőre látszik. Szét kell ugyanis választanunk azt, hogy mi a második játékos érdeke azelőtt, hogy az első játékos dönt a beruházásról (*ex ante*), és azt, hogy mi az érdeke az első játékos döntése után (*ex post*). *Ex ante* jó neki az, hogy a szerződés kikényszeríthető, hogy őt a jelzett kártérítéssel, veszteséggel fenyegetik arra az esetre, ha megszegi az ígéretét. Azért jó, mert ennek hiányában nem történne meg a beruházás, 0 -t kapna – ezzel szemben fenyegetés, vagyis kikényszerítés esetén 15 -öt. A közgazdaságtan nyelvén: a szerződés nem más, mint elköteleződés.

amelyik nagyobb nyereséget jelent számára, bármiből származik is ez a nyereség. (A nyereség forrása etikai kérdés.) A problémára nemsokára visszatérünk.

Elköteleződés, amivel ugyan valaki megköti a saját kezét, de amellyel egyúttal tudatja a partnerével, hogy érdemes vele kezdeni, érdemes a beruházásokat vállalnia, kockáztatnia. *Ex post* azonban a helyzet megváltozhat. Ha már az építés kezében van az ár (példánkban 50), akkor már lehet, hogy jobb, ha eltűnik vele. Ez az ún. *időinkonzisztencia*: ami *ex ante* jó volt a számára, az *ex post* már rossz – *ex post* már szívesen kibújna az elköteleződés alól. Támogatja-e az építész a kikényszerítést? Persze, különben nem kapna megbízást. Megpróbálja-e kijátszani a partnerét? Ez már több dologtól függ. Milyen a lebukás esélye? Lebukás esetén mekkora a szankció (kártérítés)? Kíván-e új szerződéseket kötni az adott partnerrel? Kíván-e másokkal hasonló szerződést kötni, rontja-e a hírnevét (a többi megbízóval kötött szerződése esélyét), ha kitudódik, hogy nem tartotta meg ígéretét? Ezekre a kérdésekre nemsokára visszatérünk.

1.2. Koordináció

A közgazdaságtanban ugyan a leggyakrabban az előző, bizalmi játékkal igazolják a szerződések létét, de léteznek más problémák is, amelyekre az ígéretes kikényszerítése jelent egyféle megoldást. Ezek az ún. *koordinációs problémák*, az ún. *koordinációs játékok*.

Kezdjük először egy klasszikus játékelméleti szituációval, az ún. szarvasvadászat játékkal. Két vadász reggel elindul vadászni. Mind a kettőjüknek két lehetőségük van. Vagy nagyvadra (szarvasra) mennek, vagy nyúlra. Ha valamelyikük úgy dönt, hogy szarvasra vár, akkor csak úgy lehet sikeres, ha a másik is így tesz. Viszont ekkor a nyereség, a zsákmány is magas. De bármelyikük dönthet úgy is, hogy nyúlra fognak vadászni. Ekkor kisebb a nyereségük, viszont ez nem függ a másik döntésétől.⁸

A helyzetet ábrázolja a 1.3. ábra. Az előző, építési példával szemben, itt a két fél nem egymás után, hanem *szimultán dönt*. Ez szimultán játék. A szimultaneitás csak annyit jelent, hogy amikor a döntést hozzák, nem tudják, hogy a másik mit választott. Tudjuk, hogy négy lehetőség van: (i) vagy mind a ketten szarvasra vadásznak, (ii) vagy mind a ketten nyúlra, (iii) vagy az egyik szarvasra, míg a másik nyúlra, illetve (iv) utóbbinál a szerepek felcserélődhetnek. Az 1.3. ábrán a két játékos két-két döntési lehetőségét a sorok és az oszlopok mutatják. A jobb felső négyzet például azt a helyzetet szemlélteti, amikor az 1. vadász úgy dönt, hogy szarvasra vadászik, míg a másik úgy, hogy nyúlra. A bal felső négyzet pedig azt, amikor mindkettő nyúlra vadászik. Másképp: az oszlopok

⁸ Például: ha a lövés zaja elriasztja a nagyvadakat. Azokat csak akkor tudjuk elejteni, ha csendben várjuk őket – de a példa az egyszerűség kedvéért, felteszi, hogy az adott nap biztosan jön egy. Ha valaki akár csak egy nyúlra is rálő, azzal kizárja a lehetőségét a nagyvadnak.

az ún. oszlopjátékos (1. vadász), míg a sorok a sorjátékos (2. vadász) döntési lehetőségeit mutatják. Az egyes négyzetek jobb felső sarkába az oszlopjátékos, bal alsó sarkába a sorjátékos nyereségét írjuk fel. Az előző példával szemben itt nem adunk meg konkrét összegeket. Mint mindjárt látjuk, ez a játékok megoldásához nem is szükséges: elég, ha azt tudjuk, hogy az egyes kifizetések, nyereségek közül melyik nagyobb a másiknál. Mindkét játékosra igaz, hogy a legnagyobb hasznot akkor éri el (ez az 1.3. ábrán 2), ha mind a ketten szarvasra vadásznak, a legkisebbet (0) akkor, ha ő szarvasra, míg a társa nyúlra vadászik. A nyúl vadászat nyeresége közepes (1) – akkor is, ha a másik szarvasra, és akkor is, ha a másik is nyúlra indul el. Megéri úgy nekiindulni a vadászatnak, hogy szarvasra fogunk vadászni? Ez ismét attól függ, hogy mit gondolunk a másiktól. Lássuk a játék megoldását! Ehhez ún. *Nash-egyensúlyt* keresünk. A *Nash-egyensúly* olyan állapot, amelytől egyik félnek sem éri meg egyoldalúan eltérni. A felvázolt helyzetben két ilyen helyzet van: amikor mind a ketten szarvasra és amikor mind a ketten nyúlra vadásznak. Lássuk, miért *Nash-egyensúly* az, amikor mind a ketten nyúlra vadásznak! Tegyük fel, hogy például az 1. vadász úgy dönt, hogy ő mégis inkább szarvasra vadászna! Ez azt jelenti, hogy nyeresége lecsökken (1-ről, amit akkor kapna, ha ő is nyúlra vadászna, 0-ra – ennyit kap, ha ő szarvasra vár, míg a másik továbbra is nyúlra vadászik). És ugyanez igaz a 2. vadászra is. Ha azt gondolják a másiktól (például korábbi tapasztalataik alapján), hogy ő nyúlra fog vadászni, akkor nekik sem éri meg megváltoztatni a döntésüket. Ugyanez igaz akkor is, ha mind a ketten szarvasra vadásznak. (Ennek igazolását az olvasóra bízjuk.)

A probléma azonban abból fakad, hogy két egyensúly alakulhat ki, és az egyik egyértelműen jobb a másiknál: mind a ketten többet nyernek, ha mindketten szarvasra vadásznak. Hogyan lehet elérni, hogy mind a ketten szarvasra várjanak? – erre jelenthet egyféle megoldást a szerződés. A felek vállalják, hogy valamilyen tevékenységet fognak folytatni (szarvasra vadásznak), vállalják, hogy a másik tevékenység folytatása esetén szankciókkal sújtják őket.⁹ (Tegyük fel, hogy a büntetés nagyobb, mint a nyúl vadászatból elérhető nyereség, vagyis példánkban 1 egység, ezért azok kifizetése, akik nyúlra lőnek, már negatív lesz! E játék felírását ismét az olvasóra hagyjuk, valamint annak bebizonyítását is, hogy ilyenkor az egyetlen Nash-egyensúly az lesz, ha mind a ketten szarvasra vadásznak.¹⁰)

⁹ Tegyük hozzá: a koordinációs problémát nem csak azért oldja meg a szerződés, mert szankcióval fenyegeti a megegyezéstől eltérő felet (példánkban: aki nyúlra vadászik). Maga az, hogy mindketten kijelentik, hogy szarvasra vadásznak – már amennyiben hihető a másik kijelentése – mindenféle szankció, fenyegetés nélkül is arra ösztönzi a partnerét, hogy ő is szarvasra induljon el.

¹⁰ Amennyiben jelen pillanatban nem sikerülne utóbbit belátni, akkor a következő játék elemzése után próbálkozzunk meg vele ismét!

1.3. ábra. Szarvas vadászat problémája

| | | 1. vadász | |
|----------|---------|-----------|---------|
| | | Nyúl | Szarvas |
| 2 vadász | Nyúl | 1 | 0 |
| | Szarvas | 0 | 2 |

Lássunk egy másik *koordinációs játékot* (Hermalin et al. [2007] pp. 7-8). Tegyük fel, hogy el kell szállítani valamit egyik városból a másikba, azonban nem egyértelmű, hogy kössenek-e a rakományra biztosítást. A két fél egymástól függetlenül, szimultán (vagyis a másik döntéséről nem tudva) dönt a biztosítás megkötéséről. Itt is négy kimenet lehetséges: vagy egyikük sem köt, vagy mind a ketten kötnek, vagy csak a megrendelő, vagy csak a fuvarozó köt. Az egyes felek hasznát, a kifizetéseket a 1.4a. ábra mutatja – az értékek szintén csak a sorrendet, nem a konkrét értéket mutatják (hasonlóan a 1.3 ábrához). Látható, hogy mindkét fél számára az a legjobb (ehhez tartozik a legmagasabb, 4 kifizetés), ha ő nem köt biztosítást, de a másik igen; a legrosszabb pedig az, ha egyikük sem köt (itt a legalacsonyabb a kifizetés, 0). Látszik, hogy mindkét fél számára jobb, ha csak ő köt biztosítást, és nem mindketten. Illetve az ábra azt is felteszi, hogy a fuvarozó olcsóbban tud biztosítást kötni (például nagyobb e téren a tapasztalata, jobb kapcsolatai vannak, stb.), mint a megrendelő – ezért az ő kifizetése nagyobb (3) akkor, ha csak ő köt biztosítást, mint amekkora a megrendelő kifizetése lenne akkor, ha csak ő kötne (2). Ismét keressük meg elsőként a Nash-egyensúlyt (egyensúlyokat)! Nézzük meg, hogy miként döntene a sorjátékos (fuvarozó), ha tudná, hogy a megrendelő megköti a biztosítást – vagyis, ha csak az 1. oszlop két esete közül kellene választania. Nyilvánvaló, hogy ő nem kötne: az alsó négyzet rá vonatkozó kifizetése jobb, mint a felsőé: $1 < 4$. Húzzuk alá ezt! Tegyük meg ugyanezt az összehasonlítást a második oszloppal! A sorjátékos kifizetése itt a felső esetben jobb ($0 < 3$). Húzzuk alá ezt az értéket is! Most áttérünk az oszlopjátékosra. Ha tudná, hogy a sorjátékos biztosítást köt, vagyis az első sort kellene csak vizsgálnia, akkor a jobboldali mező jelent neki nagyobb nyereséget ($1 < 4$). Míg, ha az alsó sort tekinti, akkor a baloldali ($0 < 2$). Ha mind a négy esetben aláhúztuk a választást, akkor azt látjuk, hogy az ábrában – értelemszerűen – négy aláhúzott érték szerepel. Az a négyzet, amelyben mind a két értéket aláhúztuk, Nash-egyensúly.¹¹ Jelen esetben két ilyen Nash-egyensúly van: amikor csak egyik játékos (vagy csak a

¹¹ A Nash-egyensúly definíciójából, illetve a most alkalmazott módszerből következően, de a részletesebb bizonyítástól most eltekintünk.

fuvarozó, vagy csak a megrendelő) köt biztosítást. Csakhogy a két egyensúly között – a szarvasvadászat példájához hasonlóan – itt is különbséget tudunk tenni. Jobb lenne, ha a fuvarozó (és csak a fuvarozó) kötne biztosítást, hiszen neki olcsóbb azt megkötnie.

Itt egy új problémával is szembesülünk. Eddig a kötelezett is érdekelt volt a szerződés megkötésében, vagyis abban, hogy beleegyezzen: szankcionálni fogják, ha azt megszegi. Az építési példánál az építész az építtetőt ezzel vette rá a beruházásra, a szarvasvadászatnál az egyik vadász ezzel biztosíthatta, hogy a másik is a kedvezőbb megoldást válassza. Itt azonban a kötelezettek, a fuvarozónak nem jelent hasznot a szerződés megkötése: számára jobb lenne, ha a megrendelőre tudná hárítani a biztosítás megkötését. Valahogy rá kell venni arra, hogy vállalja magára ezt a feladatot. A kézenfekvő megoldás: fizessen neki a megrendelő többet, ha megköti a biztosítást. Mivel neki olcsóbb, mint a megrendelőnek, így lesz olyan összeg (a fuvarozó számára, illetve a szállítató számára elérhető biztosítás díja között), amely mellett a fuvarozónak is megéri a szállítmányt biztonságban tudni, anélkül, hogy ő kötne biztosítást, és a fuvarozónak is megéri ezt a többletköltséget felvállalni. Tegyük fel, hogy a megrendelő 1,2 felárat fizet azért, hogy a fuvarozó kösse meg a biztosítást! A játék végeredményét az 1.4b. ábra mutatja, amelyet úgy kapunk, hogy a „csak a fuvarozó köt biztosítást” helyzetben átcsoportosítunk 1,2 egységet a megrendelőtől a fuvarozónak. Látszik, hogy ezzel ez a megoldás lett a négy lehetőség közül mind a két fél számára a legjobb.

A mostani példában megjelent egy új elem: az ellentételezés – a korábbi példákban nem volt szükség rá. Eddig a kötelmet nem azért érte meg felvállalni, mert a partner cserébe valami többletkötelezettség teljesítését (például magasabb ár megfizetését) vállalta, hanem pusztán azért, mert a kötelelem segített elérni a kötelezett számára legkedvezőbb állapotot. Most azonban a meggyőzéséhez szükség van arra is, hogy ezért a feladatért, kötelezettségért cserébe ellentételezést is kapjon.

1.4. ábra. Biztosítási szerződés problémája. Forrás: Hermalin et al. [2007]

| | | Megrendelő | | Megrendelő | |
|----------|---------|------------|---------|------------|---------|
| | | Köt | Nem köt | Köt | Nem köt |
| Fuvarozó | Köt | 1 | 4 | 1 | 2,8 |
| | Nem köt | 2 | 0 | 4,2 | 0 |
| | | 4 | 0 | 2 | 0 |

a. A felek közötti szerződés biztosításkötés nélkül

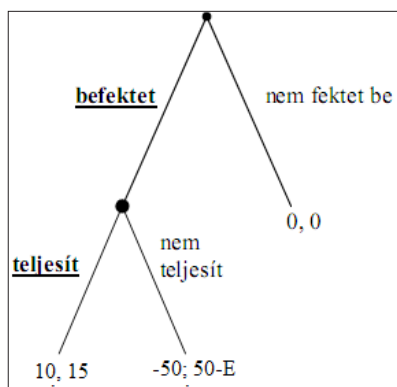
b. A felek szerződése kiterjed a biztosításkötésre is

2. A SZERZŐDÉS ALTERNATÍVÁI

Az előző alfejezetben csak annyit láttunk, hogy vannak olyan tipikus esetek, amikor az ígéret kikényszerítése megoldást jelenthet az előbb látott fő társadalmi – a közgazdaságtanban játékelméleti – problémákra. De túlzás lenne, ha azt gondolnánk, hogy ígérek kikényszerítésére csak a jogi értelemben vett szerződés képes. Sőt, a jogilag érvényes szerződés sokszor gyakorlatilag nem vagy csak nagyon lassan kényszeríthető ki, és ilyenkor szerencsés, ha más, nem jogi eszközökkel élünk. Természetesen, a hely itt nem elég arra, hogy minden ilyen alternatív megoldást tárgyaljunk¹², így négy fontosabb eszközt tekintünk csak át: (i) az erkölcsi és a társadalmi normákat, (ii) a viszony tartósságának, a szerződés ismétlődésének esélyét, (iii) a hírnév szerepét, és (iv) a biztosítékadást.

2.1. Erkölcsösség

Térjünk vissza az építész példájára! Amennyiben az építész „erkölcsös”, akkor tudhatjuk, hogy a szerződésszegés értékelésekor nemcsak az anyagi hasznot és a kiadást fogja értékelni, hanem azt is számításba veszi, hogy utána milyen lesz a lelkiismerete. Szerződésszegés esetén rossz lesz. Közgazdasági modelljeinkkel azt mondhatjuk, hogy valamiféle plusz költséget kell viselnie. Ez nem (feltétlenül) anyagi költség, de a közgazdaságtanban a költség nem is feltétlenül anyagi költséget jelent: költség mindaz a rosszérzés (vagy éppen elmaradt öröm), amellyel egy döntés miatt számolnunk kell. Az 1.5 ábrán ezt a többletterhet jelöli E . Az, hogy a játék megoldása mi lesz, ennek az E -nek a nagyságától függ. Ha feltesszük, hogy kifejezhető pénzben¹³, akkor nyilvánvaló, hogy amennyiben $50 - E < 15$, vagyis $35 < E$, akkor az építésznek megéri teljesíteni. Ez pedig



1.5. ábra. Bizalmi játék, szerződés nélkül, de erkölcsös partnerrel

¹² Akik részletesebben érdeklődnek az ilyen megoldások iránt azoknak ajánlható Milgrom – Roberts [2005] 5-6. fejezet.

¹³ Ezen csak annyit értünk, hogy tudunk mondani egy akkor összeget, amely mellett az adott játékos már éppen hajlandó elviselni a rossz lelkiismeretet a pénzügyi nyereség fejében – ezen összeg alatt viszont nem éri meg neki csálni.

– szerződés nélkül is – az 1.2. ábrán bemutatott helyzetet adja: az építész teljesít, az építtető pedig megbízást ad, befektet.

A probléma ezzel a megoldással az, hogy nem tudhatjuk, mennyire erkölcsös a partnerünk: mekkora számára ennek az erkölcsi kárnak (a rossz lelkiismeretnek) az értéke. Vannak persze olyan jelzések, amelyekből következtetéseket vonhatunk le: például, ha tudhatjuk, hogy olyan csoportnak (pl. vallási közösségnek, klubnak, stb.) a tagja, ahol az ilyen lelkiismereti kérdések fontosak, akkor feltehetjük, hogy az erkölcsi érzéke erős, a szerződésszegésből fakadó erkölcsi költsége, kára magas.¹⁴

2.2. Ismétlődés

Az erkölcsösség az ígéretszegést valamiféle többletköltséggel, valamiféle nem jogi szankcióval bünteti. De elképzelhető az is, hogy az ígéretét megszegő felet maga az üzleti partnere bünteti meg. Ennek legjobb példája az hosszú távú üzleti kapcsolatok (vagy szerződések), az ismétlődő szerződések esete. Tegyük fel, hogy a példabeli építész tudja, hogy ígéretének megszegése esetén további üzletektől eshet el (vagy a szerződést nem hosszabbítják meg, felmondják)! Vizsgáljuk csak a legegyszerűbb lehetőséget: tegyük fel, hogy ha valaki egy ígéretét nem teljesíti, akkor soha többet nem üzletel vele a partnere! A beruházó ugyan visszaszerezni nem tudja a pénzét (ez a különbség a szerződés fenti modelljéhez képest), de soha többet nem bízik majd meg a partnerében. Nem nehéz belátni, hogy ebben a helyzetben az építésznek nem feltétlenül éri meg az ígéretét megszegni: a mostani üzleten ugyan nyerhet 50-et, de amennyiben a további üzleti lehetőséget 50-nél többre értékeli, akkor a mostani ígéret megszegése kifejezetten rossz döntés lenne.¹⁵

¹⁴ Ugyanilyen szerepe lehet annak is, ha nem közvetlenül a lelkiismeretére apellálunk, hanem tudjuk, hogy komoly szankciók várhatnak rá az adott közösségen belül, ha kiderül, hogy nem tartotta be a szavát. A közgazdasági modellek éppen ezért találnak érveket a maffia létrejötté mellett: a maffia olyan csoport, amely garanciát tud adni az általa felügyelt cégek üzlettársainak arra, hogy a partnerük tartani fogja a szavát. Ennyiben a maffia olyan roppant hasznos tevékenységet lát el azokon a területeken, amelyeket az állami jogkikényszerítés nem ér el. (Más kérdés, hogy ezért a funkciójáért cserébe mit kér, hogy az így nyert hatalmát milyen más, az adott közösség számára már káros tevékenységekre használja ki.)

¹⁵ A matematikai modell ugyanaz, mint az 1.5. ábra esetén, csak itt a többletszankció, amit a szerződést megszegő fél elszenved, nem valamiféle „lelkiismereti költség”, hanem a későbbi elmaradt haszon.

2.3. Hírnév

Az ismétlődő üzletek egyik legfontosabb problémája az ún. utolsó játék probléma. Ha pontosan tudjuk azt, hogy hányszor ismétlődik, akkor az 1.1. ábra szerinti szerződésszegést nem tudjuk elkerülni. Tegyük fel, hogy tudjuk: pontosan 10 üzletet fogunk a továbbiakban kötni. A ismétlődő szerződések esetén a szankció az, hogy ha valaki ma szerződést szeg, akkor a partnere később nem üzletel vele. Ha azonban tudjuk, hogy pontosan 10 újabb üzlet lesz, akkor mi akadályozna meg valakit abban, hogy az utolsó szerződést megszegje? Viszont, ha tudjuk, hogy a tizediket a partnerünk meg fogja szegni, akkor a tizediket nem is fogjuk megkötni. De, ha biztos, hogy a tizedik nem jön létre, akkor a kilencedik esetén – ami ezek szerint az utolsó megköthető üzlet – mi jelentene ösztönzöt? Nem lesz további üzlet, nincs további szankcionálási lehetőség, tehát várhatóan meg fogják szegni a kilencedik ígéretet is. A kilencedik szerződést sem érdemes tehát megkötni. És így tovább a nyolcadikat, hetedeiket, hatodikát, stb. sem. Ha tudjuk, hogy pontosan hányszor ismétlődik majd a szerződés, akkor nem működik az előző szankcionálási rendszer, nem lesz együttműködés. Már az első időpontban sem. Ráadásul, az ismétlődő szerződések elvesztése viszonylag ritkán jelent valós fenyegetést – példánkban: a felek tudják, hogy az építető nem fogja házak tucatjait megrendelni a továbbiakban.

Ilyenkor segíthet egy fontos üzleti mechanizmus, a hírnév vagy a reputáció: igaz ugyan, hogy a két fél csak néhányszor (lehet, hogy csak egyetlen egyszer) üzletel, de az építész szeretne további házakat építeni másoknak is. Az egyik oldalon ott áll sok-sok (ad absurdum végtelen sok) potenciális üzleti partner, a másikon az építész. Ha a partnerek tökéletesen tájékozottak arról, hogy régebben az építész megtartotta-e az ígéreteit, akkor ismét előáll egy olyan helyzet, mint előbb: egyetlen megszegett ígéret végtelen sok üzlettől fosztaná meg az építészt. A megfelelő ösztönzés tehát csak azon múlik, hogy a cserélődő partnerek mennyi információjuk van. Ha a reputációs mechanizmus jól működik, ha az ígéret megszegése nem marad titokban, akkor az ígéretet nem éri meg megszegni.¹⁶

¹⁶ Érdemes itt utalni arra, hogy ez a mechanizmus sem véd tökéletesen az ún. utolsó játék problémával szemben. Ha az építész tudja, hogy az adott üzlet az utolsó üzlete és utána elhagyja a piacot, akkor a rossz hírnév már nem okoz többletköltséget, emiatt nem veszt el új üzletet.

2.4 Biztosíték – idioszinkratikus beruházás

Amennyiben nem is vagyunk bizonyosak abban, hogy partnerünket etikai ráhatással (vagy valamiféle csoportnyomással), ismétlődő üzletek lehetőségének felvillantásával, vagy éppen a jó hírvének rontásával fenyegetve rá tudjuk venni az ígérete teljesítésére, még akkor is marad egy nagyon fontos eszköz a kezünkben, hogy ne kelljen egyedül a bírósági szerződéskikényszerítésre hagyatkoznunk. Ez a biztosíték. A biztosíték, legegyszerűbb formájában valami olyan dolog, amit kézhez kapunk, és csak akkor adjuk vissza, ha az ígéretét a partnerünk valóban be is tartotta. Olyan, mint amikor túszt ejtünk.

Az üzleti viszonyok esetében ilyen biztosítékokat nem csak úgy tudunk szerezni, ha a másik átadja valamely tulajdonát (bár az is a szerződési jog fontos eleme, például a zálogjog esetén), hanem akkor is, ha a másik félnek ún. *specifikus (idioszinkratikus) beruházást* kell végrehajtania. Ez olyan beruházás, ami ugyan megtérül, ha az üzlet az eredeti tervek szerint teljesül, de annak meghiúsulása esetén, például, ha a beruházó félnek új üzleti partnert kell keresni, akkor messze nem ér annyit, mint az adott üzletben. A kvázijáradék éppen ezt a veszteséget fejezi ki: mennyit veszítünk azon, ha a szerződést felbontja a partnerünk (mennyibe kerül helyettest találnunk, mennyivel lesznek rosszabbak számunkra azok a szerződési kondíciók, amelyeket ilyenkor az új partnernél elérhetünk annál, mint amit a jelenlegi szerződés tartalmaz).

Tegyük fel, hogy a vevő nem fizette ki előre a ház teljes árát, ezzel szemben speciális igényei vannak. Ha végül az ingatlan nem felel meg azoknak, és ezért nem veszi át az épületet, akkor az építész megpróbálhatja ugyan másnak eladni¹⁷, de más csak 30-at lenne hajlandó fizetni érte. Az 50 és a 30 közötti különbség, vagyis 20 a szerződés idioszinkratikus eleme, a kvázijáradék: ha a szerződés nem teljesül, és az építésznek új vevőt kell keresnie, akkor ezt bukja el. De a helyzet persze fordítva is fennállhat. Tegyük fel, hogy az építész nem teljesít, ezért nekünk mást kell keresnünk helyette (vagy valakit, aki az épület befejezése után a javításokat, átalakításokat elvégezi), és ez a másik már nem 50-ért, hanem összesen 55-ért hajlandó csak elkészíteni az eredeti tervek szerint az ingatlant. A szerződés idioszinkratikus értéke részünkről 5. Ha ilyen idioszinkratikus beruházás, kvázijáradék mindkét fél részéről felmerül, akkor egyik félnek sem lesz érdeke megszegni a szerződést.

Érdemes itt kiemelni, hogy az idioszinkratikus költségekkel magyarázható az is, hogy miért nem szokás előre kifizetni a teljes árat: az építész ugyan kap valamennyi előleget, de összességében a munka általában előrébb tart, mint

¹⁷ Tegyük fel, hogy ezt megteheti, mert egy társasházi lakásról van szó, amelyet az építész a saját telkén épít!

a fizetés. Vagyis az építész nemcsak, hogy nem kap pénzt, amellyel elszaladhatna, ráadásul még veszítene is valamennyit, ha nem szerződészerűen teljesítene. Más kérdés, hogy itt viszont a vevő részéről fenyeget az, hogy ő nem teljesíti a szerződést, vagyis nem fizet. (Kérdés, hogy a munka befejezése miatti idioszinkratikus költség – ha nem fizet, akkor más drágább építésszt kell keresnie a befejezéshez – kellő visszatartó erőt jelent-e.)

A felek tehát arra töreksznek, hogy mindkét fél jelentős specifikus (idioszinkratikus) beruházással rendelkezzen. Amennyiben azonban ilyen specifikus beruházás csak az egyik félnél jelentkezik, akkor az nemhogy segítené, hanem éppen hogy akadályozza az üzlet teljesülését. Ha a vevő már fizetett, akkor mi akadályozná meg az építésszt, hogy a kész épület átadása előtt ne kérjen jelentős felárat. Ad absurdum lehetne ez akár 59,9 is. Ha a ház a vevőnek tényleg 60-at ér, akkor annak kulcsaiért ekkora összeget is hajlandó lenne kifizetni. Miért? Hiszen adott már 50-et – miért nem csak 9,9-et adna pluszként? Tegyük fel, hogy az építész tényleg 59,9-et kér. Ha a vevő kifizeti, akkor kap egy neki 60-at érő házat, amiért összesen 109,9-et fizetett, vagyis az üzleten összesen 49,9-et vesztett. Ha nem fizet, akkor nem kap a már kifizetett 50-ért semmit – vagyis 50-et veszít. Ha tehát egyoldalú az ilyen beruházás, akkor az kifejezetten növeli az ígéret megszegése (vagy az ezzel való zsarolás) révén elérhető nyereséget, és ezzel az ígéret megszegésére ösztönöz.¹⁸

A négy leggyakoribb nem jogi kikényszerítési formát (erkölcsi normák, hosszú távú üzleti kapcsolatok kialakítása, reputáció, kölcsönös specifikus beruházások) áttekintve láthattuk, hogy a szerződési jognak komoly alternatívái vannak: időnként más megoldások révén olcsóbban és hatásosabban léphetünk fel az ígéretszegőkkel szemben. Minél „rosszabb” a szerződési jog, annál fontosabbak ezek az alternatív eszközök. A továbbiakban éppen azt fogjuk áttekinteni, hogy mikor lesz „jó” vagy „rossz” a szerződési jog. De ne feledjük: a szerződési jog hiányait ezek a megoldások pótolhatják! Sőt, az érvelést meg is fordíthatjuk: ha ezek a megoldások jól működnek, akkor a szerződési jogra, az időnként meglehetősen költséges állami kikényszerítésre, a bíróságokra is kevésbé van szükség.

¹⁸ A helyzet egy kicsit bonyolultabb, ha a vevő tisztában van azzal, hogy a ház rajta kívül a többi potenciális vevőnek mennyit ér. Például, ha igaz, hogy a második vevő 30-at fizetne, akkor a kért felárat 30-ig le fogja tudni alkudni (hiszen ennél többet az építész nem kaphat érte). De ekkor is 80-at (50 + 30) fizet egy neki 60-at érő házzért. De ennek a felárnak a megfizetése is megéri neki – ennek bizonyítását ismét az olvasóra bízuk

2.5. A kikényszerítő személye: első, második, harmadik fél általi kikényszerítés

Az ígéretet tehát nagyon sok ok miatt tarthatja be az ígéretet tevő fél. Ellickson nyomán a joggazdaságtanban ezen különbség jellemzésére terjedt el az a megkülönböztetés, amelynek az alapkérdése, hogy *ki miatt* tartja be valaki az elvárt (mondjuk általa megígért, avagy éppen egy társadalmi vagy jogi előírásban foglalt) módon. Ennek alapján létezik az ún. *első fél általi kikényszerítés*, amikor azért cselekszik valaki úgy, mert maga a megfelelés az elvárásnak fontos számára. Ezt láttuk az erkölcsösség példáján. Az ún. *második fél általi kikényszerítés* lényege az, hogy azért tartja magát az elváráshoz, mert annak a szankciójától tart, akit ő megsérthet a nem megfelelő magatartásával. Mondjuk a másik fél valamilyen számára kellemetlen válaszlépést tehet, rongálhatja a hírnevét, visszamondhatja, másnak adhatja a későbbi megrendeléseit, stb.. *Harmadik fél általi kikényszerítésről* pedig arról beszélünk, amikor a sértett egy külső szereplő segítségét kéri. Tipikusan ilyen a jogrendszer, a bíróság. (Ellickson [1991]) Később többször látni fogjuk, hogy időnként a jog éppen azért nem nyújt védelmet a sértett félnek, hogy az önvédelmet, vagyis a második fél általi kikényszerítést ösztönözze ezzel.

3. A KÖZGAZDASÁGTAN SZEMLÉLETMÓDJA

Mielőtt hozzáfognánk a részletes elemzéshez érdemes egy első hallásra talán unalmasnak tűnő témára kitérni. A közgazdaságtan szemléletmódja sokban eltér a klasszikus jogi logikától. A joggazdaságtani elemzés (majdnem) mindig a jogintézmények ösztönző hatását keresi, azt, hogy racionális döntéshozók várhatóan miképpen reagálnak létükre vagy változásukra. Ezt a megközelítést nevezzük *pozitív joggazdaságtannak*. Ennek alapjait ismerhetjük meg az alfejezet első pontjában.

Létezik azonban egy normatív joggazdaságtani szemlélet is, amely elvárásokat fogalmaz meg és azok alapján értékeli az egyes jogintézményeket. Látjuk majd, hogy több, egymással ugyan szoros kapcsolatban álló, de nem teljesen azonos célt is meg tudunk fogalmazni. Attól függően, hogy melyiket választjuk, különböző jogintézményekről más-más értékelést tudunk adni. Mindegyikben közös azonban az, hogy a hatékonyságot keresi: a normatív joggazdaságtan a közgazdaságtan hatékonyságfogalmai alapján értékeli a jogintézményeket.

A joggazdaságtani elemzés eszközei közül külön is ki kell emelni az ún. intézményi választás logikáját: amikor a közgazdaságtan, a joggazdaságtan jogintézményeket elemez, akkor ezt mindig csak más jogintézményekkel (ha

tetszik: az alternatíváikkal) összevetve tudja megtenni. Emiatt a joggazdaságtan kérdésfeltevése olykor furcsa, logikája sokszor úgy tűnik, hogy a szokásos logikának éppen a fordítottja – ennek okát és ezt az egész könyvön végigvonuló módszert mutatjuk be az alfejezet harmadik pontjában.

3.1. Pozitív közgazdasági modellek: ösztönzők és a racionalitás problémája

A közgazdaságtani érvelés egyértelműen *ex ante* szemléletű. Ezen azt értjük, hogy a joggazdaságtani modellek általában az egyes bírósági döntések (vagy törvények) jövőbeni, ösztönző hatásaira helyezik a hangsúlyt. Ezeknek az ösztönző hatásoknak a felismerése segít abban, hogy felmérjük a jogintézmények várható hatásait – ez az ún. pozitív joggazdaságtan. Maga az elbírálandó eset a közgazdaságtan számára már megtörtént. A jogra a joggazdaságtan nem mint a múltbeli igazságtalanságot, jogtalanságot reparáló eszközként értelmezi.

A joggazdaságtan a jogrendszert elsősorban ösztönző rendszernek tekinti, a jogintézmények ösztönző hatásaira koncentrál. A jog bizonyos tevékenységeket drágábbá, kockázatosabbá tesz, másoknak a hozamát emeli. A *kereslet törvénye* szerint, ha valaminek az ára nő, akkor iránta a kereslet csökken. Ahhoz, hogy ezeket az ösztönzési hatásokat megértsük, tisztába kell kerülnünk azzal, hogy a közgazdaságtan által feltételezett racionális döntéshozó, vagyis a *homo oeconomicus* miképpen választja meg az egyes lépéseit.

Mindenekelőtt szögezzük le, a *homo oeconomicus* nem keverendő a pénzhajhász, materiális emberrel! A közgazdaságtan és azon belül a joggazdaságtan emberképe egyszerűen azt tételezi fel, hogy az embernek vannak bizonyos koherens (önellentmondás-mentes) preferenciái, és mindig minden helyzetben azt a megoldást választja, amely az ő preferenciái alapján jobbnak tűnik, amelytől jobban érzi magát.¹⁹ Ez a modell nem mond semmit arról, hogy az ember mit szeret jobban (mit helyez előbbre a preferenciarendezésében), nem állítja, hogy elsősorban (vagy kizárólag) a pénzben mérhető haszon érdekelné. Ezzel szemben, a „közgazdaságtan embere” két elvet tart szem előtt:

A választás mindig alternatívák között történik – soha semmit nem értékelhetünk úgy, hogy nem vizsgáljuk meg, milyen más lehetőségek lehettek volna! Ezeket az alternatívákat nevezi a közgazdaságtan helyettesítőknak vagy helyettesítő termékeknek.

¹⁹ A közgazdaságtanban erre a „jól érzésre” többféle kategória is létezik: hasznosság, jólét, haszon, stb. Mi ezeket a kategóriákat, mivel a közöttük levő filozófiai különbségek számunkra nem lényegesek, lehetőleg kerülni fogjuk.

Az egyes lépések költsége, mindig annak az alternatívának a haszna, amelyről lemondunk miatta. Ez utóbbi az alternatívaköltség vagy lehetőségköltség (*opportunity cost*).

Az alternatívaköltség vagy lehetőségköltség a közgazdaságtan számára a költség, az áldozat fogalmának alapja: amikor az egyik alternatívát választjuk, akkor emiatt lemondunk a másik hozamáról. A döntésünk költsége mindig az elmulasztott lehetőség, a lehetőségköltség. Ez egyben azt is jelenti, hogy amikor azt állítjuk, hogy csak olyan alternatívát fogadunk el, amelynek a hasznai meghaladják a költségeit, akkor ezzel azt is állítjuk, hogy egyetlen ilyen alternatíva van: a legjobb – hiszen annak a költsége éppen a második legjobb hozama. Ha a fentiekben azt állítottuk, hogy az építész 35-ből tudja felépíteni a házat, ez nem azt jelenti, hogy az anyagár és a munkadíj 35. Lehet, hogy az csak 30. A 35-ben az is benne van, hogy amennyiben nem ezt a házat építené meg, hanem egy másikat, akkor az a számára 5 hasznot hozott volna vagy amennyiben szabadságra megy, akkor az a számára 5-öt ért volna. A 35 az a legkisebb összeg, amivel rá lehetne venni, hogy éppen a mi házunkat építse meg, és ne mászt csináljon – az általunk ajánlott alternatívát válassza és ne mászt.

A közgazdaságtan költségfogalmának másik fontos jellegzetessége, hogy mindig a jövőbe tekint. A kérdés mindig az, hogy ezután mit kell, mit lehet tenni. Az, hogy a múltban mit tettünk csak annyiban érdekes, amennyiben befolyásolja, hogy a jövőben mit kell (még) tennünk, hogy mennyi hasznunk, örömünk lehet egy adott tevékenységből. Ha felidézzük az előző, idioszinkratikus költségekről hozott példát, jól megérthető ez. Ha az ár kifizetése után, de még az átadás előtt az építész felárat követel, akkor az összehasonlítás alapja a közgazdasági logika szerint egyszerűbb, mint amit az előző fejezet végén láttunk. Az összehasonlításban a már megtörtént lépéseket – a már kifizetett előleget, árat – már nem vesszük figyelembe: a döntés az, hogy hajlandók vagyunk-e kifizetni 59,9-et egy olyan házért, amely nekünk 60-at ér. Amit már kifizettünk az *elsüllyedt költség* – közgazdasági értelemben nem is költség.

Az elsüllyedt költség fontos a joggazdaságtan *ex ante* megközelítésének megértésében is. Az adott bírósági esetben elbírálandó ügy már a múlt – nem tudunk rajta változtatni. A kérdés az, hogy a mostani döntésnek milyen hatása lesz a jövőben: hasonló helyzetben hogyan döntenek a jövőben az emberek, hogyan reagálnak a mostani döntésre vagy éppen törvénymódosításra.

Az alternatívák összehasonlításakor az egyik legfontosabb probléma az idő: az egyes lehetséges helyettesítők nem ugyanakkor hoznak hasznok, és nem ugyanakkor követelnek áldozatot. Hogyan hasonlítsunk össze két alternatívát, amelyek közül az egyik nagyobb áldozatot követel most és nagyobb hasznot is hoz, mint a másik, de a másiktól viszont a kisebb haszon már korábban elérhető? A megoldás a közgazdaságtani modellben a diszkontálás vagy jelenérték-

számítás. Tegyük fel, hogy az a kérdés, hogy mennyit lennénk hajlandóak ma fizetni azért, ha valaki azt ígéri, hogy egy év (vagy bármilyen más adott későbbi időpontban) fizet nekünk 1000-et! Nyilvánvalóan nem leszünk hajlandók ma 1000-et adni azért, hogy később 1000-et kapjunk vissza – csak valamivel kevesebbet. Amennyit hajlandók vagyunk fizetni azért a jogért, hogy valaki egy év múlva 1000-et fizet nekünk az az egy év múlva kapott 1000 jelenértéke: az egy év múlva elérhető 1000-ért ma ennyit fizetnénk, ennyi a jelenlegi értéke. Ha az ajánlat úgy módosul, hogy nem egy év múlva, hanem kettő, öt, tíz év múlva fizetne nekünk 1000-et, akkor az összeg jelenértéke csökken. A diszkontálás lényege, hogy minden későbbi költséget vagy hasznot ki tudunk fejezni „mai pénzben”, ezért össze tudjuk vetni a mai áldozatokat a későbbi hasznokkal.²⁰

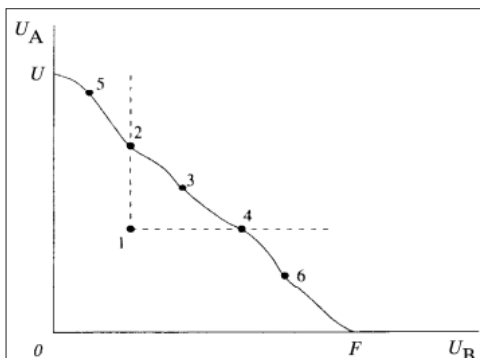
3.2. Normatív joggazdaságtan

A normatív közgazdasági elemzés kiindulópontja a *Pareto-hatékonyság*. Ennek sajnos két egymással összefüggő, és könnyen összekeverhető jelentése van. Két szereplő esetén egy *lépésről* (legyen az kormányzati lépés, jogalkotás vagy éppen két ember közötti interakció, csere) akkor mondjuk, hogy *Pareto-hatékony*, illetve, hogy *Pareto-javulást* jelent, ha vagy (a) mind a kettejük helyzetét javítja, vagy (b) egyikük helyzetét úgy javítja, hogy a másikat nem rontja. Általánosabban (több szereplőt feltételezve): egy lépés akkor jelent *Pareto-javulást*, ha senki helyzete nem romlik, de legalább egy valakéé javul. A javulás itt is – a racionalitás kapcsán már látott – szubjektív fogalom: akkor javul valakinek a helyzete, ha jobban érzi magát, mint azelőtt. Míg *Pareto-hatékony állapotról* akkor beszélünk, ha további *Pareto-javulás* már nem lehetséges, vagyis, ha olyan helyzetben vagyunk, hogy senkinek nem lehet a helyzetét úgy javítani, hogy másét ne rontsuk. A *Pareto-hatékonyság* nem állítja, hogy a jólét átcsoportosítása, vagyis, amikor valakinek a helyzetét mások kárára javítjuk, ne lenne igazolható – de ezt nem tekinti hatékonysági kérdésnek. A definíció etikailag

²⁰ A t -dik időpontban kapott pénz 1000 – legyen ez FV_t [future value]. Amennyit ma adnánk érte, a jelenérték PV [present value]. A kettő közötti összefüggés: $PV = \beta^t \cdot FV_t$, ahol β az ún. éves diszkontráta. Ez a t -dik hatványon van. Ennek oka, hogy a diszkontálás minden évre megtörténik. Tegyük fel, hogy valaki két év múlva akar fizetni 1000-et! Ennek a két év múlva esedékes összegnek a jelenértékét két lépcsőben kapjuk meg. Először azt kérdezzük, hogy egy év múlva mennyit érne (mennyit adnánk azért), hogy a második év végén kapjunk 1000-et. Amikor pedig látjuk, hogy egy év múlva mennyit érne (pontosan az éves diszkontrátával kevesebbet, mint amennyit a második évben kapnánk), akkor ezt az összeget (ami azt mutatja, hogy egy év múlva mennyit érne nekünk az, hogy rá egy évre megkapjuk az 1000-et, az FV_t) ismét diszkontáljuk. Két év esetén kétszer diszkontáltunk, ha a kifizetés t év múlva esedékes, akkor t -szer.

csak annyit követel, hogy amíg lehet valakinek a helyzetén úgy javítani, hogy közben más nem kerül rosszabb helyzetbe, addig azt tegyük is meg.

Tegyük azonban fel, hogy egy szabályozás miatt az egyik fél jóléte egy kicsivel csökken a másiké viszont sokkal nő! Amennyiben csak a *Pareto-elv* alapján akarunk állást foglalni, akkor azt kell mondani, hogy ez a megoldás nem támogatható. A problémát a 1.6. ábra mutatja be. Az ábrán a vízszintes tengely B személy, míg a függőleges tengely A személy jólétét jelzi. Az 1 pont a kiinduló helyzet. Értelemszerűen a vízszintesen jobbra (4 pontba), a függőlegesen felfelé (2 pontba) vagy a jobbra felfelé (3 pontba) elmozdulás *Pareto-hatékony*: egyik fél helyzete sem romlik, míg a másiké javul. Ezzel szemben, ha egy lépés következtében A személy helyzete javul, de B személyé romlik, vagyis az ábrán balra-felfelé (5 pont) mozdulunk vagy fordítva B személy jóléte nő, míg A-é csökken, vagyis jobbra-lefelé (6 pont) mozdulunk, akkor az elmozdulás nem jelent sem *Pareto-javulást*, sem *Pareto-romlást*. Ezeknek az újraelosztást jelentő helyzeteknek az értékeléséhez más elméletre van szükségünk. Ilyen lehet a kompenzációs kritérium.



6. ábra. *Pareto-javulás* és kompenzációs kritérium

A *Kaldor-Hicks-kritérium*, más néven a *kompenzációs kritérium* szerint egy olyan lépés is igazolható lehet, amikor van vesztes – feltéve, hogy a vesztes kevesebbet veszít, mint amennyit a nyertes nyer. Ezen jóléti kritérium szerint azokat a lépéseket kell hatékonynak tekinteni, amelyeken a nyertesek annyit nyernek, hogy képesek lennének kompenzálni a veszteseket a veszteségükért. Fontos a definícióban a feltételes

mód: *lennének*. A kompenzációs kritériumot éppen ez különbözteti meg a *Pareto-hatékonyaságtól*. Amennyiben a nyertesek ténylegesen kompenzálnák a veszteseket, akkor nem lenne szükség erre a kritériumra. A „vesztesek” nem veszítenének, hiszen a kompenzáció miatt a jólétük nem változna, míg a nyertesek – mivel a kompenzáció után is jobb helyzetben vannak – továbbra is nyertesek maradnának: nem lennének vesztesek, csak nyertesek, pontosan ahogyan azt a *Pareto-elv* követeli.

Vannak esetek, amikor a kompenzációs kritérium sem segít. Tegyük fel, hogy az a kérdés, hogy elvegyünk-e A-tól egy neki 100-at érő dolgot és odaadjuk-e B-nek, akinek ez ugyanúgy 100-at ér! A nyertes (B) ugyanannyit nyer, mint amennyit a vesztes (A veszít). Ezt a lépést már nem tudjuk a kompenzációs

kritérium alapján sem megítélni: a hatékonyság helyett már – elosztási, igazságossági – szempontokat kell figyelembe venni. Lássunk erre egy másik példát! Ha a kezdeti építési példánkban, ahol a ház az építetőnek 60-at ér, az építész pedig 35-ért tudja felépíteni, akkor az, hogy az ár 45, 50 vagy 55 lesz-e, csak annyi változást jelent, hogy több vagy kevesebb pénz kerül a vevő zsebéből az építészébe. Az ár emelések vagy csökkentések új érték nem jön létre: amit az egyik megnyer, azt a másik elveszíti. Az ármeghatározás játék zéróösszegű – mondja a közgazdaságtan.

Ezeknél az elosztási, zéróösszegű játékoknál is megjelenhet azonban hatékonysági probléma. Ennek a többletnek (amit, vegyük észre, egyszerűen a partnerétől vesz el az egyik fél) a megszerzéséért a felek erőforrásokat használnak fel. Az egyébként is szűkös időnk, energiánk, eszünk, stb. egy részét nem arra használjuk, hogy új értéket termeljünk, hanem arra, hogy kitaláljuk, miképpen tudjuk a másiktól elvenni azt, ami egyébként neki jutna. Ezt az erőforrás-pazarlást nevezi a közgazdaságtan *járadékvadászatnak*. Az a többlet pedig, amely egyszerűen egyik embertől a másikhoz kerül *járadék*. A járadék az az összeg, amelynek nincs ösztönző hatása, amely nem befolyásolja a döntést, csak valaki jólétét növeli (a másikat pedig csökkenti). Technikailag: a járadék a második legjobb alternatíva hozama (ami ugye a mostani választásunk költsége) fölött kapott összeg.²¹ A *járadékvadászat*, amely ugyan a nyertes jólétét növeli, de mivel a járadék nem befolyásolja a szolgáltatás nyújtására vonatkozó döntéseit, így értéket nem termel.

Miért nem jelent ösztönző hatást, miért járadék az, ha magasabb vagy alacsonyabb az ár – miért nevezzük az ármeghatározás körüli alkudozást *járadékvadászatnak*? Tudjuk, hogy az építész akkor is vállalkozna a házunk megépítésére, ha csak 35-öt kapna. Semmivel nem jelent nagyobb ösztönzést az ő számára az, ha nem 50-et, hanem 55-öt kap – a második legjobb alternatíva értéke ugyanúgy 35 marad, így is, úgy is az adott házat építi meg. A plusz 5 nem befolyásolja a döntését.

²¹ A korábbiakban már talákoztunk a kvázijáradék kifejezéssel. A kvázijáradék az a többlet, amelyet egy már élő szerződés hoz: ennyivel nagyobb a hasznunk, jólétünk annál, mintha a szerződést felbontanánk, és új partnert kéne keresni. A kvázijáradék és a „normális” járadék között az a különbség, hogy a járadék *ex ante* a szerződés megkötése előtt is jelentkezik, ennyivel hoz a legjobb szerződés többet, mint a második legjobb. A kvázijáradék pedig *ex post* a szerződés megkötése után jelentkezik – a kettő közötti különbség származhat például a specifikus beruházásokból vagy éppen abból, hogy az alternatívák időközben megváltoznak.)

3.3. Az intézményi választás logikája

A normatív elemzés egyik speciális eszköze az intézmények közötti választás, amikor eldöntjük, hogy melyik intézmény teremt hatékonyabb (vagyis a Pareto-hatékony helyzet megteremtésére nagyobb valószínűséggel képes) ösztönzőket. Ez az elemzés azonban időnként a „klasszikus” logika megfordítását követeli.

Láttuk már eddig is – például az első két alfejezetben, amelyben az ígéretek kikényszerítési lehetőségeit vettük számba –, hogy az egyes problémák általában több eszközzel is kezelhetők. Az ígértek kikényszeríthetők a második és a harmadik fél által is. Más esetben látjuk majd, hogy egy adott helyzetet tekinthetne a jogrend jogellenes fenyegetésnek vagy éppen a másik helyzetét kihasználó uzsorás szerződésnek.

A klasszikus logika általában egy fogalom, egy jogi kategória definiálásával indít (mondjuk, meghatározza, hogy mit ért jogellenes fenyegetésen, vagy szerződésszegésen) – ennek alapján eldönthetjük, hogy az adott eset belefér-e az adott fogalom körébe. Ha a válasz igen (például egy adott lépés jogellenes fenyegetés), akkor az adott fogalomhoz rendelt jogkövetkezményt alkalmazzuk (vagy bizonyos jogintézmények esetén csak alkalmazhatjuk). A joggazdaságtan azokra az ösztönző hatásokra figyel, amelyeket ez a jogkövetkezmény von maga után.

Az intézményi választás logikája fordítva közelíti meg a problémát: a kiindulópont itt ugyanis az, hogy a hatékonyságra (vagy más célra) tekintettel először azt kérdezzük, hogy mire kellene ösztönözni az adott helyzetben a döntéshozót, döntéshozókat. Ha ezt tudjuk, akkor meg kell keresni azt a jogi kategóriát, amelynek a várható jogkövetkezmenyei az adott esetben ezt az ösztönzést eredményezik. És csak az utolsó elem a fogalom definiálása, vagyis annak meghatározása, hogy az adott jogi kategória jelentése mi is. Ha tetszik: ez a logika nem az egyes jogi szituációkhoz rendeli a megfelelő következményt, hanem annak alapján határozza meg, hogy mi is legyen a definíció (például mi legyen uzsora vagy fenyegetés), hogy milyen várható jogkövetkezményt akarunk elérni.

Az intézményi választás logikájában nemcsak a fordított kérdésfeltevésnek, hanem a várható szónak is nagy jelentősége van. Az intézményi választás mindig szem előtt tartja a bizonyítási nehézségeket, a bírósági tévedés esélyét, és azt, hogy milyen jogi, bírósági eljárással, milyen költséggel csökkenthető ez. Többször látunk majd olyan helyzetet, amikor a bírósági eljárás költségei tartanak majd vissza attól, hogy egy jogi kategória kiterjesztését javasoljuk egy-egy helyzetre.

4. A SZERZŐDÉSI SZABADSÁG

A szerződési szabadság a szerződési jog kiindulópontja. Ez az arkhimédészi pont, amelyhez mindent viszonyítunk. Így tesz a joggazdaságtan is: itt is a szerződési szabadság kérdéséből kell kiindulni. Csakhogy itt ez nem hivatkozási alap, hanem maga az első kérdés. A joggazdaságtan első feladata annak bizonyítása, hogy a felek szabad megállapodása az esetek többségében a társadalom számára optimális végeredményt hoz. Miért gondoljuk, hogy szerencsés, ha ez a kiindulópont és mondjuk nem az, hogy az állam előírja, hogy ki kivel milyen üzleteket bonyolítsion? Megpróbáljuk azonosítani azokat a feltételeket, amelyek mellett az alku társadalmilag optimális – a közgazdaságtan elnevezésével: *Pareto-optimális* – megoldáshoz vezet. Erről szól az ún. *Coase-tétel*.

4.1. A Coase-tétel

A *Coase-tétel* az 1960-as évek óta a közgazdaságtan egyik alapfogalma lett. Eredetét ugyan Coase társadalmi költségekről szóló cikkére vezetik vissza (Coase [1960/2004]), de valójában annak alapján a későbbiekben mások fogalmazták meg.²² Napjainkban a közgazdaságtan általában a *Coase-tétel* két formája között tesz különbséget: a gyenge (hatékonysági) és az erős (invariancia) tétel között.

A *gyenge (hatékonysági) Coase-tétel* azt mondja ki, hogy amennyiben

(a) az alkuban résztvevő felek jogai *ex ante* pontosan szabályozottak és ismertek, valamint

(b) a tranzakciós költség nulla, akkor

a felek szabad alkuja révén létrejövő végeredmény mindig *Pareto-hatékony* lesz.

Ezzel szemben az *erős (invariancia) Coase-tétel* értelmében: amennyiben

(a) az alkuban résztvevő felek jogai *ex ante* pontosan szabályozottak és ismertek,

(b) a tranzakciós költség nulla, valamint

(c) a vagyonhatás nem jelentős, akkor

a felek szabad alkuja révén létrejövő végeredmény mindig *Pareto-hatékony* és mindig ugyanaz lesz, függetlenül attól, hogy kezdetben melyik félnek milyen jogai voltak.

A két tétel értelmezéséhez természetesen tisztában kell lennünk a megjelenő fogalmak jelentésével. A *Pareto-hatékonyság* fogalmát fent már láttuk. A *Coase-tétel* mindkét változata abból indul ki, hogy a felek jogai pontosan szabályozottak. Akkor beszélünk erről, ha mind a két fél pontosan tudja, hogy

²² A legismertebb – és Coase által is támogatott – formája Stigler [1966] p. 113.

mije van, ha tudják, hogy valami eleve adott vagy az alku során azt a másik féltől kell megszerezniük. Induljunk ki Coase [1960/2004] sokat emlegetett példájából! Egymás mellett lakik egy állattenyésztő, aki marhacsordát tart és egy növénytermesztő gazda. A jogok pontos szabályozása azt jelenti, hogy mind a két fél tudja, hogy amennyiben a csorda kárt tesz a veteményben, akkor a költséget kinek kell viselnie: az állattartónak kell-e kártérítést fizetnie, vagy a növénytermesztőnek el kell-e viselnie az állatok okozta költségeket.²³

A *tranzakciós költség* jelentésére később visszatérünk, de egyelőre definiáljuk úgy, hogy ez foglal magába minden olyan költséget, amely miatt egy kölcsönösen előnyös megállapodás megghiúsulhat. Kölcsönösen előnyös egy megállapodás, ha mindkét fél olyan szolgáltatást, dolgot, jogot nyújt benne, amelynél többre értékeli a partnere által nyújtott ellenszolgáltatást. Ha egy egyszerű adásvételi szerződésről beszélünk, akkor az abban az esetben kölcsönösen előnyös, ha az ár meghaladja azt az értéket, amelyet az eladó minimálisan kérne (másként: azt a minimális összeget, amiért már hajlandó lett volna eladni az adott dolgot), és elmarad attól az összegtől, amennyit a vevőnek maximálisan megérne (vagyis attól a legmagasabb összegtől, amit a vevő még éppen kifizetett volna érte). Egyelőre tranzakciós költségnek tekintünk minden olyan problémát, amely miatt egy dolog, ami a vevőnek többet ér, mint az eladónak, mégsem cserél gazdát.

A gyenge *Coase-tétel* azt állítja, hogy ha a jogokat pontosan definiáltuk, és nincs tranzakciós költség, akkor a felek szabad alkuja, vagyis a szerződési szabadság révén *Pareto-hatékony* állapotot fogunk elérni. Végző soron a tétel nem állít mást, minthogy minden olyan dolog, jog, stb. gazdát fog cserélni, amely a vevő számára többet ér, mint az eladó számára.

1.1. táblázat. A marhák hasznai és költségei

| | Az állattartó haszna | A növénytermesztő költsége |
|-----------|----------------------|----------------------------|
| 1. marha | 17 | 4 |
| 2. marha | 15 | 4 |
| 3. marha | 13 | 4 |
| 4. marha | 11 | 4 |
| 5. marha | 9 | 4 |
| 6. marha | 7 | 4 |
| 7. marha | 5 | 4 |
| 8. marha | 3 | 4 |
| 9. marha | 1 | 4 |
| 10. marha | -1 | 4 |

²³ Még pontosabban: nemcsak általában lehet ezt tudni, hanem adott esetben is.

Az erős (invariancia) tétel ennél tovább megy. *Pareto-hatékony* állapotból ugyanis nagyon sok van: minden olyan helyzet *Pareto-hatékony*, amelyek között már csak átcsoportosítással tudunk mozogni. Coase mezőgazdasági példájánál maradvá: a gyenge tétel nem tagadja, hogy amennyiben a jogokat kezdetben az állattenyésztőnek adjuk, akkor más végeredmény alakulhat ki (több marhát tarthatnak, és kevesebb növényt termeszthetnek), mint ha a jog kezdetben a növénytermesztőé lenne. Az invariancia tétel azonban azt állítja, hogy a jogok kezdeti elosztása nem befolyásolja a végeredményt: így is, úgy is ugyanakkora lesz a csorda és a bevetett terület is. Lássunk egy egyszerű számpéldát ennek megértésére! Az 1.1 táblázat azt mutatja, hogy egy-egy újabb marha mennyivel növeli az állattartó jólétét, és mennyivel növeli a veteményben várhatóan bekövetkező kárt. Feltételezzük, hogy a sokadik marha már kevesebb hasznot hoz, mint az első – például mivel az ellátásuk drágább.²⁴ Másik oldalról – az egyszerűség kedvéért – feltesszük, hogy egy-egy újabb marha ugyanakkora kárt okoz. A 8. marha költsége és haszna azt mutatja, hogy mennyivel nő az állattartó haszna, illetve a veteményben okozott kár, ha 7 helyett 8 marhából áll a csorda.

Az egyszerűség kedvéért tegyük fel, hogy kezdetben a növénytermesztőt védi a jog, pontosabban valami olyasmit mond ki, hogy „az állatállomány nem tehet kárt más terményében, kivéve, ha erről előzetesen külön meg nem állapodtak”.²⁵ Ekkor az alku kiindulópontja az, hogy nincs károkozás, az állomány 0. Azonban az első marha az állattartónak 17-et ér, míg a növénytermesztőnek csak 4 költséget okoz. Vagyis, minden olyan megállapodás kölcsönösen előnyös lenne, amelyben az állattartó minimum 4-et és maximum 17-et fizet cserébe azért, hogy egy marhát tarthasson. Ha az első marha már megvan, akkor a második marhánál ugyanez a helyzet: minimum 4 és maximum 15 egységnyi áron kölcsönösen előnyös a második marha engedélyezése is. És így tovább egészen a hetedik marháig: a hetediknél még az állattartó haszna, a nyolcadiknál már a növénytermesztő költsége a nagyobb. Ha tehát kezdetben a növénytermesztőt védi a jog, akkor végül a csorda hét marhából áll majd.

Az invariancia tétel azt állítja, hogy amennyiben megfordítjuk a jogok kezdeti elosztását, akkor a végeredmény ugyanez kell legyen. Példánkban: ha most az állattartó joga annyi állatot tartani, amennyit akar, a növénytermesztőnek pedig kompenzáció nélkül kell túrnie, viselnie ez ezzel járó költséget, akkor az állatállomány ugyanúgy hét marhából állna. Lássuk miért! Az elemzés

²⁴ Feltesszük tehát, hogy érvényesül a csökkenő határhaszon. A tétel igazolására itt nem kerítünk sort. Érdeklődők és kételkedők számára ajánlható Heyne et al. [2004] 3. fejezet.

²⁵ Kicsit bonyolultabb modellel belátható az is, hogy az itt elemzett előzetes alku, vagyis, amikor csak akkor lehet marhát tartani, ha ehhez a szomszéd hozzájárul és a kártérítési modell, amikor ugyan lehet marhát tartani csak a kárt (példánkban minden marha után 4-et) meg kell fizetni, ugyanahhoz a végeredményhez vezet. Ennek belátását az olvasóra bízunk.

kiindulópontja itt is az, hogy megvizsgáljuk, mi lenne a helyzet alku nélkül. Látszik, hogy az állattartó kilenc marhát tartana – a tizedik már nem éri meg neki. Viszont, amennyiben a kölcsönösen előnyös tranzakciót nem akadályozza semmi (tranzakciós költség nincs), akkor most a növénytermesztő fogalmazhat meg ajánlatot: fizet minimum 1-et, de maximum 4-et azért, ha az állományt nyolcra csökkentik (eladják, vagy bármilyen más módon kivonják az állományból a kilencedik marhát). Mivel ez kölcsönösen előnyös, folytatódhat az alku a nyolcadik állatról – itt is lesz kölcsönösen előnyös ár: 3 és 4 között. A hetedik marha kapcsán azonban már nem érkezhetsz kölcsönösen előnyös ajánlat, mert az már nagyobb hasznot hoz az állattartónak, mint amennyi költséget a növénytermesztő elszenvet miatt. A végeredmény tehát ismét hét marha, ahogyan azt az invariancia tétel követelte.

Ismét fontos egy pillanatra megállni: az invariancia a termelés mennyiségére, ha tetszik a szerződés volumenére vonatkozik – az igenis változik (nem invariáns), hogy melyik fél milyen anyagi helyzetben kerül ki az alkuból. Világos, hogy amennyiben a jog kezdetben a növénytermesztőé volt, az számára előnyös, hiszen a hét marháért ő kap kompenzációt: minimum $7 \times 4 = 28$ -at, ami a költségét fedezi, de inkább annál többet, illetve megússza a nyolcadik és a kilencedik marha által okozott kárt. Ezzel szemben, ha a jog az állattartót védi, akkor a 28 egységnyi kárt a növénytermesztőnek kell viselnie, ráadásul azért is fizetnie kell minimum 4 egységet, hogy a nyolcadik és a kilencedik marha által okozott költséget elkerülje.

Ez utóbbi, az elosztási hatás az, amely további problémákat okozhat. Éppen ezért az invariancia tételt Stigler [1966] eredetileg is úgy mondta ki, hogy a jogok kezdeti elosztása akkor nem hat a végeredményre, ha az ún. *vagyonhatástól* is eltekintünk. A vagyonhatás lényege az, hogy amennyiben valaki egy adott dologgal (joggal) rendelkezik, akkor magasabbra fogja értékelni ezt (többet fog érte kérni), mintha a másik rendelkezne vele (és neki kéne megvennie).

A szerződési szabadságról – a *Coase-tétel* értelmében – tehát annyit mondhatunk, hogy annak biztosítása esetén a szerződő felek hatékony döntéseket fognak hozni; az összes kölcsönösen előnyös lehetőséget kiaknázzák. De a *Coase-tétel* felhívja a figyelmet arra is, hogy amennyiben valóban nem lenne tranzakciós költség, akkor a jogi megoldás érdektelen lenne: teljesen mindegy, hogy kinek adjuk jogot, a végeredmény (a haszon, a jólét elosztásától eltekintve) ugyanaz lenne.

Coase [1960/2004] legfontosabb mondanivalója azonban éppen az, hogy tranzakciós költség mindig van. Éppen ezért maga a negatív jog, vagyis a szerződési szabadság, önmagában még nem biztosítja a *Pareto-hatékonyságot*, vagyis az összes kölcsönösen előnyös csere megvalósulását. A joggazdaságtan és a jog kérdése éppen az, hogy mi történjen, ha a tranzakciós költség magas.

Két kézenfekvő válasz adódik: (i) vagy a szerződési jogot kell úgy megalkotni, hogy a tranzakciós költséget csökkentse; vagy (ii) olyan szubsztantív jogszabályokat kell alkotnunk, amelyek a felek között úgy rendezik el a jogokat, hogy azok – alku nélkül – se térjenek el nagyon a hatékony megoldástól.

A *tranzakciós költséget minimalizáló* megoldás áttekintéséhez tétélezzük fel, hogy az egyetlen ilyen költség az, hogy olyan szerződést kell megfogalmazni, amit a bíróság biztosan (és a károsult számára minden további költség nélkül) ki fog kényszeríteni! Lássuk, mit jelent az, ha ez a tranzakciós költség 8 minden egyes marha esetén, illetve mi történik, ha sikerül ezt 2-re csökkenteni! A tranzakciós költséget ugyan valamilyen módon megosztva viseli az állattartó és a növénytermesztő, de induljunk ki a legegyszerűbb, szélsőséges esetből: valamelyik fél, például az állattartó, egyedül állja azt. Lássuk, miképpen befolyásolja a végeredményt, ha a tranzakciós költség 8, és a jog a növénytermesztő mellett áll! Miképpen hat ez a harmadik marháról folytatott alkura, ha az első kettőről már megegyeztek? A maximális ár ugye 13 lenne, míg a minimális 4. Ha az állattartónak kell állnia a tranzakciós költséget, akkor az az összeg, amit maximálisan fizetne 5-re csökken, $13 - 8 = 5$. Ez az alku még létrejön. De a negyedik marháról már nem tudnak megegyezni: a maximális ár 3-re csökken.²⁶ Mi történik, ha a jogrendszer átalakul, és lecsökken a tranzakciós költség marhánként 2-re. Az előzőeket alkalmazva belátható, hogy az alku a negyedik, az ötödik. és a hatodik marha esetén is működik – csak a hetedik marháról nem sikerül majd megállapodni. Az alacsonyabb tranzakciós költség, tehát kevesebb kölcsönösen előnyös cserét akadályoz.

Fordítsuk meg a kiinduló helyzetet: induljunk onnan, hogy az állattartó tart annyi marhát, amennyit akar! Láttuk: kilencet akar majd. Itt a 8 egységnyi tranzakciós költség már a marhák számának kilencről nyolcra csökkentését sem teszi lehetővé. Ezzel szemben, ha a tranzakciós költség 2-re csökken, akkor legalább egyel, nyolcra csökken a marhaállomány.

A tranzakciós költség csökkentése tehát javítja a helyzetet. De amíg az nem csökken kellően kicsire (példánkban 1 alá), addig mindig lesz olyan kölcsönösen előnyös megállapodás, szerződés, ami elmarad miatta.

Most induljunk ki abból, hogy a tranzakciós költséget nem lehet 8 alá csökkenteni. Bár a *Coase-tétel* szerint – tranzakciós költségek hiányában – mindegy lenne, hogy ki kapja a jogot, most nem az. A megoldás itt az, hogy megfelelő szubsztantív szabályt alkotunk, *megfelelő személynek adjuk a jogot*. Ha a növénytermesztő kapja, akkor az alku megáll három marhánál, ha az állattartóé

²⁶ A helyzet akkor sem változik, ha a tranzakciós költséget a növénytermesztő viseli. Ez a minimális árat növeli: 12-re, $4 + 8 = 12$. Ugyanígy csak a harmadik marháig működik az alku. Egyszerűen belátható, hogy bármilyen megosztásban állják is ezt a költséget, az alku a harmadik marháig tart.

a jog, akkor a csordában kilenc marha lesz. Látjuk, hogy egyik sem a legjobb megoldás, vagyis amikor hét marha van, de a két megoldás nem ugyanolyan mértékben marad el attól. Amennyiben a jog a növénytermesztőé, vagyis a végeredmény három marha lesz, akkor a kár, az elmaradt társadalmi többlet 16. Ezt úgy kapjuk, hogy megvizsgáljuk, hogy milyen költségek és hasznok maradnak el akkor, ha nem a hatékony hét, hanem csak három marhából áll az állomány. A haszonoldalon a négy marha által okozott egyenként négyegységnyi, vagyis összesen 16 egységnyi kár megelőzése áll, míg a költségoldalon az a 32 egységnyi elmaradt haszon, amelyet ezen a négy marhán az állattartó nyerne. ($32 = 11 + 9 + 7 + 5$) Ezzel szemben, ha a jog eredetileg az állattartó oldalán áll, akkor a nem hatékony megoldásból származó kár 4. A fölöslegesen jelentkező kár a nyolcadik és a kilencedik marha miatt 8 egység, míg ez a két marha csak 4 egységnyi hasznot hajt az állattartónak.

Mivel a tranzakciós költség ilyen fontos szerepet játszik, így elengedhetetlen, hogy viszonylag pontosan definiáljuk, illetve átgondoljuk, hogy mit tehetünk – a két válaszlehetőség közül az elsővel élve – annak érdekében, hogy csökkentjük az alku útjában álló ilyen akadályokat. Ez elvezet a szerződési szabadság új fogalmához is. A szerződési szabadságot általában negatív értelemben fogjuk fel, vagyis azt mondjuk ki, hogy a jogrendszer ne akadályozza meg, vagy ne tegye kötelezővé egyes szerződések megkötését. Ezzel szemben a *Coase-tétel* alapján a szerződési szabadságot pozitív értelemben is megfogalmazhatjuk: a szerződés akkor lehetséges, ha a tranzakciós költség alacsony, vagyis a szerződési szabadság, mint a jogrendszerrel kapcsolatos normatív elvárás megfogalmazható úgy is, hogy szorítsa le, tartsa alacsonyan a tranzakciós költségeket.

4.2. Tranzakciós költség és csökkentése – a bíróságok, a vállalatok szerepe, disz pozitív szabályok

Az előző fejezetben meglehetősen pontatlanul határoztuk meg, mit értünk tranzakciós költségen. Nem életszerű például azt feltételezni, hogy amennyiben két marháról akarunk megállapodni, az kétszer annyiba kerül, mintha egyről, ahogyan ezt az előbb tettük. A legpontosabb definíció, amit eddig adtunk, az volt, hogy minden olyan problémát tekintünk a tranzakciós költség részének, amely akadályozza a kölcsönösen előnyös megállapodást. A tranzakciós költségről meglehetősen sok elmélet létezik²⁷, itt csak a legnagyobb hatásút foglaljuk össze.

Williamson [1979/2007, 1985] az ún. *tranzakciós költségek közgazdaságtanának* legmeghatározóbb alakja. Ő a tranzakciós költségeket nem úgy fogta fel,

²⁷ Ezek áttekintéséért lásd Allen [2000].

ahogy fentebb mi: nem az érdekelte, hogy mekkora a pontos értékük, hanem inkább az foglalkoztatta, hogy a nagyságuk megakadályozza-e egy kölcsönösen előnyös csere létrejöttét. Modellje szerint három olyan probléma van, amelyek együttes fennállása esetén elmaradhat egy kölcsönösen előnyös szerződés – ekkor mondhatjuk, hogy a tranzakciós költség magas. Ezek:

(i) Magas az idioszinkratikus beruházások szintje.

(ii) Nem lehet teljes szerződést kötni.

(iii) Fenyegyet a másik fél opportunistá viselkedése.

Az idioszinkratikus beruházások definícióját láttuk (olyan beruházás, amely csak az adott szerződéses kapcsolatban térül meg, vagyis olyan hasznot hoz, amelyet egy másik szerződésben nem lehetne megkapni). Ha magas az idioszinkratikus költség, akkor a szerződés felmondása miatti a veszteség magas lenne.

A magas veszteség önmagában még nem jelentene gondot, ha a szerződés felbontásának minden kérdése rendezve lenne a szerződésben.²⁸ A teljes szerződés azt jelenti, hogy a szerződés minden olyan lehetőséget előre szabályoz, amely zavart okozhat annak élettartama alatt; illetve megoldást is tartalmaz az ilyen problémákra. Ezek némelyikének felbukkanása azonban meglehetősen valószínűtlen, sőt időnként előre sem lehet látni őket. Amennyiben a szerződés teljes, akkor a magas idioszinkratikus beruházás nem okoz gondot, mert akkor abban rendezni fogják, hogy a szerződés felbontása esetén a kieső haszonért, felmerülő többletköltségért cserébe milyen kárpótlást kap a beruházást végrehajtó fél.²⁹

²⁸ Williamson a nem teljes szerződéseket a korlátozott racionalitásra vezeti vissza, de a teljesség hiányához ezt nem kell feltennünk. A jövőre vonatkozó információk költséges volta is magyarázhatja.

²⁹ Arról, hogy mit jelent a teljes szerződés jelen pillanatban két, egymással nem teljesen kompatibilis közgazdaságtani definíció létezik. A *joggazdaságtani elemzés* szerint egy szerződés akkor teljes, ha minden helyzetben világos, hogy mit kell a feleknek tenniük. Ezzel szemben a közgazdaságtan ún. *szerződéselméleti* irodalmában egy szerződés csak akkor teljes, ha az minden helyzetet hatékonyan is szabályoz, vagyis nem kell azt újratárgyalni bármilyen helyzet is következhet be. Például, ha egy szerződés csak annyit mond ki, hogy a szállító meghatározott árért, meghatározott minőségben, meghatározott napon teljesít, akkor ez a joggazdasági irodalom szerint teljes szerződésnek tekinthető – feltéve, hogy ezt a passzust úgy értjük, hogy nem következhet be semmi, amely miatt a szolgáltatónak a jog, a bíróság akár haladékok, akár bármilyen más kedvezményt adna. Akkor sem, ha a helyzet úgy alakul, hogy a teljesítés a megadott feltételekkel hatalmas veszteséget okoz neki. E szerint a nézet szerint nem sérti a teljes szerződés elvét az, ha a két fél úgy dönt, hogy a szerződést újratárgyalja, módosítja az árat, a határidőt vagy a minőséget. A szerződéselméleti irodalom szerint, ha ilyen újratárgyalásra sort kell keríteni, akkor ez már nem teljes szerződés, hiszen olyan helyzet állt elő, amelyben az eredeti megállapodás nem bizonyult hatékonynak, kölcsönösen előnyösen lehet rajta változtatni – mint azt éppen az újratárgyalás, a szerződés módosítás ténye mutatja.

Problémát az jelent, ha egy nem szabályozott esetben jelentkezik nagy veszteség. Ilyenkor az a kérdés, hogy mit várhatunk a másik féltől. Lehet, hogy megpróbál visszaélni a helyzetünkkel, és megpróbál a mi kárunkra minél nagyobb nyereséggel (minél kisebb veszteséggel) távozni. Ez az ún. *opportunist magatartás*. Ha bízhatunk a másikban, hogy ilyen esetben is kooperatív magatartást tanúsít majd, akkor hajlandók leszünk olyan megállapodásokat is megkötni, amelyekben sokat bukhatunk. Azonban, ha a három probléma egyszerre fennáll, akkor elmaradnak kölcsönösen előnyös megállapodások is.

Természetesen a jogrendszer, illetve az előbb bemutatott nem jogi megoldások segítségül hívhatók akkor is, ha magas a tranzakciós költség. Azonban minden ilyen intézmény költségekkel jár (ki kell őket alakítani, fenn kell őket tartani, stb.). Williamson [1979/2007] modelljében az, hogy megéri-e ezt a költséget felvállalni, attól függ, hogy az üzlet milyen gyakran ismétlődik: minél gyakoribb egy tranzakció, annál inkább megéri annak szabályozására megfelelő jogi vagy egyéb intézményt életre hívni. Az 1.2. táblázat egy egyszerű sémát mutat be arról, hogy különböző tranzakciók esetében mi a tipikus (véltetően leghatékonyabb) válasz. A táblázat feltételezi, hogy az abban szereplő tranzakciók esetén nem lehet teljes szerződést kötni, és nem bízhatunk abban sem, hogy a másik nem lép fel opportunistá módon. Ezért a különböző tranzakciók csak abban térnek el, hogy milyen specifikus (idioszinkratikus) beruházásokat követelnek, illetve hogy mennyire gyakoriak.

1.2. táblázat. A kereskedelmi tranzakciók típusai és a hozzájuk tartozó irányítási struktúrák

| | | Beruházási jellemzők | | |
|------------|---------------|---|---|-----------------------|
| | | Nem specifikus | Vegey | Idioszinkratikus |
| Gyakoriság | Alkalmankénti | Piaci irányítás (klasszikus szerződés) | Háromoldalú szerződés (neoklasszikus szerződés) | |
| | Rendszeres | | Kétoldalú irányítás* | Egyesített irányítás* |

* kapcsolati szerződés

Forrás: Williamson [1979/2007]

Mint az 1.2. táblázatban látszik, Williamson Macneil [1974] nyomán négy intézményi formát különböztet meg a klasszikus és a neoklasszikus szerződést, illetve a kétoldalú irányítást és az egyesített irányítást.

A *klasszikus szerződés* felel meg annak, amit a szerződésről általában gondolni szoktunk: a bíróság egyszerűen kikényszerítik azokat. Ebben a modellben a felek rendelkeznek arról, hogy különböző jövőbeni események bekövetkezése esetén mi lesz a teendő – a klasszikus szerződést ezért minden lehetséges jövőbeli helyzetre kiterjedő szerződésnek (*contingent-claims contracting*) is nevezzük. A felek

által megtárgyalt szerződés azonban ebben az esetben sem tartalmaz minden helyzetre megoldást – a szerződés mindig több elemet tartalmaz, mint amiben a felek megállapodtak. A jogrendszer vállalkozik arra, hogy az ilyen lyukakat a szerződésben *disz pozitív szabályokkal* töltsse ki. A disz pozitív szabályok olyan szabályok, amelyeket a bíróság akkor fog alkalmazni, ha a szerződésben nem talál konkrét, attól eltérő rendelkezést. De ezeket a szabályokat a felek felülírhatják: ha nem megfelelő az elv, amelynek alapján a bíróság vélhetően dönteni fog, vagyis nem megfelelő a disz pozitív szabály, akkor mindig lehetőség van arra, hogy a szerződésben kiterjenek az adott problémára, és más megoldásban állapodjanak meg. Elsőre furcsán hangozhat, de a továbbiak miatt fontos, hogy kiemeljük, hogy ebben az esetben a partnerek egymástól függetlenek, személyük nem fontos (a bíróság a szerződés tartalmát kényszeríti ki, függetlenül attól, hogy kik az azt megkötő felek). A bíróság feladata itt egyszerűen a szerződés (és a szerződés által felül nem írt disz pozitív szabályok) kikényszerítése.

A *neoklasszikus szerződés* esetén a jog – az angolszász megközelítés szerint a bíróság – már több feladatot vállal magára. Itt nem tételezzük fel azt, hogy a szerződés a disz pozitív szabályokkal együtt teljes lehet. A kérdés: mi történjen, ha olyan helyzet áll elő, amelyről sem a szerződés, sem a disz pozitív szabályok nem rendelkeznek. Ekkor a feladat nem egyszerűen a kikényszerítés, hanem az, hogy a konfliktusukat fel kell oldani, a felmerült problémákra megoldást kell találni. Ezt a felek, mivel a probléma felmerülése után (*ex post*) a megállapodás meglehetősen nehéz, általában harmadik félre bízzák. A leggyakrabban ilyen harmadik fél a bíróság, de lehet bárki, akit a két fél erre felkér – választott bíróság, külső szakértő, bölcs kádi, stb. Jogilag természetesen a legfontosabb az, amikor a bírósághoz, illetve a joghoz fordulnak.

A *kétoldalú irányítás* az ún. relációs vagy *kapcsolati szerződések* egyik formája. Itt már feloldódik az egyik magától értetődőnek tűnő elv, amelyet a klasszikus szerződéseknél kimondtunk. A bíróság nem csak azt nézi, hogy mi van a szerződésben, hanem igenis figyelemmel van a felek személyére is. A bíróság (a harmadik fél) itt már nem kikényszerít, nem maga keresi a megoldást, hanem a felek megoldáskeresését segíti. A neoklasszikus szerződéseknél látott megoldáskeresés csak akkor lehetséges, ha a tényállást a felek a bíróság előtt bizonyítani tudják: a közgazdasági nyelven ez azt jelenti, hogy az információ *bizonyítható*. Akkor bizonyítható egy információ, ha nemcsak a két abban résztvevő fél tudja, hogy milyen helyzet alakult ki (és hogy a szerződés miképpen szabályozza azt), hanem egy tőlük független harmadik fél, vagyis itt a bíróság is felismerheti azt, előtte is bizonyítani tudják azt. A bizonyíthatóság sokszor a harmadik fél általi kikényszerítés feltétele. Például, hiába ismeri a vevő is és az eladó is az áru valós minőségét, a bíróság előtt nyugodtan feltüntetheti a vevő azt a valósnál rosszabbnak (csak azért, hogy ne kelljen kifizetnie a teljes

árat), az eladó pedig jobbnak (a jól megfigyelhető hibát a nem rendeltetésszerű használat következményének feltüntetve). Még bonyolultabb a helyzet akkor, ha a helyzet ugyan viszonylag jól azonosítható, de az, hogy mit kell tenni, olyan feltételektől függ, amelyek nehezen bizonyíthatók: például, ha egy évek óta fennálló kapcsolat felszámolásakor a bíróságnak meg kell ítélnie, hogy az adott fél milyen beruházásokat tett, milyen más lehetőségekről mondott le az adott kapcsolatban bízva, és ezért jogosan kéri-e az adott kártérítést.³⁰ A kétoldalú irányítás esetén a bíróságnak vagy más harmadik szereplőnek nem a feladatmegoldás a fő feladata, hanem az, hogy olyan eljárásrendet találjon ki, amely a két felet rákényszeríti a kompromisszum megtalálására.

Tipikus megoldása a kapcsolati szerződések problémájának, amikor a felek már előre felkészülnek az esetleg megjelenő problémára és olyan megoldásokat alakítanak ki, amelyben harmadik fél beavatkozására nincs is szükség, még az előző tulajdonképpen érdekegyeztető, ösztönző, mediátor szerepben sem. Például, ha egy vállalat sokszor vásárol ugyanattól a beszállítótól, és az üzletnek meglehetősen sok idioszinkratikus jellemzője van, vagy ha egy ingatlanfejlesztő egy egyetem speciális igényeinek megfelelő épületet épít, majd hosszú távú bérleti szerződést kötnek, akkor a kapcsolat létrejöttékor gyakran megállapodhatnak abban, hogy létrehoznak egy érdekegyeztető szervezetet. Elképzelhető az is, hogy egyszerűen egyik félnek adják a vitás helyzetekben a döntési jogot – természetesen ebbe a másik csak akkor egyezik bele, ha a szerződés ezzel együtt is megéri a számára.

Az *egyesített irányítás* esetén már a másik „alapelv” is sérül: a felek nem függetlenek egymástól. Itt a tranzakció szervezését már nem a szerződési jogon belül, hanem azon kívül oldják meg. Ha az idioszinkratikus jellemzők igen erősek, akkor gyakran még erősebb eszközt keresnek a felek: a két vállalat egyesül, például a vevő felvásárolja a beszállítót vagy megvásárolja az épületet, és onnantól a vállalati hierarchián belül rendezik a konfliktusokat. Nyilvánvaló, hogy az ehhez hasonló megoldásoknak komoly költségei vannak. Például a felvásárlásnak az, hogy erősebben kell felügyelni a beszállító tevékenységét; az épület megvásárlása esetén pedig annak fenntartásához (vagy mondjuk a tandíjon kívüli hasznosításához) kell szakértőket szereznie az egyetemnek. Ezeket a többletköltségeket kell összevetni a tranzakció során felmerülő konfliktusok egyszerűbb rendezéséből származó előnyökkel. (A vállalatok létrejöttének,

³⁰ Magyarországon a legismertebb ilyen vita a hosszú távú energiavásárlási szerződések kapcsán robbant ki. Az MVM hosszú távú szerződésben vállalta, hogy meghatározott energiamennyiséget átvesz az erőművektől. Ezzel szemben, amikor a piacot liberalizálni akarták, ami azt jelenti, hogy ezen hosszú távú szerződések alapján az MVM már nem vett volna át áramot (az aktuális árszint határozta volna meg azt, hogy kitől mennyit vásárol), akkor az erőművek a korábbi szerződéses garancia miatt tett beruházásaikra hivatkozva ún. meg nem térült költségeik miatt kértek kompenzációt.

illetve a privatizációnak ilyen „szerződéselvű” magyarázatáért lásd Coase [1937/2004], vagy Grossmann – Hart [1986].)

5. A SZERZŐDÉSI JOG ÖSZTÖNZŐ HATÁSAI, A NORMATÍV JOGGAZDASÁGTAN ELVÁRÁSAI

A szerződési szabadság tehát a közgazdaságtan számára is fontos, a *Coase-tétel* segítségével, közgazdasági eszközökkel is érvelhetünk mellette. Mindemellett azt is láttuk, hogy a szerződési szabadság a közgazdaságtan számára nem önérték: a fő érv az volt, hogy elősegíti a *Pareto-hatékony* állapot elérését. Láttuk a 3. alfejezetben, hogy melyek azok a célok, amelyek megvalósulását a normatív joggazdaságtan vizsgálja – láttuk, mit jelent a társadalmi hatékonyság. Most ezeket a célokat megpróbáljuk aprópénzre váltani. Először a klasszikus közgazdaságtanból kiindulva kilenc olyan konkrét elvárást fogalmazzunk meg, amelyeket a szerződési jog elemzésekor figyelembe kell venni – ezek a szerződési jog legfontosabb ösztönzési hatásai. A második részben pedig feloldjuk a racionalitás fenti definícióját, és megvizsgáljuk, hogy korlátozottan racionális emberek reakciói várhatóan mennyiben térnek el a 'homo oeconomicusétól', illetve, hogy ez az eltérés mennyiben módosítja a normatív joggazdaságtan elvárásait.

5.1. A szerződésekkel kapcsolatos klasszikus közgazdasági elvárások

Láttuk, hogy a joggazdasági elemzés alapja az *ex ante* szemlélet, az ösztönzési hatások vizsgálata. Azt keressük, hogy a jogrendszer miképpen befolyásolja az egyes döntések hozamát (ezzel más döntések költségeit). A kérdés tehát az, hogy mely döntéseket lehet a szerződési jog révén befolyásolni. Craswell [1988] és Posner [2000] nyomán kilenc döntési pontot azonosíthatunk:

- (i) mennyi információt gyűjtenek és mennyit adnak át egymásnak a felek?
- (ii) mennyi keresés után és kit választanak partnerüknek?
- (iii) mennyire pontosan fogalmazzák meg a szerződést?
- (iv) mely kockázatokat vállalják fel maguk, melyeket próbálják a partnerükre hárítani – hogyan osztoznak meg a kockázaton?
- (v) betartják-e a szerződésben tett ígéretüket vagy megszegik azt?
- (vi) mennyire lesznek elővigyázatosak a teljesítés során – mennyi figyelmet fordítanak arra, hogy elkerüljék az esetleges szerződésszegést, a szerződés lehetetlenülését maga után vonó problémákat?
- (vii) mennyit ruháznak be arra alapozva, hogy a szerződés teljesülni fog?

- (viii) ha már bekövetkezett a szerződésszegés, a lehetetlenülés, a kár, akkor milyen lépéseket tesznek a kárenyhítés érdekében?
- (ix) nem várt, illetve nem szabályozott problémák esetében hajlandók-e újratárgyalni a szerződést?

Információ

Az információs ösztönzők kapcsán két döntést kell szem előtt tartani: az információgyűjtést és az információ átadását, megosztását.

A közgazdaságtan akkor támogatja az *információgyűjtést*, hogyha annak révén, pontosabban az információ birtokában tett lépések miatt a jószág értéke nő, költsége csökken. Ha tudjuk, hogy egy kép eredeti és nem másolat, akkor ennek megfelelően bánunk vele – ezzel szemben, ha kiderül, hogy egy eredetinek hitt festmény hamisítvány, akkor nem fogunk annyira vigyázni rá, felszabadulnak erőforrások, amelyeket más, fontosabb dolgokra használhatunk.

Mindemellett láttuk, hogy az egyes személyek haszna nem csak akkor nő, ha a jószág értéke nő: akkor is magánhaszonra tehetnek szert, ha a másik hasznát csökkentik, miközben a társadalmi többlet változatlan. Ez volt a *járadékvadászat* esete. A közgazdaságtan, a hatékonyságra tekintettel nem támogatja, hogy pusztán járadékszerzési céllal gyűjtsön valaki információt, vagyis pusztán azért, hogy így a két fél számára közösen elérhető többlet, a járadék nagyobb részét hasíthassa ki magának. Ha valaki csak azért szerez információt, hogy egy amúgy is meglevő haszon neki, és ne másnak jusson, az társadalmi szempontból pazarlás: nincs új haszon, de erőforrásokat áldoztunk az információszerzésre.

Például, ha valaki azért szerez információt (mondjuk a másik helyzetéről), hogy ezt felhasználva a maga számára kedvezőbb árat alkudhasson ki, akkor az nem hoz létre új értéket, csak a szolgáltatás árát (vagyis az egyik fél zsebéből a másikba kerülő összeg nagyságát) befolyásolja. Növeli ezzel szemben a jószág értékét, ha olyan új felhasználási módot talál, amelyet a korábbi tulajdonos nem tudott, és ennek tudatában (ezt a többletértéket ismerve) tesz rá vételi ajánlatot. Ez a társadalom számára is hasznos információ – ezzel szemben az első esetben az információnak csak egyéni haszna van (jobb árat lehet elérni) társadalmi nincs, hiszen amennyit az egyik nyer az áron, annyit veszít a másik.³¹

³¹ Előlegezzük meg annyiban a későbbi elemzést, hogy jelezzük: időnként meglehetősen nehéz eldönteni, hogy egy információ valóban növeli-e a jószág értékét, vagy csak a másik fél hasznát csökkenti. Pontosabban, a legtöbb esetben ez a két hatás egyszerre van jelen. Ráadásul, sok esetben véletlenül (például egy másik tevékenység folyamánként) jutunk hozzá valamilyen információhoz. Nem teszünk érte tudatos lépéseket.

Az információátadás, vagyis a tájékoztatás kötelezettsége azonban csökkenti az információszerzés egyéni hasznát, értelmét, és vélhetően csökkenti az ilyen tevékenységre szánt pénzek, erőforrások mennyiségét. Például, ha azt az információt, hogy a dolgot mire lehet még használni, ami nagyobb hasznot hozhat, át kell adni, akkor a másik – ennek tudatában – emelni fogja az általa kért árat, vagyis csökken az információt begyűjtő fél haszna.

Az információadás legfontosabb pozitív hatásának általában azt tartják, hogy megakadályozza az ún. egyoldalú tévedéseket, csökkenti, felszámolja az *információs aszimmetriát*. Az információs aszimmetria azt jelenti, hogy az egyik fél kevesebbet tud a jószágról, mint a másik. Emiatt lehet, hogy a létrejövő tranzakció valójában nem is lesz kölcsönösen előnyös. Ha a vevő csak a vásárlás után jön rá, hogy a vásárolt árucikk minősége elmarad attól, mint amit eredetileg gondolt, nem alkalmas arra a célra, amire eredetileg használni akarta, olyan kockázatok is rá kerültek, amelyekkel nem volt tisztában, akkor elképzelhető, hogy a kialkudott áron meg sem vette volna. Sőt, lehet, hogy ha tisztában lett volna a valós minőségével, akkor kevesebbre értékelte volna azt, mint az eladó – ez utóbbi esetben végső soron nem hatékony tranzakcióról beszélünk, hiszen a vesztes (aki információhiányban eladta a dolgot) többet nyerne az eredeti állapot visszaállításán, mint amennyit a tranzakció nyertese vesztené ezen.

Fontos azonban már itt kiemelni, hogy információs aszimmetriáról, és nem információhiányról beszélünk: gond akkor jelentkezik, ha az egyik fél ismeri a minőséget, a kockázatot, míg a másik nem. Természetesen a vevő védekezhet az ellen, hogy ilyen helyzetbe kerüljön – gyűjthet ő is információt a vásárlás előtt. Csakhogy amennyiben ezt az információt az eladó úgyis tudja, akkor a társadalom számára általában lényegesen olcsóbb egyszerűen azt elvárni, hogy a már megszerzett információt ő adja át.

Partnerválasztás, partnerkeresés

Az információs aszimmetria egyik jól ismert esete a *kontraszelekció*. Ennek lényege, hogy a megfelelő eladó és a megfelelő vevő nem talál egymásra, mindegyik csak számára elfogadhatatlan partnerekkel találkozik, ezért maga a tranzakció is elmaradhat. A legismertebb modell Akerlof [1970] óta a használtautó-piac. Itt az eladók általában lényegesen többet tudnak az autók állapotáról, mint a vevők. Utóbbiak csak azt tudják, hogy általában, átlagosan egy adott márkájú, adott évjáratú, adott kilométert futott autó milyen állapotban van – ennek alapján döntenek el, hogy mennyit ér az meg nekik. Az adott kategóriába tartozó eladók közül azok, akiknek az autója a vevők által vártnál rosszabb, szívesen eladják azt ezen az áron. Viszont a jobb minőségű autók tulajdonosai nem.

A jó minőségű áruk eladói nem találnak vevőt, a vevők, pedig a várakozásaikhoz képest rosszabb minőséget kapnak – ők átlagos minőséget vártak, ezt „árzták be”. Ezekre az információs problémákra nem feltétlenül jelent megoldást a tájékoztatási kötelezettség sem. Hiába állítja valaki, hogy jó minőségű az autója – ki ne tenné? Egészen addig, amíg az ilyen kijelentés tevőjét nem fenyegeti az a veszély, hogy emiatt utólag valami erkölcsi, jogi, avagy más kellemetlenség éri, nem fogja semmi visszatartani attól, hogy a rossz minőséget is jónak hazudja. Emlékezzünk egy előbb látott fontos fogalomra: az ilyen információk nem feltétlenül *bizonyíthatók*, vagyis a bíróságot, harmadik felet meglehetősen nehéz meggyőzni arról, hogy valóban téves, hazug információk hangoztak el, illetve hogy azok valóban befolyásolták a vevő döntését.

Úgy tűnik a problémát nagyon nehéz kezelni. Azonban ilyen esetekben megjelenik például a (köznapi értelemben vett) garancia intézménye: az eladó hajlandó garanciát vállalni a jószág működőképességére. Vegyük azonban észre, hogy a jó minőségű autónak is lehet problémája a garancia-időszakon belül. Ha valaki garanciát ad, akkor számolnia kell ezekkel a véletlenekkel, kockázatokkal is. Ezért meg fogja emelni az árat. A vevő tehát magasabb árat fizet: meg kell fizetnie a garanciát. Nemcsak azért lesz magasabb az ár, mert jobb minőségű az autó (ezért fizetne magasabb árat is), hanem azért is, mert az eladó a véletlen károkra is garanciát vállal. Ez egyik félnek sem feltétlenül az érdeke. A vevő csak jó minőségű autót akar, nem biztos, hogy megéri neki felárat fizetni azért, hogy a véletlen gondok esetén is a korábbi tulajdonos, az eladó állja a javíttatást.

Az információgyűjtéshez hasonlóan a partnerkeresés kapcsán is eltérhet a partnerkeresés társadalmi és egyéni haszna. (Shavell [2004] pp. 325-327) Az egyéni döntést az egyéni haszon ösztönzi, ami azonban a társadalom számára már káros is lehet. Vegyük észre: szerződéskötés esetén megkötünk valakit, aki ezzel nem lesz elérhető a többiek számára (vagy csak kisebb kapacitással), holott a társadalmi érdek lehet, hogy azt követelné, hogy tovább keressen, mert nagy valószínűséggel nálunk jobb partnert is találhatna.

Lássunk erre egy egyszerű példát! Tegyük fel, hogy egy olyan speciális ingatlant szeretnénk vásárolni, amelyből összesen három elérhető. Legyen ezek értéke a jelenlegi tulajdonosaik számára (emlékezzünk: ez az a minimális összeg, amelyért már megválnának tőlük): az A ingatlan esetén 100, a B ingatlannál 130, míg a C ingatlannál 160! Legyen a mi értékelésünk, vagyis maximális ajánlatunk 150! Amennyiben rátalálunk az A ingatlanra, és szerződést kötünk, akkor a további vevők számára az A ingatlan már nem elérhető. A szerződéskötés mindig azt jelenti, hogy az adott jószágot kivonjuk a piacról – másképp fogalmazva: a verseny a szerződéskötés pillanatában véget ér. Lássuk, hogy ez milyen esetben jelenthet problémát! Legyen rajtunk kívül még két vevő: az

egyik 200-at a másik 175-öt fizetne egy ilyen ingatlanért! Ha mi megkötöttük a szerződést A-ra, akkor ők elviszik a B és a C ingatlant. Az eredmény az, hogy az összes ingatlan gazdát cserélt – és $135 (200 + 175 + 150 - (100 + 130 + 160)) = 135$ társadalmi többlet jön létre. Azonban könnyen belátható: ha mi nem kötöttünk volna szerződést az A ingatlanra, nem vonjuk azt ki a piacról, akkor magasabb lenne a társadalmi többlet. Könnyen elképzelhető ugyanis, hogy a 200-at és a 175-öt kínáló vevő az A és a B ingatlant vásárolta volna meg. Ha csak ez a két csere jött volna létre (mi nem vesszük meg a C ingatlant, hiszen az eladó többlet kér, mint amennyit mi adnánk érte), akkor $145 (200 + 175 - (100 + 135)) = 145$ lett volna a társadalmi többlet. A mi szerződésünk tehát 10-zel csökkentette a társadalmi többletet – a szerződésünk tehát nem hatékony tranzakció, bár személy szerint nekünk kétségtelenül előnyös.³²

Szerződés megfogalmazása, pontossága

A homo oeconomicus modell szerint a felek akkor írnak részletesebb, teljesebb szerződést, akkor vállalják fel az azzal járó magasabb költséget, ha a szerződésírás *ex ante* költsége elmarad a most nyitva hagyott probléma kezelésének *várható* költségétől. Utóbbi magába foglalja a két fél utólagos alkudozását, a bírósági eljárás költségét, illetve azt is, hogy esetleg a bíróság nem hatékony döntést hoz, amely miatt a feleknek többletköltséget kell vállalniuk. Ez az *ex post* költség ugyan mindig nagyobb, mint az *ex ante* költség lett volna, de nem biztos, hogy felmerül. Ezt jelenti az előző mondatban szereplő *várható* szó: a költség ugyan magas, de a bekövetkezési esély alacsony. A *várható érték* a bekövetkezés esetén kifizetendő költség (vagy megszerezhető haszon) és a bekövetkezés esélyének szorzata.³³ Ha ennek a várható költségnek a meghatározó elemei alacsonyak: gond esetén könnyen, olcsón lehet szerződést módosítani (bízhatunk a partnerünkben), a bírósági döntés – amely ilyenkor például a fent látott módon a disz pozitív jogszabályokat lépteti életbe – nem okoz nagy többletköltséget vagy a probléma bekövetkezésének valószínűsége elhanyagolható, akkor a felek inkább szabályozatlanul, „lyukasan” hagyják a szerződést. Nem írnak teljes szerződést.

A kérdés az, hogy kell-e a feleket teljesebb szerződések megkötésére ösztönözni. Mint Williamson tranzakciós költség modelljében is láttuk, vannak a bíróság vagy harmadik fél számára nem bizonyítható információk. Véltetően

³² Vegyük észre, hogy itt arra láttunk példát, hogy a joggazdaságtan nem a minél több szerződés megkötését tekinti célnak: két szerződés nagyobb hasznot hoz, mint három!

³³ Ez ugyan csak a kockázatkerülő döntéshozók esetén igaz, mint mindjárt látjuk, de egyelőre céljainknak ez a definíció is megfelel.

szerencsés, hogyha a felek ezekben az esetekben inkább nem harmadik féltől, nem a disz pozitív szabályoktól várják a megoldást. A bíróság vagy más külső szereplő kevésbé tudja megítélni, hogy egy adott szolgáltatás mennyit ér az egyik és mennyit a másik fél számára. Jobb, ha a felek inkább maguk rendezik a kérdéseket: kitérnek az ilyen pontokra a szerződésben, kétoldalú irányítást alakítanak ki (kapcsolati szerződést hoznak tető alá).

Ha a cél az, hogy az ilyen kérdések szerződéses szabályozására rábírjuk a feleket, akkor erre a bíróságnak közvetlen és közvetett eszközei is vannak. Közvetlen eszköz természetesen, amikor a szerződés kikényszerítését (érvényességét) bizonyos lényeges elemek rendezéséhez vagy formai előírásokhoz köti – ha a felek ezekben nem állapodnak meg, akkor a megállapodást nem tekinti szerződésnek. Közvetett eszközt pedig az ún. *büntető disz pozitív szabályok* jelentenek (Ayres – Gartner [1989, 1992], Johnston [1990], Posner [2005]). A büntető disz pozitív szabály azzal fenyegeti az egyik (általában a jobb helyzetben levő, tájékozottabb) felet, hogy amennyiben valamit nem szabályoz a szerződés, akkor a bíróság azt számára hátrányosan fogja kipótolni. Például: ha a kedvezményezett (aki feltehetően többet tud a valós kár nagyságáról) nem rendezi a kártérítés összegét a szerződésben, akkor csak nagyon alacsony kártérítést fog kapni. Ez utóbbi az ún. *Hadley-szabály* (*Hadley-rule*). Eszerint (leegyszerűsítve): ha valakinek a szerződészegés olyan kárt okoz, amelyről ő előre tudott, de a szerződést megszegő fél nem, akkor ezért a kárért nem jár neki kártérítés. Például, amennyiben valaki tudja, hogy a nem megfelelő minőségű szolgáltatás neki lényegesen nagyobb kár okozna, mint általában más hasonló megrendelőnek, akkor ezért az átlagost meghaladó kárért nem várhat kártérítést, csak az átlagos kárért, *hacsak nem tájékoztatja a szolgáltatót erről előre*. Amennyiben azonban ezt megteszi, akkor emiatt, pontosabban a nagyobb potenciális kártérítés miatt, a szolgáltató egyrészt elővigyázatosabban fog eljárni, másrészt árat fog emelni. A megrendelőnek azt kell mérlegelnie, hogy a magasabb ár vagy a nagyobb várható kár jelent-e számára nagyobb veszteséget. (A későbbiekben erre a példára még visszatérünk, részletesen elemezzük, hogy ez a szabályozás közgazdaságilag szerencsés-e.)³⁴

Amennyiben azonban a szerződéskötés költségét akarjuk minimalizálni, például a későbbi bírósági költségekre nem vagyunk tekintettel, akkor nem a büntető, hanem ún. *hatékony vagy többségi disz pozitív szabályok* modellje ragadja meg jobban, hogy milyen elvek szerint alakítsuk ki a disz pozitív szabályokat. Eszerint, azokat úgy kell megalkotni, kiválasztani, hogy a feleknek a lehető legkevesebb esetben kelljen a szerződésben is foglalkozniuk egy-egy kérdéssel.

³⁴ Tegyük hozzá: arról, hogy a valóságban léteznek-e büntető diszpozitív szabályok a közgazdaságtani és a jogi irodalomban jelentős vita bontakozott ki (Posner [2005]).

Ezzel lehet mentesíteni a feleket attól, hogy túlzottan bonyolult szerződéseket kelljen megfogalmazniuk.³⁵

Kockázatallokáció, kockázatmegosztás

A szerződés mindig egyben kockázatallokáció is. Kockázat közgazdasági értelme az, hogy valaminek az értéke, például a nyersanyagár változása vagy az időjárás miatt nem ismert előre. Kockázat esetén csak azt tudhatjuk, hogy mi történhet és milyen valószínűséggel. A kockázatallokáció a legtisztább formájában azt jelenti, hogy valamelyik fél magára vállalja ezt a kockázatot, a másik számára garantálja, hogy mire számíthat – függetlenül attól, hogy a körülmények jól vagy rosszul alakulnak. Az előre rögzített ár például azt jelenti, hogy a nyersanyagár (vagy az alternatív lehetőségek hozamának) változásának a kockázatát a szolgáltató viseli. Lehet, hogy nyer ezen, mert az árak (és a hozamok) csökkennek, de lehet, hogy veszít – ha nőnek. A nyersanyagárak változásához indexált ár pont fordítva, a vásárlóra hárítja annak a kockázatát, hogy az árak változhatnak, ő az, aki ezen nyerhet is (árcsökkenés esetén), de veszíthet is. Ezzel szemben a szolgáltató fix, legalábbis a nyersanyagárak változásától nem függő, nyereséghez jut.

A kockázatelosztás klasszikus modellje (R. Posner – Rosenfield [1977]) szerint a hatékony megoldás azt követeli, hogy a kockázatot mindig az a fél viselje, akinek az kevesebb többletterhet, pluszköltséget jelent. Ez a *jobb kockázatviselő tesztje*. Három viszonylag egyszerű elvárásá egyszerűsíthető le a hatékony megoldás:

1. viselje az adott kockázatot az, aki azt jobban ismerhette – másképp: ha a kár bekövetkezett viselje az a kárt, akinek több információja volt, jobban előre láthatta azt;
2. viselje az adott kockázatot, kárt az, aki olcsóbban megelőzhette volna;

³⁵ Ezen klasszikus joggazdaságtani elemzés mellett mindenképpen szólni kell arról, hogy a '90-es években, a 2000-es évek elején, elsősorban éppen a *szerződéselméleti irodalomban* egyre több és több olyan viszonylag egyszerű szerződési lehetőség bukkant fel, amelyek alkalmazása esetén a szerződés teljesebb lesz (vagyis az előző definíció szerint: mind több és több esetben újratárgyalás, módosítás nélkül is hatékony), miközben sok esetben a tárgyalási, szerződéskötési költségeket is csökkentik. A klasszikus joggazdaságtani elemzések általában a jól ismert fix árat, fix kötbért, jól körülírt kimentési lehetőségeket tartalmazó szerződésekkel foglalkoznak, és ezek magas szerződéskötési, tranzakciós költségeire hivatkoznak. A szerződéselméleti irodalomban megjelenő szerződési formák (például az ún. opciós szerződések, lásd Aghion et al. [1994], Chung [1991] Schmidt [1998], – amelyek egyik félnek szabad elállási jogot biztosítanak), amennyiben kellően elterjednek, idővel megváltoztathatják azt a képet, hogy teljes, a bíróság közreműködését kevésbé igénylő szerződések egyben magas tranzakciós költséggel járó bonyolult jogi szövegek is.

3. viselje az adott kockázatot, kárt az, aki olcsóbban biztosíthatta volna magát a kár ellen.

Ez a teszt elvileg alkalmazható *ex ante* a szerződés megkötésekor is, például a megkötött megállapodás valamiféle jogi felülvizsgálatára is, de ennek a jogrendszer szempontjából nem sok jelentősége van. A felek, ha a tranzakciós költségek nem túl magasak, akkor vélhetően úgy osztoznak meg a kockázaton, hogy az kölcsönösen előnyös legyen. A kockázatmegosztás általában inkább *ex post* kérdés, vagyis ha olyan probléma okoz kárt, amelyről a szerződésben nem rendelkeztek. A hatékony kockázatelosztás klasszikus modellje szerint ilyenkor a bíróságnak, a harmadik félnek úgy kell megosztania a károkat a két fél között, hogy a jobb kockázatviselőre terheli azt – mondhatnánk: tőle lett volna inkább elvárható az adott kockázat viselése.³⁶

Teljesítés

A Kaldor-Hicks-kritérium alapján nem mondhatjuk ki, hogy mindig minden szerződést teljesíteni kell. Léteznek olyan esetek, amikor a szerződésszegés a hatékony megoldás. Tegyük fel, hogy – az előzetes számításokhoz képest – megnőnek a költségek. Az induló házépítési példában nőjön a költség 35-ről 63-ra! Amennyiben az építésznek be kell fejeznie a házat, akkor 63-at fordít egy olyan termék előállítására, amely a vevőnek csak 60-at ér. Nemhogy 25 értéket nem hoztunk létre, mint az eredeti esetben, hanem 3-at még el is pazaroltunk. A Kaldor-Hicks-elv szerint ilyen esetben a szerződésszegést meg kell engedni, hiszen a szerződés teljesítése esetén a vesztes fél (az építész) többet veszítene, mint amennyit a nyertes (az építtető) nyerne. Tegyük fel, hogy az ár marad 50! A szerződésen az építtető továbbra is 10-et nyer. Ezzel szemben az építész (63 – 50 =) 13-at veszít. Ha megengedjük a szerződésszegést, akkor az építész ezt a 13-at spórolja meg, ennyit nyer, míg az építtető ettől a 10-től esik el.

A szerződésszegés és a teljesítés közötti választás persze nem mindig hatékony, ugyanis a magánhaszon, amit a szerződésszegésről döntő fél figyel, eltérhet a társadalmi haszontól. Ha az építésznek minden korlát nélkül megengedjük, hogy szerződést szegjen, amikor az egyéni érdekei úgy kívánják, akkor vélhetően minden olyan esetben így fog tenni, ha a teljesítés költsége az

³⁶ A jobb kockázatviselő tesztjét Shavell azért kritizálja, mert a teszt feltételezi, hogy minden kár elhárítható egyoldalú lépésekkel. A teszt azt vizsgálja, hogy ha *csak* az eladó vagy *csak* a vevő tesz lépéseket, akkor ki tudja olcsóbban elhárítani, illetve kezelni a kárt, a kockázatot. Mindemellett az esetek többsége kétoldalú: ahhoz képest, hogy csak az egyikre terheljük a felelősséget, lényegesen olcsóbb, ha mindkét fél tesz lépéseket. (Shavell [2004] p. 342) A kérdésre később visszatérünk.

ár, vagyis 50 fölé megy. Tegyük fel, hogy a költség 58! Számára ekkor is megéri a szerződésszegés, mert ezen 8-at nyer, ekkora ár által nem fedezett kiadást takarít meg. Ezzel szemben az építető továbbra is 10-et veszít.

Láthatjuk, hogy 58 költség mellett az építész döntését az sem befolyásolná, ha – mint azt az 1.2 ábrán feltételeztük – 1 egységnyi büntetést kéne fizetnie. Ez csak annyit jelent, hogy a szerződésszegéssel megspórolt vesztesége 1-gyel kevesebb, nem 8, hanem csak 7 lesz. Ezzel szemben az építető szerződésszegés miatti vesztesége is 1-gyel csökken, 9-re. A vesztes továbbra is többet veszít.

Egyszerű matematika alapján belátható, hogy ha az a cél, hogy a szerződést

(i) akkor teljesítsék, ha a vevő számára a jószág többet ér, mint az eladónak és

(ii) akkor szegjék meg, ha az eladó számára nagyobb költséget jelent, mint amennyit a vevőnek ér,

akkor ezt úgy érhetjük el, ha a szerződésszegés esetén fizetendő kompenzáció éppen egyenlő lesz azzal a nyereséggel, amennyit a vevő akkor ért volna el, ha a szerződést teljesítik, vagyis esetünkben 10-zel.³⁷ Vegyük észre, hogy amennyiben ezt az elvet alkalmazzuk, akkor már nem is csak a Kaldor-Hicks-tétel értelmében hatékony megoldást alakítottunk ki, hanem klasszikus *Pareto-javulást* értünk el: a szerződésszegésen nem veszít senki, mert az építető megfelelő kompenzációt kap.

Elővigyázatosság

Az előző pontban, a szerződésszegésről szóló döntésnél azt vizsgáltuk, hogy mi történjen, amikor már kiderült, hogy a szerződés révén létrejövő érték elmarad a szerződés teljesítésének költségétől. Ilyen helyzet ugyan bármikor előállhat, bekövetkezését teljesen kizárni nem lehet, de a felek mégis tehetnek óvintézkedéseket, hogy elkerüljék az ilyen szituációkat. Például a nyersanyagárak változását ki lehet védeni, ha előre, fix árért rendeljük meg azokat vagy a tőzsdén opciós szerződéseket kötünk. A rossz időjárás által okozott kár, csúszás elkerülhető, ha például olyan (drágább) eszközöket használunk, amelyek kevésbé érzékenyek az időjárásra, stb. Röviden: a felek elővigyázatosságuk révén,

³⁷ Az építész szerződést fog szegni, amíg a költsége nagyobb, mint az ár: $p < c$, ahol p az ár, és c a költség. Ha kártérítést is kell fizetnie, akkor ez úgy módosul, hogy akkor fog szerződést szegni, ha a szerződésszegéssel elérhető megtakarítása, vagyis a költség és az ár különbsége meghaladja a kártérítés nagyságát: $d < c - p$, vagy másképp: $p + d < c$, ahol d a kártérítés. A szerződésszegést akkor és csak akkor tekintjük hatékonynak, ha az építész költsége meghaladja az építető hasznát, vagyis $v < c$, ahol v az érték az építető számára. Az építész egyéni érdeke akkor fog egybeesni ezzel az elvárással, ha $p + d = v$, másképp: $d = v - p$, vagyis, ha a kártérítés éppen akkora, amennyit a vevő az üzleten nyert volna.

felvállalva az ezzel járó költségeket csökkenthetik annak a valószínűségét, hogy olyan helyzet álljon elő, amikor a költség meghaladja az árat. Megéri ez az elővigyázatosság?

A Kaldor-Hicks-tétel szerint minden olyan elővigyázatossági lépés megtétele hatékony, amelynek a költsége kisebb, mint amennyivel emiatt a várható kár (vagyis a kár és annak bekövetkezési valószínűségének szorzata) csökken. Amennyiben az előzőhöz hasonlóan feltesszük, hogy a kártérítés pontosan akkora, amennyi nyeresége a vevőnek a szerződés teljesítése esetén lett volna, akkor itt is könnyen belátható, hogy az eladó (az építész) ösztönzése tökéletes lesz.³⁸ Ezen a ponton két fontos megjegyzést kell tenni.

Egyrészt, az optimális elővigyázatosság nem jelenti azt, hogy a szerződésszegés esélyét teljesen kiiktatjuk. Láttuk: egy óvintézkedés csak akkor éri meg, ha annak a haszna (a várható kár csökkenése) nagyobb, mint a költsége. Nem minden elővigyázatossági lépés racionális – van olyan, hogy bizonyos veszélyeket már csak olyan drágán lehetne kiiktatni, hogy az nem éri meg. A bekövetkezési valószínűség optimális szintje nem nulla.

Másrészt, amennyiben a kártérítés alapja az a haszon, amihez az építetető jutott volna, akkor őt semmi nem ösztönzi megfelelő elővigyázatosságra. Ha nem következik be szerződésszegést előidéző esemény, akkor teljesül a szerződés, és megkapja a tervezett hasznot. Ha bekövetkezik, akkor pedig – mint az előbb láttuk – szintén nem éri kár: megkapja a kártérítést. Miért vállalna

³⁸ Ha nem vagyunk elővigyázatosak, akkor azt a hasznot veszítjük el, amelyet „normális esetben” nyernénk. Ez a példánkban a 60 és a 35 közötti különbség. Ennyi a társadalmi kár. Az elővigyázatosság csökkenti ennek bekövetkezése valószínűségét.

Az elővigyázatosság szintje akkor optimális, hogyha az ezzel elért haszon maximális. Ha az elővigyázatosság szintje x , a szerződésszegés bekövetkezésének valószínűsége P , amely annál kisebb minél nagyobb az elővigyázatosság x (vagyis P x függvénye – matematikai kifejezéssel $P(x)$). Az egyéni haszon B , amely $B = [1 - P(x)](v - c) - x$. Ebben az összeg első tagja azt jelzi, hogy mekkora várható nyereségre tesz szert a szerződés teljesítése esetén a két fél, a $-x$ tétel az elővigyázatosságra fordított összeg. Ha ezt átrendezzük, kiderül, hogy ennek értéke ott maximális, ahol a minimális a $P(x)(v - c) + x$ érték.

Az eladót természetesen nem ez érdekli, hanem az, hogy a szerződés teljesítése esetén megkapja a kialakított árat (igaz ki is kell fizetnie a költségeket), vagyis ekkor a nyeresége $p - c$; ezzel szemben szerződésszegés esetén kártérítést (d) kell fizetnie. Az egyéni célfüggvényt a következő képlet határozza meg: $B = [1 - P(x)](v - c) - P(x)d - x$, ahol az újonnan belépő $P(x)d$ azt mutatja, hogy mekkora várható kiadással számolhat szerződésszegés esetén (értelemszerűen: mivel várható értékekről van szó, így a valószínűségükkel szorozzuk a biztos nyereséget, illetve kiadást).

Tegyük fel, hogy a kártérítés összege éppen egyenlő az előbb bemutatott összeggel: $d = v - p$. Ekkor az előző célfüggvényt átalakíthatjuk: $B = [1 - P(x)](v - c) - P(x)(v - p) - x = p - c - [P(x)(v - p) + x]$. Vegyük észre, hogy $P(x)(v - p) + x$ éppen az, amit fent a társadalmi hasznot maximáló feltételként adtunk meg, vagyis az egyéni költségfüggvény pontosan úgy függ az elővigyázatosságtól, mint a társadalmi: az egyéni optimum egybeesik a társadalmilag hatékony szinttel.

fel akkor bármilyen kiadást a káresemény elhárítására? Ez a *kompenzációs paradoxon* alapja: ha az építető teljes kártérítést kap, akkor ugyan az építész ösztönzése tökéletes, viszont az építetőt semmiféle elővigyázatosságra nem ösztönözzük – míg fordított esetben, vagyis, ha nincs kártérítés, akkor az építető fog optimálisan eljárni, viszont az építész semmit nem tesz majd a kár esélyének csökkentéséért. Nem tudunk olyan sémát kidolgozni, amely mindkét felet, eladót és vevőt, károkozót (szerződésszegőt) és károsultat egyszerre ösztönözné megfelelően.

Szerződésre hagyatkozás, idioszinkratikus beruházás

Az előbb azt láttuk, hogy a vevőt semmi nem ösztönzi elővigyázatosságra, ha a teljes kárát megtérítik. De a vevő, építető, az ígéretet kapó nem csak arról dönt, hogy tesz-e óvintézkedéseket, hanem arról is, hogy mit tesz annak érdekében, hogy a szerződés számára nagyobb értéket jelentsen. Tegyük fel, hogy a fent említett házra azért van szükségünk, mert annak egy részében egy műhelyt (vagy éttermet) akarunk berendezni. A ház értékét főként az befolyásolja, hogy mikor tudjuk beindítani az üzemet (éttermet). Jó-e, ha mi úgy szervezzük a nyitást, hogy az építész által adott átadási határidő után két nappal már szállítsák is a gépeket (konyhafelszerelést, bútorokat), és egy hétre rá már indulhasson is a termelés (nyithasson is az étterem)? Jó az, hogy mi ennyire bízunk abban, hogy a szerződés teljesül, jó az, hogy ennyire ráhagyatkozunk a másik fél ígéretére? Nem kéne – hadd használjuk itt is ezt a szót – elővigyázatosabbnak lennünk?

Nyilvánvaló, hogy amennyiben az építész a késés esetén akkora kártérítést fizet, amely a gépek (konyhafelszerelés, bútorok) tárolását, illetve esetleg a tárolás és a további szállítások közben keletkezett károkat és a korábbi nyitás miatt elmaradt hasznunkat is fedezi, akkor semmi nem tart vissza attól, hogy ezeket a beruházásokat megtegyük. Ha nem jön közbe semmi, és a ház valóban megépül, akkor azonnal termelni kezdhetünk (megnyithatunk), ha viszont az építkezés mégis csúszik, akkor a kárunkat megtéríti a partnerünk. De, mint az előbb láttuk, nem optimális elővigyázatosság az, ha úgy csinálunk, mintha semmi nem jöhetne közbe.

Ugyanúgy, ahogyan az elővigyázatosságnál, itt is igaz, hogy egy lépést csak akkor érdemes megtenni, ha annak mostani biztos költsége elmarad a későbbi várható hasznától. A várható haszon most a szerződés teljesülése esetén elérhető haszonnak és a teljesülés esélyének szorzata. Ismét viszonylag egyszerű matematikával belátható, hogy a teljes esetén az elmaradt haszonért fizetett kártérítés túl magasra emeli az ilyen (idioszinkratikus) befektetések szintjét – mivel ekkor az ilyen beruházások megtérülése biztos: vagy a szerződés

teljesítése, vagy a szerződésszegéskor fizetendő kártérítés révén a beruházó hozzájut a hozamhoz.³⁹ Az is belátható, hogy az optimális ösztönző az, ha a kártérítés nagyságát függetlenítik az ilyen értéknövelő beruházásoktól, és a kártérítés akkora, amekkora a kár az ilyen beruházások optimális szintje mellett lett volna.⁴⁰

Mivel a jogosult elővigyázatossága és a ráhagyatkozása egymáshoz elég közeli fogalmak, ezért a továbbiakban ezeket a ráhagyatkozás körében fogjuk tárgyalni. Vagyis a későbbiekben az elővigyázatosság és a ráhagyatkozás között az lesz a különbség, hogy a szerződésszegést megelőző lépéseket a szolgáltató, az eladó vagy a jogosult, a vevő teszi. Az előbbi lesz az elővigyázatosság, az utóbbit ráhagyatkozás vagy idioszinkratikus beruházások néven emlegetjük majd.

³⁹ Tegyük fel, hogy előzetesen nem tudjuk, hogy mekkora lesz a teljesítéshez szükséges költség! A költség c , de ennek csak valószínűségét ismerjük (azt, hogy milyen értéket milyen valószínűséggel vehet fel). Jelölje $g(u)$ az cd a függvényt (sűrűségfüggvényt), amely azt mutatja, hogy mekkora a valószínűsége annak, hogy c éppen az u értéket veszi fel. Az ilyen beruházásokból származó társadalmi többlet $\int v^{(r)}[v(r) - c]g(c)cd - r$, ahol a szerződés teljesítése esetén létrejövő érték v , ami a beruházástól- r -től függ: minél nagyobb r annál nagyobb v . Azonban ez az érték csak akkor érhető el, ha a szerződés teljesítése a hatékony döntés, vagyis amíg a költség elmarad a szerződés értékétől. A költség kapcsán most csak azt tudjuk, hogy mi a valószínűsége annak, hogy különböző költségszint alakuljon ki – például: milyen valószínűséggel fog adott szintre nőni a nyersanyagok ára. Ezt a valószínűségi jelleget jelzi az integrál: amíg a költség kisebb, mint a szerződésnek már az ilyen beruházásoktól is függő értéke (az integrál jelölése szerint a költség nagyobb vagy egyenlő, mint nulla és kisebb vagy egyenlő, mint a szerződés értéke), addig a szerződés teljesül. Ha ebből kifejezzük az optimális beruházási szintet, akkor azt kapjuk, hogy az utolsó ilyen beruházásra költött pénzegység használnak (vagyis a beruházás határértékének) és a szerződés teljesülésének szorzata éppen fedezi – fedeznie kell – az utolsó egységnyi kiadást (vagyis 1-et) – technikailag: $v'(r)G(v(r))=1$, ahol a $G(v(r))$ az előző integrál kumulált értéke.

Amennyiben teljes kártérítés jár, akkor a beruházásról döntő személy teljes haszna: $B = v(r) - p - x$, ahol az előző integrál azért tűnik el, mert mindenképpen hozzájut a szerződésnek a beruházás hozamával megemelt értékéhez. Ha az egyéni optimumot keressük, akkor ezt a képletet kell deriválni: $v'(r)=1$. Látszik, hogy eltűnt a baloldaltól a valószínűséget jelző (egynél kisebb) szorzótag. Az előző (társadalmi optimumot kereső) modellben az utolsó beruházási egység hozama nagyobb volt, mint 1, most egyenlő vele. Ha igaz a csökkenő határhaszon elve, akkor alacsonyabb beruházási szintnél magasabb a határhaszon, tehát a társadalmi optimum kevesebb ilyen beruházást követelne.

⁴⁰ Ez azt jelenti, hogy a kártérítés nagysága $d = v(r^*)$, ahol $v(r^*)$ az az érték, amely az optimális beruházási szint (tehát $v'(r)G(v(r))=1$) mellett alakult ki. A beruházásról döntő vásárló, megrendelő tehát azzal szembeül, hogy amennyiben a szerződés teljesül, akkor megkapja a beruházással növelt értéket, viszont ha nem, akkor csak az előre szabott kártérítést. Az egyéni optimuma a $G(v(r^*)) [v(r) - p] + [1 - G(v(r^*))] [v(r^*) - p] - r$ függvény maximumában lesz. Az első tag az akkor elérhető nyereség, ha a szerződés teljesül, míg a második a várható (tehát ismét a valószínűséggel súlyozott) kártérítés nagysága, míg a harmadik a biztos beruházási kiadás.

Az optimumot az előző módon megkeresve kapjuk: $v'(r)G(v(r^*))=1$. Ez megfelel a társadalmilag optimális beruházási szintnek.

Kárenyhítés

Az eddigiekben a kár nagyságát befolyásoló, de még a kár, a szerződésszegés bekövetkezése előtti döntéseket vettük számba. A felek azonban nemcsak a szerződésszegés előtt tudják befolyásolni a kár nagyságát (például túlzott ráhagyatkozással vagy a szükséges elővigyázatosság elmulasztásával), hanem a szerződésszegést követően is, amennyiben nem tesznek meg minden racionális lépést a kár enyhítése érdekében.

Amennyiben a kártérítést az aktuális kár alapján számolják, azzal teszik egyenlővé, akkor ez a károsultat nem ösztönzi semmiféle kárenyhítési lépésre sem. Ekkor ugyanis ha költ erre, ha nem, mindképpen megkapja a valós kárát. Amennyiben tehát költ erre, akkor az semmivel nem növeli a jólétét: mindenképpen ugyanolyan helyzetbe jut, mint amilyenben a szerződés teljesítése esetén lenne. Az optimum itt azt követeli, hogy a kárenyhítés következményeit ő viselje, vagyis ha nem költ rá, akkor nagyobb legyen a vesztesége. Ez úgy érhető el, ha a kártérítés független a kárenyhítési lépésektől: akár megteszi azt a károsult, akár nem, ugyanannyit kap. Ez azt jelenti, hogy az ilyen lépések összes költségét ő viseli, de az összes haszna is az övé, a kártérítés nem csökken, azért mert ő kárenyhítésbe kezd. Vegyük észre, hogy itt az is elképzelhető, hogy a valós kártérítés meghaladja a kárenyhítés révén lecsökkentett kárát!⁴¹

Újratárgyalás, szerződésmódosítás

Az újratárgyalás, a szerződésmódosítás az egyik legtöbbet tárgyalt téma a közgazdaságtanban. Egyik oldalról azt állítja az irodalom, hogy a legtöbb fenti probléma kezelhető, amennyiben az újratárgyalás lehetséges. Láttuk, Williamson [1979/2008] is ezt hangsúlyozta: ha a felek a probléma felmerülése esetén képesek kooperatív módon megoldani a problémáikat (nem fenyeget az opportunizmus), akkor a tranzakciós költség nem fogja megakadályozni a kölcsönösen előnyös szerződések létrejöttét. Másik oldalról viszont éppen az újratárgyalás veszélyére hívja fel a figyelmet az ún. *akadályozási (hold up) probléma*.

Az újratárgyalás előnyös hatásait elsősorban abban ragadhatjuk meg, hogy megakadályozza a nem hatékony szerződésszegést, és lehetővé teszi a hatékonyságot. Lássuk előbb az első esetet! Szerződésszegés akkor következik be, ha a szolgáltató költsége meghaladja azt az árat, amit a szerződésért kap. Ez a lépése azonban nem hatékony, ha a teljesítés költsége még így is kisebb, mint

⁴¹ A kárenyhítés társadalmi haszna $B = w(z) - z$, ahol z a kárenyhítésre fordított költség, míg $w(z)$ a kár csökkenése, ami a kárenyhítés függvény – minél többet költünk kárenyhítésre, annál több kár marad el.

a szerződés értéke a másik fél számára. Az építési példában ez volt a helyzet, amikor a költség 58-ra nőtt, míg az ár 50, a vevő értékelése pedig 60 maradt. Kézenfekvő lehetőség ilyen esetben a szerződésmódosítás: ha a felek meg tudnak állapodni abban, hogy az árat 58 és 60 közé emeljék, akkor a szerződés minden külső beavatkozás nélkül teljesül. A módosítás kölcsönösen előnyös is lenne, hiszen a vevőnek nem kellene attól félnie, hogy a szerződést nem teljesítik.⁴²

Hasonlóképp bizonyíthatjuk, hogy a hatékony szerződésszegést előidézhajtjuk még akkor is, ha az eredeti szerződés alapján arra nem kerülne sor. Tételizzük most fel, hogy nem a költségek nőnek meg, hanem valamiért a ház értéke esik vissza (a vevő számára) 30-ra, miközben az előállítási költsége ugyanúgy 35 marad! Az 50-es ár miatt az építész továbbra is érdekelt lenne a szerződés teljesítésében, hiszen a haszna továbbra is 15 lenne. Az építettő azonban bukna 20-at. A szerződésmódosítás most akkor vezet el a hatékony végeredményhez, ha az építettő felajánl a szerződésbontásért minimum 15-öt, maximum 20-t. Ezzel ő egy 20 egységnyi veszteségtől menekül meg – míg az építész megkapja (legalább) azt a hasznát, amit a szerződés módosítása nélkül remélhetne, vagyis 15-öt.⁴³

Eddig azt láttuk, hogy a jogrendszernek érdemes a feleket arra ösztönözni, hogy a szerződésmódosítások révén maguk oldják meg a problémáikat. Éppen ezért nem lenne szerencsés, ha a bíróság nem lenne hajlandó az ilyen szerződésmódosítások kikényszerítésére – például a szerződés módosítása nélkül rosszul járó fél kiszolgáltatott helyzetére hivatkozva. Másik oldalról viszont komoly érvek szólnak amellett is, hogy gyanakodva tekintsünk a szerződésmódosítási kezdeményezésekre. Az ezzel foglalkozó irodalom általában azt hangsúlyozza, hogy ennek az esélye veszélyeztetheti az idioszinkratikus beruházásokat. Ha a beruházó számíthat rá, hogy a másik fél – felismerve, hogy a beruházó számára a kapcsolat fennmaradása jelentős *kvázijáradékot* eredményez – megpróbálhatja a beruházás hozamának egy részét szerződésmódosítás révén elvonni, akkor kevésbé ösztönzött ezekre a specifikus beruházásokra. Ezt a próbálkozást, amikor valaki a másik specifikus beruházásainak hasznát, *kvázijáradékát* akarja kiaknázni, nevezi a közgazdaságtan *akadályozási (hold-ép) problémának*.⁴⁴

⁴² Matematikailag is bizonyítható, hogy szerződésmódosítás útján mindig ki lehet küszöbölni a nem hatékony szerződésszegést. A kiinduló helyzet: $c > p$ (ezért akar szerződést szegni) és $v > c$ (ezért nem lenne hatékony a szerződésszegés). A szerződésmódosítás végeredménye egy olyan t transzfer, amelynek a révén az ár megemelkedik úgy, hogy $v > p + t > c$, ahol $t = c - p + \alpha(v - c)$; feltéve, hogy $0 < \alpha < 1$.

⁴³ Az előző matematikai modell mintájára: itt a kiinduló helyzetben $v < c$ és $c < p$. A transzfer összegét úgy kell meghatározni, hogy $p - c < t < p - v$. Ennek minden $t = p - v + \alpha(v - c)$ összeg eleget tesz (ha $0 < \alpha < 1$).

⁴⁴ A teljes szerződés definíciós problémájának tárgyalásakor bemutatott szerződéselméleti irodalom azonban itt is árnyalja a képet. Ma már az általánosan elfogadott álláspont az,

5.2. A nem klasszikus joggazdaságtani elvárások

Az eddigiekben a klasszikus közgazdaságtan, joggazdaságtan szerződési joggal kapcsolatos elvárásait vettük számba. A téma lezárásaként mindenképpen szólni kell azonban két olyan megközelítésről, amely ugyan a közgazdaságtanban is megjelenik, de kissé távolabb áll ezektől az elméletektől. Az egyik szerint a szerződési jognak elsősorban az ember korlátozott racionalitásából kellene kiindulnia – ez a megközelítés (például Posner [2003]) az általunk is követett joggazdaságtani elemzést azért kritizálja, mert szerinte tévesen azt tételezi fel, hogy az emberek racionálisak. (Például az előző ösztönző hatásokra épülő modell lényege is az volt, hogy a polgárok mindig racionális válaszokat adnak a jogszabályokra.) A másik kritika a paternalizmus mellett talál indokokat. Ez a közgazdasági emberkép másik alapját: a preferenciarendezéssel kapcsolatos autonómiát kezdi ki. Ez az álláspont nem feltétlenül tagadja, hogy az emberek racionális mérlegelés alapján döntenek, de felveti, hogy a szerződési jognak igenis feladata lehet a szerződési szabadságot olyan esetekben is korlátozni, amikor az embereket irányító vágyak nem helyesek, nem szolgálják az ember *valódi* (de sokszor nem, vagy csak kévsé felismert) érdekeit. (A két elmélet egymással is szoros kapcsolatban van. Erről lásd Cserne [2006].)

A *korlátozott racionalitás* érve sokak szerint a közgazdaságtan alapjait kezdi ki. Az érvet a legkönnyebben talán akkor érthetjük meg, ha egy példát hívunk segítségül – a dohányzás szabályozását. A dohánytermékek forgalmazásának, reklámozásának vagy éppen fogyasztásának tilalma mellett sokféle érvet felhozhatunk. Ezek egy jó része illeszkedik is a fentiekben látott érvekhez. Például állíthatjuk azt, hogy a dohánytermékek esetén igen komoly információs problémák vannak, amelyeket valamiképpen kezelni kell. Kicsit leegyszerűsítve: az információhiány vagy információs aszimmetria érve azt állítja, hogy a dohányosok nem tudják, milyen veszélyeknek teszik ki magukat, hiszen nincs elég információjuk. A korlátozott racionalitásra épülő érvek lényege nem az,

hogy amennyiben a specifikus beruházás egyoldalú (vagyis csak az egyik fél teszi meg), akkor a szerződésmódosítás szabályainak megfelelő kialakításával biztosítani lehet az idioszinkratikus beruházások hozamát, azt, hogy az ilyen beruházások szintje ne csökkenjen a szerződésmódosítás félelme miatt. A megoldási javaslat (Grossman – Hart [1986]) az, hogy a beruházást tevő fél számára kell biztosítani az ajánlattételi jogot, úgy, hogy a partnernek csak két lehetősége legyen: vagy el kell fogadnia az új feltételeket, vagy fel kell bontania a kapcsolatot. Ugyan ezeknek a megoldásoknak a specifikus beruházást védő hatását sikerült matematikai eszközökkel igazolni, de egyben az is kiderült, hogy ezek a mechanizmusok nem oldják meg a problémát, ha (i) mindkét fél tesz ilyen beruházásokat, illetve, ha (ii) információs problémák merülnek fel (például az ajánlattevő nem ismeri azt a szélsőértéket ameddig a másik még hajlandó elmenni, amelyeknél rosszabb ajánlat esetén inkább felmondja a szerződést).

hogy a dohánytermékeket vásárló, fogyasztó polgárok nem rendelkeznek kellő információval. A korlátozott racionalitásra alapuló érvek szerint, ha lenne elég információjuk, akkor sem lennének képesek azt megérteni, feldolgozni. Láttuk, a közgazdaságtan emberképe (a *homo oeconomicus*) abból indul ki, hogy a rendelkezésre álló információk alapján mindig azt a megoldást választjuk, amely a saját preferenciáink (értékrendünk, szempontrendszerünk) alapján a legjobb a számunkra: a legkevesebb kárt, költséget okozza, miközben a legtöbb jóval, haszonnal kecsegtet bennünket. A korlátozott racionalitás két ponton támadja ezt az elméletet: egyrészt vitatja, hogy rendelkezünk-e ilyen egyértelmű, koherens, önellentmondásoktól nem terhelt preferenciákkal, másrészt vitatja, hogy az emberek racionális mérlegelés alapján döntenének.⁴⁵ A kritika részletes tárgyalásától most eltekintünk – az érdeklődőknek az ún. *kísérleti közgazdaságtan* (*experimental economics*), illetve a *viselkedési közgazdaságtan* (*behavioral economics*) tankönyveit ajánlhatjuk. Ezek a modelljei részletesen bemutatják azokat a tipikus anomáliákat, vagyis a racionális emberkép alapján nem magyarázható reakciókat, amelyeket a szerződési jog (vagy általánosabban a gazdaság, a társadalom működése) kapcsán számításba kell vennünk. Ezek az érvek mind komolyabb helyet kapnak a szerződési jogban is, különösen a fogyasztóvédelem terén – amikor sor kerül rá, akkor majd részletesen tárgyaljuk a könyv későbbi részeiben ezeket. (A 7. fejezet az ajándékozás, illetve a 11. fejezet a fogyasztói szerződések problémáinak bemutatásakor tárgyalja részletesebben a korlátozott racionalitáson alapuló modelleket.)

A joggazdaságtan a szerződési jogot a racionális döntéshozók modellje alapján tárgyalja. Emellett két fontos érvünk van. Az egyik a közgazdaságtan klasszikus válasza: a racionális döntéshozók modelljét a legkönnyebb megtalálni és megérteni. Lényegesen egyszerűbb, ha először a racionális döntések alapjaival kerülünk tisztába, és a normális állapottól való (esetleg tendenciózus) eltéréseket ezek után építjük be a magyarázatunkba. A másik érv a racionális mérlegelés fenntartása mellett az, hogy a szerződési jog logikája is a szerződési szabadságból indul ki. Láthattuk, hogy a racionális mérlegelés és a szerződéses szabadság elve erősen összekapcsolódik: a szerződési jog is azokat az eseteket tekinti kivételesnek, amikor a szerződési szabadságot korlátozni kell, mint például a gyerekek, fiatalok, cselekvőképtelenek, korlátozottan cselekvőképességűek esetében.

⁴⁵ Tegyük hozzá, az utóbbi nem feltétlenül mond ellent a racionális emberképnek: roppant racionális lehet, ha az ember időnként lemond a lehetséges alternatívák közötti mérlegelésről, és egyszerű hüvelykujj-szabályok, előítéletek, minták alapján dönt. Mindaddig, amíg ezeken a döntéseken nem veszt időt, az információszerzés költsége miatt veszítene, addig a racionális mérlegelés feladása is lehet racionális döntés.

A másik kritika, a *paternalizmus* meglehetősen szerteágazó áramlat, sokféle, akár közgazdaságilag is alátámasztható érvet használ (Cserne [2006]). Ezek közös eleme a szkepticizmus: biztos, hogy az a szerződés, amely két ember szabad akaratából (és kellő tájékozottság birtokában, alacsony tranzakciós költségek mellett) jött létre, az ő érdekeiket szolgálja? A sokféle érvelés közül mi most egyre koncentrálunk, arra, amit *perfekcionista, komunitariánus* érvek nevezhetünk. Ez kétségbe vonja, hogy az ember preferenciái jól tükröznék azt, hogy valójában mi is a *jó neki*. Hadd hívjuk ismét a dohányzás körüli vitát segítségül! A klasszikus közgazdasági alapelvek alapján el kellene fogadnunk, ha valaki (kellő információk birtokában) úgy döntene, hogy a dohányzás nyújtotta aktuális élvezet számára fontosabb, mint az, hogy emiatt megrövidül az élete. A korlátozott racionalitás érve alapján is csak azt vonhatjuk kétségbe, hogy ezt a mérlegelést valaki megteszi-e, amikor dohányzik. Ha mérlegeli, akkor a korlátozott racionalitás elve alapján sem találhatunk semmi kivetnivalót abban, ha ily módon rongálja az egészségét. A paternalista érv alapján azonban még ez sem elég: eszerint beavatkozhatunk, megakadályozhatjuk a dohányzást arra hivatkozva is, hogy az adott ember nem jó preferenciákkal rendelkezik, *nem helyes*, ha a pillanatnyi élvezetét többre becsüli, mint a hosszú távú egészségét. A közgazdaságtan számára ez az érvelés nehezen kezelhető, hiszen a klasszikus elemzés abból indul ki, hogy a preferencia-rendezésről nem alkot véleményt adottnak veszi. Az a megközelítés, amely szerint magának a döntéshozónak a saját érdekében más preferenciákkal kéne rendelkeznie, a klasszikus közgazdaságtan számára idegen.⁴⁶ Másrészt a klasszikus elemzés, illetve az abból kinövő ún. közösségi döntések elmélete (*public choice*) (mint majd a 11. fejezetben a paternalizmus részletes tárgyalásakor látjuk majd) felhívja a figyelmet arra is, hogy a paternalizmus Achilles-pontja, hogy a mások preferenciáit felülvizsgáló politikai döntéshozók racionalitása (és információja) sem teljes, illetve az ő preferenciáik sem biztos, hogy megfelelnek a perfekcionista elveknek.

⁴⁶ Léteznek ugyan olyan közgazdaságtani modellek, amelyek a preferenciák ki- és átalakulását vizsgálják (például Becker – Stigler [1977/1989]), de abban a közgazdászok közgazdászként nem foglalnak állást, hogy különböző preferenciák közül melyik a jobb és melyik a rosszabb – leszámítva azokat az eseteket, amikor bizonyos csoportok preferenciái, döntései miatt mások járnak rosszabbul (vagy éppen jobban). Ez lesz az externália esete – de ez nem a paternalizmus érvelése.

6. A SZERZŐDÉSI JOG ESZKÖZEI: KÓGENS ÉS DISZ POZITÍV SZABÁLYOK

Az eddigiekben egyrészt láttuk, hogy a disz pozitív szabályok hogyan csökkenthetik a tranzakciós költségeket. Másrészt az előző pontban láttuk azokat a célokat, azokat az ösztönző mechanizmusokat, amelyeket a szerződési jog értékelésekor a normatív joggazdaságtan általában szem előtt tart. A fejezet lezárásaként érdemes áttekinteni azonban azt is, milyen eszközök állnak a szerződési jog rendelkezésére. Egyrészt különbséget kell tenni disz pozitív és kógens szabályok között. Másrészt a kógens szabályok kikényszerítése kapcsán meg kell különböztetni magán és állami kikényszerítési mechanizmusokat.

A korábbiakban a disz pozitív szabályokat úgy jellemeztük, mint amelyek-től a szerződő felek eltérhetnek, amelyeket a felek felülírhatnak, amennyiben a szerződés megkötésékor egybehangzóan kijelentik ezen szándékukat. Fő funkciójuk az, hogy a szerződéskötési, és ezzel a tranzakciós költségeket csökkentse. Ennyiben a szerződési szabadságot elősegítő, és nem azt korlátozó szabályoknak tekinthetjük őket. Más a helyzet a kógens szabályokkal. Ezeket általában a szerződési szabadság legfontosabb korlátainak tekintik: hiszen ezek olyan szabályok, amelyek kötelezettségeket írnak elő, amelyekről elméletileg a szerződő felek egyező akarattal sem térhetnek el.

6.1. Kógens szabályok osztályozása

A *kógens szabályok* kimondhatják, hogy bizonyos kérdések a szerződésben – a törvénytől eltérő módon – nem rendezhetők; tilthatnak bizonyos tevékenységeket. Gondoljunk csak például a drog, az alkohol, a fegyver vagy a pornográf tartalmak kereskedelmének szabályozására, részleges vagy teljes tilalmára! Ezek *kizárják*, hogy bizonyos dolgokról vagy éppen bizonyos partnerekkel *szerződést kössünk*. Másik oldalról a kógens szabály korlátozhatja a szerződési szabadságot úgy is, hogy *szerződéskötési kötelezettséget* ír elő. Ilyen például a kötelezően igénybe veendő közszolgáltatások, a szemétszállítás, a kéményseprés esete, vagy amikor a szabad hozzáférés elve alapján egy telefontársaság számára előírják, hogy az általa kiépített hálózathoz más szolgáltatóknak is hozzáférést kell biztosítani.

A kógens szabályok lehetnek *tartalmiak (szubsztantívak)* és *eljárásbeliek (procedurálisak)*. Az előbb tartalmi kógens szabályokat idéztünk: ezek bizonyos szerződési passzusokat tiltanak vagy éppen tesznek kötelezővé. A szubsztantív szabályok közé sorolhatjuk a minimálbérre, a termékbiztonságra vagy a kötelező szavatosságra, a jótállásra vonatkozó szabályokat. Az eljárásbeli kógens

szabályok nem korlátozzák a szerződés tartalmát: a felek szabad akaratuknak megfelelően bármit belefoglalhatnak a szerződésbe, de megszabják azt, hogy a felek a szerződéskötés előtt, illetve a szerződés fennállása alatt milyen magatartást tanúsíthatnak. A kötelező információszolgáltatás például ilyen eljárásbeli kógens szabály. Meg kell jegyezni, hogy az eljárásbeli kógens szabályok mindig ott húzódnak egy-egy disz pozitív szabály mögött: ha a szerződéskötés során nem tartják be ezeket a követelményeket, például nem tájékoztatta egyik fél a másikat egy fontos körülményről, akkor vélhetően a bíróság nem fogadja majd el a szerződés tartalmát, nem tekinti azt a felek egybehangzó akaratát tükröző dokumentumnak. Hiába tér el az például egy disz pozitív szabálytól, mivel az eljárásbeli szabályokat megsértették, így a disz pozitív szabályozás marad érvényben.

A szabályok abban is eltérhetnek egymástól, hogy mennyire pontosan fogalmazzák meg őket. (Tegyük gyorsan hozzá, ez nemcsak a kógens, hanem a disz pozitív szabályokra is vonatkozik!) Az irodalomban a *standardok*, *generálklauzulák* és a *tételes szabályok (rules)* ellentétéként ismert a probléma: amennyiben pontosan körülírjuk, hogy mit szabad és mit nem, akkor a jogalkalmazás ugyan kiszámítható lesz, viszont a pontosan körülírt szabályok mindig megkerülhetők. A generálklauzulák ezzel szemben inkább csak célt fogalmaznak meg (például a jóerkölcsbe ütköző szerződésekkel szembeni fellépést, vagy a vállalati vezetők ún. bizalmi, fiduciáris felelősségét a tulajdonosok felé, vagy éppen a jóhiszeműség és tisztességesség követelményét); azt, hogy az adott elv sérül-e a konkrét esetben, a bíróságnak kell eldöntenie. A tételes szabályozás korlátozza a bíróságok mozgásterét, véd az ő elfogultságuktól, korrupciójuktól, ezzel szemben a tételes szabályok a törvényeket előkészítő politikusok, bürokraták elfogultságainak, korrupciójának teszik ki erősebben a jogrendszert.

Az, hogy a kógens szabályokat mikor is kellene alkalmazni, meglehetősen vitatott kérdés. A jogrendszert részletesebben vizsgáló közgazdaságtani elemzés (Ayres [1988] vagy Menyhárd et al. [2006]) négy olyan indokot ad meg, amely a kógens szabályozás mellett érvként szolgálhat: (i) ha a tranzakció harmadik felet is érint, (ii) ha a két fél viszonyát információs aszimmetria jellemzi, (iii) ha valamelyik fél racionalitása korlátozott, vagy ha (iv) a két fél nem egyenrangú – például valamelyik fél erőfölényben van a másikkal szemben.⁴⁷ Ezek

⁴⁷ Ez a modell szoros kapcsolatban van az ún. jóléti közgazdaságtannal, de megközelítésmódja kicsit más. A jóléti közgazdaságtan azt keresi, hogy a piaci folyamatokba mikor kell a kormányzatnak beavatkoznia. Ebben a tekintetben a piaci kudarcokra felszámolására helyezi a hangsúlyt. Ilyen probléma lehet az, ha egy tranzakció nemcsak az abban érintett felek hasznait és költségeit érinti, hanem másokét is (ezt nevezik *externáliának*). Problémát jelenthet, ha egy terméket nemcsak az azt megvásárló, előállító piaci szereplő élvezheti, hanem azok is, akik annak a megszerzéséért semmit nem tettek. Ekkor *közjóságról* beszélünk – ezek előállításáért senki nem fog kellő erőfeszítést tenni, hiszen akkor

a klasszikus joggazdaságtan talaján álló indokok – ezekhez tehetjük hozzá a paternalista érveket.⁴⁸

6.2. Kógens és disz pozitív szabályok hatásainak összehasonlítása

Eddig két leegyszerűsítéssel éltünk, amelyeket most fel kell oldanunk. A disz pozitív és a kógens szabályokat eddig úgy különböztettük meg, hogy az előbbi nem köti meg a szerződő felek kezét, ezért szabadon (igaz a szerződés költségét felvállalva) eltérhetnek attól. Ezzel szemben a kógens szabályok megakadályoznak vagy éppen kötelezővé tesznek bizonyos tevékenységeket. Azonban ezen állítások egyike sem igaz ilyen egyszerűen. A disz pozitív szabályok „ragadósak”, nem mindig egyszerű eltérni tőlük – még közös akarattal sem. A kógens szabályokat pedig meg lehet kerülni – azok nem akadályozzák meg feltétlenül a tiltott tevékenységet. Lehet, hogy csak más formába (esetleg jogon kívüli megoldások felé) terelik azt. Ráadásul előfordulhat az is, hogy nem egyértelmű, hogy az adott szabály kógens vagy disz pozitív.⁴⁹

Napjainkban általánosan elfogadottá vált az a nézet, hogy a disz pozitív szabályok „ragadósak” – hiába lehet a szerződésekben viszonylag egyszerűen eltérni tőlük, a felek nem teszik, vagyis a disz pozitív szabály a gyakorlatban sokszor meghatározza, befolyásolja a szerződés tartalmát is. Miért nem térnek el tőlük a felek, ha az számukra kölcsönösen előnyös lenne? Ennek egyik oka lehet, hogy ezek az eltérő rendelkezések meglehetősen bonyolult szerződéskötési (különösen szövegezési) megoldásokat követelnek, vagyis magasra emelik a tranzakciós költséget. Előfordul, hogy a bíróság a vitás kérdést akkor is a disz pozitív szabály alapján ítéli meg, ha a szerződésbe attól eltérő passzusok kerülnek be. Ugyanis ha vita robban ki a felek között arról, hogy mi is az adott passzus valós értelme, vagy, hogy tisztában voltak-e annak jelentésével a szerződés megkötésekor (valóban a felek egyező akarátát fejezte-e ki), akkor a bíróság sokszor hajlik arra, hogy inkább a törvény által kínált disz pozitív megoldást

is hozzáférhet, ha a többiek vásárolják meg azt. (Ez utóbbi a jól ismert *potyázás*, illetve *fogyó dilemma*.) Piaci kudarc a *monopólium*, *monopszónia* is, amikor az egyik fél képes arra, hogy a piaci árat befolyásolja. (A monopszóniáról akkor beszélünk, amikor a vevő kerül monopolpozícióba.) Végül a piaci kudarcok közé sorolják az előbb részletesen bemutatott *információs aszimmetriát* is.

⁴⁸ A kógens szabályok mellett további érvekhez lásd Cserne [2006], Menyhárd et al. [2006], Trebilcock [1993]).

⁴⁹ A probléma még bonyolultabb lesz, ha figyelembe vesszük azt is, hogy a kógens szabályok sok esetben egyoldalú diszpozitív szabályok: sok kógens szabály felső vagy alsó határt szab valaminek. (Például a minőség nem lehet rosszabb egy meghatározott szintnél, de magasabb lehet; a garanciaidő nem lehet rövidebb egy adott időszagnál, de hosszabb – vélhetően megfelelő ellenételezésért cserébe – lehet.) Lásd Ayres [1988].

érvényesítse.⁵⁰ A disz pozitív szabályok megmaradását, érvényesülését segíti elő az ún. *státus quo-hatás* is (Korobkin [1998a, b], Kahneman, Knetch and Thaler [1991]): mivel már abból a tényből, hogy valaki az eltérést kéri, a partner sok dologra következtethet, ezért a felek akkor sem mindig kérik az eltérést, ha az érdekükben állna.

A kógens szabályokról általában azt feltételezzük, hogy az azokban tiltott tevékenységet, szerződési feltételeket a felek számára gyakorlatilag is megvalósíthatatlanná teszik. Ezzel szemben a kógens szabály nem lehetetlenné, megvalósíthatatlanná, hanem csak bíróság előtt kikényszeríthetlenné teszi az adott megállapodást – és ez nagy különbség! A valóságban egy kógens szabállyal csak annyi változik, hogy amennyiben valamelyik fél vagy egy harmadik szereplő a bíróság előtt megtámadja a jogellenes passzust (vagy éppen mivel a partnere nem teljesíti azt, így azért indít pert, hogy kikényszerítse a betartását), akkor az nem kényszeríthető ki. De mi a garancia arra, hogy az ilyen tiltott szerződési passzusok bíróság elé kerülnek? Mi akadályozza meg, hogy ilyen esetekben a fejezet elején bemutatott egyéb, nem jogi kikényszerítési eszközöket (etikai ráhatást, csoportnyomást; az ismétlődő tranzakciókból vagy a reputációs mechanizmusból fakadó ösztönzőket; a biztosítékadást) alkalmazzák a felek az ígéretek kikényszerítésére? Tudjuk, hogy jó néhány jogilag tiltott termék a „feketepiacon” könnyedén beszerezhető. Úgy tűnik ezen alternatív mechanizmusok viszonylag könnyen az állami kikényszerítés helyébe léphetnek.

6.3. A kikényszerítés: állami vagy magánkikényszerítés

A szerződési jog kapcsán tárgyalt problémák általában – a 2. alfejezetben bevezetett fogalommal – a harmadik fél általi kikényszerítés körébe esnek: a kikényszerítés legfontosabb szereplője általában a bíróság – ritkábban a közigazgatás. Azonban ezen belül is különbséget kell tenni a magán- és az állami kikényszerítés között aszerint, hogy ki kezdeményezi a szabálysértővel szemben a jogi lépéseket. A *magánmegoldás* esetén a sértett fél maga dönti el, hogy kívánja-e a jogrendszer segítségét, hajlandó-e felvállalni a pereskedéssel járó költségeket vagy megtorlatlanul hagyja a szabálysértését, szerződésszegést. Az *állami kikényszerítés* nincs ahhoz kötve, hogy a sértett bírósághoz fordul-e, a szabályok megsértőit az állam valamilyen szerve üldözi, próbálja „elkapni”, és bíróság elé állítani. A magánkikényszerítés problémája természetesen az, hogy a károsult, a sértett nem mindig hajlandó felvállalni a bírósági eljárás

⁵⁰ A bíróságok gyakran vonnak le téves következtetéseket magából a jogvita létéből. Elképzelhető például, hogy éppen az aktuális vitát tekintik bizonyítéknak arra, hogy a szerződésben szereplő passzus nem fejezte ki a bírósághoz forduló fél akaratát (lásd Ayres [1988]).

költségeit – ez például a bírósági eljárás közvetlen kiadásaitól (az ügyvédek díjazásától), az eljárás időigényétől, a győzelem esélyétől (a bizonyítás nehézségétől), a két fél közötti esetleges erőfölénnytől függenek. Ezzel szemben az állami kikényszerítés esetén a szabálysértést felderítő felügyelő szervezetet, rendőrséget kell fenntartani.

7. ÖSSZEFOGLALÓ

A mostani fejezet feladata az volt, hogy áttekintse a szerződési joggal foglalkozó joggazdaságtani irodalom lényegi állításait. Láttuk, hogy melyek azok a közgazdasági elvárások (*Pareto-hatékonyság*, kompenzációs kritérium), amelyek alapján a közgazdaságtan megítéli a különböző jogi, jelen esetben szerződési jogi intézményeket. Ezek alapján komoly érveket hozhatunk el a szerződési szabadság elve mellett: a *Coase-tétel* értelmében a szerződési szabadság elismerése, illetve a szerződések támogatása a társadalmi hatékonyság megteremtéséhez vezető egyik legegyszerűbb út. (Ez az oka annak, hogy a joggazdaságtannal foglalkozók időnként akkor is támogatják a szerződési szabadságot, amikor sok jogász már korlátokat állítana.) Mivel a közgazdaságtant elsősorban a különböző intézmények ösztönző hatásai érdeklik, így a mostani fejezet egyik legfontosabb célja az volt, hogy összegyűjtsük azokat a hatásokat, amelyeken keresztül az egyes szerződések, illetve a szerződési jog egésze befolyásolja a szerződő felek magatartását. Végezetül, mindezen célok elérése érdekében sokféle eszköz áll a szerződési jog rendelkezésére: disz pozitív és kógens szabályok, eljárásbeli és szubsztantív szabályok, tételes szabályok és a bíróságoknak nagyobb mozgásteret hagyó, átfogó jogelvek, magán- és állami kikényszerítésen alapuló szankciók.

Ez a fejezet még nem foglalkozott a magyar jogban megjelenő egyes konkrét jogintézményekkel – inkább csak egy kérdéslisát állítottunk most össze azokról a kérdésekről, amelyeket majd minden egyes szerződésjogi elem elemzésekor fel kell tennünk. A kérdések most már a kezünkben vannak, a könyv többi fejezetében ezekre keressük a válaszokat.

Irodalomjegyzék

- Aghion, Philippe, Mathias Dewatripont and Patrick Rey [1994], 'Renegotiation Design with Unverifiable Information', 62 *Econometrica* 257
- Akerlof, George A. [1970], The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *Quarterly Journal of Economics* 84 (3): 488–500, 1970.
- Allen, Douglas, W. [2000], Transaction Costs. Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000,
- Ayres, Ian [1998], *Default rule for incomplete contracts*, in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* (Peter Newman ed.)
- Ayres, Ian, and Robert Gertner [1989], 'Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules', 99 *Yale Law Journal* 87.
- Ayres, Ian, and Robert Gertner [1992], 'Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules', 101 *Yale Law Journal* 729
- Becker, G. S.-Stigler G. J. [1977/1989], De gustibus non est disputandum. in: Stigler G. J.: *Piac és állami szabályozás. Válogatott tanulmányok*. Budapest: KJK. 111-132.
- Chung, Tai-Yeong [1991], 'Incomplete Contracts, Specific Investments and Risk Sharing', 58 *Review of Economic Studies*. 1031
- Coase, Ronald H. [1937/2004], A vállalat természete. in: Coase [2004]
- Coase, Ronald H. [1960/2004], A társadalmi költség problémája. in: Coase [2004]
- Coase, R. H. [2004]: *A vállalat, a piac és a jog*. Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest, 2004
- Cooter, Robert – Thomas Ulen [2005]: *Jog és közgazdaságtan*. Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest
- Craswell, Richard [1988], 'Contract Remedies, Renegotiation, and the Theory of Efficient Breach', 61 *South California Law Review*. 629
- Cserne Péter [2006]: Szerződési szabadság és paternalizmus: adalékok a szerződési jog közgazdasági elemzéséhez. *Századvég* 41. 41-78.o.
- Djankov, Simeon, Caralee McLiesh, and Andrei Shleifer [2007], Private credit in 129 countries. *Journal of Financial Economics* 84 pp. 299-329.
- Djankov, Simeon, Edward Glaeser, Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, and Andrei Shleifer [2003], The new comparative economics. *Journal of Comparative Economics* 31 pp. 595-619.
- Djankov, Simeon, Caralee McLiesh, and Andrei Shleifer [2007], Private credit in 129 countries. *Journal of Financial Economics* 84 pp. 299-329.
- Djankov, Simeon, Edward Glaeser, Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, and Andrei Shleifer [2003a], The new comparative economics. *Journal of Comparative Economics* 31 pp. 595-619.
- Ellickson, Robert C. [1991], *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Grossman, Sanford J. and Oliver Hart [1986], The Costs and the Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration, *Journal of Political Economy* pp. 691-719
- Heyne, Paul – Boettke, Peter – Prychitko, David [2004]: *A közgazdasági gondolkodás alapjai*. Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest

- Hermalin, Benjamin E., Katz, Avery W. and Richard Craswell [2007], Richard, *The Law and Economics of Contracts*. in: Mitchell Polinsky and Steven Shavell (eds.), *Handbook of Law and Economics*, Vol. 1, A., Amsterdam: Elsevier, 3-138.
- Johnston, Jason Scott [1990], 'Strategic Bargaining and the Economic Theory of Contract Default Rules', 100 *Yale Law Journal* 615
- Kahneman, Daniel, Jack L. Knetsch, and Richard H. Thaler [1991], *The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias*, 5 *Journal of Economic Perspectives* 193
- Korobkin, Russell [1998a], *Inertia and Preference in Contract Negotiations: The Psychological Power of Default Rules and Form Terms*, 51 *Vanderbilt Law Review* 1583
- Korobkin, Russell [1998b], *The Status Quo Bias and Contract Default Rules*, 83 *Cornell Law Review* 608
- Macneil, Ian R. [1974], *The Many Futures of Contract*, *Southern California Law Review*, 1974 (47), 691-816.
- Menyhárd Attila – Mike Károly – Szalai Ákos [2006]: A tiltás hatástalansága. Kógens szabályok a szerződésjogban. *Századvég* 41, pp.3-46
- Milgrom, Paul – John Roberts [2005]: *Közgazdaságtan, szervezelmélet és vállalatirányítás*. Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest
- Posner, Eric A. [2000], 'Contract Remedies: Foreseeability, Precaution, Causation and Mitigation', in: Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume III. The Regulation of Contracts*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000
- Posner, Eric A. [2003], 'Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?' 112 *Yale Law Journal* 829
- Posner, Eric A. [2005], 'There Are No Penalty Default Rules in Contract Law', *Chicago Working Papers in Law and Economics* No. 237, University of Chicago
- Posner, Richard A. [2011], *Economic Analysis of Law*, 8th edition. New York: Aspen Law and Business
- Posner, Richard A., and Andrew M. Rosenfield [1977], 'Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis', 6 *Journal of Legal Studies*, 88 (1977).
- Schmidt, Klaus M. [1998], 'Contract Renegotiation and Option Contracts', in 1 *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* (Peter Newman ed.)
- Shavell, Steven [2004], *Foundations of Economic Analysis of Law*, Belknap Press
- Stigler, G. J [1966], *The Theory of Price*, 3rd ed. New York: Macmillan
- Trebilcock, Michael J. [1993], *The limits of freedom of contract*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Vandenberghe, Ann-Sophie [2008]: Munkaszerződések. *Kormányzás, Közpénzügyek, Szabályozás* 3, pp. 63-77
- Williamson, Oliver E. [1979/2007], A tranzakciós költségek gazdaságtana: a szerződéses kapcsolatok szabályozása. *Kormányzás, Közpénzügyek, Szabályozás* 2 pp. 235-255.
- Williamson, Oliver E. [1985], *The Economic Institutions of Capitalism*. New York, NY: The Free Press

II. fejezet

A magyar szerződési jog alapjai

A második fejezet legfontosabb célja, hogy röviden megismertesse a magyar szerződési jog legfontosabb elemeit, fogalmait. A téma kiemelt tárgyalása két ok miatt szükséges. Egyrészt be kell vezetni, definiálni kell olyan jogi fogalmakat, amelyeket a későbbiekben az itt megismert módon fogunk használni. Másrészt, át kell tekinteni a magyar szerződési jog egészét, mielőtt az egyes elemeinek közgazdasági elemzésébe fognánk. Egy jogintézmény hatása ugyanis nagyon eltérő lehet attól függően, hogy milyen más jogintézmények mellett létezik. A magyar szerződési jog elemzése éppen ezért nem jelentheti azt, hogy az egyes magyar intézmények hatásait egy steril intézményi környezetben vizsgáljuk – meg kell érteni a kölcsönhatásokat is. A fejezet a magyar jogrendszer összetevőire koncentrál, de befejezőként bemutatjuk azt a „steril” jogrendszert is, amely a joggazdaságtani vizsgálatok kiindulópontja.⁵¹

Ez a fejezet logikájában kissé eltér a szerződési jogi tankönyvek, kurzusok szokásos felépítésétől, mivel a szerződési jog kérdései a közgazdaságtan, a joggazdaságtan számára kissé eltérnek a jog felfogásától. Mivel – mint az előző fejezetben láttuk – a szerződés lényege a jogi kikényszerítés lehetősége, ezért kötnek a felek a szerződést ahelyett, hogy az egyéb kikényszerítési mechanizmusokra hagyatkoznának csupán, ezért először a kikényszerítés jelentésével fogunk foglalkozni. Miután meglátjuk, hogy mi a jogkövetkezménye a szerződés létének, a második alfejezetben megvizsgáljuk milyen procedurális, formai és szubsztantív követelményei vannak a magyar jogban annak, hogy egy szerződés létrejöjjön. A szerződés létrejötte azonban a szerződésben leírtakon túl egyéb kötelezettségekkel is jár, például az abban nem rendezett kérdéseket a diszpozitív szabályok szerint oldja meg a jog. Ezeket a szerződés tartalmát meghatározó elemeket foglalja össze röviden a harmadik alfejezet. Ez a fejezet nem kívánja a magyar jogrendszert részletesen bemutatni, csak azokra az összefüggésekre mutat rá, amelyek minden jogintézmény elemzésekor fontosak lesznek, vagyis

⁵¹ A magyar jog ismertetése elsősorban három forrásra támaszkodik. A fejezet nagy része Bárdos – Menyhárd [2008] és Vékás [2008.szerk]. A dologi biztosítékok bemutatásához az alapot pedig Menyhárd [2007] szolgáltatta.

A fejezet elkészítésében, kritikáikkal, megjegyzéseikkel különösen nagy segítséget nyújtott Gubik Gabriella és Czinkoczy Zoltán.

az egyes elemekből csak azt emeli ki, amelyek befolyásolják a többi intézmény működését. Az egyes jogintézmények részletesebb bemutatására azok elemzésénél kerül majd sor.

1. KIKÉNYYSZERÍTÉS

A szerződés legfontosabb hatása, hogy jogi úton kikényszeríthető. A magyar jog a szerződés természetbeni teljesítésének, vagyis a *pacta sunt servanda* elvének alapján áll. Épp ezért elsőként ennek a megjelenési formáit tekintjük át. A kártérítés ehhez képest másodlagos, de nagyon fontos szerepet tölt be. A második pont ezért a kártérítési felelősség fő elemeit tekinti át. Itt kap helyet a közgazdasági értelemben a kártérítés speciális formájának számító kötbér tárgyalása is. A harmadik pont azokat az eszközöket tárgyalja, amelyek a két alapintézményen (természetbeni kikényszerítés, kártérítés) kívül a szerződésszegés esetén rendelkezésre állnak. Ezek között keverednek majd azok, amelyeket a bíróság rendelhet el (az eredeti állapot helyreállítása), és azok, amelyekkel a szerződő felek próbálják kibővíteni mozgásterüket (a zálog, a tulajdon átruházás vagy a tulajdonjog-fenntartás).

1.1. Pacta sunt servanda – természetbeni kikényszerítés

A kontinentális jogban, így a magyarban is a szerződések kötelező ereje azt jelenti, hogy természetben kell őket teljesíteni: a nem pénzfizetésre irányuló szerződési kötelezettségeket úgy kell teljesíteni (természetben), ahogyan elvállalták őket. Ezt nevezzük a *pacta sunt servanda* elvének.⁵² A természetbeni teljesítési kötelezettség legnyilvánvalóbb megjelenési formája a Polgári törvénykönyv azon szabálya, amely a kötelezett késedelme esetén a jogosultnak választási lehetőséget ad: ő döntheti el, hogy eláll a szerződéstől, és szerződésszegés címén kártérítést kér vagy a teljesítést követeli. A kötelezett – megállapodás hiányában – kártérítéssel nem szabadulhat a kötelezettség teljesítése alól, csak akkor, ha a bíróság lehetetlenülés miatt a szerződés megszűnését megállapítja.

⁵² Az angolszász jogban is teljesíteni kell a szerződést, de ott a szerződés fogalma egy kicsit eltér a kontinentális felfogástól. Holmes bíró definíciója szerint a szerződés igazából egy opció, amelyben a kötelezett azt vállalja, hogy vagy (i) teljesíti, amit vállalt, vagy (ii) megfizeti a jogosult nem teljesítés miatti kárát. A két opció közül a kötelezett választhat. Vagyis a kártérítés fizetését is a szerződés teljesítésének foghatjuk fel. „A szerződés megtartásának kötelezettsége a *common law*ban csak annyit jelenti, hogy kártérítést kell fizetni, ha valaki nem teljesít – és nem többet.” (O.W. Holmes, *The Path of the Law*, Harvard Law Review 457, 462 [1897] – idézi Posner [2011] p. 149)

De a *pacta sunt servanda* elve a jogosultat is kötelezi, ő sem léphet ki könnyedén a szerződésből. Például késedelem esetén nem állhat el szabadon a szerződéstől és kérhet kártérítést, hanem bizonyítania kell az érdekmúlást, vagyis, hogy a teljesítés többé nem áll érdekében. Szintén a jogosultat köti az a szabály is, amely szerint – hibás teljesítés esetén – a természetbeni kijavítás vagy csere követeléséről csak bizonyos feltételek között térhet ár a kártérítés, vagyis pénz követelésére.

A *pacta sunt servanda*, illetve általánosabban a szerződés kikényszerítése szorosan összefügg a bíróságok működésével. A nemzetközi vizsgálatokban a bíróságok megítélésekor általában az ítélezés (és az ítéletek kikényszerítésének) gyorsaságát használják mutatóként. Egy ilyen fontosabb összehasonlítást tartalmaz a 2.1. táblázat 1. panelja. Látszik, hogy a magyar bíróságok és végrehajtás az itt becsült típusesetben viszonylag gyorsak, a rendszer nem bonyolultabb, mint a legtöbb európai országban. Tegyük hozzá, hogy az összehasonlítás egy viszonylag egyszerű ügy elbírálásának és kikényszerítésének idő és költségigényét becsli. Könnyen elképzelhető, hogy egy bonyolultabb, összetett gazdasági viszony, esetleg gazdasági visszaélés esetén a magyar bírósági rendszer relatív pozíciója nem lenne ilyen előkelő. Erre utal a 2. panel is, amely a csődeljárás hasonló időtartamát és költségterhét méri. Látszik, hogy egy – egyébként szintén nem a legbonyolultabb esetek közül való – csőd esetén a magyar jogrendszer megítélése már közel sem ennyire pozitív.

Kellékszavatosság. A kellékszavatosság a *pacta sunt servanda* elvének lefordítása a hibás teljesítés esetére. A köznyelvben gyakran összemosdik három jogintézmény, a szavatosság, a jótállás és a termékfelelősség. Érdemes ezeket egymással összevetni. Kezdjük a szavatossággal – a másik kettőt ennek fényében ismerjük majd meg.

A kellékszavatosság előírja a természetbeni teljesítés hibáinak reparálását, másrészt viszont bizonyos mértékben a kötelezettet is a szerződéshez köti. Amennyiben a teljesítés hibás, akkor a jogosult választása szerint kijavítást vagy kicserélést követelhet, kivéve, ha ez lehetetlen vagy a kötelezettnek a másik lehetőséggel szemben aránytalan többletköltséget okozna. Ha a kötelezett a dolog kijavítását megfelelő határidőre nem vállalja vagy nem végzi el, a jogosult a hibát a kötelezett költségére maga is kijavíthatja vagy mással kijavíttathatja. A javításig, cseréig az ellenszolgáltatás arányos részét visszatarthatja. Ha sem kijavítás, sem kicserélés nem jöhet szóba, akkor a jogosult árleszállítást igényelhet vagy elállhat a szerződéstől – azonban jelentéktelen hiba esetén elállásnak nincs helye. A jogosult az egyszer már kiválasztott szavatossági jogáról másikra ugyan áttérhet, de az emiatti többletköltséget, kárt meg kell térítenie – kivéve, ha az áttérésre a kötelezett magatartása adott okot vagy az áttérés egyébként indokolt volt. A jogosult a szavatossági igényén túl a szerződésszegéssel oko-

zott károk megtérítési szabályai szerint kártérítést is kérhet – a szavatosság érvényesítése a kártérítést nem zárja ki.

A jogosult a hiba felfedezése után a lehető legrövidebb időn belül köteles kifogását közölni. A közlés késedelméből eredő kárért a jogosult felelős. Fogyasztói szerződés esetében a hiba felfedezésétől számított két hónapon belül közölt kifogást mindenképpen időben tett közlésnek számít.

2.1. táblázat. A szerződés kikényszerítésének időigénye és bonyolultsága, költsége különböző országokban

| | 1. panel: szerződések kikényszerítése ^a | | | 2. panel: csődjog ^b | | |
|---------------------|---|------------|--------------------------|-----------------------------------|------------------------|------------------|
| | Lépések száma | Idő (nap) | Költség (a tartozás %-a) | Idő (év) | Költség (a vagyon %-a) | Megtérülési ráta |
| Ausztrália | 28 | 395 | 21,8 | 1 | 8 | 80,8 |
| Ausztria | 25 | 397 | 18 | 1,1 | 10 | 83,3 |
| Belgium | 26 | 505 | 17,7 | 0,9 | 4 | 88,7 |
| Bosznia-Hercegovina | 37 | 595 | 34 | 3,3 | 9 | 35,4 |
| Bulgária | 39 | 564 | 23,8 | 3,3 | 9 | 31,7 |
| Ciprus | 43 | 735 | 16,4 | 1,5 | 15 | 70,7 |
| Csehország | 27 | 611 | 33 | 3,2 | 17 | 56,3 |
| Dánia | 35 | 410 | 23,3 | 1 | 4 | 87,1 |
| Észtország | 35 | 425 | 22,3 | 3 | 9 | 38,5 |
| Finnország | 33 | 375 | 13,3 | 0,9 | 4 | 89,7 |
| Franciaország | 29 | 390 | 17,4 | 1,9 | 9 | 48,4 |
| Görögország | 39 | 819 | 14,4 | 2 | 9 | 44,5 |
| Hollandia | 26 | 514 | 23,9 | 1,1 | 4 | 88,8 |
| Horvátország | 38 | 572 | 13,8 | 3,1 | 15 | 30,1 |
| Írország | 21 | 650 | 26,9 | 0,4 | 9 | 87,5 |
| Izland | 27 | 417 | 8,2 | 1 | 4 | 85 |
| Kanada | 36 | 570 | 22,3 | 0,8 | 4 | 90,7 |
| Lengyelország | 33 | 685 | 19 | 3 | 15 | 54,5 |
| Lettország | 27 | 469 | 23,1 | 3 | 13 | 59,8 |
| Litvánia | 30 | 275 | 23,6 | 1,5 | 7 | 51 |
| Luxemburg | 26 | 321 | 9,7 | 2 | 15 | 43,5 |
| Macedónia | 37 | 370 | 31,1 | 2 | 10 | 42,2 |
| Magyarország | 35 | 395 | 15 | 2 | 15 | 38,8 |
| Málta | 40 | 505 | 35,9 | 3 | 10 | 39,2 |
| Moldova | 31 | 327 | 28,6 | 2,8 | 9 | 32 |

| | 1. panel: szerződések kikényszerítése ^a | | | 2. panel: csődjog ^b | | |
|----------------|---|-----------|--------------------------|-----------------------------------|------------------------|------------------|
| | Lépések száma | Idő (nap) | Költség (a tartozás %-a) | Idő (év) | Költség (a vagyon %-a) | Megtérülési ráta |
| Montenegró | 49 | 545 | 25,7 | 1,4 | 8 | 48,3 |
| Nagy-Britannia | 28 | 399 | 25,9 | 1 | 6 | 88,6 |
| Németország | 30 | 394 | 14,4 | 1,2 | 8 | 78,1 |
| Norvégia | 34 | 280 | 9,9 | 0,9 | 1 | 90,8 |
| Olaszország | 41 | 1 210 | 29,9 | 1,8 | 22 | 63,4 |
| Oroszország | 36 | 270 | 13,4 | 2 | 9 | 43,4 |
| Portugália | 32 | 547 | 13 | 2 | 9 | 74,6 |
| Románia | 32 | 512 | 28,9 | 3,3 | 11 | 29,2 |
| Spanyolország | 40 | 510 | 17,2 | 1,5 | 11 | 76,5 |
| Svájc | 32 | 390 | 24 | 3 | 4 | 47,5 |
| Svédország | 30 | 314 | 31,2 | 2 | 9 | 74,7 |
| Szerbia | 36 | 635 | 31,3 | 2 | 20 | 29,1 |
| Szlovákia | 32 | 545 | 30 | 4 | 18 | 53,6 |
| Szlovénia | 32 | 1 290 | 12,7 | 2 | 4 | 49,8 |
| Törökország | 36 | 420 | 24,9 | 3,3 | 15 | 23,6 |
| Új-Zéland | 30 | 216 | 27,2 | 1,3 | 4 | 83 |
| Ukrajna | 30 | 343 | 41,5 | 2,9 | 42 | 8,7 |
| USA | 32 | 370 | 14,4 | 1,5 | 7 | 81,5 |

Forrás: Doing Business [2012]

^a A vizsgált eset: az egy főre jutó jövedelem 200%-át kitevő szerződés teljesítése körüli jogvita. A szállító időben leszállítja a kért árut, de a vevő minőségi problémákra hivatkozva visszaküldi azt, és nem fizeti ki. A szállító ezért bírósághoz fordul.

^b A vizsgált eset: egy vállalat, amelynek egyetlen tevékenysége, hogy egy hotelt üzemeltet, nem fizeti meg időben az adott évi törlesztést. A hitelező banknak jelzáloga van az ingatlanon. Az ingatlan értéke pontosan akkora, mint a bank hiteléé, de ezen kívül még 50 másik, jelzálogjoggal nem biztosított hitelezője is van a cégnek. A feltételezés szerint nyilvánvaló, hogy a cég vagyona akkor ér többet, ha a céget nem darabolják fel, nem adják el az egyes eszközeit külön-külön, hanem egy kézben tartják: egyben veszi át valaki. A cég 201 embert alkalmaz.

Jótállás. A jótállás (hétköznapi szóhasználatban gyakran ezt értik garancián) annyiban szigorúbb a kellékszavatosságnál, hogy a bizonyítási teher itt megfordul: a kötelezett akkor mentesül a felelősség alól, ha bizonyítja, hogy a hiba oka a teljesítés után keletkezett. (Kellékszavatosságnál a jogosultnak kell bizonyítania a szavatosság érvényesítéséhez szükséges elemeket.) A jótállás vállalható szerződés alapján is, de bizonyos esetekben jogszabály teszi kötelezővé.

Termékfelelősség. A termékfelelősség nem közvetlenül a *pacta sunt servanda*

elvből következik – már csak azért sem, mert nem is szerződési jog, hanem az ún. deliktuális (vagyis szerződésen kívüli károkért viselt) felelősség jogintézménye. Mindemellett a két másik intézmény működésének jobb megértését segíti, ha ezt is rögtön itt megismerjük. A termékfelelősség a termék hibája miatt jelentkező – nem közvetlenül a szerződésből származó – kár megtérítését jelenti. Termékfelelősséget, szemben a szavatossággal és a jótállással – nemcsak a szerződés partnerrel szemben érvényesíthetjük, hanem a termék gyártójával, importálójával szemben is. Ha a termék gyártója (import esetén az importálója) nem állapítható meg, a termék minden forgalmazóját gyártónak kell tekinteni.

Mivel a termékfelelősség alapja nem a szerződés, ezért itt szabályozni kell, hogy mi a hiba. (Az előző két esetben a szerződés, illetve annak diszpozitív szabályai megteszik ezt.) A termékfelelősség szempontjából a termék akkor hibás, ha nem nyújtja az általában elvárható biztonságot. (Azonban a terméket nem teszi hibássá önmagában az, hogy később nagyobb biztonságot nyújtó termék kerül forgalomba.) A gyártó, importáló, forgalmazó csak akkor mentesül a termékfelelősség alól, ha bizonyítja, hogy

- (i) a terméket nem hozta forgalomba, vagy
- (ii) a terméket nem üzletszerű forgalmazás céljából állította elő (azt nem üzletszerű gazdasági tevékenysége körében gyártotta, forgalmazta), vagy
- (iii) a hiba oka később keletkezett, vagy
- (iv) forgalomba hozatalkor a hiba a tudomány és a technika állása szerint nem volt felismerhető (kivéve a gyógyszer előírászerű alkalmazásával okozott károkat), vagy
- (v) a termék hibáját jogszabály vagy kötelező hatósági előírás alkalmazása okozta.

Termékszavatosság. A 2013-as kódex egy új természetbeni kikényszerítéshez kapcsolódó formát vezetett be, igaz, csak a fogyasztói szerződések esetén és csak ingó dolgok esetére: a termékiszavatosságot. Ezt a fogyasztó érvényesítheti szintén a gyártóval, importőrrel szemben. A kimentési okok nagyjából megfelelnek a termékfelelősség kimentési indokainak

Lehetetlenülés, mint a természetbeni teljesítés korlátja. Lehetetlenülésről akkor beszélünk, ha a szerződésben szabályozott szolgáltatás nyújtása valamilyen, a szerződéskötést követően bekövetkező okból lehetetlenné vált. A lehetetlenülés lehet fizikai, jogi vagy érdekbeli. *Fizikai lehetetlenülés* akkor következik be, ha a szerződés tárgya megsemmisült vagy hozzáférhetlenné válik. *Jogi lehetetlenülésről* akkor beszélünk, ha a teljesítést az időközben bekövetkező jogszabályváltozás már tiltja. A gyakorlatban fontos lehetetlenülési forma az érdekbeli lehetetlenülés – ez akkor következik be, ha a szerződéskötést követően megváltozott körülmények miatt a szerződést csak előre nem látott rendkívüli nehézségek árán lehet teljesíteni. Ez azonban elvileg nem feltétlenül

lehetetlenüléshez, a szerződés megszűnéséhez vezet, hanem – amennyiben a két fél nem tud egyezsége jutni – a később tárgyalta bírósági szerződésmódot is eredményezheti. (Tegyük azonban hozzá, hogy ennek alkalmazásától a bíróságok általában tartózkodnak – lényegesen ritkábban használják ezt az eszközt, mint a lehetetlenülés kimondását.)

A lehetetlenülés a magyar jogban két funkciót lát el, ha tetszik: két szintje van. Az egyik, az egyszerűbb, hogy a kötelezettet mentesíti a természetbeni teljesítés alól, de ez a kártérítési kötelezettségét még fenntartja. A lehetetlenülés jogintézménye ezt követően vizsgálja azt, hogy a kötelezett felelős volt-e a lehetetlenülésért. Amennyiben igen, akkor a kártérítési kötelezettség fennmarad; amennyiben azonban nem, akkor kártérítéssel sem tartozik.

1.2. Kártérítés

A szerződésszegésért való felelősségre, valamint a kártérítés mértékére a magyar jog elvileg a szerződésen kívül okozott károkért való felelősség szabályait alkalmazza – azzal az apró eltéréssel, hogy szerződésszegés esetén a kártérítés mérséklésének nincs helye. A felelősség megítélésére (akár szerződésen belül, akár azon kívül) akkor kerül sor, ha négy kérdésre pozitív válasz születik: (i) van kár, (ii) azt az alperes okozta, (iii) az alperes jogellenesen járt el⁵³ és (iv) az alperes elmulasztott olyan lépést, amely adott helyzetben általában elvárható volt. A mostani áttekintésben ezek közül csak két elemre térünk ki: először az elvárt magatartás fogalmára, majd a kár (pontosabban a kártérítés) mértékére.

Felelősségi formák: objektív vagy vétkesség. A felelősség két fő formája a magyar jogban az objektív felelősség és a kimentési lehetőséget engedő vétkességi felelősség. Objektív felelősség esetén a károkozó (szerződésszegő) *automatikusan* kártérítést fizet, ha a kárt ő okozta. A jog ilyenkor nem vizsgálja, hogy úgy járt-e el, ahogyan az adott helyzetben általában elvárható. Vétkességi felelősség esetén azonban igen: csak akkor kell a kárt megtérítenie, ha nem tudja bizonyítani, hogy úgy járt el, ahogyan az az adott helyzetben általában elvárható. Az elvárhatóság megítélése kérdéses, de ha nincs konkrét elv (például jogszabály, szokás), akkor a magyar bíróságok is hajlamosak azt vizsgálni, hogy a károkozó eljárása az adott körülmények között ésszerű volt-e.

A magyar jogban a szavatosság megítélése objektív felelősség alapján történik (nem ad az alól felmentést az sem, ha a szerződésszegő fél megtett minden

⁵³ Itt azonban meg kell jegyezni, hogy mivel a károkozás általában tilos, így ez a kérdés nem jelenti azt, hogy valamely tételes jogszabályba ütköző magatartást kellene kimutatni. A károkozás általában jogellenes. A jogellenesség vizsgálatának lényege fordított: bizonyos esetekben a jog felhatalmaz a károkozásra.

általában elvárható lépést). Ezzel szemben a kártérítés vétkességi felelősség esetén, vagyis az elvárt magatartás hiányakor jár.

A magyar kártérítési felelősség szerződéses esetekben. Bár az 1959-es Ptk. felelősség tekintetében nem tesz különbséget a szerződésszegéssel, illetve a szerződésen kívül okozott károk között, a magyar bíróságok gyakorlatában élesen eltér azok megítélése. A joggyakorlat a szerződésszegés esetén nagyon magasra állítja az elvárt magatartás mércéjét, lényegesen magasabbra, mint szerződésen kívüli károkozás esetén. Már az 1970-es évek óta igaz, hogy gazdaságszervezetek szerződésszegése esetén a bíróságok csak akkor adnak kimentést, ha a szerződésszegés oka elháríthatatlannak minősült. A bíróságok logikája szerint tehát, ha valaki szerződést köt, akkor az elhárítható okból bekövetkező károkért mindenképpen felelősség terheli – akkor is, ha úgy járt el, ahogyan az adott helyzetben általában elvárható.⁵⁴ Ezt a különbséget expliciten megjeleníti már az új 2013-as kódex. Itt kimentésre csak akkor van lehetőség, ha a szerződésszegést (i) a szegő fél ellenőrzési körén kívül eső, (ii) a szerződéskötés időpontjában előre nem látható körülmény okozta, és (iii) annak elkerülése, elhárítása nem is volt elvárható.⁵⁵

A felelősség ezen alapszabályát két fontos elem egészíti ki a magyar szerződési jogban: a lehetetlenülés miatti mentesülés, illetve a közreműködőért vállalt felelősség.

Lehetetlenülés. A magyar jog szerint, ha a szerződés lehetetlenülése olyan okból következik be, amelyért egyik fél sem felelős, akkor a felek kártérítéssel sem tartoznak egymásnak. Az eredeti állapotot helyre kell állítani: ha volt ilyen, akkor az addig teljesített szolgáltatások közötti értékkülönbséget rendezik csupán. A felelősség vizsgálatára azonban itt is sor kerül: a mentesülésnek az a feltétele, hogy az a fél, amelyik a lehetetlenné válásról tudomást szerez, haladéktalanul értesíti erről a másik felet. Ha ezt elmulasztja, akkor a késedelemből fakadó károkért már felelősséggel tartozik.

Közreműködőért viselt felelősség. A szerződésszegéssel okozott kár esetén speciális elem az, amit a joggazdaságtani irodalom másért viselt felelősségnek nevez, vagyis, amikor nem maga a kárt okozó fél, hanem helyette valaki más fizet. Ilyen a *teljesítési segédért, a közreműködőért való felelősség*: ha valaki a szerződés teljesítéséhez más igénybe vesz, ennek magatartásáért felelős. A közreműködő

⁵⁴ BH 1981/330.; BH 1982/524.

⁵⁵ Érdemes azonban kiemelni, hogy a deliktuális felelősség esetén is terjed ez a magasabb elvárás. Ugyanis, ha a szerződésen kívül kárt okozót veszélyes üzemi felelősség is terheli, mert a szolgáltatás fokozott veszéllyel járó tevékenység, akkor – de elviekben csak akkor – nem mentheti ki magát azon az alapon, hogy a megfelelő gondossággal járt el. Ilyenkor a kimentéshez azt kell bizonyítania, hogy a kárt a tevékenységi körén kívül eső elháríthatatlan ok vagy a károsult hibája idézte elő. Ezt a jogintézményt azonban egyre gyakrabban és egyre nagyobb körben alkalmazza a magyar jog is.

nem azonos a munkavállalóval, hanem annál szélesebb körre, az alvállalkozókra is kiterjed. (E tekintetben a szerződésszegéssel okozott kár esetén nagyobb a megbízó felelőssége, mint szerződésen kívüli károkozás esetén, mert ott, ha a nem munkaviszonyban álló, eseti megbízás alapján tevékenykedő megbízott okoz kárt, azért közvetlenül ő és nem a megbízó felel.) A közreműködőért vállalt felelősség kapcsán a fő kérdés, hogy kinek a magatartását, gondosságát kell vizsgálni: csak a közreműködőt (vagyis, ha ő nem úgy járt el, ahogyan elvárható, akkor a megbízó – bármit is tett – felelős a kárért) vagy a megbízóét is (vagyis kimentheti magát például azzal, hogy ő az ellenőrzés során ő úgy járt el, ahogyan az általában elvárható). A magyar jog értelmében az előbbiről van szó. A közreműködő gondossága az egyetlen kimentési lehetőség, a megbízóét a bírói gyakorlat nem vizsgálja.

Fontos felhívni a figyelmet itt arra, hogy a közreműködőért viselt felelősség egyben azt is jelenti, hogy a károsult a közreműködőtől közvetlenül nem is kérheti a kárai megtérítését – azt csak a megbízótól igényelheti. (A megbízó ez után munkajogi alapon vagy a közöttük levő szerződésre hivatkozva kérheti a konkrét károkozótól az általa kifizetett kártérítés vagy annak egy részének megtérítését.) A bírói gyakorlat akkor fogadja el a közreműködők közvetlen (szerződésen kívüli felelősségi alapú) perlését, ha a károkozó tevékenység elválasztható a szerződés teljesítésétől.

A kár fogalma, mértéke. A magyar jog, elvileg kár alatt ért minden olyan vagyoni hátrányt, amely valamilyen kötelelem (például a szerződés) megszegése miatt valakit ér. A magyar szabályozás a kárnak négy elemét ismeri: (i) a *beállott értékcsökkenést*, (ii) az elmaradt vagyoni előnyt, (iii) a *hátrány csökkentéséhez vagy kiküszöböléséhez szükséges költségeket*, és (iv) a *nem vagyoni kárt*. Utóbbit a 2013-as kódex már nem kárnak nevezi, hanem sérelemnek, és utána nem is kártérítést, hanem sérelemdíjat állapít meg.

A vagyoni értékcsökkenés és az elmaradt haszon mérésének legegyszerűbb és a magyar bírói gyakorlatban is meghonosodott mérési módja a *fedezeti ügylet* és a szerződéses ár közötti különbség számítása. Nem vagyoni kár alatt a magyar bírói gyakorlat a személy, pontosabban valamely *személyhez fűződő jog sérelmét* érti. Azokat a jogokat, amelyek nem tekinthetők személyiségi jognak, de nyilvánvaló hátrányt jelentenek (például utazási szerződés megsértése esetén a nem megfelelő elhelyezés vagy magának az utazásnak az elmaradása nem sért személyiségi jogot), a polgári, kártérítési jog általában megpróbálja a személyi jogok kategóriájába valahogy mégis belefoglalni. A vagyoni hátrányok kiküszöböléséhez szükséges költségek kategóriáját a bírói joggyakorlat pontosította úgy, hogy a szükségesség alatt azokat a lépéseket érti, amelyek *ésszerűek és célszerűek*. A bíróságok tehát ebben a tekintetben egy prudenciális vizsgálatot folytatnak: a lépések ésszerűségének, célszerűségének bizonyítását várják el a károsulttól.

A négy elem azonban együttesen sem teszik ki a kárnak a köznapi fogalmát. A kártérítés ugyanis – ha van ilyen – a piaci értéket tükrözi vagy azt próbálja becsülni. A piaci értékben meg nem jelenő szubjektív károkat (jogi nyelven például az *előszereteti értéket*) a kártérítési jog kárként nem ismeri el.

Káron szerzés tilalma. A kártérítés mértékét korlátozza a káron szerzés tilalma. Előfordul, hogy valakinek a szerződésszegésből nemcsak kára, hanem haszna is származik. Például, ha a szavatossági jogával élve valaki kicserélést kér, akkor elképzelhető, hogy jobb minőségű árut kap. A magyar bírói gyakorlat szerint ezeket a hasznokat mindenképpen figyelembe kell venni.

A károk megtérítésének határai: előreláthatóság. Az 1959-es kódex nem ismeri az ún. *előreláthatósági tesztet*, vagyis a szerződésszegéssel okozott kár nem csökkenthető amiatt, mert a kárt a károkozó nem láthatta előre. A 2013-as törvénykönyv szerint már csökken a kártérítés összege: nem kell megtéríteni a jogosult vagyonában esett vagyoni károk, illetve az elmaradt haszon azon részét, amely a szerződéskötéskor nem volt előrelátható.

Kötbér. Kötbérikötés esetén a kötelezett meghatározott pénzösszeg fizetésére kötelezi magát: megfizeti azt, ha olyan okból, amelyért felelős, nem vagy nem szerződésszerűen teljesít. Kötbért csak írásban lehet érvényesen kikötni; meghatározható egy összegben vagy az ellenérték százalékában is. Ha a jogosult a szerződés nem teljesítésére előírt ún. *meghiúsulási kötbért* (főkötbér) érvényesíti, akkor a szerződés teljesítését már nem követelheti. (A késedelem vagy a hibás teljesítés esetére kikötött kötbér – ún. *fiókkötbér* – megfizetése nem mentesít a szerződés teljesítése alól.)

A kötbér akkor is követelhető, ha a jogosult kára kisebb annál vagy egyáltalán nem is keletkezett kár, de a szerződésben kikötött feltétel bekövetkezett. Ezzel szemben, ha a felmerült kár a kötbért meghaladja, akkor a jogosult követelheti a kötbért meghaladó kár megtérítését.

A kártérítés viszonya a szavatossághoz. A kártérítés nemcsak szavatosság helyett, hanem amellet is megjelenhet. A hibás teljesítésből fakadó károkat (ún. *tapadó károkat*) ugyanis akkor is meg kell téríteni, ha a szavatosság értelmében a hibát ki is javították. (Nyilvánvaló felmerülhetnek ilyenkor a késedelmes teljesítés miatti kár, de más károk is.)

1.3. Egyéb megoldások

A két alapeseten (természetbeni kikényszerítés és kártérítés) kívül a szerződésszegés egyéb szankciókkal is fenyegetheti a feleket. Ezek egy részét a bíróság rendeli el. Ezekkel a megoldásokkal kezdjük az alfejezetet: ilyen (i) az eredeti állapot helyreállítása és (ii) az állam javára marasztalás. Ezután térünk rá azokra

a szankciókra, amelyeket a felek önként a szerződéskötéskor – például a bizalom megerősítése érdekében – vállalhatnak magukra. Ide tartoznak a *dologi biztosítékok*: (iii) a zálog, (iv) az óvadék, (v) a fiduciárius biztosítékok, (vi) a tulajdonjog fenntartása, illetve a *kötelmi jellegű biztosítékok*, amilyen (vii) a kezesség, (viii) a jogvesztés kikötése, (ix) a tartozás elismerés és (x) a bankgarancia. Végezetül mindenképpen szólni kell ebben a fejezetben arról a jogintézményről, amely többletbiztosítékok nélkül is garantálni igyekszik, hogy a jogosult pénzéhez juthasson, vagyis a fedezetelvonás tilalmáról.

Restitúció – eredeti állapot helyreállítása. A magyar jog elsősorban nem szerződésszegés szankciójaként, hanem érvénytelen szerződés esetén használja az *eredeti állapot visszaállítását*. A szerződéskötés előtti helyzet visszaállítása azt jelenti, hogy mindegyik fél köteles kiadni mindazt, amelyhez az érvénytelen szerződés alapján jutott. Elvileg mindenki természetben köteles visszaszolgáltatni a kapott javakat, szolgáltatásokat – pénzbeli egyenértéket csak akkor lehet megállapítani, ha a természetbeni visszaadás nem lehetséges (pl. a dolog elidegenítése, elpusztulása, felhasználása miatt). Azonban vissza nem állíthatónak kell tekinteni a helyzetet akkor is, ha a szerződés megkötése után olyan változások történtek, a szolgáltatás és az ellenszolgáltatás értéke oly mértékben megváltozott, hogy az egyszerű visszatérítés már a méltányossággal össze nem egyeztethető értékaránytalansággal járna.⁵⁶

Zálogjog. A zálog ún. dologi biztosíték. Aki zálogot ad, azt vállalja, hogy amennyiben nem teljesíti a szerződést, akkor a másik fél a kártérítését (vagy kötbérét) a zálogba adott vagyontárgy eladásából elégítheti ki.

A zálog érvényesítése lényegében változik a 2013-as kódexben. Az 1959-es törvénykönyv szerint alapesetben, szerződésszegés esetén a jogosultnak bírósághoz kell fordulnia, majd a bíróság végrehajtási eljárást indít a szerződést szegő féllel szemben. Amennyiben a zálogtárgy nem volt a jogosult birtokában (ún. *jelzálog*), akkor a végrehajtási eljárás során foglalják le a zálogtárgyat, majd értékesítik azt. Mivel a jogosult zálog nélkül is végrehajtást indíthatna, így a zálog csak annyiban jelent többletbiztosítékot, hogy a felek jó előre megegyeznek abban, hogy (i) melyik vagyontárgyból fogják kielégíteni a jogosultat, illetve esetleg, hogy (ii) az alapesettől eltérő eljárási szabály szerint járnak el, kikerülnek a végrehajtási eljárást. Erre több módszer is van: például már a zálog alapításakor megegyezhetnek ún. *közös értékesítésben*, amikor adott idő alatt, meghatározott minimumár fölött megpróbálhatják azt értékesíteni (az időszak hosszát és a minimumárát a szerződésnek tartalmaznia kell).⁵⁷

⁵⁶ Legfelsőbb Bíróság 1/2005. sz. polgári jogegységi határozata

⁵⁷ Ha a zálogtárgynak van jegyzett piaci ára vagy a zálogjogosult kifejezetten záloghitelek nyújtásával foglalkozik (pl. zálogház), akkor maga is értékesítheti a zálogtárgyat.

A 2013-as rendszer eleve választhatóvá teszi a bíróságon kívüli érvényesítést: a zálogtárgy zálogjogosult általi értékesítését és a zálogtárgy tulajdonjogának általa történő megszerzését. Mind a két esetben pontosan szabályozva azt, hogy mit is tehet az érvényesítés során a jogosult. A végrehajtás formájáról a jogosult dönthet a szerződésszegést követően.

A befolyt összeg a jogosultat illeti, akit azonban *elszámolási kötelezettség* terhel: a végrehajtási költségek és a tartozás (a szerződésszegés miatt fizetendő összeg) levonása után a fennmaradó összeget át kell, hogy adja a kötelezettnek. Az elszámolási kötelezettség egyben azt is jelenti, hogy a zálogtárgy átadásával a tartozás maga nem szűnik meg: amennyiben a tartozást a vagyon értéke nem fedezi, akkor a különbözetet továbbra is követelheti a jogosult az adóstól. (Más országokban ismert olyan zálogfogalom is, amely a vagyontárgy elvétele megszünteti a tartozást, de egyben a jogosult sem köteles elszámolni a tartozást esetleg meghaladó bevétellel.)

A zálog előnye az egyszerű végrehajtással szemben, hogy elvileg „megy a vagyontárggyal”, vagyis, ha a zálogjog fennállása alatt valaki megveszi az adott zálogtárgyat, akkor továbbra is ő lesz felelős a jogosult kielégítéséért. Tudni kell azonban, hogy mindez a magyar jogban csak akkor igaz, ha a vevő nem kereskedelmi forgalomban vagy nem jóhiszeműen, ellenérték fejében jutott hozzá a tulajdonjoghoz.

Biztosítékként zálogjogot nemcsak adott szerződés biztosítására adott vagyontárgyon (ami nemcsak ingó és ingatlan lehet, hanem például vagyoni értékű jog is) alapíthatunk, hanem például több szerződésre egyszerre – ez az ún. *keretbiztosítéki zálogjog* – vagy körülírással.

Óvadék. Az óvadék annyiban tér el a zálogtól, hogy itt a vagyontárgy közvetlenül a jogosult tulajdonába kerül – nincs szükség az előbb említett értékesítésre. Óvadék azonban csak bizonyos vagyontárgyak, gyakorlatilag pénz és a pénzhez nagyon közelálló pénzügyi eszközök lehetnek.

Biztosítéki célú tulajdon-átruházás – fiduciárius biztosíték. A zálogjog egyik fő hátránya, hogy a kötelezett csődje esetén a zálogjogosult csak a csődeljárás (egyébként pedig csak a végrehajtási eljárás) során juthat a pénzéhez. A biztosítéki célú tulajdon-átruházás (más néven *fiduciárius ügylet*, vagy *fiduciárius biztosíték*) ez ellen véd: a kötelezett valamely tulajdonát adja biztosítékkul, amely a jogosult tulajdonába kerül. Ez a tulajdon akkor száll vissza a kötelezettre, ha az teljesítette a szerződésben vállalt kötelezettségét. Ilyen esetben például nem hitelt adunk, hanem megvásároljuk az adós valamely vagyontárgyát, amelyet ő „visszalízingel”.

A biztosítéki célú tulajdon-átruházás előnye a csődeljárás során az, hogy a vagyontárgy tulajdonosa nem a kötelezett, hanem a jogosult, így – még akkor is, ha a vagyontárgy a kötelezett birtokában maradt, ha ő használja – nem lesz

a csődvagyon része. Mivel az a jogosult tulajdona, így még a csőd, a végrehajtás előtt ki kell azt adni neki. (Értelemszerűen, ha eleve az ő birtokába került, akkor pedig nem követelhetik azt vissza.)

Tulajdonjog-fenntartás. A tulajdonjog fenntartása az az eset, amikor a korábbi tulajdonos addig nem adja át a dolog tulajdonjogát, amíg a vevő a teljes vételárat ki nem fizette. A tulajdonjog fenntartását csak adásvételkor és csak írásban lehet kikötni.

Kezesség. A kezes arra vállal kötelezettséget, hogy amennyiben a kötelezett nem teljesít, akkor helyette ő fog. Két fő formája a *sortartó* és a *készfizető kezesség*. Előbbi esetben a kezesről csak akkor kérhetik a teljesítést, ha a fő kötelezett (illetve az előtte ugyanazért a kötelezettségért kezességet vállaló) azt nem teljesítette. *Készfizető kezesség* esetén ettől függetlenül is: a kezes ilyenkor a kötelezettel egy sorban áll, vagyis a jogosult dönti el, hogy kitől kéri először a teljesítést.

Jogvesztés kikötése. A jogvesztés kikötése azt jelenti, hogy a szerződésszegésért felelős fél elveszíti valamely szerződéses jogát vagy kedvezményét. Tipikusan ide tartozik a részletvétel vagy a hitel, amely esetében ki szokták kötni vagy ha a kötelezett a részletek teljesítésével késedelembe esik, akkor a jogosult kérheti, hogy a tartozásából hátralévő részt egy összegben fizesse meg.

Tartozáselismerés. Tartozáselismerésre, ennek kérésére általában azért kerül sor, mert ennek kiadása után megfordul a bizonyítási teher: onnantól az elismerést kiadó felet terheli annak bizonyítása, hogy tartozása mégsem áll fenn, bírósági úton nem érvényesíthető vagy a szerződés érvénytelen.

Garancia. Garancia esetén a garanciát vállaló arra kötelezi magát, hogy meghatározott feltételek esetében meghatározott összeghatárig fizet a kedvezményezettnek. Ez a garancia – bár egy meghatározott főkövetelés biztosítására szolgál – lényegében az ő önálló kötelezettségvállalása a kedvezményezett felé. A garancia tartalma végső soron nem a főköveteléshez kötődik, hanem a garantáló által szabott feltételekhez igazodik. Az 1959-es kódex csak a bankgaranciát ismerte, a 2013-as törvénykönyv – alkalmazkodva a valós viszonyokhoz – lehetővé tette, hogy nem természetes személyek is garanciát vállaljanak. (Természetes személyek csak kezességet vállalhatnak.)

A fedezetelvonás tilalma. Ha a szerződésben más biztosíték nincs is, a jog a fedezetelvonás tilalmán keresztül akkor is biztosítja a hitelezőt, a jogosultat. Ha valakit a kötelezett azért nem tud kielégíteni, mert a kielégítéshez szükséges vagyon – részben vagy egészben – úgy került más tulajdonába, hogy ez az új fél rosszhiszemű volt vagy a szerződésből ingyenes előnye származott, akkor a fedezetelvonó szerződés a károsult, hitelező, jogosult irányában nem lesz hatályos: kérheti a vevőtől a vagyon kiadását. Azonban, ha a fedezet ellenérték fejében került a jóhiszemű vevőhöz, akkor nem léphet

fel vele szemben. Az ingyenességet vagy rosszhiszeműséget a jogosultnak kell bizonyítania.⁵⁸

2. SZERZŐDÉSKÖTÉS

Szerződésről akkor beszélünk, ha abból kitűnik a felek akaratának kölcsönös és egybehangzó kifejezése. Az első pont éppen ezért azt vizsgálja, hogy mit jelent ez az akarat egyezés. A szerződési jog – egyebek mellett a tisztességesség és jóhiszeműség elve, illetve a felek együttműködési kötelezettsége miatt – nem csak a szerződés aláírása után ró kötelezettséget a felekre. A második pont témája: milyen a szerződéskötést megelőző, a szerződéskötés folyamatában tett lépések lehetnek, amelyek befolyásolják a szerződés érvényességét, illetve tartalmát. A harmadik pont a szerződésmódosítással foglalkozik, hiszen a szerződés tartalmát – közgazdasági szempontból – épp a módosítás lehetősége befolyásolja leginkább. A negyedik pont a speciális szerződéskötési formákkal – mindenekelőtt az általános szerződési feltételekkel kötött szerződéssel foglalkozik. Az utolsó, ötödik pont pedig azokat a hibákat foglalja össze, amelyek miatt egy elviekben érvényesnek látszó szerződés érvénytelen lehet.

2.1. Ajánlat-elfogadás

Az, hogy az *akarat-megegyezés* létrejött-e, vagy szubjektív megközelítéssel, az ún. *akarati elv* szerint, vagy objektív megközelítéssel, az ún. *nyilatkozási elv* szerint dönthető el. A két elv elsősorban akkor ütközhet, ha a nyilatkozatok konszenzust mutatnak, a tényleges szerződési akarat azonban ettől eltér, mert a nyilatkozata nem fejezi ki mindkét fél akaratát. A bírósági gyakorlat az akarati és a nyilatkozási elv kombinációját fogadja el, inkább a nyilatkozatot, az akarat külső megjelenését helyezve előtérbe. Így például valamelyik fél *titkos fenntartása* általában közömbös marad. (Például, ha valamelyik fél valódi szerződési szándék nélkül tett ajánlatot, nyilatkozatot, és ez komolyan tűnhetett, a szerződés létrejön – vagy, ha nem is jön létre, a nyilatkozattevő kártérítéssel tartozik.) A titkos fenntartástól megkülönböztethetjük a *rejtett indokot*, azaz

⁵⁸ Azonban, ha valaki hozzátartozójával vagy olyan jogi személlyel, amelyben többségi befolyása áll fenn, vagy e jogi személy tagjával, vezető tisztségviselőjével, e személy hozzátartozójával vagy azonos tulajdonos befolyása alatt működő másik vállalattal köt fedezetelvonó szerződést, akkor a rosszhiszeműséget, illetve az ingyenességet vélelmezni kell – vagyis a bizonyítási teher megfordul, és a kötelezettnek kell bizonyítania, hogy a másik fél jóhiszemű volt, és az adásvétel nem volt ingyenes.

a feleknek azokat a céljait, amelyek a szerződés tartalmában nem jutnak kifejezésre. Ehhez roppant közel áll az ún. *színlelt szerződés*, amikor a felek valójában nem akarják annak kikényszeríthetőségét, csak azt a látszatot akarják előidézni, mintha közöttük szerződés jött volna létre, hogy más (más tartalmú) valós szerződésük a többiek, harmadik személyek előtt titokban maradjon. A Ptk. szerint a színlelt szerződés semmis. Ha azonban más szerződést leplez, akkor a jogviszonyt a leplezett szerződés alapján kell megítélni.

Lényeges elem. A szerződés a felek akaratának kölcsönös és egybehangzó kifejezésével jön létre, de ahhoz, hogy létrejöjjön, nem kell annak valamennyi elemében megállapodniuk – elég csak a lényeges feltételekben. A bírói gyakorlat szerint a feleknek maguknak kell meghatározniuk, hogy mely elemeket tekintik lényegesnek: ha egy feltétel nélkül nem hajlandók a szerződést megkötni, akkor ezt határozottan és pontosan ki kell fejezniük.

Ajánlat és elfogadás. Szerződés akkor jön létre, ha az egyik fél által tett ajánlatot a másik fél elfogadja. Ajánlatról akkor beszélhetünk, ha a nyilatkozat a kötetlen szerződés lényeges elemeit tartalmazza. Probléma abból lehet, ha a másik fél nem 100%-ban fogadja el az ajánlatot, hanem olyan *elfogadó nyilatkozatot* tesz, amelyben eltérések vannak. Ez az elfogadó nyilatkozat azonban csak akkor minősül eltérő tartalmúnak, ellenajánlatnak, ha az „elfogadó fél” kifejezetten lényegesnek minősíti az eltérő elemeket. A bírósági gyakorlat szerint lényegessé minősítés hiányában a szerződés létrejön, úgy, hogy a vitatott pontokban nincs megállapodás, és azok helyébe a Ptk. diszpozitív szabályai lépnek – ha pedig ilyenek nincsenek, akkor a bíróság kiegészíti a szerződést.

Kereskedelmi viszonyokban ajánlatnak minősülhet olyan nyilvános felhívás, újsághirdetés is, amely világosan kifejezi, hogy a felhívást tevő a felhívásban adott (a szolgáltatást és ellenszolgáltatást tartalmazó) feltételekkel, akár korlátlan számú személlyel is hajlandó szerződést kötni – feltéve, ha partnerei a felhívásban foglalt tartalomról elfogadó nyilatkozatot tesznek.

Ajánlati kötöttség. Az ajánlatra az ajánlati kötöttség időtartamán belül tett elfogadó nyilatkozat a szerződést létrehozza, vagyis az ajánlati kötöttség ideje alatt az ajánlat címzettje a szerződés akkor is létrejön, ha az ajánlattevő közben megmondolta magát. Ennek az ajánlati kötöttségnek az időtartamát alapesetben az ajánlattevő határozza meg. Ha ezt nem teszi, akkor lépnek életbe a diszpozitív szabályok: (i) jelenlevők között vagy telefonon tett ajánlat esetében az ajánlati kötöttség megszűnik, ha a másik az ajánlatot nyomban el nem fogadja, (ii) távollevők esetén az ajánlati kötöttség hossza az az idő, amelyen belül az ajánlattevő a válasz megérkezését rendes körülmények között várhatta. Mivel az ajánlati kötöttség az ajánlattevő döntésétől függ, így az ajánlati kötöttséget ki is lehet zárni, illetve magát az ajánlatot is vissza lehet vonni.

Formai követelmények (írásbeliség). A szerződéses nyilatkozatok írásban, szó-

ban és ráutaló magatartással is tehető. *Ráutaló magatartás* csak az lehet, ami a szerződést kötő fél szándékát – és a szerződés lényeges tartalmát – pontosan kifejezi. (Például a bíróság a vállalkozói díj ráutalással történt – kölcsönös – meghatározásának tekintette azt, amikor a vállalkozó a munka árára vonatkozó kérdésre azt válaszolta, hogy „nem fogunk összeveszni”. Az ár a piaci középár lett.⁵⁹)

Jogszabály írásbeli alakot rendelhet (például ingatlan adásvétel, kezességvállalás vagy kötbérikötés esetén), de a felek maguk is köthetnek ki szerződésükre alakszerűséget. Ebben az esetben az alakiság megsértése miatt a szerződés semmis lesz. A bírói gyakorlat azonban ilyen esetekben is hajlik arra, hogy az elvárás rugalmasan kezelje: a teljesítés elfogadása egyben azt is jelenti, hogy a szerződés az alaki hiányosságok ellenére érvényes lesz. (Ez fontos lehet például az utólagos jogvitáknál, a hibás teljesítés esetén.)

Képviselet. A képviselő a képviselt nevében eljáró másik személy. Amennyiben a szerződést nem jogos képviselő köti (*álképviselet*), akkor utólagos jóváhagyás hiányában szerződést az álképviselő eljárása nem hoz létre. Mindemellett a jogrendszer védi a másokban bízó felet. Éppen ezért a képviselettel kapcsolatban többféle vélelmet is ismer: ilyenkor a megbízó speciális eseteket kivéve, az álképviselő lépéséért is felelős. *Törvényes képviseletről* beszélünk, ha a képviselet jogszabályon alapul – például cselekvőképtelen vagy korlátozottan cselekvőképessé személyek képviseletében a szülei járnak el. *Szervezeti képviseletről* beszélünk például gazdasági társaságok esetében, amelyek képviselője a vezető tisztségviselő – de szemben a törvényes képviselettel a képviselőt itt nem a jog, hanem a szervezet legfőbb szerve választja ki. Az ún. *vélelmezett képviselet* szintén törvényes képviselet: adásvétellel vagy szolgáltatásnyújtással rendszeresen foglalkozó szervezeteknek az ügyfélforgalom számára nyitva álló helyiségeiben dolgozó alkalmazottait és tagjait, az ott szokásos szerződések megkötésénél és lebonyolításánál a szervezet, a jogi személy képviselőjének kell tekinteni. (A bírói gyakorlat ez utóbbit szűken értelmezi: a vélelmezett képviseletnek nem terjed ki például az ügyfélforgalom számára nyitva nem álló irodákra és más helyiségekre vagy a telefonon megkötött szerződésekre.) A bírói gyakorlatban jelent meg az ún. *látszaton alapuló képviselet*: olyan dolgozókat is tekinthetünk képviselőnek, akik beosztásuknál fogva rendszeres tárgyalásokat folytatnak, akikről a munkáltató, illetve szervezeti képviselője eljárásából (pl. maga küldi a tárgyalásra a dolgozóját és annak eljárását már más alkalommal is jóváhagyta) alapos okkal feltételezhetjük, hogy képviseleti jogosultságuk van.

Az álképviselő köteles a vele szerződő félnek a szerződés megkötéséből eredő kárát megtéríteni. Rosszsziszemű álképviselő felelőssége szigorúbb, mert

⁵⁹ BH 1996/584.

teljes kártérítéssel tartozik, nem csak a szerződéskötésből eredő károkat kell megtérítenie. A másért való felelősség szabálya alapján azonban elképzelhető, hogy nem az álképviselő, hanem a „megbízó” lesz a felelős. Ilyen eset például, ha az álképviselő az alkalmazottja, hiszen ilyenkor a másért viselt felelősség értelmében, mint munkáltató kell, hogy helytálljon, amennyiben a kárt az álképviselő a munkaviszonyával összefüggésben okozta.

2.2. Szerződéskötést megelőző magatartás

A szerződéskötést megelőző fázisban jogok és kötelezettségek csak akkor állnak fenn, ha (i) a felek külön erre irányadó szerződést kötnek egymással (például a vállalatfelvásárlást megelőzően az átvilágítási szakaszra irányadó titoktartási megállapodás) vagy (ii) a jóhiszemű és tisztességes eljárás követelményéből, az együttműködési, illetőleg tájékoztatási kötelezettségből levezethetők. Utóbbi közül a jog külön is nevesíti az implicit tájékoztatási kötelezettséget: valamelyik fél tévedése esetén a szerződés érvénytelen lehet.

Biztatási kár. Szerződéskötést megelőző szakaszban, a tárgyalások során okozott károkat – szerződéses megállapodás hiányában – vagy a szerződésen kívüli felelősség általános szabályai szerint, vagy *biztatási kár* miatt kell megtéríteni. Az ilyen kár fogalmát a bírói gyakorlat megszorítóan értelmezi, hiszen az üzleti kockázatok nem háríthatók át a másik félre. Hasonlóan nem jár, ha a kár ugyan a másik fél közléseire vezethető vissza, de a közlés nem volt annyira határozott, hogy a partner kellő megalapozottsággal számolhasson a szerződés létrejöttével. Az üzleti döntések meghozatala miatti költségeket (például annak eldöntése érdekében, hogy a fél kössön-e szerződést, milyen tartalommal és kivel, a saját ajánlat kidolgozása, a még elfogadható szerződési feltételek meghatározása, az alternatívák kidolgozása, az ajánlat elfogadásáról hozott döntés, a szakértői vizsgálatok és az átvilágítások költségeit) a fél maga viseli.⁶⁰

Egyoldalú tévedés. A Ptk. szerint a tévedés következményét általában a tévedőnek magának kell viselnie. A szerződést tévedés címén csak akkor támadhatják meg, ha (i) a tévedés a szerződés megkötésekor áll fenn, (ii) lényeges körülményre vonatkozik, a tévedést a másik fél (iii-a) okozta vagy (iii-b) felismerhette és (iv) a szerződést megtámadó fél tévedése *menthető* (vagyis például nem hanyagsága, oda nem figyelése következménye).

Az 1959-es Ptk. nem határozza meg pontosan, hogy a tévedés mikor releváns, nem nevesíti ezeket az eseteket külön. A bírói gyakorlat lényegesnek azokat a körülményeket tekinti, amelyek vagy a közfelfogás szerint lényegesek, vagy

⁶⁰ Legfelsőbb Bíróság GK. 14. sz. kollégiumi állásfoglalása

amelyeket a felek bármelyike felismerhetően lényegesnek tartott – vagyis amelyeknek az ismeretében a szerződést valamelyik fél nem vagy csak más tartalommal kötötte volna meg.⁶¹ A 2013-as kódex ezen definíció egy részét beemeli a törvénybe: lényeges a körülmény, „ha annak ismeretében a fél nem vagy más tartalommal kötötte volna meg a szerződést”.

Nem feltétlenül lesz azonban releváns a tévedés, ha a fél valamely konkrét körülményről ugyan nem tudott, de annak alapjait ismerte: például ha a felszámolási eljárásról nem tud ugyan, de a cég rossz gazdasági helyzetét ismeri.

Kölcsönös tévedés. Ha a szerződéskötéskor mindketten ugyanabban a téves feltevésben voltak, a szerződést bármelyikük megtámadhatja. Közös tévedés releváns (tehát a szerződés megtámadására megalapozott okot szolgáltató) lehet olyankor is, amikor olyan jövőbeni körülményben tévedtek a felek, amellyel a szerződés megkötésekor kölcsönösen számoltak. Azonban, egyezségeket (szerződésmódosításokat) nem lehet megtámadni csak azért, mert az egyezés megkötése után olyan bizonyítékok kerültek elő, amelyekkel a vitát vagy a bizonytalanságot el lehetett volna háritani.

2.3. Szerződésmódosítás

A szerződés és az abból származó kötelelem esetén az egyik legfontosabb tényező az idő: az a helyzet, amely a szerződéskötéskor fennállt megváltozhat a szerződés teljesítése előtt, illetve az a helyzet, amelyről valamelyik fél az gondolta, hogy fenn fog állni a teljesítéskor, lehet, hogy nem következik be. Emiatt a felek érdekeltek lehetnek a szerződés módosításában. A szerződésmódosítás érintheti a szerződés tartalmát, de változhat a felek személye is. Az alfejezet elsőként ezt a két esetet vizsgálja – a személy változását hosszabban. Végezetül a szerződésmódosítás speciális esetét, a szerződés megszüntetését tárgyaljuk.

Egyezés. Egyezségről akkor beszélünk, ha a felek a szerződésből eredő vitás vagy bizonytalan kérdéseket közös megegyezéssel rendezik. Az 1959-es kódex szerint további feltétel, hogy a felek *kölcsönösen* engednek egymásnak. A 2013-as kódex már az *egyoldalú* engedést is egyezésnek tekinti. Annak, hogy a szerződésmódosítás egyezésnek tekintendő-e, azért van jelentősége, mert, mint az előbb láttuk, az egyezséget nem lehet eredményesen megtámadni akkor, ha kiderül, hogy valamelyik fél tévedett: hiába kerülnek elő az egyezés megkötése

⁶¹ Például gépkocsi adásvételekor annak kora nem minősült lényeges tulajdonságnak, mert „a gyártási év korábbi volta a gépkocsi használhatóságát vagy értékét nem csökkentette, (továbbá mert) a felperesnek [...] nem a gépkocsi életkora volt a fontos, hanem a használhatósága és megfelelő műszaki állapota.” (Pfv.VI.21.974/1997/2.)

után olyan bizonyítékok, amelyekkel a vitát vagy a bizonytalanságot el lehetett volna háritani, az egyezség érvényes marad.

Engedményezés. Az engedményezés azt jelenti, hogy a jogosult (engedményező) követelését – néhány személyes szolgáltatástól eltekintve – szerződéssel másra (engedményes) átruházhatja. A kötelezett hozzájárulására ehhez nincs szükség, de ahhoz, hogy az engedményezés valóban cserét jelentsen a jogosult oldalán, értesíteni kell őt erről, hiszen, amíg ez nem történik meg, a kötelezettnek jogában áll az engedményezőnek teljesíteni. És érdeke is ez: amíg hitelt érdemlően nem igazolják neki az engedményezést, addig csak saját felelősségére teljesíthet az engedményesnek – magyarul, vita esetén az eredeti jogosult is kérheti tőle a teljesítést, és az (ezek szerint jogosulatlanul) engedményesként fellépőt ő perelheti a szolgáltatás visszaszolgáltatásáért.

Engedményezni nemcsak a szerződés megkötésének pillanatában létező, hanem jövőben létrejövő követelést is lehet. Ez az ún. *biztosítéki célú engedményezés* lényege, amikor az adós a hitel biztosítékaként a jövőben keletkező követeléseket engedményez a hitelezőre. Hasonlóan a záloghoz, illetve a biztosítéki célú tulajdonjog-átruházáshoz, általában ez is csak akkor okoz problémát, ha az adós felszámolás alá kerül. Kérdés, hogy a biztosítéki engedményes kénytelen-e beállni a hitelezői rangsorba. 2001-ben a Legfelsőbb Bíróság rendezte a kérdést: „a biztosítéki célú engedmény osztozik a többi biztosíték jogi sorsában, így ha a hitelező az engedményen alapuló követelést a felszámolás kezdő időpontjáig nem szedte be a kötelezettől, azzal már nem rendelkezhet; az adós által meghatározott célból nyújtott biztosíték a felszámolás körébe tartozó vagyon részét képezi.”⁶²

A magyar jog – más országok jogától eltérően – nem tiltja az *engedményezést kizáró szerződési kikötést*. Azonban az ilyen kizáró kikötéseknek nincs a harmadik személyekre kötelező hatálya, vagyis amennyiben ilyen kizáró kikötés ellenére az engedményező mégis engedményezi a tartozást, akkor az engedményes felléphet a kötelezettel szemben. Ezután persze vélhetően a kötelezett is fellép majd szerződésszegés címén az engedményezővel szemben.

Tartozásátvállalás. Az engedményezés párja a tartozásátvállalás. Ilyenkor nem a követelés kerül máshoz, hanem más válik kötelezetté. Ehhez azonban már a hitelező, a jogosult hozzájárulása is kell. Ha a tartozásátvállaláshoz a hitelező, jogosult nem járul hozzá, akkor a tartozást átvállaló kötelezettségei megmaradnak, csak nem a jogosultnak kell teljesítenie, hanem a kötelezettet kell olyan helyzetbe hoznia, hogy teljesíteni tudjon.

Bírósági szerződésmódosítás. Bírósági szerződésmódosításra *tartós jogviszonyban* a szerződési körülmények megváltozása esetén van lehetőség. Ha ekkor a

⁶² Legf. Bír. Gfv. X. 31.608/1999. sz. – EBH 2001/1/439. sz. BH 2001/10/489. sz.

sérelmet szenvedő fél kezdeményezésére partnere nem hajlandó a szerződést módosítani, akkor emiatt bírósághoz fordulhat. Módosításra csak akkor van lehetőség, ha a változás a szerződéskötést követően következett be, és azt a sérelmet szenvedő fél a szerződéskötéskor *nem láthatta előre*.⁶³ Nem kérheti a bírósági szerződésmódosítást az a fél, aki a változást felróható módon (vagyis olyan módon, amit elkerülhetett volna, ha úgy jár el, ahogyan az adott helyzetben általában elvárható) maga idézte elő, illetve akinek az üzleti kockázata miatt az adott változás kockázatát is viselnie kellett. Bírósági szerződésmódosítás akkor is lehetséges, ha a szerződést jogszabály módosította, és emiatt a szerződés valamelyik fél lényeges jogos érdekeit már sérti.

A szerződés megszűnése. Szerződést természetesen nemcsak módosítani lehet, hanem megszüntetni is. Egyrészt a szerződés megszűnhet a szerződő felek akaratától függetlenül, például ha a kötelezett meghal, és a szolgáltatás természeténél fogva nem öröklődik. De megszűnhet a felek akaratából is – akár *kétoldalú*, akár *egyoldalú nyilatkozattal*. A megszűnés lehet *visszamenő hatályú* vagy a *jövőben bekövetkező*. Ha a két fél közösen a jövőre nézve szünteti meg a szerződést, akkor *megszüntető szerződésről*, ha a szerződés megkötésére visszamenőleges hatállyal, akkor *bontó szerződésről* beszélünk. *Felmondás* esetén az egyik fél, egyoldalúan a jövőre nézve szünteti meg a szerződést. *Rendes felmondás* esetén a szerződés a felmondási idő elteltével szűnik meg. *Rendkívüli felmondással* lehet a szerződést azonnali hatállyal megszüntetni. A szerződést visszamenő hatállyal megszüntető egyoldalú nyilatkozat az *elállás*. Mivel az elállás a másik félnek jelentős és gyakran nehezen bizonyítható károkat okoz, így az elállást a szerződés meghatározott pénzösszeg fizetéséhez kötheti – ez a *bánatpénz*. (A kötbérrrel szemben, a bánatpénzt meghaladó kárt a szerződéstől elálló fél nem is köteles megtéríteni.) A jogszabályban vagy szerződésben nem engedélyezett elállás vagy felmondás a teljesítés *jogos ok nélküli megtagadásának* számít, ezért szerződészegésnek minősül.

Ha visszamenő hatállyal szűnik meg a szerződés, akkor a már teljesített szolgáltatások visszajárnak, a szerződéskötést *megelőző állapotot kell visszaállítani*. A jövőre nézve megszűnő szerződések esetén a felek közötti elszámolás alapja a szerződés megszűnéséig nyújtott szolgáltatás: a teljesített szolgáltatást meg kell fizetni, a még nem teljesített szolgáltatásért (előlegbe) kapott pénz visszajár.

A szerződés tartalmazhat ún. *felfüggesztő és bontó feltételeket*. *Felfüggesztő feltétel* az, amikor a szerződés hatályba léptetését bizonytalan jövőbeni eseménytől teszik függővé – például opciós szerződések esetén az árak valamilyen alakulásához kötik. *Bontó feltételről* akkor beszélünk, ha a felek a szerződés hatályának megszűntét kötik valamilyen bizonytalan jövőbeni eseményhez.

⁶³ Legf. Bír. Pfv. II. 21.281/2003. sz. BH 2005. 347. sz.

2.4. Speciális szerződéskötési szabályok

Az általános szerződéskötési szabályoktól a szerződési jog két fontos esetben tér el – két fontos esetre fogalmaz meg speciális szabályokat: az általános szerződési feltételekkel kötött és a harmadik személyt érintő szerződésekre.

ÁSZF és fogyasztói szerződés. Általános szerződési feltételről beszélünk, ha az egyik fél több szerződés megkötése céljából egyoldalúan, a másik közreműködése nélkül előre meghatározott feltételeket dolgoz ki, amelyet a másikkal egyedileg nem tárgyal meg, hanem partnere azt csak elfogadhatja vagy elutasíthatja. Bizonyos szerződések általános feltételeit jogszabály is meghatározhatja.

Amennyiben felmerül, hogy egy feltétel általános szerződési feltétel, akkor annak kidolgozóját terheli annak bizonyítása, hogy a szerződési feltételt a felek egyedileg megtárgyalták. Külön tájékoztatni kell a partnert arról az általános szerződési feltételről, amely a szokásos szerződési gyakorlattól vagy valamely korábban, a felek között alkalmazott kikötéstől eltér. Ezek csak akkor lesznek a szerződés részei, ha azt a másik fél – a külön, figyelemfelhívó tájékoztatást követően – kifejezetten elfogadta (Ptk. 205/B.§). (Nem ÁSZF esetén a szerződés része lesz ez is – de ha azt nem tárgyalták meg, akkor a szerződő fél utóbb megtévesztés címén a szerződést megtámadhatja. Azonban megtévesztésre hivatkozva a szerződést érvényteleníteni lényegesen nehezebb, mintha általános szerződési feltételről lenne szó és csak a tisztességtelenségre kellene hivatkozni.)

Ha az általános feltételeket kidolgozó fél a másik fél helyzetét kihasználva olyan, a maga számára előnyös feltételeket épít be a feltételek közé, amelyeket a másik normális szerződési pozícióban nem fogadna el, akkor ezek a feltételek *tisztességtelen feltételnek számítanak*, és nem válnak a szerződés részévé.

2.1. ábra. Az EU és a magyar fogyasztóvédelem terjedelme az 1959-es Ptk. alapján

| | Fogyasztó EU jog szerint | Nem fogyasztó EU jog szerint, de fogyasztó magyar jog szerint | Nem fogyasztó magyar jog szerint |
|---|------------------------------|---|----------------------------------|
| ÁSZF-ben tisztességtelen kikötés elleni | EU védelem magyar védelem | magyar védelem | magyar védelem |
| Minden szerződésben a tisztességtelen kikötések ellen | magyar védelem | magyar védelem | |

A magyar szabályozás ezen a ponton eltér a nemzetközi tendenciáktól, az uniós jogtól. (Ezt mutatja a 2.1. ábra.) Azok az általános szerződési feltételek alkalmazását csak a *fogyasztói szerződések* esetében szabályozzák a fenti módon.

Az elfogadó felet csak akkor védik, ha ő fogyasztónak minősül. Amennyiben két üzleti partner (akik közül egyik sem fogyasztó) szerződik úgy, hogy a feltételeket az egyik fél dolgozta ki, akkor az elfogadó felet ez a védelem nem illeti meg.

Tehát a magyar jog a nemzetközi és uniós jogban csak a fogyasztók számára elérhető védelmet kiterjeszti minden szerződő félre (például arra az esetre is, amikor egy nagyvállalat vesz meg egy standardizált terméket). Azonban a magyar jog is többletvédelemben részesíti a fogyasztókat. Csak ezt már nem az általános szerződési feltételek szabályozásán keresztül nyújtja: fogyasztói szerződések esetén az egyedileg megvitattott szerződési kikötésben megfogalmazott kikötéseknél is vizsgálja és szankcionálja azok tisztességtelenségét.

Az 1959-es kódex másik értelemben is kiterjeszti a fogyasztóvédelem hatáskörét: a fogyasztó fogalmát a mai magyar Ptk. meglehetősen tágan szabja meg, a természetes személyeken kívül ide tartozik minden a gazdasági vagy szakmai tevékenység körén kívül szerződést kötő személy – vagyis minden vállalkozás, mindenki, aki nem a saját üzleti körében jár el. A 2013-as kódex ezt az eltérést már nem veszi át: a fogyasztó csak nem a szakmájában vagy üzleti körén kívül eljáró természetes személy lehet.

Harmadik személy érintettsége. Elképzelhető, hogy a szerződés harmadik személy vagy hatóság jóváhagyásához kötött. Ezen jóváhagyásig a szerződés ugyan nem jön létre, de a felek a nyilatkozatukhoz kötve vannak. Ez alól csak akkor lehet szabadulni, ha közölnék a másik féllel olyan határidőt, amelyen belül a harmadik személynek nyilatkoznia kell – és az nem teszi.

2.5. Hibák, érvénytelenség

A szerződés sok ok miatt lehet *érvénytelen*. Ezeket foglalja össze az alábbi alfejezet. Előzetesen érdemes megjegyezni, hogy az érvénytelenség nem feltétlenül az egész szerződést érinti. Elvileg csak az az adott része válik érvénytelenné, amelyet egy adott probléma érint. Az egész szerződés csak akkor, ha a szerződő felek a szerződést az érvénytelen rész nélkül nem kötötték volna meg (a szerződés lényeges pontját érinti).

Ha a szerződés érvénytelen, akkor az vagy *megtámadható* (a másik fél részéről, az ő kérésére nyilvánítja érvénytelenné azt a bíróság), vagy *semmis* (ezt a bíróság hivatalból vizsgálja). Az érvénytelen szerződés a megkötésére visszamenőleges hatállyal válik érvénytelenné, vagyis az eredeti állapotot próbálja a bíróság visszaállítani. A semmis szerződés érvénytelenségére bárki határidő nélkül hivatkozhat, annak magállapítására külön eljárásra nincs szükség. Ezzel szemben a megtámadást egy éven belül írásban kell a másik féllel közölni, illetve, ha az eredménytelen, akkor haladéktalanul bírósághoz kell fordulni.

A megtámadás jogáról azonban – a megtámadási határidő megnyílta után – le lehet mondani.

Jogellenes fenyegetés. Akit a másik fél megtévesztéssel vagy jogellenes fenyegetéssel vett rá a szerződés megkötésére, a szerződési nyilatkozatot megtámadhatja. Ezt a szabályt kell alkalmazni akkor is, ha a megtévesztés vagy fenyegetés *harmadik személy részéről* történt, és arról a fenyegetésből hasznot húzó fél tudott vagy tudnia kellett. A bírói gyakorlat szerint a szerződés megtámadására alapot adó fenyegetés akkor jogellenes, ha „olyan erkölcsi, vagyoni vagy fizikai jellegű hátrány kilátásba helyezés[éről van szó], amely a nyilatkozó fél vagy közeli hozzátartozója ellen irányul.”⁶⁴

Azonban – a tévedéshez hasonlóan – a jogellenes fenyegetés is csak akkor eredményez érvénytelenséget, ha releváns és okozatos, vagyis, ha az adott fél döntésére komolyan hatott. Különösen szerződésmódosítás és egyezség kapcsán gyakran felmerülő probléma, hogy az egyezséget azért támadják meg, mert azt valamelyik fél csak azért kötötte meg, mert partnere elutasítás esetén a vételár (vagy a hátralék) meg nem fizetésével fenyegette. Önmagában ez, a követelés meg nem fizetésével való fenyegetés nem minősül relevánsnak.⁶⁵ (Mindemellett a Legfelsőbb Bíróság egy ítéletében az ilyen szerződés jóerkölcsbe ütközés miatti semmisségét állapította meg.⁶⁶)

Önmagában a *szükséghelyzet* nem elegendő a fenyegetés miatti megtámadáshoz.⁶⁷ A jogellenes fenyegetés (kényszer) az egyik fél aktív szerepét feltételezi – ő idézi elő a másik fél olyan helyzetét, amelyben már nem tekinthetjük a döntését jogi értelemben szabadnak, önkéntesnek. A szerződés érvénytelen lehet akkor is, ha a helyzetet nem a másik fél hozta létre. (Ilyenkor lehet szó a nemsokára bemutatott uzsorás szerződésről, feltűnő értékaránytalanságról, jóerkölcsbe ütköző szerződésről, stb.)

Megtévesztés. Megtévesztésnek a szándékosan okozott tévedést (tévedésbe ejtést vagy tévedésben tartást) tekintjük. Akit a másik fél megtévesztéssel vett rá a szerződés megkötésére, a szerződési nyilatkozatot megtámadhatja. A megtévesztés és az (egyoldalú) tévedés egymáshoz nagyon közel álló jogintézmények. A megtévesztés elvileg azért szigorúbb forma, mert itt a sikeres megtámadásnak nem feltétele a lényegesség kritériuma. Azonban mivel viszonylag ritka, hogy a tévedést a bíróság a lényegesség hiánya miatt ne állapítsa meg, így a tévedés és a megtévesztés között nincs lényeges különbség. Szemben az egyoldalú tévedéssel, a megtévesztés relevanciáját nem zárja ki a sérelmet szenvedett fél önhibája.

⁶⁴ Pfv.II.20.399/1998/3.

⁶⁵ Sem mint jogellenes fenyegetés, sem mint uzsora vagy jóerkölcsbe ütközés. Vö. Pfv. VI.20.007/1995/7.

⁶⁶ Pf.I.22.033/1994/4.

⁶⁷ Gf.II.30.057/1994/5.

Megtévesztést a *tájékoztatási kötelezettség* tudatos megszegésével is el lehet követni. Ez a kötelezettség jogszabályi rendelkezésből, a szerződés jellegéből, illetve, a szerződő felek viszonyából is fakadhat. Az utóbbi alapja a felek *együttműködési kötelezettsége*, amely a feleket mind a szerződést megelőző (tárgyalási) fázisban, mind a szerződés teljes időtartama alatt terheli. Az együttműködési kötelezettségen nyugvó (és nem pl. a jogszabályokban részletesen előírt) tájékoztatási kötelezettség esetén kulcskérdés a *felismerhetőség*: ha az egyik fél olyan információk birtokában van, amelyekről tudja, hogy a sérelmet szenvedett fél szerződéskötési szándékát befolyásolják, és nem lehet biztos benne, hogy azokat a másik fél is ismeri, akkor csak tájékoztatással biztosíthatja azt, hogy a szerződést később ne lehessen megtámadni.

Uzsorás szerződés. Uzsorás és ezért semmis az a szerződés, amellyel az egyik szerződő fél a másik fél *helyzetét kihasználva, feltűnően aránytalan előnyt* köt ki. A Ptk. nem határozza meg sem azt, hogy mit kell feltűnően aránytalan előnyön érteni, sem pedig azt, hogy milyen helyzetben kell lennie a sérelmet szenvedett félnek – ez a bírói gyakorlatban alakult ki.

Ha a szubjektív elem, vagyis a másik fél helyzetének kihasználása hiányzik, akkor a sértett fél megpróbálhat a feltűnő értékaránytalansággal érvelni, amely gyakorlatilag ugyanez a tényállás, csak a szubjektív elem nélkül. A kettő között a fő különbség, hogy a feltűnő értékaránytalanság csak megtámadhatóságot jelent, ezért szűkebb körben (rövidebb ideig) hivatkozhat rá a sértett, illetve, mivel a megtámadási jogról a felet (a 2013-as kódex szerint, csak ha nem fogyasztó) le is lehet mondatni, így a feltűnő értékaránytalanságra való hivatkozást ki is lehet zárni a szerződésben.

A bírói gyakorlat szerint a helyzetkihasználás azt feltételezi, hogy a sérelmet okozó szerződő fél ismeri a másik fél helyzetét, és e felismerés miatt tud feltűnően aránytalan előnyt kikötni.⁶⁸ A helyzetkihasználás tehát több, mint a sérelmet szenvedett fél körülményeinek ismerete. (Például, a magas kamatra hitelt kínáló hitelező egyáltalán nem akar tudni arról, hogy a kölcsönt mire használják fel, és az adóst sem ismeri.⁶⁹ Sőt, az adósok gyakran kifejezetten titkolják is ezt, mert ez csökkenti hitelképességüket.)

Feltűnő értékaránytalanság. A szerződésben kikötött szolgáltatásért – ha a szerződésből vagy a körülményekből kifejezetten más nem következik – *ellenszolgáltatás jár*. A szerződés a szolgáltatás és ellenszolgáltatás feltűnő aránytalansága miatt akkor támadható meg, ha egyidejűleg fennáll három feltétel: (i) a szolgáltatás és ellenszolgáltatás között *feltűnően nagy értékkülönbség* van, (ii) az értékkülönbség a szerződés *megkötésének időpontjában* is fennállt, és (iii) az *ajándékozás szándéka egyik felet sem* vezette.

⁶⁸ Pf.IV.21 580/1996. sz.

⁶⁹ A tényállás tipikusnak mondható, például Pfv.V.21.399/1996. sz.

Szemben az uzsorával, itt az értékkülönbség önmagában is megtámadhatóvá teszi a szerződést, azaz nem szükséges hozzá a rosszhiszeműség, a másik fél befolyásolása vagy megtévesztése. Az értékmérés nehézségei miatt a joggyakorlatban eleve nem alkalmazták a feltűnő aránytalanság elvét bizonyos szerződésekre. Ilyenek azok, amelyek ún. *szerelemselelemet* tartalmaznak, vagyis, amikor a szerződéskötés időpontjában nem lehet tudni, hogy az egyik fél milyen terhet vállal. (Ide tartoznak például a tartási, életjáradéki szerződések is.) Vitatott kérdés, hogy ha a szolgáltatásnak nincs tényleges forgalmi értéke, az kizárja-e a rendelkezés alkalmazását (például egy autópálya-díj esetén beszélhetünk-e feltűnő értékaránytalanságról).

Fogalmilag kizárt a szolgáltatás és ellenszolgáltatás feltűnő aránytalansága miatti megtámadhatóság ingyenes szerződések esetén. Erre hivatkozva ítélte meg például a magyar bíróság azt az esetet, amikor a bírósági eljárás hosszától félve a hitelező engedett a követeléséből. A bíróság úgy tekintette, hogy mivel az engedmény ellenérték nélkül történt, ezért itt ingyenes joglemondásról volt szó, vagyis nem alkalmazható rá a feltűnő értékaránytalanság elve.⁷⁰

Tisztességtelen kikötés. Mint az ÁSZF tárgyalásakor is láttuk a tisztességtelen feltételek nem válnak a szerződés részévé. Az a feltétel tisztességtelen, amely (i) a *jóhiszeműség és tisztesség követelményét* megsérti, és (ii) *egyoldalúan és indokolatlanul hátrányba* hozza a másik felet. A tisztességtelennek minősülő szerződési feltételek egy részét fogyasztói szerződések esetében külön jogszabály konkretizálja – tételes listákat (ún. *fekete vagy szürke listákat*⁷¹ tartalmaznak a tisztességtelennek minősülő magatartásformákról, szerződési kitételekről.) A tisztességtelen feltételeknek van azonban korlátjuk a másik oldalról is: nem minősülhet tisztességtelennek az a szerződési feltétel, amelyet jogszabály állapít meg vagy amelyet jogszabály előírásának megfelelően határoznak meg. Hasonlóképp kizárt a tisztességtelenség a főszolgáltatást megállapító, illetve, a szolgáltatás és az ellenszolgáltatás arányát meghatározó szerződési kikötések esetén.

Jóerkölcsbe ütköző szerződés. Semmis az a szerződés, amely nyilvánvalón jóerkölcsbe ütközik. A jóerkölcsbe ütközés egy olyan generálklauzula, amely igazából átfogja az eddig tárgyalt megtámadási és semmisségi okokat – bármelyik helyett alkalmazható lenne; vagyis azok a jóerkölcsbe ütközés egy-egy speciális esetét specifikálják. Ez az elv azonban túlságosan széles (és folyamatosan változó) esetköröt ölel át, emiatt nem lehet róla pontos listát adni. Némi segítséget

⁷⁰ BH 1996/326. sz., Gf.I.33.823/1993. sz..

⁷¹ A feketelista azokat a megoldásokat tartalmazza, amelyek tilosak, amelyek a szerződést (legalábbis) részben érvénytelené teszik. A szürke listák azokat a pontokat tartalmazzák, amelyek esetén lehetőség van a tisztességesség bizonyítására – vagyis azok csak a bizonyítás terhét fordítják meg.

a „nyilvánvalóan” határozószó ad. A bírósági gyakorlat szerint ez azt jelenti, hogy a szabályt csak akkor lehet alkalmazni, ha határozottan felismerhető a társadalmi érdekek sérelme.

A jóerkölcsbe ütközés kapcsán a legszerencsésebb, ha azokat a tipikus eseteket próbáljuk azonosítani, amelyeket a bíróságok ennek révén ítélnek meg. Menyhárd alapján ilyenek (Menyhárd [2004] pp. 95-96):

- (i) a nem forgalomképes, nem kommercializálható javakra kötött átruházási szerződések; – ide érthetjük az alkotmányos jogokról való lemondást, a családi helyzetet érintő (például a válási jogról, a gyerekvállalásról kötött) szerződéseket vagy éppen nemi kapcsolatokra kötött szerződéseket;
- (ii) a másik fél gazdasági ellehetlenítését okozó szerződések – ide érthetjük a túlzottan hosszú vagy túlzottan terhes szerződéseket és a piaci verseny szabadságát aránytalanul korlátozó szerződéseket is (de vélhetően a magyar gyakorlatban a hitelezői túlbiztosítás is ide sorolódna);
- (iii) a harmadik fél megtévesztése, megkárosítása érdekében kötött szerződések – fontos, hogy nem egyszerűen a harmadik fél helyzetének a rontásáról van szó, hiszen arra verseny révén is sor kerülhet.

Jogszabályba ütközés. A jogszabályba ütköző vagy a jogszabály megkerülésére irányuló szerződés semmis. Az 1959-es kódex szerint azonban ez a „semmisség”, csak akkor fontos, csak akkor eredményezi a szerződés érvénytelenségét, ha ahhoz a megsértett jogszabály más jogkövetkezményt nem fűz. A bírói gyakorlatban kialakult tendencia szerint, ha az adott szerződés a polgári jog rendelkezését sérti, akkor az semmis – kivéve, ha a jogszabály *expressis verbis* más jogkövetkezményt fűz hozzá. Ezzel szemben, ha más jogág normájába ütközik a szerződés (például az engedélyhez kötött tevékenységek esetén engedély nélkül kötött szerződés az ún. *kontár szerződés*), akkor vizsgálják, hogy a másik jogszabály megalkotója szándékában állt-e, hogy a normát sértő szerződés semmis legyen. A 2013-as törvénykönyv már másképp fogalmaz: „más jogkövetkezmény mellett is semmis a szerződés [...] ha a jogszabály célja a szerződéssel elérni kívánt joghatás megtiltása.”

Fontos problémát jelenthet, ha a szerződés nem a megkötésekor ütközik jogszabályba, hanem annak megkötése után változik a jog. Ilyenkor a jogi ellehetlenülés szabályait kell alkalmazni.

Lehetetlen szolgáltatás. A szolgáltatás lehet akár fizikailag (objektíve), akár jogilag (jogszabályba ütközik a teljesítése) lehetetlen. Csak, ha a szolgáltatásnak már a szerződéskötés időpontjában is lehetetlen volt, az vezet ehhez. Ha az a szerződés megkötését követően következett be, az ellehetlenülés.

3. KÖTELEZETTSÉGEK

A szerződésből fakadó kötelezettségek között mindig találunk a szerződésben expliciten nem szereplő, külső elvárásokat is. Ezeket a legtöbbször a diszpozitív szabályok, illetve a szubsztantív kógens szabályok tartalmazzák. Azonban a szerződés értelmezése maga sem mindig egyszerű. Ezek alapján a sokrétű kötelezettségek alapján tudjuk meghatározni, hogy mikor tekinthetünk egy szerződést teljesítettnek, vagy mikor követ el valaki szerződésszegést.

3.1. Szerződés tartalma

A szerződés tartalma nem azonos a szerződésben foglaltakkal. Egyrészt részét képezi a szerződésben felül nem írt diszpozitív jog. Másrészt részét képezik az adott helyen és időben, az adott iparágban *bevett szokások*. Illetve, ezeken túl is igaz az, hogy a felek a szerződés teljesítésében *együttműködésre kötelesek*: a kötelezettnek a szerződés teljesítése érdekében úgy kell eljárnia, ahogy az az adott helyzetben általában elvárható, a jogosultnak pedig ugyanilyen módon elő kell segítenie a teljesítést.

Szolgáltatás. A szerződéseket tartalmuknak megfelelően, a megszabott helyen és időben, a megállapított mennyiség, minőség és választék szerint kell teljesíteni. A szerződésekben kifejtett jellemzőkön túl a szolgáltatásnak meg kell felelnie a *szerződéskötéskor a kötelezett által is ismert célnak*. Ezen kívül törvényi kellék, hogy a szolgáltatás alkalmas legyen *rendeltetészerű használatra* (azaz arra a célra, amelyre rendszerint szolgál), és megfeleljen a *kógens jogszabályi előírásoknak* (szabványok, környezetvédelmi előírások stb.). Ha a szolgáltatás e kritériumoknak nem felel meg, a teljesítés hibás.

Mind a szolgáltatás, mind az ellenszolgáltatás bármi lehet, amit kógens szabály nem tilt. A hibás teljesítés megítélése érdekében fontos azonban különbséget tenni aszerint, hogy a szerződés tárgyát, a szolgáltatást milyen módon határozzák meg a felek. Beszélünk egyedi, fajlagos vagy zártfajú szolgáltatásról, vagylagos szolgáltatásról és pénzszolgáltatásról; ezen kívül fontos különbséget tenni osztható és oszthatatlan szolgáltatások között. *Egyedi szolgáltatás* esetén a kötelezett konkrétan meghatározott dolgo(ka)t köteles szolgáltatni – ha mást nyújt, nem szerződésszerűen teljesít; ha az adott dolog megsemmisül, a szerződés lehetetlenül. *Fajlagos szolgáltatás* esetén a szolgáltatás tárgyát fajta és mennyiség szerint határozzák meg (például meghatározott mennyiségű, adott minőségű búza). *Zártfajú szolgáltatás* esetén nemcsak a fajtát, hanem azon belül valamilyen szűkítő minőségi követelményt is kikötnek. *Vagylagos szolgáltatás* esetén a szerződés tárgyaként úgy jelölnek meg több szolgáltatást,

hogy a szolgáltatások közül a *kötelezett választhat*. (Ez a választási jog akkor száll át a másik félre, ha a választásra szabott határidő alatt a kötelezett nem dönt.) Sajátos szolgáltatás a *pénzszolgáltatás, a pénztartozás teljesítése*, amit összeg és a pénznem megadásával kell meghatározni. A szerződéses kapcsolatokban – ha jogszabály kivételt nem tesz vagy a felek eltérően nem állapodnak meg – kamat jár.

A szolgáltatás mind fizikai, mind jogi szempontból lehet *osztható* és *oszthatatlan*. *Fizikai oszthatatlanságról* beszélünk akkor, ha a szolgáltatás fizikailag nem bontható fel vagy a megosztással keletkező részek önmagukban nem alkalmasak a szerződési érdek kielégítésére. *Jogi oszthatatlanságról* pedig akkor beszélünk, ha a felek a szerződésben kötötték ki, hogy valamely – fizikailag egyébként osztható – szolgáltatást a kötelezett egyben köteles szolgáltatni, és a jogosult csak egyben köteles azt átvenni, elfogadni. Az oszthatóság kérdése azért fontos, mert jogilag (és fizikailag) osztható szolgáltatás esetén a szerződésszegés általában a szolgáltatásnak csak egy részére vonatkozik, míg oszthatatlan szolgáltatás esetén minden hiba a szerződés teljes megszegését jelenti.

Két fontos elemre kell még kitérni: a teljesítés helyére és idejére. Mindkettőre csak diszpozitív szabályok vonatkoznak.

A *teljesítés helye* diszpozitív szabály szerint a kötelezett telephelye, székhelye, lakóhelye. (Az 1959-es kódex külön szabályt alkotott a gazdálkodó szervezetek közötti szerződésre. Ilyenkor – diszpozitív szabály szerint – a jogosult székhelyén, telephelyén kellett teljesíteni. Ezt a különbségtételt a 2013-as kódex elveti.)

Ha a teljesítés idejét a szerződés nem határozza meg, akkor visszterhes (nem ajándékozási) szerződések esetén *egyidejű teljesítését* lehet követelni. (Ingyenes szerződésnél a jogosult bármikor felhívhatja a partnerét teljesítésre, amelyet a teljesítés előkészítéséhez szükséges idő elteltével teljesíteni kell.) A bírósági gyakorlat szerint az a szerződő fél, akinek a teljesítéssel elől kell járni, biztosíték hiányában a teljesítést *megtagadhatja, visszatarthatja*, (i) ha a másik fél saját szolgáltatásával időközben késedelembe esik, vagy (ii) ha a másik fél vagyoni viszonyai jelentősen romlanak, és ez veszélyezteti a visszontszolgáltatást, vagy (iii) ha a másik félnek vele szemben kiegyenlítetlen tartozása van.

Ki nem kényszeríthető szerződési követelés – elévülés. Érvénytelen szerződés esetén a szolgáltatást jogalap nélküli gazdagodás címén utólag vissza lehet követelni. Létezik azonban olyan követelés is, amelyek nem tiltott ugyan, de bíróság útján (már) nem kikényszeríthető – más néven *naturális obligáció*. Ezeket, ha a másik fél – akár tud a ki nem kényszeríthetőségről, akár nem – teljesíti, nem lehet visszakövetelni. Ilyen a játékból vagy fogadásból eredő követelés (kivéve, ha a játékot vagy fogadást állami engedély alapján bonyolítják le). De ilyen ki nem kényszeríthető követelés az *elévült* követelés is.

Értelmezés elve. A magyar szerződési jog az értelmezés súlypontját a nyilatkozási elv irányába tolja: vita esetén a szerződést, a nyilatkozatokat úgy kell értelmezni, ahogyan azt a másik félnek a nyilatkozó *feltehető akaratára* és az eset *körülményeire tekintettel a szavak általánosan elfogadott jelentése* szerint értenie kellett. A 2013-as kódex ezt egyszerűen úgy fogalmazza meg, hogy az egyes kérdéses részeket „a szerződés egészével összhangban kell értelmezni”.

Azonban, ha valaki jogról mondott le egy szerződésben, akkor nyilatkozatát nem lehet kiterjesztően értelmezni. Ha például valakit egy szerződésszegés esetén több jog is megillet, és ezek közül az egyikről – például a szavatosság érvényesítéséről – lemond vagy azt nem érvényesíti, az nem jelenti azt, hogy az egyéb jogainak érvényesítéséről – például a kártérítésről – is lemondott volna.

Az egyik fél által kidolgozott a másik által csak elfogadott szerződések⁷² esetén speciális szabály irányadó – az ún. *in dubio contra proferentem* értelmezési elv. Eszerint a vitatott pontot olyan módon kell értelmezni, amely az általános feltételt *kidolgozó félnek kedvezőtlenebb*, a partnerének (a feltételt csak elfogadó félnek) pedig kedvezőbb.

3.2. Teljesítés – szerződésszegés

Szerződésszegést több formában követhetünk el. Elképzelhető, hogy nem teljesítjük azokat az elvárásokat, amelyeket a szerződés tartalma szerint kötelezettségünk lenne. Ez a *hiba*. Elképzelhető, hogy teljesítjük, csak nem a szerződés által adott időben (előbb vagy később). Ez a *késedelem*. Végezetül itt kell kitérnünk arra az esetre, amikor valaki nem felmondja a szerződést, hanem megtagadja annak teljesítését.

Késedelem. Ha a teljesítési idő eredménytelenül eltelt, akkor az adott fél késedelemben van. A jogosult ekkor követelheti a teljesítést. Ha a teljesítés többé nem áll érdekében, elállhat a szerződéstől, de az *érdekmúlást* bizonyítania kell. Ennek bizonyítására akkor nincs szükség, ha a szerződést meghatározott időpontban – és nem máskor – kellett volna teljesíteni vagy ha a jogosult az utólagos teljesítésre megfelelő határidőt szabott, és az is eredménytelenül telt el. (Azonban önmagában az, hogy a szerződésben a teljesítést dátumszerűen adták meg, még nem jogosítja fel a jogosultat az érdekmúlás bizonyítása nélküli elállásra. A határidőt ehhez úgy kell megjelölni, hogy abból világosan kiderüljön, hogy utána a teljesítést a jogosult nem fogja elfogadni.)

A teljesítés ideje nemcsak a kötelezettet, hanem a jogosultat is köti: ha a jogosult a szolgáltatás átvételével késlekedik és a kötelezett a teljesítésre szánt

⁷² Az 1959-es kódex nem az összes ilyen szerződéshez rendelte ezt az elvet, csak az általános szerződési feltételekkel kötött szerződésekhez és a fogyasztói szerződésekhez.

részt elkülönítve tartja, a jogosult késedelembe esésétől kezdve ezen elkülönített részben esett kár a jogosult terhére esik, illetve, az őrzés költségeit a másiktól kérheti (adott esetben annak kifizetéséig a dolgot vissza is tarthatja vagy értékesítheti is).

Idő előtti teljesítés. A szerződésben szereplő határidőnek nemcsak az a szerepe, hogy az azutáni teljesítés késedelmes, vagyis szerződésszegés, hanem az is, hogy az azt megelőző teljesítés átvételére a jogosult nem köteles. Pontosabban: az átvételt visszautasíthatja, ha szerződési vagy egyéb érdekeit sérti, például, ha az emiatti többletköltségeit a kötelezett nem hajlandó átvállalni. (A teljesítés elfogadása azonban az ő kötelezettségeinek határidejét nem módosítja.) Pénztartozás esetén a határidő előtti teljesítésre speciális szabály vonatkozik. Az 1959-es kódex szerint a jogosult köteles azt elfogadni, sőt a teljesítés és a szerződés szerinti lejárat közötti időre kamatot vagy kártalanítást sem kérhet. A 2013-as kódex szerint ez a tilalom csak fogyasztói szerződés esetén áll, és akkor is megengedi, hogy a jogosult a valós költségei megtérítését kérje – csak az azt meghaladó fizetési kötelezettséget nem fogadja el.

Hiba. Mint a szolgáltatás definiálásánál láttuk, a teljesítés akkor hibás, ha a szolgáltatott dolog a teljesítéskor nem felel meg a törvényes vagy a szerződésben meghatározott, illetve, a kötelezett által is tudottan elvárt tulajdonságoknak. A teljesítés lehet hibás azért is, mert nincs hozzá használati utasítás, hiányoznak egyéb szükséges jelzések, figyelemfelhívások. Hibás a teljesítés, ha a dolgot *szakszerűtlen szerelték össze* (ha az összeszerelés szerződéses kötelezettség, és azt olyan személy szerelte, akinek magatartásáért a kötelezett felelős), illetve, ha az összeszerelést a jogosult végezte ugyan, de a szerelés hibája a használati útmutató hibájára vezethető vissza.

A teljesítés lehet hibás azért is, mert a jogosult nem szerzi meg a teljesítés alapján mindazokat a jogokat, amelyek őt a szerződése alapján megilletik. (Az ilyen jogi hiba váltja ki a jogszavatosságot.)

Abban az esetben, ha a kötelezett nem azt szolgáltatta, amit neki a szerződés alapján szolgáltatnia kellett volna, akkor nem hibás teljesítésről van szó, hanem arról, hogy a szerződést nem teljesítette, vagyis késedelemben van – a következmény tehát nem a szavatosság, hanem az, hogy a kötelezett választhat a természetbeni teljesítés követelése és az elállás között (ha bizonyítani tudja az érdekmúlást).

Megtagadás. Ha valamelyik fél a szerződés teljesítését jogos ok nélkül tagadja meg vagy jogalap nélkül mondja fel, akkor a jogosult választhat a késedelem és a lehetetlenülés következményeinek alkalmazása között. Lehetetlenülés alatt itt természetesen annak azon formáját kell érteni, amelyért a szerződést megtagadó fél felelős, vagyis amiért kártérítéssel tartozik.

3.3. Felelősségkizárás, jogfenntartás

A szerződést nem vagy nem hibátlanul, nem határidőre teljesítő fél megpróbálhat a felelősség alól úgy mentesülni, hogy a szerződésbe már jó előre, ún. *felelősségkizáró passzust* foglal bele.

Felelősségkizárás. Felelősségkizárásra, felelősségkorlátozásra a magyar jog csak viszonylag szűk keretek között ad lehetőséget: semmis a felelősségkizárás, ha szándékosan, súlyos gondatlansággal vagy bűncselekménnyel okozott, illetve, ha az életet, testi épséget, egészséget érintő kárt próbálna kizárni. Az 1959-es kódex szerint a többi esetben (a dolgokban súlyos fokot el nem érő gondatlansággal vagy véletlenül okozott szerződésszegése esetén) is csak akkor érvényes a felelősségkizárás, ha azzal párhuzamosan az *ellenszolgáltatást is megfelelően csökkentették*. A 2013-as törvénykönyv ezen utóbbi feltételt eltörli: ilyen esetben – minden további speciális feltétel nélkül – ki lehet zárni a felelősséget.

Miközben a magyar jog ilyen erősen korlátozza a felelősségkizáró vagy a felelősséget korlátozó szerződési elemek alkalmazását, aközben nem tud mit kezdeni a szerződés ún. *kötelezettség-meghatározó rendelkezéseivel*, vagyis amelyek a felek jogait és kötelezettségeit állapítják meg, holott ezek ugyanazt a hatást érhetik el. (Például, ha az építő kizárja a felelősséget azért, ha a ház falai megrepednek, akkor az felelősségkizárás vagy felelősségkorlátozás – ezzel szemben, ha a szerződésben a minőséget úgy definiálja, hogy a hajszáltrepedés nem számít hibának, akkor az csak kötelezettség-meghatározás.) Úgy tűnik, hogy a bírói gyakorlat nem terjeszti ki ilyen esetekre a felelősségkorlátozást, ezen elemekkel szemben nem alkalmazza ugyanazt a szigorú tesztet.

Jogfenntartás. A felelősség alól a szerződésszegő fél mentesül, ha a hibásan vagy késve teljesített szolgáltatás ellenére a teljesítést a jogosult elfogadja. Ha a jogosult így tesz, akkor ezzel elviekben egyúttal a szerződésszegésből eredő igényéről is lemond. Ha ezt az igényét, például a későbbi kártérítési igényét fenn akarja tartani, akkor ún. *jogfenntartó nyilatkozatot* kell tennie.

4. A JOGGAZDASÁGTANI IRODALOMBAN KIINDULÓ PONTNAK TÉTELEZETT SZERZŐDÉSI MODELL

A joggazdaságtani irodalom kiindulópontként minden jogintézmény hatásait egy meglehetősen steril jogrenden belül elemzi. Azt vizsgálja, hogy milyen előnyös vagy hátrányos hatásai vannak az adott jogintézménynek, ha az alaprendet megbontjuk azzal, hogy az adott intézményt kiemelnénk belőle vagy éppen (ha eddig nem volt benne) beépítenénk. Ez a „steril jogrend” nem felel meg egyetlen a valóságban működő jogrendnek sem – így a magyarnak sem. Lássuk ennek elemeit:

1. A kikényszerítés alapja a kártérítés – aki megszegi a szerződést, köteles megfizetni a károsult közgazdaságtani (és nem jogi) értelemben *teljes kárát*.
2. Kártérítést minden szerződésszegés esetén fizetni kell – vagyis nem csak akkor, ha valaki nem úgy járt el, ahogyan az adott helyzetben elvárható lenne. Vagyis létezik az ún. *objektív felelősség*.
3. A kártérítés alapja a teljes kár, amit pontosan mér a bíróság. A *teljes kár* az az összeg, amely a szerződésszegés ellenére ugyanolyan helyzetbe hozza a károsultat, mintha a szerződés teljesült volna. A magyar kárfogalomtól annyiban tér el, hogy például tartalmaz minden (nem csak vagyoni és személyiségi jogban esett) hátrányt, vagyis például az előszereteti értéket is. Ezt az összeget nem korlátozza az előreláthatóság sem.
4. A kár nagyságával megegyező kártérítés jogi úton mindig behajtható. (Az időigényért pedig kárpótlást ad a magasabb – például a kamatot is tartalmazó – összeg.) Vagyis nincs szükség külön szerződéses garanciákra.
5. Hasonlóképpen a teljes kárt megtérítő kárt kell fizetni, amennyiben a szerződés létrejöttét megelőzően, még a szerződéskötési folyamatban okoz valaki kárt. Ebben az esetben is az objektív felelősség elve alapján ítélik meg, és teljes kártérítést ítélik meg.
6. A bíróság nem érti félre a felek szerződéses akaratát. Épp ezért áll az akarat elven. Amennyiben a szerződés valamilyen kérdést nem szabályoz, akkor a hiányt úgy pótolja ki, ahogyan a felek (legnagyobb valószínűséggel) szabályozták volna *ex ante*, a szerződéskötéskor. A steril jogrendszer nem ismer kötelező formai előírásokat.
7. Amennyiben a szerződés feltételei megváltoznak, akkor a bíróság a *gazdasági lehetetlenülést* és a *kockázatviselő képességet* mérlegeli – mentesíti a szerződés alól (így a kártérítés alól is) azt a felet, akit a szerződés teljesítése túlzottan megterhelne, csődbe juttatna – feltéve, hogy nem ő volt az adott probléma esetén a jobb kockázatviselő.
8. Az akarat elv értelmében a felek által szabadon a szerződésben foglalt – mindkét fél által előre ismert és elfogadott – szabályokat a bíróság

mindaddig kikényszeríti, amíg nem jár a *harmadik fél számára hátránnyal* a teljesítésük. Nem mérlegeli például a feltűnő értékaránytalanságot, tisztességtelenséget, a felelősségkorlátozás jogszerűségét, a jóerkölcsbe ütközést mindaddig, amíg abból a harmadik félnek nincs hátránya⁷³. Amennyiben a szerződés kötbérikikötést tartalmaz, azt úgy értelmezi, mint a magyar jogrend a bánatpénzt: az előre szabott összeg teljes mértékben a kártérítés helyébe lép (ún. *átalány-kártérítés*), azt nem növelik, de nem is csökkentik, ha a valóban okozott kár eltér tőle.

9. A bíróság pontosan fel tudja mérni, hogy a szerződés valóban a felek szabad akaratából jött-e létre: ki tudja szűrni a kényszert, a megtévesztést. *A tájékoztatást nem várja el* – viszont a hazugságot (megtévesztést) a szerződés érvénytelenítésével és a megtévesztő (vagy kényszert alkalmazó) fél kártérítési kötelezettségével szankcionálja. A fizetendő, kirótt szankció lehet több mint a károsult kára.

A joggazdaságtan azért tételezi fel ezt a steril jogrendet, mert ezt az alaprendet a legegyszerűbb elemezni. Természetesen, az egyes intézmények elemzésekor felismeri azt, hogy a valóság ettől eltér, de általában csak azon az pontokon, ahol az adott jogintézmény hat. Például, ha a szerződésbiztosítékokat elemzi, akkor már nem teszi fel, hogy a teljes kártérítést mindig meg is ítélik és be is hajtják. De azt már nem vizsgálja például, hogy más lesz-e a szerződésbiztosítékok hatása akkor, ha az nem objektív felelősség, hanem csak vétkesség esetén kell azokat alkalmazni, vagy ha a bíróság nem mindig ismeri fel az akarathibát.

Ez a steril jogrendszer, ez az alapmodell a joggazdaságtani irodalomhoz hasonlóan a továbbiakban ebben a könyvben is a kályha szerepét tölti majd be. Mindig innen indulunk el, első kérdésünk mindig az lesz, hogy egy-egy intézményi változás milyen következményekkel járna ebben a rendszerben – feltéve, hogy a többi nyolc pont nem változik. A magyar jogrendszer elemzését minden esetben ezen alapmodell fényében tehetjük meg – elemezve, hogy a magyar rendszerben meglévő eltérések mennyiben változtatják meg, mennyiben erősítik vagy gyengítik egy-egy intézménynek az alapmodellben leírt hatásait.

⁷³ A harmadik félt érő hatások között nem veszik számításba a versenyhatásokat.

Irodalomjegyzék

- Bárdos Péter – Menyhárd Attila [2008]: Kereskedelmi jog. HVG-Orac, Budapest
- Doing Business [2009], Doing Business 2010. Washington: World Bank.
- Menyhárd Attila [2004]: A jóerkölcsbe ütköző szerződések. Gondolat, Budapest
- Menyhárd Attila [2007]: *Dologi jog*. Osiris, Budapest
- Posner, Richard A. [2011], *Economic Analysis of Law*, 8th edition. New York: Aspen Law and Business
- Vékás Lajos [2008, szerk.]: *Szakértői javaslat az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez*. Complex, Budapest

III. fejezet

A szerződés kikényszerítése – elméleti alapok

A szerződést teljesíteni kell. Látszólag egyszerű elv, mégis a joggazdaságtani irodalom egyik legtöbbet tárgyalt témája. Láttuk az első fejezetben, hogy a közgazdaságtan számára a kikényszerítés (is) ösztönzési mechanizmus. Az a kérdés, hogy tudjuk-e úgy módosítani a felek (mint láttuk, nem csak pénzügyi) kifizetéseit, hasznait, költségeit, hogy a szerződést ne akarják megszegni. Illetve, hogy csak akkor akarják megszegni, amikor az hatékony. Ha az első fejezetben bemutatott egyéb eszközök nem működnek vagy nagyon drágák, akkor a jogrendszer segítsége nélkül az ígértevők gyakran nem feltétlenül vannak tekintettel arra a veszteségre, amelyet ígéretszegésükkel okoznak. A kikényszerítési mechanizmus lényege, hogy a többieknek okozott költségekkel – vagy annak egy részével – kártérítés, büntetés formájában a kötelezett kénytelen legyen szembesülni. Alapesetben akkor fogja megszegni a szerződést, ha az ebből fakadó költsége (a kártérítés vagy a büntetés) kisebb, mint az a költség, amellyel a szerződés betartása járna.

A jog több kikényszerítési formát is ismer. Ezeknek eltérő ösztönző hatásuk van, a kockázatokat is másképpen osztják meg a felek között – éppen ezért vált a választás köztük a joggazdaságtan egyik legfontosabb kérdésévé. A mostani fejezet csak az alapokat mutatja meg – éppen ezért a magyar jogi szabályozást alig érinti. Ezek az elméleti alapok azonban elengedhetetlenek ahhoz, hogy megértsük a későbbiekben a magyar jogi gyakorlat hatásait. Ezt a következő három fejezetben elemezzük majd: a szerződés utólagos természetbeni teljesítésének elrendelését a negyedik fejezetben, a bíróság által megítélt kártérítést az ötödik fejezetben, míg a felek által szerződésben rögzített megoldásokat a hatodikban.⁷⁴

Kiindulópontként idézzük fel: a szerződés nem teljesítése időnként hatékony. Társadalmi szempontból a szerződés megszegése akkor hatékony, ha a jogosult

⁷⁴ R. Posner a common law alapján kicsit másképp hétféle jogorvoslati formát különít el. Ezek alapja elsősorban az, hogy miképpen méri a bíróság a kár nagyságát: (i) a szerződés miatt felmerült költségek megtérítését [*reliance*], (ii) az elmaradt haszon alapú kártérítést, (iii) a szerződésben szabályozott, a kár várható mértékét becsülő kártérítést, (iv) a következménykár megtérítését – az a kár, amit a másik fél nem láthatott előre, (v) az eredeti állapot helyreállítását (ide érti azt is, ha elvonják a szerződésszegő fél hasznát), (vi) a teljesítési kötelezettség, (vii) a kár (várható) nagyságát meghaladó, a szerződésben meghatározott büntetést. (R. Posner [2011] p. 149)

nyeresége elmarad a teljesítés költségétől. A kikényszerítés egyik legfontosabb feladata éppen az, hogy szétválassza a két esetet: tegye kifizetődővé a hatékony szerződésszegést, viszont ne érje meg szerződést szegni akkor, ha az nem növeli a két fél együttes hasznát. (Első ránézésre is nyilvánvaló lehet, de az első fejezetben igazoltuk is, hogy amennyiben a szerződésszegő fél akkora kártérítési kötelezettséggel nézne szembe, amekkora nyereségtől a másik elesett, akkor azokat és csak azokat a szerződéseket szegné meg, amelyeket hatékony is megszegni.) A mostani fejezetben bevezetjük a *Pareto-szerződés*, valamint a teljes szerződéstől elhatárolva a tökéletes szerződés fogalmait. Látjuk majd, hogy tökéletes, és ezért aztán *Pareto-hatékony* szerződés esetén a bíróságnak nem lenne más dolga, mint a leírt szerződés természetbeni végrehajtását kikényszeríteni, pontosabban – az esetek többségében – a tökéletes kártérítést megfizettetni. Ezt az összefüggést tárgyalja az első alfejezet.

Az első fejezetben láttuk az alapjait annak, hogy milyen kártérítést tartalmazna egy, az ösztönzőket hatékonyan beállító szerződés. Ebben a fejezetben az egyik kikényszerítési eszköz, a kártérítés *növelésének* vagy *csökkentésének* hatásait elemezzük: miképpen alakul ilyenkor az első fejezetben bemutatott ösztönzők közül az első nyolc: információgyűjtés, partnerválasztás, szerződés pontossága, kockázatmegosztás, teljesítés, elővigyázatosság, szerződésre hagyatkozás, kárenyhítés. A kártérítés emelésével változó ösztönzők elemzése a második alfejezet témája.

A kilencedik ösztönző, a szerződésmódosítás önálló alfejezet tárgya. Az első két alfejezet hallgatólagosan azt feltételezi, hogy két lehetőség közül választhatunk: vagy hiánytalanul teljesítjük a szerződést, vagy megszegjük (csak részben teljesítjük) azt. Ez azonban nincs így. Harmadik alternatívaként mindig gondolni kell a szerződésmódosítás, az egyezség lehetőségére. Ez a modern közgazdasági *szerződéselmélet (contract theory)* egyik legtöbbet vitatott kérdése – az ezzel a harmadik lehetőséggel együtt járó ösztönző és kockázat-megosztási hatásokat tekintjük át röviden a harmadik alfejezetben.

1. KIKÉNYSZERÍTÉS TÖKÉLETES SZERZŐDÉS ESETÉN

A szerződés betartását sokszor erkölcsi kötelességnek tartjuk. Ez azonban csak nagyon speciális helyzetben, a tökéletes szerződés esetén lenne fekete-fehér kérdés. Ha a szerződés nem tökéletes, akkor már nem lehet ezzel az egyszerű erkölcsi állítással elintézni a kérdést. A mostani alfejezet ennek az egyszerű problémának a megvilágítására vállalkozik. Megmutatjuk, hogy milyen esetben (a tökéletes, *Pareto-szerződések* esetén) mondhatjuk bizonyosan, hogy a szerződésben foglaltakat mindig ki kell kényszeríteni.

1.1. Tökéletes szerződés – tökéletes kártérítés

Egy szerződést akkor nevezünk *Pareto-szerződésnek*, ha a két fél nem tud e helyett olyan másik szerződés kötni, amely az egyik szerződő felet úgy hozza jobb helyzetbe, hogy a partnere helyzete sem romlik. A *Pareto-szerződés* nem azonos a *Pareto-hatékonysággal*: a *Pareto-szerződés* még nem jelenti azt, hogy a szerződés a társadalom számára is biztosan hatékonyságnövekedést jelent. A *Pareto-szerződés* miatt harmadik felek helyzete romolhat. A *Pareto-szerződés* az a szerződés, amely a két fél összhasznát – a *szerződéses többletet* – maximálja.

Az első fejezetben már bevezettük a teljes szerződés fogalmát. Pontosítsuk az ottani definíciót és állítsuk mellé a tökéletes szerződést is! (Az első fejezetben a két fogalmat még nem választottuk szét, de ebben a fejezetben fontos lesz, hogy ezeket ne keverjük.) Teljes szerződésen olyan szerződést értünk, amely – a mögötte álló diszpozitív és kógens szabályrendszerrel együtt – minden helyzetre pontosan előírja, hogy melyik félnek mi a teendője. A tökéletes szerződés ennél többet kíván: a tökéletes szerződések – illetve az azt kiegészítő diszpozitív és kógens szabályok – minden helyzetre a hatékony megoldást írják elő. Vegyünk példaként azt a szerződést, amelyben a szolgáltató előre szabott árért vállalja egy szolgáltatás nyújtását! Ez kétségkívül teljes szerződés, de tökéletes-e? A fix ár azt jelenti, hogy a szolgáltató – vélhetően valamilyen felárért cserében – magára vállalja a nyersanyagár változásának kockázatát. Lehet ez optimális *ex ante*? Igen. De nem mindig. Egy fix árat tartalmazó szerződés csak akkor tökéletes szerződés, ha a szolgáltató képes jobban viselni az árváltozás kockázatát. Ezzel ellentétes esetben, amikor a vevő a jobb kockázatviselő (például, mert egy nagyobb vállalat valamelyik beszállítói szerződéséről van szó), akkor megállapodhatnának egy „költség-plusz” árképzésben, vagyis, hogy a konkrét átvételi árat majd a költségek ismeretében, adott képlet szerint számítják ki. Ilyenkor az árváltozás kockázata a vevőn lenne.⁷⁵

Tökéletes szerződés és kikényszerítés. Ha a felek képesek tökéletes szerződést kötni, akkor a bíróságnak nincs más dolga, mint elérni, hogy az abban foglaltakat hiánytalanul teljesítsék: természetbeni kikényszerítést, természetbeni teljesítést rendel el. Nincs szükség arra, hogy – és nem is szerencsés, ha – a bíróság a szerződésben foglaltak teljesítése helyett kártérítési kötelezettséget ír elő.

A természetbeni kikényszerítés két formáját különböztethetjük meg. Az egyik az állami (például rendőri, végrehajtói) erő alkalmazása, és a szerződést teljesíteni nem akaró fél teljesítésre kötelezése, az átadandó dolog lefoglalása.

⁷⁵ Persze mivel tiszta költségalapú, vagyis az aktuális költségeket figyelembe vevő árazás esetén a szolgáltatónak megérné manipulálni a költségeit, így ilyenkor inkább exogén (a szállítótól független) ártenyezőket keresnek – például a nyersanyagok piaci árát, és nem a konkrét költséget építik a képletbe.

A másik megoldás esetén nem feltétlenül a kényszerítés, hanem a büntetés kerül előtérbe: olyan magas büntetést szab ki a jog a szerződést megszegő félre, hogy annak jobban megérje teljesíteni.

Lássuk ezt Shavell példáján (Shavell [2004] pp 297-301)! Tökéletes szerződés az lenne, amelyben a két fél pontosan és hatékonyan szabályozná, hogy melyik esetben kinek mi a teendője. Az első fejezetben már láttuk a hatékony szerződésszegés elméletét. Egy tökéletes szerződés eleve lehetőséget adna a hatékony szerződésszegésre. Tegyük fel, hogy egy szolgáltatás a vevőnek 10-et ér (és értelemszerűen ennél kevesebbet fizet érte)! Egy tökéletes szerződés azt mondaná ki, hogy a szolgáltató akkor köteles teljesíteni a szerződést, ha annak költsége elmarad 10-től. Ha annál több, akkor felmentést kap alóla.⁷⁶ Ebben az esetben a bíróságnak elvileg nem kell mást tennie, mint kikényszerítenie a szerződésben írottakat: a költség nagyságától függően – ha az kisebb, mint 10 – kikényszeríteni azt vagy – ha meghaladja 10-et – felmentést adni alóla. A probléma azonban az, hogy nem biztos, hogy a bíróság pontosan fel fogja mérni a teljesítés költségeit, és nem dől be a kötelezett esetleges hazugságának. A kötelezett ugyanis hazudhat: neki nemcsak akkor éri meg szerződést szegni, ha a költség nagyobb, mint a másik haszna, hanem akkor is, ha a költségszint meghaladja az árat. Ilyenkor várhatóan a valóságosnál magasabb költséget hazudik majd.

Tökéletes kártérítés mint a tökéletes szerződés helyettesítője. Mit tehet a bíróság, ha a bizonyíthatóság hiánya miatt a tökéletes szerződés nem működik? A legegyszerűbb megoldás az ún. *tökéletes kártérítés* lenne: ez pontosan akkora, mint a károsult kára – a mi esetünkben 10. Ha ezt alkalmazzuk, akkor amennyiben a szolgáltató nem akar teljesíteni, akkor a bíróságnak nem lenne más dolga, mint kifizettetni vele azt. Innentől a szolgáltató maga fogja eldönteni, hogy érdemes-e neki megszegni a szerződést. És ezt hatékonyan fogja tenni: pontosan akkor dönt a szerződésszegés mellett, amikor a szerződésszegés hatékony. (Az olvasóra bízunk annak belátását, hogy amennyiben a bíróság kifizetési ezt a 10-et, akkor a szolgáltatónak már tényleg csak akkor éri meg a szerződést megszegnie, ha az társadalmilag hatékony.)

Shavell megmutatja, hogy – figyelembe véve a bíróság ezen információs problémáját, vagyis, hogy nem képes felismerni, ha a kötelezettek hazudnak a költségeikről – a felek nem juthatnak jobb megállapodásra egy ilyen tökéletes

⁷⁶ A tökéletes szerződés e szerint a definíció szerint csak azzal foglalkozik, hogy kell-e teljesíteni. Ugyanúgy tökéletes az a szerződés, amely megköveteli a kártérítést abban az esetben, ha a szolgáltató nem teljesít, vagyis, ha a költségek meghaladják a megszábotott határt, vagyis 10-et, de az a szerződés is, amely szerint ilyenkor egyszerűen, kártérítési fizetési kötelezettség nélkül megszűnik a szerződés. E két megoldás között, mint majd látjuk, annak alapján választhatunk, hogy a két fél közül melyik mennyire könnyen vagy nehezen viseli a kockázatot.

kártérítést tartalmazó szerződésnél (Shavell [2004] pp 342-351). Ez *Pareto-szerződés* lesz. Ahhoz, hogy ezt belássuk, azt kell bizonyítani, hogy a feleknek nem éri meg ennél sem magasabb, sem alacsonyabb kártérítést kikötni. A logika: amennyiben e fölé emelnék annak összegét, akkor a szolgáltató költségei jobban nőnének, mint amennyit a nagyobb kártérítésen a jogosult nyerne. A költségei emelkedés miatt a szolgáltatónak ez az új, magasabb kártérítést tartalmazó szerződés már csak akkor éri meg, ha legalább ennyivel emelheti az árait – de ha így tesz, akkor ez a jogosultnak már nem éri meg. Fordított esetben: ha a kártérítést ez alá csökkentjük, akkor nő a szerződésszegés esélye, és csökken a szolgáltató várható költsége. Emiatt csökkentheti az árait. Ha ismételten fel tesszük, hogy éppen annyival csökkenteni az árait, amennyi a költsége (vagyis az ő helyzet változatlan marad), akkor a jogosult ismét rosszabbul jár: az ő hasznai a nagyobb valószínűséggel bekövetkező szerződésszegés és az alacsonyabb kártérítés miatt jobban csökken, mint a szolgáltató költsége, és emiatt az ár.

Lássunk erre egy példát! *Ex ante*, a szerződés aláírásakor nem tudjuk, hogy mekkora lesz a költség – csak azt, hogy valahol 0 és 20 között lesz. Feltesszük, hogy ezen belül minden lehetséges összeg ugyanakkora eséllyel következhet be – ezt nevezzük *egyenletes eloszlásnak*. Ha a kártérítés nagysága 10, akkor a szolgáltató az esetek felében fog teljesíteni. Az esetek másik felében pedig 10-et fizet kártérítésként. Ha teljesít, akkor a költség várhatóan 5 – ugyebár csak akkor teljesít, ha a költség elmarad 10-től, vagyis a költség 0 és 10 között lehet, ezen belül egyenletes eloszlással; 0 és 10 közötti egyenletes eloszlás esetén a várható érték 5. A szerződéssel járó várható költség tehát 7,5. (Ha aláírta a szerződést, akkor az estek felében fog teljesíteni – ilyenkor a várható költség 5. Az esetek felében pedig 10 kártérítést fizet. Az *ex ante* a szerződés miatt várható költség tehát $7,5 = 50\% \times 10 + 50\% \times 5$.) Versenypiacot feltételezve⁷⁷ ekkora lesz a termék ára. A vevő a 7,5 árat kifizetve mindenképpen hozzájuk 10 egységnyi értékhez (vagy mert megkapja a neki ennyit érő szolgáltatás révén, vagy mert ekkora kártérítést kap). Most tegyük fel, hogy a kártérítés nagyságát 12-re emeljük! Ekkor az eseteknek már 60%-ában teljesít az eladó, a fennmaradó 40%-ban pedig 12-t fizet. Teljesítés esetén a várható költsége 6. (Teljesítés esetén a költsége 0 és 12 között lesz, egyenletes eloszlással.) A szerződéskötés pillanatában várható költség tehát 8,4-re nő ($8,4 = 60\% \times 6 + 40\% \times 12$). Előző, versenyfeltételezésünk szerint az ár is ekkora lesz. Lássuk a vevő oldalát! Ő 60% eséllyel kapja meg a szolgáltatást, amely neki 10-et ér. 40% eséllyel pedig 12 egységnyi kártérítést kap. A várható haszna nő: 10,8 ($10,8 = 60\% \times 10 + 40\% \times 12$). A nettó várható haszna azonban 2,4-re csökken, hiszen az ár is nőtt. (A nettó haszon a várható haszon és a fizetendő ár különbsége, vagyis $10,8 - 8,4 = 2,4$). A vevő helyzete

⁷⁷ Vagyis azt, hogy ez az összeg tartalmazza az ún. *normál profitot* – vagyis a tőke elvárt megtérülését, de azon felül extraprofitot (*járadékot*) nem.

tehát romlott a magasabb kártérítés miatt, míg – feltételezésünk miatt, vagyis, hogy az ár épp megfelel a költségnek – a szolgáltató nem javult.⁷⁸ Hasonlóképp bemutatható, hogy a kártérítés csökkentése is rontja a két fél helyzetét. Ekkor ugyan a költség és az ár csökkeni fog, de nem annyival, amennyivel a vevő várható hasznossága csökken.⁷⁹ (Bizonyítsuk be, hogy a szolgáltató haszna akkor sem változna, ha a kártérítést 8-ra csökkentenék – ezzel szemben a vevő ekkor is rosszabbul járna! A 3.1. táblázatban szereplő adatokat próbáljuk igazolni!)

3.1. táblázat. A kártérítés eltérése a tökéletes kártérítéstől: a vevő helyzetének változása

| | | | | |
|---|--------------------------------------|------|-----|-----|
| Kártérítés | a | 12 | 10 | 8 |
| Teljesítés valószínűsége | b | 60% | 50% | 40% |
| Teljesítés várható költsége | c | 6 | 5 | 4 |
| Szerződés várható költsége | $d = b \times c + (1 - b) \times a$ | 8,4 | 7,5 | 6,4 |
| A szerződés várható bruttó haszna a vevőnek | $e = b \times 10 + (1 - b) \times a$ | 10,8 | 10 | 8,8 |
| A szerződés várható nettó haszna a vevőnek | $f = e - d$ | 2,4 | 2,5 | 2,4 |

A vevő haszna, ha teljesül a szerződés: 10. A költség nagyságáról *ex ante* csak annyit tudunk, hogy 0 és 20 között egyenletes valószínűséggel oszlik meg.

Eddig azt a kérdést vizsgáltuk, hogy a kötelezett vagy teljesíti a szerződést vagy megszegi azt. A tökéletes kártérítés azonban nem csak az igen-nem kérdésekben jelent optimális ösztönzőt. Osztható szolgáltatásoknál megtehetjük, hogy a szerződésnek csak egy részét mondjuk vissza vagy szegjük meg. A tökéletes kártérítés ez esetben is jól működik.⁸⁰

⁷⁸ Ha az ár magasabb a költségénél, vagyis nem tökéletes a verseny – akkor is igaz, hogy a két fél együtt veszít, a szerződéses többlet csökken.

⁷⁹ Tegyük fel, hogy *ex ante* a szerződésből elérhető haszon, v ismert, de a költségnek, c -nek csak a valószínűségi eloszlását ismerjük! Legyen p a szerződésbe foglalt, de csak a teljesítéskor fizetendő ár és d a kártérítés! A teljesítésre tehát akkor kerül sor, ha $d - p < c - p$, vagyis $d < c$. Legyen $B_d(p)$ az a haszon, amit d kártérítés és p ár mellett a jogosult vár, míg $S_d(p)$ a várható haszon ugyanebben az esetben a kötelezett oldalán! Amennyiben a szerződést teljesítik, akkor a két fél együttes haszna: $B_{d=v}(p) + S_{d=v}(p) = v - c$. Különben nulla. Amennyiben kártérítés egyenlő az elmaradt haszonnal, akkor minden olyan esetben szolgáltatni fog a kötelezett, amikor $v > c$, és soha más esetben. Amennyiben ennél alacsonyabb a kártérítés, akkor elmarad néhány olyan teljesítés, amikor $v > c$. Vagyis a két fél együttes várható haszna csökken. Hasonlóképpen, ha a kártérítés nagyobb, akkor sorra kerül olyan teljesítés is, amikor $c > v$, amely a teljes várható hasznot ismét csökkenti. A két fél együttes haszna akkor maximális, ha $d = v$.

Természetesen ezt a teljes hasznot az ár megállapítása révén végtelen sok formában oszthatják meg a felek egymás között: minél alacsonyabb az ár, annál magasabb $B_d(p)$ és annál alacsonyabb $S_d(p)$. Abból azonban, hogy az együttes haszon éppen az elmaradt haszon alapú kártérítésnél maximális következik, hogy minden más kártérítési esethez és árhoz (haszonelosztáshoz) képest találunk olyan p' árat, hogy $S_{d=v}(p') > S_d(p)$ és $B_{d=v}(p') > B_d(p)$.

⁸⁰ Ugyanílyen modellt írhatnánk fel arra az esetre is, ha a kérdés nem a leszállítandó mennyiség, hanem az adott szolgáltatás minősége lenne.

Tegyük fel, hogy valaki száz nagy értékű gépre (gépkocsira, repülőre, stb.) ad megrendelést! A szerződésben rögzítik ennek az árát is: darabonként 100. Ezt követően kap egy másik ajánlatot, amelyben húsz darab hasonló gépet ajánlanak eladásra 50-ért. Hatékony, ha elfogadja az ajánlatot? Tegyük fel, hogy a gyártás érdekében a szolgáltató már beruházásokat hajtott végre 1000 értékben! Az egyes darabok legyártása ezek után 60-ba kerül. Ha a megrendelő visszamondja a megrendelést húsz darabról, vagyis csak 80-at akar átvenni, akkor a tökéletes kártérítés 800. (Miért? Számoljuk ki úgy, hogy figyelembe vesszük azt, hogy a beruházás már elsüllyedt költség! És számoljuk ki úgy is, hogy azt vesszük figyelembe: mekkora a húsz egység miatti elmaradt árbevétel és a húsz egység miatti költségsökkenés! A két számítási mód ugyanazt a végeredményt adja. Az első a közgazdaságtan logikája, a második a köznapi és a jogi gondolkodásra jellemzőbb megközelítés.) Ebben az esetben a másik ajánlatot csak akkor fogadná el, ha egy-egy gép ára nem haladná meg a 60-at. (Ha az eredeti szerződés szerint vásárolna, akkor a húsz gép ára 2000. Ha az új ajánlatot fogadja el, és emiatt mindenképpen ki kell fizetni 800-at kártérítésként, akkor a húsz darabért fizetendő összeg maximum 1200 lehet.) Ha az ár ez alatt marad, akkor az új ajánlat elfogadása, a megrendelt mennyiség csökkentése társadalmilag is hasznos, és a vevő is erre ösztönzött. E fölött az ár fölött azonban nem.⁸¹

Láttuk az első fejezetben az ösztönző hatások kapcsán azonban, hogy amennyiben az aktuális veszteséget téríttetné meg a bíróság, akkor az idioszinkratikus beruházások szintje túl magas, a kárenyhítés pedig túl alacsony lenne. Éppen ezért elemeztük ott a kártérítés hatékony szintjét. A tökéletes kártérítésnek ehhez kellene igazodnia. A tökéletes kártérítés csak azt a veszteséget fedezi, amely akkor jönne létre, ha az idioszinkratikus beruházások szintje nem túl magas, hanem éppen optimális lenne. Ekkor az ilyen beruházást megtevő jogosult is számolna a hatékony szerződésszegés valószínűségével. Ha ezen a

⁸¹ Vessük össze ezt azzal az esettel, ha a szerződés nem lenne osztható, és az egész szerződést kellene lemondani! Milyen tényezőktől függ, hogy a megrendelő megveszi-e a másik forrásból a gépeket? Az lenne a kérdés, hogy az eredeti szerződésből származó nettó (ellenértékkel csökkentett) haszna nagyobb-e, mint a húsz darabon elérhető nettó (ellenértékkel csökkentett) haszna mínusz a fizetendő kártérítés. Ha a beruházás már megtörtént, de a gyártás még nem kezdődött meg, akkor a kártérítés 4000 lenne. (Miért? Ha közgazdász módra az elsüllyedt költséggel nem számolunk, akkor a lemondott száz gép elmaradt haszon $100 \text{ (db)} \times [100 \text{ (az ár)} - 60 \text{ (a költség)}]$. Ha a másik módszerrel számolunk, akkor az üzletből a bevétel 10 000 lett volna ezzel szemben áll összesen 7000 költség (a beruházás, plusz a gyártás költsége), amelynek különbsége az elmaradt haszon, vagyis 3000, és ehhez kell hozzáadni a szerződés teljesítése miatt felmerült költséget, amely a beruházás költsége, vagyis 1000.) Látszik, hogy ebben az esetben nagyon kicsi az esélye annak, hogy a húsz egységet az alternatív forrásból megrendelje. Valószínű, hogy kirtartana az eredeti szerződés mellett.

szinten határoznánk meg a kártérítést, akkor mind a szerződésszegés, mind az elővigyázatosság, mind az idioszinkratikus beruházások szintje, mind a kárenyhítés ösztönzője optimális lesz. (Az előző példákban azért számolhattunk csak az elmaradt kárral, mert a vevő oldalán sem idioszinkratikus beruházás, sem kárenyhítési lehetőség nem merült fel.)

A tökéletes kártérítés problémái. Bizonyítási problémák, nem bizonyítható termelési költségek esetén a *tökéletes szerződés* tehát egy *tökéletes kártérítést tartalmazó szerződés*. Ilyen szerződés esetén a bíróságnak nem lenne más dolga, mint az abban foglaltakat kikényszeríteni: ha a szolgáltató teljesít, akkor nincs dolga; ha nem teljesít, akkor pedig ki kell fizetnie az – abban foglalt – tökéletes kártérítést. Ilyenkor nincs szükség a költségszint mérlegelésére sem, mert az, hogy a szolgáltató nem teljesít, maga mutatja, hogy a költsége magasabb, mint a vevő értékelése.

Azonban ennek az optimális kártérítésnek az alkalmazása is meglehetősen valószínűtlen. Az első fejezetben láttuk, hogy az ilyen optimális kártérítés megállapítása azt követelné, hogy a bíróság megfigyelje az idioszinkratikus beruházások aktuális szintjét, illetve a szerződésszegő fél által tett megelőzési lépéseket is, és ezek hatékony (optimális) szintjét is – sőt azt is, hogy e szint mellett mekkora lenne a kár. Csakhogy, ha ezen lépések aktuális és optimális szintje megfigyelhető és bizonyítható lenne, akkor azt a tökéletes szerződésbe ki is lehetne kötni. Emlékezzünk: az előbb éppen azzal érveltünk a tökéletes kártérítés szükségessége mellett, hogy nem bizonyítható a szerződést megszegő fél költségszintje. Ha megfigyelhető lenne, akkor bőven megfelelné, ha a szerződés azt írná elő, hogy alacsony (a vevő értékelésénél alacsonyabb) költségnél teljesítsen, magas költségnél ne. Ugyanez igaz lenne a vevő idioszinkratikus beruházásaira is – ha a bíróság meg tudná figyelni, és értékelni tudná ezek szintjét, akkor azt a szerződésben is ki lehetne kötni, és a bíróság egyszerűen megtagadhatná a kártérítést, ha a vevő olyan beruházásokat tett, amelyek nem voltak racionálisak.

1.2. Opció szerződés

Opció szerződésnek nevezünk minden olyan szerződést, amelyben a kötelezettnek megmarad a joga, hogy később válasszon (legalább) két alternatíva, vagyis több opció közül. Adott esetben az egyik alternatíva lehet az is, hogy nem teljesít, kilép a szerződésből – például valamilyen kártérítés, kötbér, bánatpénz megfizetéséért cserébe. A tökéletes szerződés is opció szerződés⁸², spekulációs

⁸² Az előbb bemutatott tökéletes szerződést a pénzügyi piacokon és a pénzügyi közgazdaságtanban *call opció*nak neveznék. A *call opció* egy vételi opció, vagyis, amikor a felek

ügylet: a szolgáltató azt vállalja, hogy a jövőben a most meghatározott áron szolgáltat, de egyben biztosítja magának azt a jogot is, hogy meghatározott díj (kötbér vagy a bíróság által szabott kártérítés) megfizetése esetén kiléphet a szerződésből. Tulajdonképpen kivásárolhatja magát a szerződésből. Ezzel, a pénzügyi közgazdaságtan nyelvén: a veszteségét fedezi, vagyis előre maximálja azt a veszteséget, amelyet az ügylet miatt elszenvedhet. Ez a kilépési opció értékes az ő számára, és emiatt kedvezőbb feltételeket lehet elérni nála: kevesebb ellenszolgáltatást kell nyújtani a szerződésért, amelyben ilyen kilépési opció van, mint anélkül (például természetbeni kikényszerítés esetén).

Lássuk ennek az opciónak az értékét a kötelezett számára! Az előző példában, ha nem lenne ilyen kilépési opció, és mindig teljesíteni kellene, akkor tudná, hogy a szerződés várható költsége 10 (hiszen 0 és 20 között minden értéket ugyanolyan eséllyel vehet fel a költség). Árként – minimum – ezt kérné el. Példánkban ez az az összeg is, amin a vevő még épp megkötné az üzletet. Viszont senki nem nyerne rajta. A kilépési opció miatt azonban a szerződés várható költsége csökken: mint láttuk, ha lehetséges 10 kártérítés fizetése mellett a kilépés, akkor a szolgáltató szerződéskötéskor várt költsége (és versenyhelyzetben az ár) 7,5-re csökken. A kilépési opció értéke épp a két költség közötti különbség: 2,5. Ezt nevezzük *opciós értéknek*: az abból származó haszon, hogy nem kell adott pillanatban dönteni, hanem elhalaszthatjuk a végső szó kimondását. A végső szó itt azt jelenti, hogy később dönthetünk, hogy teljesítünk-e vagy a kártérítésért cserébe kiszállunk a szerződésből. Az opciós érték a döntési jog, a későbbi választási lehetőség értéke.

Kockázathoz való viszony. Láttuk, hogy a kötelezettnek megéri a kilépési opció hatására csökken a szerződés várható költsége. A várható érték csökkenése azonban csak az egyik fontos hatás, igaz a kockázatsemleges döntéshozókat (a közgazdaságtan a nagyvállalatokat ilyennek tételezi) csak ez érdekli. Akik azonban kicsit is kockázatkerülők, azoknál felmerül egy másik fontos hatás is, egy másik fontos érv az opciós jellegű szerződések mellett: a kockázat csökkenése. Számukra az opció értéke még nagyobb.

Mi a különbség kockázatsemleges és kockázatkerülő döntéshozók között? Nézzük a 3.2 táblázatot! Három lehetőség közül kell választanunk. Az A esetben biztosan kapunk 10 egységet (mind jó, mind közepes, mind rossz állapotban ugyanannyit kapunk.) A B esetben a jó állapot 15-öt, a közepes 10-et, a rossz pedig 5-öt hoz a konyhára. A C esetben a jó 20-at, az átlagos 10-et, a rossz viszont semmit nem fizet. Melyiket választanánk? A kockázatsemleges személy számára mindegy lenne. Őt csak a várható érték, vagyis az adott eset bekövet-

megállapodnak abban, hogy a vevő egy meghatározott időpontban egy meghatározott áron megvehet egy adott szolgáltatást, de nem köteles erre. Nyilvánvalóan akkor nem fogja ezt megtenni, ha az árak az adott időpontban alacsonyabbak lesznek, mint az opciós ár.

kezés esetén elérhető haszon és a bekövetkezés esélyének szorzata érdeklő, és ez minden esetben 10 ($10 = 1/3 \times 5 + 1/3 \times 10 + 1/3 \times 15 = 1/3 \times 10 + 1/3 \times 20$). A kicsit is kockázatkerülő játékos szeretné biztosan tudni, hogy mekkora a kifizetés; számára a biztos 10 kifizetés a legvonzóbb. Példánkban ez az eltérés világos. De mi történik, ha a C és a D alternatíva között kell választani. A D alternatívánál a jó és az átlagos helyzetben is 15 a kifizetés, míg rossz esetben nulla – ha tetszik: a 15-ös kifizetés esélye: 2:3, míg a nullásé 1:3. A várható kifizetés ekkor is 10, de már nehezebb megmondani, hogy a C vagy a D jobb-e egy kockázatkerülő döntéshozó számára. A közgazdaságtan általában azt tételezi fel, hogy amikor a várható érték megegyezik, akkor a kockázatkerülő döntéshozók az alacsonyabb szórású (vagy varianciájú) megoldást választják. A szórás az átlagtól, várható értéktől vett várható eltérés. Míg a várható érték azt mutatja, hogy átlagosan mennyit fogunk kapni, addig a szórás abból indul ki, hogy amit valóban kapni fogunk az (szinte biztosan) nem az átlagos érték. A szórás azt mondja meg, hogy amit kapni fogunk az várhatóan mennyivel tér el vagy lefelé, vagy felfelé ettől a várható értéktől (átlagtól). (A variancia a szórás négyzete.)⁸³

Mindenképpen igaz azonban, hogy még azonos várható érték mellett is többre értékeli a kockázatkerülő játékos a kevésbé „széttartó” eredményeket, vagyis számára egy kilépési opció értéke még nagyobb, mint egy kockázatsemleges fél számára.

Azt, hogy kockázatos helyzet pontosan mennyit ér egy döntéshozó számára az ún. *biztos egyenértékessel* mérjük. Ha a kockázatos helyzet várhatóan nyereséget hoz, akkor a biztos egyenértékes az a biztos nyereség, ami épp annyira jó a döntéshozó számára, mint az, ha vállalja a kockázatot. Megvizsgálhatjuk például, hogy az A, a B, a C és a D esetben mekkora az a biztos összeg, ami épp ugyanolyan jó, mint az adott kockázatos kifizetés. A biztos egyenértékes és a várható érték közötti különbséget a kockázatkerülés mértéke és a kockázat határozza meg. Kockázatsemleges döntéshozó esetén a biztos egyenértékes mindig egyenlő a várható értékkel – hiszen őt a kockázat nem zavarja. Viszont, ha valaki kockázatkerülő, akkor minél nagyobb a kockázat (a szórás, a variancia) annál nagyobb lesz az eltérés. A D esetben kisebb lesz a különbség a biztos egyenértékes és a várható érték között, vagyis nagyobb lesz a biztos egyenértékes, mint a C esetben.

⁸³ A variancia alapképlete: $VAR = 1/n \sum [x_i - E(x)]^2$. Ahol n a darabszám, x_i az i -dik konkrét érték, $E(x)$ pedig a várható érték. Ez arról az esetről szól, amikor van n darab megfigyelt értékünk. Amennyiben, mint a példánkban, a valószínűségi eloszlást tudjuk, akkor a képlet $VAR = \sum p_i [x_i - E(x)]^2$, ahol p_i az i -dik eset valószínűsége, x_i az i -dik esetben felvett konkrét érték, $E(x)$ pedig a várható érték.

3.2. táblázat. Kockázat semleges és kockázatkerülő döntéshozók értékelése

| | esély | A | B | C | D |
|---------------------------------|-------|----|-----|----|------|
| kifizetés szerencsés esetben | 1/3 | | 15 | 20 | |
| kifizetés átlagos esetben | 1/3 | 10 | 10 | 10 | 15 |
| kifizetés balszerencsés esetben | 1/3 | | 5 | 0 | 0 |
| várható kifizetés | | 10 | 10 | 10 | 10 |
| szórás | | 0 | 2,5 | 10 | 8,66 |

1.3. Szerződéstípusok

Ha ez a kilépési opció még a kockázatsemleges feleknek is mindig megéri – a kockázatkerülőknél pedig még jobban –, akkor miért nem fedeznek minden ügyletet, miért nem tartalmaz minden szerződés kilépési opciót?

A nem fedezett ügyletek tulajdonképpen *fogadások, fogadási jellegű szerződések*. Ilyen például az, amikor egy olyan személy, aki az árak emelkedésére számít, találkozik egy olyanval, aki szerint azok csökkenni fognak – akkor *ex ante* mind a kettőjüknek előnyös, ha az aktuális áron kötnek hosszabb távra adás-vételi vagy szolgáltatási szerződést. Végső soron fogadnak az árra.⁸⁴ *Ex ante* ezen az ügyleten mindketten nyerne. *Ex post* természetesen csak az, akinek a várakozása beigazolódik. Ezen szerződések fő értéke a társadalom számára az, hogy a felek információt gyűjtenek és megpróbálják megjósolni az áralakulást. Ezzel pedig fontos jelzéseket adnak a többi, tájékozatlan fél számára is, akik az ő szerződéseikből következtethetnek a várható áralakulásra. Ezek a szerződések a felek a jövőbeli áralakulásról szóló információikat próbálják kiaknázni. Nincs szükségük fedezésre – ha a másik, amikor kiderül, hogy várakozásai nem igazolódnak, visszaléphetne, akkor ez éppen akadályozná a szerződés céljának teljesülését.

Más szerződési célok esetén a kilépési opció általában előnyös. Ilyenkor a felek nem abból akarnak előnyt kovácsolni, hogy többet tudnak a jövőről, hanem abból, hogy a megállapodott árnál olcsóbban tudják előállítani a terméket, a megállapodott árnál nagyobb hasznot hajtva tudják felhasználni azt. Ilyen az az *adásvétele* vagy egy *szolgáltatás vásárlása*. Úgy tűnik, ez az – különösen az adásvétel –, amely a szerződési jog logikáját lényegében meghatározza: a jogszabályok úgy épülnek fel, hogy az adásvételi szerződések létrejöttét a lehető legjobban segítsék. Az előbb a tökéletes kártérítés kapcsán bemutatott példánk is ezt a helyzetet írta le: itt a kilépési opció a felek érdekében áll.

⁸⁴ A pénzügy ezeket a későbbi árakra tett fogadási szerződéseket nevezi *futures* vagy *forward* szerződéseknek. (lásd erről R. Posner [2011] p. 157)

Tudni kell azonban, hogy az adásvétel mellett léteznek más szerződési okok is, amikor a kilépési opció más hatásokkal is jár. (Shavell [2004] pp 296-297). Az egyik a *kockázatmegosztás*, amikor egy a kockázatot könnyebben felvállaló és egy a kockázattól jobban tartó fél találkozik, akkor a szerződés egyik legfontosabb feladata, célja, hogy a kockázatokat az azokat könnyebben viselő félre terhelje. Kvázi-biztosítás jön létre, amelyben a kockázatot jobban tűrő fél kellő felárért cserébe magára vállalja a kockázatot. Az ellenszolgáltatás, a felár, amit a kockázat felvállalásért kér, a kockázat értéke a számára, ezt határozza meg a biztos egyenértékes. A közgazdaságtan számára minden szerződés (egy egyszerű dolog adásvétele is) elsősorban kockázatok megosztásáról szól. Az előző tökéletes szerződésünk egy olyan esetet mutatott be, amikor a szolgáltatásvásárlási és a kockázatmegosztási, kvázi-biztosítási funkció egyszerre volt jelen. Ezek esetében a kilépési opció hatékonyságát, azonban már befolyásolja az is, hogy a szolgáltató (akit a kilépési opció véd) vagy a jogosult-e a kockázatot jobban tűrő fél – nem mindig előnyös tehát a feleknek a kilépési opció.

Fontos szerződéskötési cél lehet, hogy *át* lehessen *csoportosítani* a jövedelmünket különböző *időpontok között*. Hitelt adhatunk és kaphatunk. Azok, akik a jelenlegi jövedelmüket később akarják elfogyasztani, hitelbe adhatják azt olyanoknak, akik a későbbi jövedelmük terhére ma akarnak fogyasztani. Nyilvánvaló, hogy ez a cél a hitelszerződéseknél, de igazából ugyanilyen hitelezői elem megjelenik minden olyan esetben, amikor a teljesítés és az ellenszolgáltatás nem egy időben történik – sőt, igazából mindig jelen van, amikor a költségeket nem folyamatosan a vevő finanszírozza, hanem vagy előlegeket ad, vagy a kész dologért, esetleg szakaszonként utólag fizet. (Tegyük persze hozzá, hogy a hitelezés kapcsán sok veszély, kockázat merül fel, ezeket el kell osztani a két fél, a hitelező és az adós között – vannak, amelyeket a hitelezőre és vannak, amelyeket az adósra hatékonyabb hárítani.) A hitelszerződésben mindig vannak kockázatmegosztási és fogadási jellegű elemek. Ezek elválasztása nem egyszerű feladat – a lehetetlenülés kapcsán majd részletesebben kitérünk erre.

1.4. A szerződésteljesítés etikai kötelezettsége

Az első fejezetben láttuk, hogy a szerződésszegés időnként *Pareto-hatékony* lépés lehet. Itt láttuk, hogy a *tökéletes szerződés* fogalmából, illetve az *opciós szerződés* előnyös tulajdonságaiból levezethető, hogy nem fogadási szerződések esetén a felek maguk is jobban járnak, ha *ex ante* nem kötik ki a *pacta sunt servanda* elvét, hanem csak akkora kártérítést írnak elő, amekkora a vevő kárát fedezi. Ez a fő oka, hogy a joggazdaságtani irodalom szerint a „szerződést teljesíteni kell elvét” nem szerencsés valamiféle kétségbevonhatatlan erkölcsi elvárásként

értelmezni. Láthattuk, előzetesen maga a potenciális károsult sem érdekelt ebben: a *Pareto-szerződés* sem tartalmazná.

2. A KÁRTÉRÍTÉS NAGYSÁGÁTÓL FÜGGŐ ÖSZTÖNZŐ HATÁSOK

Az előző alfejezetben láttuk, hogy a tökéletes szerződés – hacsak nem fogadási jellegű szerződésről van szó – opciós jellegű lesz: a felek hajlandók felmenteni a másikat a kötelezettsége alól, amennyiben megkapják az ezzel nekik okozott kárt. Pontosabban: amennyiben tökéletes kártérítést fizetnek nekik. Ebben az alfejezetben a kártérítés nagyságával foglalkozunk. Egyelőre feltesszük, hogy a bíróság kártérítés fizetése mellett automatikusan kiengedi a feleket a szerződésből. Ez ugyan első ránézésre ellentmond a magyar szerződési jog alapelvének, a természetbeni teljesítés követelményének, de – mint majd látjuk – ez a modell nagy segítséget nyújt majd nekünk abban, hogy a természetbeni kikényszerítést is elemezni tudjuk. Megelőlegezhetjük ugyanis: a természetbeni kikényszerítés gyakran maga is „kártérítés”, hiszen a végeredménye nem a szolgáltatás, a dolog „elvétele” lesz, hanem egyszerűen egy roppant magas szankcióval, büntetéssel (vagyis – nem is feltétlenül pénzbeli – költséggel) fenyegeti meg a jogrendszer a nem teljesítő felet.

Az előző alfejezetben megmutattuk, hogy ugyan a tökéletes kártérítés elméletileg érdekes probléma, a valóságban azonban annak nagyságát nagyon nehéz megtalálni. A jogrendszer számára fontos döntés inkább az, hogy adott szinthez képest magasabb vagy alacsonyabb kártérítést állapítson-e meg a bíróság. Konkrétan a bíróság azt mérlegeli, hogy a károsult magasabb követelését vagy a szerződést szegő fél által elismert – vélhetően – alacsonyabb kártérítést ítélje-e meg. A mostani alfejezetben azt vizsgáljuk, hogy miképpen hat a kártérítésként megfizetendő összeg nagysága a különböző ösztönzőkre, illetve, hogy mennyiben osztja meg másképp a kockázatot az, ha alacsonyabb vagy magasabb a kártérítés.

2.1. A kártérítés nagyságának ösztönző hatásai

Mivel a tökéletes kártérítést nem valószínű, hogy megtaláljuk, így fordítsuk figyelmünket a kártérítés szintjére: annak emelése miképpen változtatja meg az ösztönzőket! Lássuk először a legnyilvánvalóbbakat: a szerződésszegésre, az elővigyázatosságra, az idioszinkratikus beruházásokra, illetve a kárenyhítésre gyakorolt hatást! Ezt követően térünk át – sorrendben – az információval, a partnerválasztással, a szerződés megfogalmazásával és a kockázatmegosztással kapcsolatos ösztönzőkre.

Teljesítés, szerződésszegés. Kiindulópontunk az volt, hogy a kötelezett akkor szegi meg a szerződést, ha a szerződés teljesítésének költsége meghaladja a kártérítés nagyságát. Igen ám, de *ex ante* vélhetően a teljesítés költségét nem ismerjük. Erre láttunk példát az előző alfejezetben (3.1. táblázat): csak annyit tudtunk, hogy adott költségszint mekkora valószínűséggel alakulhat ki. (A példában a költség 0 és 20 között minden szint, azonos – „egyenletes” – valószínűséggel előállhatott.) Minél magasabb a kártérítés nagysága, annál kevésbé valószínű, hogy a költség e szint fölé nőjön, vagyis annál kisebb a szerződésszegés esélye.

Elővigyázatosság. A szerződésszegés valószínűsége nemcsak a kártérítés nagyságától függ, hanem az elővigyázatosságtól is. Emlékezzünk az első fejezetre: az elővigyázatosság olyan beruházás, amely miatt csökken a várható költségszint, vagyis az elővigyázatosság növelése csökkenti a teljesítés várható költségét, így adott kártérítési szint mellett csökkenti a szerződésszegés esélyét is!⁸⁵ A kártérítés nagysága hat az óvintézkedések szintjére is: a kártérítés növelésével nő az elővigyázatosság egyénileg optimális szintje is. Ennek oka az, hogy a kártérítés határozza meg az elővigyázatosság egyéni hozamát: a nagyobb elővigyázatosság miatt csökken a szerződésszegés esélye, és ezért csökken a várható kártérítés, vagyis a szerződésszegés esélyének és fizetendő kártérítésnek a szorzata. Az elővigyázatosság haszna nagyobb, ha magasabb a kártérítés, ezért olyan elővigyázatossági lépéseket is megéri bevállalni, amelyeket alacsonyabb kártérítés mellett nem.⁸⁶

Ráhagyatkozás, idioszinkratikus beruházás. A kártérítés várható nagysága befolyásolja a vevő döntéseit is. Mint az első fejezetben láttuk, ha a kártérítés minden, a szerződésszegés miatt elmaradt hasznot fedezne, akkor a vevő előzetesen irracionálisan nagy beruházásokat tenne, hiszen nem számolna azzal, hogy a szerződés teljesítése nem biztos. Miért is tenné, hiszen a beruházása hozamához mindenképpen hozzájut? Ha teljesítik a szerződést, akkor természetesen hozzájut az abból származó haszonhoz. Ha pedig a kártérítés összege nő az ilyen beruházások miatt, akkor szerződésszegés esetén is megkapná azt, csak akkor kártérítés formájában. Az első fejezetben azt láttuk, hogy szerencsés, ha

⁸⁵ A teljesítés költsége (C) előzetesen szintén valószínűségi változó – pontos értékét nem ismerjük. Az eladó előzetesen csak azt tudja, hogy a valószínűségi eloszlás $F(C)$. A szerződésszegés esélye annak az esélye, hogy adott elővigyázatosság mellett a költség meghaladja a kártérítés nagyságát: $C(x) > D$. A szerződésszegés valószínűsége tehát a kártérítés nagyságától és az elővigyázatosságtól is függ – bármelyiket növeljük, a szerződésszegés valószínűsége csökken: $\Pr(D, x) = 1 - F(D, x)$, ahol $\frac{\partial \Pr}{\partial x} < 0$ és $\frac{\partial^2 \Pr}{\partial x^2} > 0$.

⁸⁶ Az előbb láttuk: ha az elővigyázatosság adott, akkor a kártérítés növelése csökkenti a szerződésszegés valószínűségét. Most azt látjuk, hogy a magasabb kártérítési összeg miatt az elővigyázatosság is módosul: növeli azt, ami csak még tovább csökkenti a szerződésszegés valószínűségét. A két hatás ugyanolyan irányba mutat, tehát nyilvánvaló, hogy a szerződésszegés valószínűsége csökken, ha a kártérítést emeljük: $\frac{\partial \Pr}{\partial D} < 0$

a kártérítés nagyságát nem befolyásolja az ilyen beruházások nagysága. Most azonban más a kérdés: mi történik, ha a kártérítés ugyan nem nő ezen beruházások miatt, de a szintje magas vagy alacsony? Induljunk ki abból, hogy mivel a kártérítés nem nő a beruházás miatt, így az csak abban az esetben térül meg, ha a szerződést teljesítik! Ilyenkor a magasabb kártérítés magasabb beruházási szinthez vezet: a magas kártérítés miatt ugyanis csökken a szerződésszegés esélye, vagyis a beruházás gyakrabban térül meg.⁸⁷

Kárenyhítés. A kárenyhítés elmulasztása esetén nő a kár nagysága. Definíciónk szerint, az idioszinkratikus beruházások és a kárenyhítés között a fő különbség, hogy míg az idioszinkratikus beruházások a szerződésszegés előtti beruházások, addig a kárenyhítésre a szerződésszegés bejelentése után kerül sor. Így itt az előző hatás már nem jelentkezik: a károsult lépésének megtérülése nem függ a szerződésszegés valószínűségétől. Már a szerződésszegés után vagyunk. Itt tulajdonképpen bármelyik kártérítési szint optimális lehet – egészen addig, amíg a kártérítés nagysága független a kárenyhítésre fordított kiadásoktól.⁸⁸

Partnerkeresés és szerződésfoglalás. A két kérdést egyben érdemes tárgyalni, mert az alapprobléma ugyanaz: minél magasabb a szerződésszegéskor fizetendő kártérítés, annál nehezebb kilépni a szerződésből. Idézzük vissza az előző alfejezetben az osztható szolgáltatás esetére felírt példát! Azt láttuk, hogy a kártérítési kötelezettség miatt csak lényegesen kedvezőbb alternatív ajánlat esetén érdemes kilépni, ha csak részlegesen is, a fennálló szerződésből. Minél magasabb a kártérítés, annál magasabb a kilépési költség, annál kevésbé valószínű, hogy akár mi, akár (mivel a magas kártérítési kötelezettség általában mindkét félre igaz) a partnerünk szerződésszegést kövessen el – annál kevésbé valószínű, hogy kilépjünk a szerződésből, illetve, hogy kiengedjük abból a partnerünket. Fent láttuk: az idioszinkratikus beruházások növekedését is ez a hatás idézi elő.

⁸⁷ Modellünk is azt feltételezi, hogy a vevő a saját várható hasznát akarja maximálni, amikor az ilyen beruházásokról dönt. A haszon a beruházás növekvő függvény, $V(r)$, ahol $V'(r) > 0$ és $V''(r) < 0$. Az ilyen beruházások haszna a vevő számára: $PB = [1 - \Pr(x, D)]V(r) + \Pr(x, D)D - p - r$. Az elsődrendű feltétel: $[1 - \Pr(x, D)]V'(r) = 1$. Mivel a kártérítés emeléséről tudjuk, hogy csökkenti a szerződésszegés valószínűségét, így $\frac{\partial V}{\partial D} > 0$.

Ez a megállapítás látszólag ellentmond Shavell [1999] érvelésének, aki szerint a nulla kártérítés jelentene optimális ösztönzőt az idioszinkratikus beruházásokra. Az ő modellje és a mostani között a fő különbség az, hogy az övé a szerződésszegés valószínűségét exogén, míg a miénk endogén, vagyis a kártérítés nagyságától függő változónak tekinti. Az ő modelljében a kártérítés növelése nem hat a szerződésszegés valószínűségére, míg a miénkben igen: csökkenti azt.

⁸⁸ A szerződésre hagyatkozáshoz hasonlóan a teljes kárt megtérítő kártérítés itt is az optimálistól eltérő ösztönzőket teremt. A kárenyhítés egyéni hozama: $B = \Delta L(z) - z$, ahol $\Delta L(z)$ a nem fedezett kár ($V - D$) csökkenése, ami a kárenyhítés (z) függvénye. Az elsődrendű feltétel: $\Delta L'(z) = 1$. Ha a kártérítési rendszer minden kárt térítene, akkor a nem fedezett kár nulla lenne, vagyis nyilvánvaló, hogy nem lenne kifizetődő semmiféle kárenyhítési lépés sem.

Minél magasabb a kártérítés, annál fontosabb, hogy a szerződéskötés előtt minimálisra csökkentsük annak esélyét, hogy nem a legmegfelelőbb partnert találjuk meg, illetve, hogy nem pontos szerződést írjunk – jobban megéri ilyenkor olyan szerződésre törekedni, amelyben kevesebb a hézag, amely a nekünk nem megfelelő diszpozitív szabályokat felülírja. Az egyéni ösztönző azonban itt féloldalas: az a költség, amelyet mi felvállalunk a pontosabb szerződéskötés, a jobb partnerválasztás érdekében, a partnerünknek is hasznot hoz. Közgazdasági kifejezéssel élve az ebbe fektetett beruházás *közjószág-jellegű*. Hasonló a helyzet, mint az első fejezetben bemutatott szállítási biztosítás problémája kapcsán: hiába lenne kölcsönösen előnyös beruházás a jobb partner keresése, illetve a szerződés pontosabb megfogalmazása, a felek mindaddig nem hajlandók erre, amíg a partnerük nem kompenzálja őket.

A probléma azonban nem feltétlenül szimmetrikus, elképzelhető, hogy egyik vagy másik felet erősebben lehet és kell ösztönözni. Tegyük fel például, hogy a jogosult többet tehet a megfelelő partnerválasztásért, mint a szolgáltató! Ilyen esetekben a nem teljes kárt megtérítő kártérítés előnyeként jelentkezik, hogy mivel ebben az esetben szerződésszegés esetén a jogosult nem jut hozzá a teljes (vagy majdnem teljes) kárához, ezért erősön ösztönözött arra, hogy még a szerződéskötés előtt megbizonyosodjon partnere megbízhatóságáról. Ilyen alacsonyabb kártérítést csak azzal kötünk, akiben kellően megbízunk. A példát általánosíthatjuk is: ha az egyik fél jobban ösztönözhető a keresésre, a pontosabb szerződésírásra, akkor szerencsés, ha a kártérítést az ő „kárára” módosítjuk: azt a kártérítést, amit ő kapna, csökkentjük; ezzel szemben, amit ő fizetne, azt emeljük.

Információgyűjtés. A kártérítés szintje természetesen hat az információgyűjtésre is. Itt azonban el kell különíteni a szerződéskötés előtti időszakot, amikor a magasabb kártérítés növeli, és a szerződéskötés utánit, amikor csökkentheti is az ösztönzést. Az információgyűjtés haszna, mint fent is láttuk, az, hogy a felek pontosítani tudják várakozásaikat, és annak birtokában elkerülhetnek számukra nem kifizetődő lépéseket.⁸⁹

⁸⁹ Nem elemezzük itt az információadási ösztönzőket. Ezekkel későbbi fejezetekben foglalkozunk.

3.3. táblázat. Az információszerzés hozama különböző kártérítések mellett

| Kártérítés | Várható költség* | Várható nettó haszon (P = 8) | Információgyűjtéssel** elérhető haszon a szerződésből (P = 8) | Információszerzés esetén a szerződés várható haszna | Az információ hozama |
|------------|------------------|------------------------------|---|---|----------------------|
| 8 | 6,4 | 1,6 | 4 | 1,6 | 0 |
| 10 | 7,5 | 0,5 | 4 | 1,6 | 1,1 |
| 12 | 8,4 | -0,4 | 4 | 1,6 | 1,6*** |

* A költségalakulásról annyit tud, hogy 0 és 20 között egyenletes a valószínűség-eloszlása.

** Információgyűjtés után pontosan tudja, hogy mekkora a költsége.

*** Információgyűjtés nélkül nem szerződénék.

Kezdjük a szerződéskötés előtti helyzettel! Ha valaki ilyenkor gyűjt információt, akkor felismerheti, hogy a szerződés kedvezőtlen a számára, és ezért nem köti meg. Lássuk ezt a 3.1. táblázatban bemutatott példán! Tudjuk, hogy ha a kártérítés 8, akkor a szolgáltató várható költsége 6,4, hiszen 40% valószínűséggel teljesíteni fog, és a teljesítés átlagköltsége 4, míg 60% valószínűséggel szerződést szeg, és 8 egységnyi kártérítést fizet: $6,4 = 40\% \times 4 + 60\% \times 8$. Ha a kártérítés 10, akkor a szerződéskötéssel magunkra vállalt költség 7,5 míg, ha 12 a kártérítés, akkor a szerződés várható költsége 8,4. Tegyük most fel, hogy az ár a szerződés szerint 8! Ilyen ár mellett az első két esetben érdemes megkötni a szerződést (hiszen a várható költség kisebb), a harmadikban azonban nem. A szerződésből várható haszon az ár és a szerződéskötéskor várható költség különbsége, vagyis 8 egységnyi kártérítés mellett 1,6, 10 egységnyi kártérítés esetén 0,5. Ha a kártérítés 12, akkor viszont már 0,4 a várható veszteség ($-0,4 = 8 - 8,4$).

Eddig az információgyűjtés nélküli helyzetet írtuk le, vagyis azt, amikor a szolgáltató csak a szolgáltatás várható költségét ismeri (csak azt tudja, hogy a költség 0 és 20 között egyenletes eloszlással bármekkora lehet). Hogyan javítja a szolgáltató helyzetét, ha információt gyűjt? Pontosabban fogja tudni, hogy mekkora is lesz a szolgáltatás költsége. Az egyszerűség kedvéért tegyük fel, hogy az információgyűjtés révén már a szerződéskötés előtt pontosan megtudhatja, hogy mekkora lesz a költsége. Márpedig, ha ezt tudja, akkor csak azt a szerződést köti majd meg, amelynél a költség az ár, vagyis 8 alatt marad. Tudjuk, hogy ezek esetén a teljesítés várható költség 4. (Teljesítéskor a költség 0 és 8 között lesz, egyenletes eloszlás esetén a várható érték 4). A többi szerződést viszont meg sem kötné. Az információgyűjtés hozama az informált állapotban elérhető és az információgyűjtés nélkül elérhető nyereség (vagy veszteség) különbsége. Amikor információgyűjtésbe kezdünk, akkor tudjuk, hogy 40% esély van arra, hogy az derül ki, hogy a szerződést érdemes megkötni. Ilyenkor a várható hasznunk 4 egység lesz, viszont 60% az esély arra, hogy nem lesz nyereségünk, és ezért nem

is fogunk szerződést kötni. Ha információt gyűjtünk, akkor a várható hasznunk tehát $1,6 (=40\% \times 4)$. Ezzel szemben, ha a kártérítés 8, akkor információgyűjtés nélkül csak azt tudhatjuk, hogy 40% eséllyel teljesíteni fogjuk a szerződést és ebben az esetben a várható hasznunk 4 (az ár és a várható költség különbsége), míg 60% eséllyel 8 egységnyi kártérítést kell fizetnünk. Ebben az esetben az információszerzés nélkül elérhető haszon éppen megegyezik az információgyűjtés után elérhető haszonnal, hiszen itt a kártérítés épp egyenlő az árral, tehát egy nem teljesített szolgáltatás is csak azzal jár, hogy vissza kell adni az árat. Ha az információgyűjtés nem költségmentes, akkor ilyenkor, vagyis, amikor a kártérítés épp egyenlő az árral, nem érdemes információt gyűjteni. De mi a helyzet, ha a kártérítés meghaladja az árat? Az információgyűjtés ilyenkor már jelentősen növeli a szolgáltató várható hasznát. Ezt mutatja a 3.3. táblázat utolsó oszlopa.

Térjünk át a szerződéskötés *utáni* helyzetre! Ekkor az információgyűjtés haszna az, hogy megismerve a program várható költségeit, leállíthatunk olyan beruházásokat, amelyek feleslegesek. Lássunk egy példát arra, amikor a kártérítés emelése csökkenti az információszerzési ösztönzőt! Tegyük fel, hogy egy olyan beruházásról kell döntenet, amely a szolgáltatás költségeit 20%-kal csökkenti! A fejezet elején bemutatott példában ez a beruházás azt jelentené, hogy a várható költség most már nem 0 és 20, hanem 0 és 16 között alakul – a valószínűségi eloszlás azonban egyenletes marad. Ez azt jelenti, hogy a teljesítés valószínűségét 25%-kal nő: például a 8 egységnyi kártérítés esetén 40-ről 50%-ra nő. Fordítsuk meg, mert ez az érdekesebb most számunkra: a szerződésszegés valószínűsége 60-ről 50%-ra csökken! (Tartsuk azonban észben, hogy amennyiben a szerződést teljesítjük, akkor ennek a várható költsége továbbra is 4, hiszen az eloszlás továbbra is egyenletes, vagyis a 8-as limit alatt minden értéket ugyanolyan eséllyel vesz fel!) Hasonló logika alapján 10 egységnyi kártérítés esetén a szerződésszegés esélye 50-ről 37,5%-ra, míg 12 kártérítés esetén 40-ről 25%-ra esne vissza. Ha a beruházás megkezdése előtt információt gyűjtünk a teljesítés várható költségről és ugyanúgy megismerjük annak pontos értékét, mint az előző példában, akkor az információ haszna az, hogy leállíthatjuk a nem hatékony beruházásokat.

Tegyük fel, hogy a beruházás költsége 0,3! Ha a kártérítés 8, akkor minden olyan beruházás felesleges, amelynek következtében a csökkentett költség meghaladja a 7,7.⁹⁰ Nyilvánvalóan nem éri meg a beruházás, ha azután ugyanúgy megszegjük a szerződést, mint előtte, vagyis, ha a csökkentett költség is 8 fölött

⁹⁰ Nem vizsgáljuk most az információszerzés másik fontos hatását, mert az független a kártérítés nagyságától. Ez a hatás akkor jelentkezik, ha a teljesítés költségéről az derül ki, hogy „túl alacsony”. Például az információgyűjtés következtében bizonyosan leállítunk egy olyan 0,3 költségű beruházást is, amely a költséget 1-ről 0,8-ra csökkentené. Az esettel

lesz. Ilyenkor ugyanazt a kártérítést ki kellene fizetni, „cserébe” a beruházás költségeit is viselni kell. Illetve nem éri meg a beruházás akkor sem, ha a csökkentett költség mondjuk 7,8 lesz. Ez azt jelenti ugyanis, hogy egy 0,3-ba kerülő beruházás révén a megtakarítás 0,2-t. (Ha nincs beruházás, akkor 8 egység a kártérítés, ha van, akkor 7,8 a teljesítés költsége.) Az információszerezés haszna tehát az, hogy megismerve a várható költséget a túl magas költségű projektek esetén elhagyjuk a beruházást, megtakarítjuk a beruházás költségét. Minél nagyobb a valószínűsége annak, hogy a beruházás felesleges, annál nagyobb az információszerezés hozama. Mint az sejthető (de a 3.4. táblázatban szereplő adatok alapján látható is), minél magasabb a kártérítés, annál kisebb annak a valószínűsége, hogy az információgyűjtés következtében egy ilyen beruházást leállítsunk, vagyis minél nagyobb a kártérítés, annál kisebb az információszerezés miatti megtakarítás.⁹¹

3.4 táblázat. Információgyűjtés hozama szerződéskötés után

| <i>Kártérítés</i> | 8 | 10 | 12 |
|--|--------|--------|--------|
| Teljesítés esélye beruházás nélkül | 40% | 50% | 60% |
| Teljesítés esélye beruházással | 50% | 62,5% | 75% |
| Teljesítés várható költsége beruházás nélkül | 6,4 | 7,5 | 8,4 |
| Teljesítés várható költsége beruházással | 6 | 6,875 | 7,5 |
| Információgyűjtés hozama: a beruházás leállításának esélye, ha | | | |
| a beruházás költsége: 0,3 | 51,87% | 39,37% | 26,87% |
| a beruházás költsége: 0,2 | 51,25% | 38,75% | 26,25% |
| a beruházás költsége: 0,1 | 50,62% | 38,12% | 25,62% |

2.2. A kártérítés nagysága és a kockázatmegosztás

Eddig a kockázatmegosztás kapcsán csak a jobb kockázatviselő elvével találkoztunk. Ez az elv jól alkalmazható (és sok országban alkalmazzák is) a bírósági gyakorlatban – nem ad azonban teljes választ a kockázatmegosztás problémájára. Mint az első fejezetben is utaltunk már rá, az elv azt feltételezi, hogy a jobb kockázatviselő egyedül képes hatékony szintre csökkenteni a kockázatot,

azért nem foglalkozunk itt, mert ez a hatás minden itt vizsgált kártérítésnagyság mellett ugyanúgy jelentkezik.

⁹¹ Tegyük hozzá: itt most azt vizsgáltuk, hogy a kártérítés várt nagysága hogyan hat az információgyűjtésre! A kártérítésről hallgatólagosan azt feltételeztük, hogy a bíróság által eleve adott. Más lenne a helyzet, ha a kártérítés nagyságáról kellene információt gyűjteni. Mint Menyhárd – Mike – Szalai [2008] bizonyítja, jobban megéri információt gyűjteni a kártérítés nagyságáról a szerződéskötés után, ha a kártérítés magasabb.

a másik fél semmiféle lépésére nincs szükség ahhoz. Léteznek azonban olyan kockázatok, amelyeknél ez nem igaz, amelyeket meg kell osztani a két fél között.

Lássuk az árazás példáját! Ha az ár előre rögzített, akkor a költségek megváltozásának kockázata az eladón van. Ha az árat a költségekhez indexáljuk, akkor azt a vevő viseli. De elképzelhető, hogy nem szerencsés a költségváltozás kockázatát tisztán egyik vagy másik félre hárítani. Könnyen megoszthatjuk ezt: kidolgozhatunk olyan árképletet is, amely az induló árat csak a költségváltozások hatásának (az inflációnak) egy meghatározott részével módosítja. Például, mondhatjuk, hogy az árakat az infláció 80%-ának megfelelő mértékben módosítják – ez esetben az eladó a költségkockázat 20, míg a vevő a 80%-át viseli. Azt, hogy a költségnövekedés hány százalékát hárítsuk az egyes felekre, nem határozhatjuk meg egyszerűen a jobb kockázatviselő elve alapján. Az a kockázat *teljes egészét*, 100%-át tolja egyik vagy másik félre.

A kockázatmegosztás mostani formájához más döntési elvre van szükség – ezt *kockázatoptimalizálási modellnek* fogjuk nevezni. A kockázatoptimalizálási modell elvárása az, hogy a kockázatot úgy osszák meg a felek egymás között, hogy együttes hasznuk maximális legyen. Ha például a példabeli 80%-os megosztást 79%-ra csökkentenénk, akkor ezen a vevő nyerne (kisebb lenne rajta a kockázat), az eladó viszont veszítené (az ő kockázata nőne). Azt a kockázatmegosztást kell megtalálni, amikor a határon, az utolsó kis módosításon az egyik fél pontosan ugyanannyit veszít, mint amennyit a másik nyer. Amíg a módosítás a nyertesnek nagyobb hasznot hoz, mint amennyit a vesztesnek okoz, addig a kockázat újraosztása hatékony.

Az egyszerűség kedvéért induljunk ki abból, hogy az eredeti kártérítési szint mellett a felek kialakítottak egy optimális kockázatmegosztást! Hogyan hat a kártérítés növelése a kockázatmegosztásra? Ez attól függ, hogy mit teszünk fel a tranzakciós költségekről. Ha azt gondoljuk, hogy ezek olyan magasak, hogy a szerződés más pontjait nem tudják a felek hozzáilleszteni az új rendszerhez, vagyis a szerződés változatlan marad, akkor a kártérítés növelése nagyobb kockázatot telepít a szolgáltatást nyújtó félre. Ha a tranzakciós költség nem olyan magas, hogy a szerződés más pontjait – mindenekeelőtt az árat – ne lehessen hozzáigazítani, akkor az új kockázatot (amit a magas kártérítési összeg okoz) optimálisan osztják meg egymás között a felek.

Sajnos, összesen ennyit mondhatunk. Ha a magasabb kártérítés miatt új kockázat jelentkezik, akkor arra az alacsony tranzakciós költségek esetén reagálni fognak a felek. Ha magasak a tranzakciós költségek, akkor a magasabb kártérítés a kötelezett kockázatait növeli. Azt azonban nem tudhatjuk, hogy összességében szerencsés-e, ha ezt a kockázatot az eladóra terheljük. (A modell közgazdasági levezetése a 3.1. szövegdobozban található.)

3.1. szövegdoboz. A kockázatoptimalizálás modellje és annak következményei

A mikroökonómiai modellek a hatékony kockázatmegosztást abból vezetik le, hogy milyen a vevő és az eladó határhaszna teljesítés és szerződésszegés esetén. Az egyszerűség kedvéért tegyük most fel, hogy nem végtelenül sok költségszint alakulhat ki, mint az előző példában, hanem csak kettő: egy alacsony C_L , és egy magas C_H ! Legyen a kártérítés (d) akkora, hogy az alacsony költség mellett megéri teljesíteni, a magas mellett nem: $C_L < d < C_H$! Ebben az esetben, ha egy kicsit növeljük a kártérítés nagyságát, akkor nem változik a szerződésszegés valószínűsége.

A szolgáltató várható haszna (EB):

$$EB = (1 - Pr) \times B(Y + p - C_L) + Pr \times B(Y + p - d)$$

ahol Y a szolgáltató jövedelme, vagyona a szerződés megkötése előtt, a $B(\cdot)$ függvény pedig a jövedelem-hasznossági függvénye.

A vevő haszna:

$$EU = (1 - Pr) \times U(X + V - p) + Pr \times U(X + d - p)$$

ahol X az ő induló jövedelme, vagyona, $U(\cdot)$ pedig az ő jövedelem-hasznossági függvénye.

Az optimális kockázatmegosztást az a kártérítési szint adja, amely mellett teljesül, hogy

$$(1) \quad \frac{U'(X + V - p)}{U'(X + d - p)} = \frac{B'(X + p - C_L)}{B'(Y + p - d)}$$

ahol a törtekben a határhasznak szerepelnek. A bal oldal a vevő értékelése. A nevező a szerződés megszegése esetében elérhető határhaszon, a számláló pedig a szerződés teljesülése esetén elérhető határhaszna. A jobboldal ugyanez a szolgáltatóra felírva.

Mielőtt továbblépünk, két érdekességet ki kell emelni! Egyrészt, az optimális kockázatmegosztás csak a határhasznoktól függ, a szerződésszegés valószínűségétől nem – mivel modellünk szerint ez exogén változó, és ezt mindkét fél ismeri is. Másrészt látható, hogy az ún. teljes kártérítés, vagyis, amikor a kártérítés egyenlő a haszonnal ($V = d$) csak speciális esetben vezet optimális kockázatosztáshoz. Ekkor ugyanis a baloldalon a számláló egyenlő a nevezővel. Ahhoz, hogy ez legyen az optimális kockázatmegosztás, ahhoz a jobboldalon is 1-nek kellene állnia. Pedig ott a nevezőben alacsonyabb és a számlálóban magasabb jövedelem áll. Ennek a két jövedelemnek a határhaszna kellene, hogy megegyezzen. Mikor lehetséges ez? Ha a jövedelem határhaszna állandó. A Neumann-Morgenstern-féle jövedelem-hasznosság függvényből tudjuk, hogy ez kockázatsemleges döntéshozó esetén van így, míg kockázatkerülő esetén a jövedelem határhaszna csökkenő. Vagyis a teljes kártérítés csak akkor lehet hatékony, ha az (1) képletben a jobb oldalon szereplő szolgáltató kockázatsemleges.

A továbbiakban tegyük fel, hogy a szolgáltató is kockázatkerülő, és vizsgáljuk meg, hogy miképpen hat ebben az esetben a kártérítés összegének emelése! Elemzésünket végig úgy végezzük, hogy feltesszük: a kártérítés kisebb, mint a vevő haszna. Ez azt jelenti, hogy a nevező nagyobb, mint a számláló, a tört tehát kisebb, mint 1.

Ne feledjük: a nevezőben alacsonyabb összeg határhaszna szerepel, amelynek határhaszna a csökkenő határhaszon első fejezetben látott elve miatt magasabb!

Emeljük meg a kártérítés nagyságát! Először tegyük fel, hogy a jövedelmet meghatározó egyéb elemek – mindenekelőtt az ár – nem változnak, és a kiinduló helyzetben az egyenlőség fennáll, vagyis a felmerült kockázatokat a felek korábban optimálisan osztották meg egymás között! Ha nő a kártérítés, akkor a bal oldali tört nőni fog (megnő a nevezőben szereplő jövedelem, ezért csökken a nevezőben a határhaszon), míg a jobb oldali csökken (a nevezőben szereplő jövedelem csökken ezért nő az ott szereplő határhaszon). Az egyenlőség felborul, a felek között a kockázatmegosztás nem optimális.

Az egyenlőség helyreállításához tehát az szükséges, hogy a bal oldali tört értékét valamiképpen csökkenteni, a jobb oldalt pedig növelni lehessen. A függvények alakját nem tudjuk befolyásolni, az elérhető haszon és a költségszint (valamint a szerződésszegés valószínűsége) exogén adottság – az árat kell megváltoztatni. Azt, hogy növelni vagy csökkenteni kell-e, csak akkor tudjuk megválaszolni, ha ismerjük a jövedelem-hasznosság függvények alakját.

A jövedelem-hasznosság függvény alakját többféleképpen is becsli a közgazdaságtan. A legátfogóbb talán az ún. HARA-modell (hiperbolikus abszolút kockázatkerülés (*hyperbolic absolute risk aversion*) modellje):

$$U(w) = \frac{1}{(a)} e^{-I_1} \frac{(aw + b)^{1-\frac{1}{a}}}{1-\frac{1}{a}} + I_2$$

ahol w a jövedelemszint, a, b, I_1, I_2 különböző – számunkra most kevésbé fontos – paraméterek. Ebből a határhaszon:

$$U'(w) = e^{-I_1} (aw + b)^{-\frac{1}{a}}$$

Az áremelés hatására az (1) egyenlet baloldalán mind a számlálóban mind a nevezőben szereplő összeg ugyanolyan abszolút mértékben csökken. Ez pedig a HARA-függvényt feltételezve csökkenti az (1) egyenlet baloldalát (és növeli a jobboldalát). Vagyis HARA-modell esetén a kockázat megváltozása miatt emelni kell az árat, emelni kell a szolgáltató kifizetését ahhoz, hogy kompenzáljuk a kockázat újraelosztását, kompenzáljuk a szolgáltató kockázatnövekedését. Ne feledjük: a modell felépítése miatt ez a magasabb ár egyedül a kockázatmegosztás módosításának következménye, nem a nagyobb teljesítési valószínűség elérése miatt van rá szükség (hiszen a kockázat exogén), és nem költségnövekedést kompenzálja (hiszen teljesítéskor a költség mindig c_L !)

3. A SZERZŐDÉSMÓDOSÍTÁS LEHETŐSÉGE MIATT MÓDOSULÓ ÖSZTÖNZŐK

Az eddigiekben azt tettük fel, hogy a szerződést megszegni akaró félnek kártérítést kell fizetnie. Azonban ez nem biztos, hogy így van. Létezik másik opció is: kezdeményezhet szerződésmódosítást is. A szerződésmódosítás a szerződésszegés és kártérítés-fizetés alternatívája. A mostani alfejezet első részében azt vizsgáljuk – részletesebben, mint az első fejezetben –, hogy a szerződésmódosítás esélye miképpen hat a felek ösztönzőire, mindenekelőtt az idioszinkratikus beruházások szintjére. A második részben azt kérdezzük, hogy a kártérítés nagysága hat-e az újratárgyalás esélyére.

3.1. Ösztönzők

Hatékony szerződésszegés, kárenyhítés. Az első fejezetben láttuk, hogy az újratárgyalás (amíg alacsony a módosítás tranzakciós költsége) mindig elvezet ahhoz, hogy a szerződés teljesítéséről, illetve megszegéséről hatékony döntés szülessen. Az *ex post* hatékonyság tehát ezen az úton mindig elérhető. Hasonlóan a kárenyhítésről is optimális döntés születik: ha a szerződésmódosítás során meghatározzuk a kártérítést, a kötbér nagyságát is, akkor a fizetendő összeg az a továbbiakban nem függ a károsult későbbi lépéseitől. Tehát a kárenyhítési döntések teljes költségét és hasznát a károsult viseli.

Korábbi döntések: akadályozási probléma. Nagyobb kérdés az *ex ante* hatékonyság, vagyis az, hogy miként hat a korábbi idioszinkratikus beruházások szintjére az a tudat, hogy a szerződés módosítható. Ennek megértéséhez idézzünk fel két fogalmat az első fejezetből: az akadályozási problémát és a kvázijáradékot. A közgazdasági irodalom *akadályozási (hold up) problémaként* ismeri azt az esetet, amikor egy adott kapcsolatban a felek idioszinkratikus beruházásainak szintje túl alacsony: a vevő nem ruház be kellő mértékben annak érdekében, hogy a szolgáltatás értéke növekedjen a számára, az eladó nem próbálja csökkenteni a költségeit. Az akadályozási probléma oka az, hogy az idioszinkratikus beruházások növelik ugyan a szerződésből elérhető hasznot, de a szerződésmódosításkor már elsüllyedt költségnek számítanak majd. A szerződésből elérhető hasznot a közgazdaságtan kvázijáradéknak nevezi: ez az a haszon, amit akkor érünk el (az a költség, amit akkor kerülünk el), ha az aktuális szerződés fennmarad, és nem kell helyette más megoldást keresni.

Miért fontos a szerződésmódosítás kapcsán az, hogy nagyobb a kvázijáradék? Tegyük fel, hogy az első fejezetben látott példa esetén olyan beruházást csinálunk, amely miatt a ház értéke 60-ról 65-re nő a számunkra! Ha megteesszük az

adott beruházást, akkor az opportunisták építész még többet követelhet az átadás előtt – nem 60-at, mint az első fejezetben láttuk, hanem 62-t. Vagyis, ha látunk esélyt az újratárgyalásra, akkor kevésbé leszünk hajlandók ilyen beruházásokat tenni – ha nem fenyegetne újratárgyalás, hanem az épületet megkapnánk a kialakult áron, akkor a beruházásnak a haszna (persze csak akkor, ha az építész teljesít) teljes egészében a miénk lenne. Éppen ezért a szerződés-gazdaságtan egyik fő feladatának épp azt tekinti, hogy olyan szerződési formákat fedezzen fel, amelyek garantáltan elkerülik az újratárgyalást (*renegotiation-proof*), vagyis amelyek esetén nem fenyeget az, hogy az idioszinkratikus, a kvázijáradékot emelő beruházások hozamát a szerződésmódosítás miatt elveszítjük. Nyilvánvalóan, ha lehetne olyan teljes (minden lehetséges helyzetre kiterjedő) szerződést írni, amelyet nem kellene soha újratárgyalni, akkor nem merülne fel a probléma. Ez lenne a fenn bemutatott tökéletes szerződés, amellyel a bíróságnak semmi más dolga, minthogy kikényszerítse azt. Azonban nincs olyan szerződés, amely garantáltan kizárja az újratárgyalást.

Szerencsére azonban van más megoldás is: ha a felek nem az adott probléma kapcsán teendő lépésekről állapotodnak meg, hanem arról, hogy az adott esetben *ex post* milyen játékszabályok alapján döntenek el a kérdést. Williamson szavaival az „irányítási, döntési jogokról” (*governance structure*) állapotodnak meg. Például arról, hogy az adott helyzetben kit illet meg a döntési jog vagy milyen egyeztetési folyamat veszi kezdetét. A játékszabály meghatározásával egyúttal azt is megszabjuk, hogy kinek jut az újratárgyalással elérhető többlet. Például, egy lehetséges szabály az, hogy a szerződést csak az egyik fél módosíthatja egyoldalúan, viszont a másik bármikor felmondhatja azt! Ilyenkor a második fél minden olyan szerződésmódosítást el fog fogadni, amely még mindig jobb helyzetben tartja, mintha a szerződést felmondaná, épp ezért a szerződésmódosításra jogot kapó fél megszerezheti a teljes kvázijáradékát.

Bizonyos feltételek mellett azonban egy ilyen szerződés képes olyan ösztönzőket teremteni, amelyek optimális idioszinkratikus beruházási és optimális elővigyázatossági szinthez vezetnek. Az *opciós szerződést* az előbb úgy definiáltuk, hogy valaki megveszi a jogot arra, hogy meghatározott díjért (kötberét vagy a bíróság által szabott kártérítésért cserébe) kiléphessen a szerződésből. A matematika nyelvén átfordítva: az opciós szerződés olyan szerződés, amely két árat tartalmaz. Az egyiket a vevő akkor fizeti, ha a szerződés teljesül, a másikat akkor, ha nem. Ez utóbbi lehet negatív is, vagyis lehet, hogy neki fizetnek – mint a kártérítés esetén.

Tegyük fel, hogy a két „ár” (mondjuk az ár és a kötber) közötti különbség, a felár éppennyel a tökéletes kártérítés nagyságával! Ekkor belátható, hogy ilyen árkülönbség mellett (i) a szerződést csak hatékony esetben fogja a kötelezett megszegni, illetve (ii) a jogosult – tudva, hogy csak hatékony

szerződésszegés történhet – optimális beruházásokat fog végrehajtani.⁹² Érdemes azonban figyelni arra, hogy nem szóltunk arról, hogy mekkora legyen az egyik vagy a másik ár (ha tetszik az ár és a kártérítés) – csak a kettő különbsége fontos!

De bennünket az érdekel, hogy miért nem hat a beruházási ösztönzőre az újratárgyalás esélye? Lássuk Hart – Moore [1988] és Nöldeke – Schmidt [1995] klasszikus magyarázatát!⁹³ Tegyük fel, hogy a bíróság csak azt tudja megítélni, hogy a kötelezett teljesítette-e a szerződést vagy nem! Ettől függően fizeteti meg az egyik vagy a másik árat (kártérítést). Alakítsunk ki egy olyan szerződés-módosítási rendszert, amelyben módosítási javaslatot csak a jogosult tehet! A kötelezettnek viszont opciós joga van (ő dönt arról, hogy teljesít, és magas árat kap, vagy nem teljesít és alacsonyat, vagy éppen ő fizet kártérítést). Hogyan hat egy ilyen megoldás a két fél beruházásaira, elővigyázatosságára?

Először vizsgáljuk meg a jogosult helyzetét! A kialakított újratárgyalási rendszerben (mivel ajánlatot csak ő tehet) ő szerzi meg a beruházás összes hozamát. Vagyis ezzel garantáljuk, hogy megkapja a saját idioszinkratikus beruházással elérhető teljes nyereséget. Nem kell tehát félnie az ilyen beruházásoktól – az ösztönzése optimális lesz.

De mi a helyzet a másik oldalon a kötelezettel? Ő hogyan dönt a költségcsökkentő beruházásokról? Újratárgyalást nem kezdeményezhet, viszont zsarolhat azzal, hogy kilép a szerződésből, ha nem módosítják azt számára kedvezően. Ez a rendszer arra ösztönzi, hogy beruházásaival – az előbb látott módon – a két ár különbségéhez alkalmazkodjon. Ha mást tenne, akkor az abból származó kvázijáradékot, extra jövedelmet az újratárgyalás során a partnere elvihetné. Vagyis, amennyiben a két ár különbsége valóban a tökéletes kártérítést tükrözi vissza, az ő beruházása optimális lesz.

⁹² A hatékony szerződésszegés kapcsán azt kell felidézni, hogy egyénileg akkor optimális a szerződésszegés, ha a felár (a két ár, az ár és a kötbér vagy kártérítés közötti különbség) kisebb, mint a teljesítés költsége. Mivel a felár épp a jogosult értékelésének felel meg, így a szerződésszegésről hatékony döntés születik. Az idioszinkratikus beruházásokról pedig azért születik hatékony döntés, mert a jogosult egyrészt tudja, hogy mekkora a szerződésszegés valószínűsége, másrészt azt is tudja, hogy a kártérítése nem függ az idioszinkratikus beruházások szintjétől. Vagyis a beruházása csak akkor térül meg, ha teljesül a szerződés – és a teljesülés valószínűsége ismert előtte (és társadalmilag is optimális, hiszen csak hatékony szerződésszegés történik).

⁹³ Pontosabban az itteni felírás Schmidt [1999] és Wickelgren [2011] elemzését követi.

3.2. szövegdoboz. Opció szerződés osztható szolgáltatás esetén

Edlin [1998] elemzése mutat rá arra, hogy az újratárgyalás negatív hatása különösen akkor vonható kétségbe, ha a szerződés osztható – ha a teljesítésről vagy a szerződésmódosításról hozott döntés nem egyszerű igen-nem döntés. A modellje szerint a világ sokféle helyzetet felvehet, és a vevő értékelése annak függvényében alakul.

Amennyiben a felek szerződést kötnek q mennyiség adásvételéről, akkor a vevő határhaszna ebből: $v = \theta - q$, ahol θ a világ állapotától függő változó (amelynek *ex ante* a szerződés megkötésekor csak a valószínűségi eloszlása ismert) és q a vásárolt mennyiség.⁹⁴ Az eladó költségét pedig az befolyásolja, hogy mekkora idioszinkratikus beruházást hajtott végre. Ennek alapján a határköltség: $c = C - f(s)$, ahol C az idioszinkratikus beruházások nélkül kialakuló költségszint, míg $f(s)$ a beruházás miatti átlag- és határköltség-csökkenés. Minél nagyobb a beruházás az $f(s)$ annál nagyobb értét vesz fel. Mivel ismerjük a határhasznot és a határköltséget, így a kettőt egyenlővé téve könnyedén meghatározhatjuk az optimális mennyiséget: $\theta - C + f(s) = q^*$.

A felek a szerződést q' mennyiségről kötik. Amennyiben ez a mennyiség nem felel meg annak, amennyinek *ex post* (most már θ ismeretében) lennie kellene, akkor a felek újratárgyalhatják a szerződést.

Ha az eredetileg megállapított mennyiség nagyobb, mint az optimális, vagyis, ha θ viszonylag alacsony értéket vett fel, akkor elviekben a vevő visszamondhatja a $q' - q^*$ mennyiséget. Mekkora kártérítést kérhet ezért az eladó, ha a kártérítést az elmaradt haszon alapján számolják? Minden visszamondott darab esetén a $p - C - f(s)$ kártérítést. Vagyis az idioszinkratikus beruházás miatt nőtt a kártérítés: a beruházás nemcsak annyi hasznot hozott, amennyi a termelési költségek csökkenésében jelentkezett ($q^* f(s)$), hanem garantálta, hogy a hozama akkora legyen, mintha a teljes leszerződött mennyiséget legyártották volna. Ezt a többlethasznot nevezik Edlin szerződésszegési támogatásnak (*breach subsidy*). Első látásra úgy vélhetnénk, hogy ez túl magas, hiszen nem csak a legyártott mennyiség miatt felmerült megtakarítást veszi számba. A legtöbb modell azt mutatja, hogy e miatt túl magas lesz az idioszinkratikus beruházások nagysága. Edlin azonban felhívja a figyelmet két problémára. Egyrészt szerinte nincs okunk feltételezni, hogy a szerződésmódosítás oka mindig az, hogy a szerződött érték túl magas. Lehet túl alacsony is. Másrészt, ha túl magas is az eredetileg megállapított mennyiség, akkor is igaz lehet, hogy ez a támogatás szerencsés. Ugyanis pontosan azon félelem miatti visszafogott beruházási aktivitást ellensúlyozhatja, amelyet az újratárgyalás lehetősége (a potenciális kváziáradék elvonása) kelt.

Mi történik, ha az eredetileg tervezett mennyiség kisebb, mint amennyinek lennie kellene? Ekkor a szerződésszegés és a kártérítés nem működik, hanem újra kell tárgyalni a megállapodást. Ennek során a teljes elérhető többletet (ha a fenti keresleti és kínálati viszonyok vannak, akkor ez $\frac{1}{2} (q^* - q')^2$) kell megosztani egymás között. Ez a többlet természetesen annál nagyobb, minél nagyobb az

⁹⁴ A kivonás egyszerűen azt jelzi, hogy nagyobb mennyiségnél kisebb a határhaszon.

idioszinkratikus beruházás. Az újratárgyalás során ez a többlet a két fél között az alkuerejük függvényében oszlik meg, vagyis a beruházás miatti többlet egy része is a vevőhöz kerülhet. Emiatt az idioszinkratikus beruházás kevésbé éri meg. Ha az előző többlet szerződésszegési támogatás volt, akkor ezt nevezhetjük Edlin után *akadályozási adónak (holdup tax)*.

Amennyiben a szerződésszegés szankciója nem pénzbeli kártérítés, hanem természetbeni kikényszerítés, akkor mindenképpen újratárgyalásra került sor. Ha csökkenteni kell az eredetileg megállapított mennyiséget, akkor ennek fejében az eladó minimum az elmaradt hasznát fogja kérni – a minimális követelésében tehát benne lesz a szerződésszegési támogatás. Ha növelni kell, akkor ugyanaz a helyzet, mint fentebb: a vevő bezárási adót fizettet vele. Ha előzetesen a felek a várható értékek alapján becslik a mennyiséget, akkor a két hatás kiegyenlíti egymást. Maga az újratárgyalás lehetősége nem fogja sem növelni, sem csökkenteni az idioszinkratikus beruházást – hiszen a mennyiség növelésének (és így az adónak) pontosan ugyanakkora lesz a valószínűsége, mint annak, hogy az újratárgyalás miatt a mennyiséget csökkenteni kell (és így a támogatásnak).⁹⁵

Ennek a modellnek az eredményei kihasználhatók a szerződéskötéskor is – elmaradt haszn alapú kártérítés mellett. Ha csak az egyik felet kell idioszinkratikus beruházásra ösztönözni, akkor kéttényezős árazással – és a módosítás lehetőségével – megtehetjük ezt. Tegyük fel, hogy csak az eladó ruház be! A lényeg, hogy a szerződésszegés potenciális áldozata (esetünkben a beruházó, az eladó) megkapja az elmaradt hasznát, míg a másik fél megkaphassa a teljes többletet, hiszen ezzel ösztönözzük hatékony döntésre. Esetünkben egyrészt el kell érni, hogy a mennyiség lényegesen magasabb legyen, mint a várhatóan hatékony mennyiséget – ezzel kizárhatjuk az *akadályozási adó* lehetőségét. Mindemellett azt is el kell érni, hogy a szerződést csak az eladó akarja megszegni. Ezt viszont úgy érhetjük el, ha az árat alacsonyabban szabjuk meg, mint a valós költség. Ez a szerződés épp a szerződésszegés esélyét kihasználva lesz hatékony. Csakhogy *ex ante* miért kötné meg ezt az eladó, hiszen az ár nem fedezi a költségeit? Ezért van szükség arra, hogy az ár mellett egy előzetes egyösszegű (ha úgy tetszik, szerződéskötési, tagsági) díj befizetésére is sor kerüljön. (Persze itt biztosítani kell, hogy amennyiben a vevő szegi meg a szerződést, akkor ezt a díjat ne kaphassa vissza.)

Kooperatív beruházások. Az eddig bemutatott egyszerű modelleket, implicit feltevéseik miatt több fontos kritika is éri.⁹⁶ Például azt feltételeztük eddig, hogy az adott fél beruházásának teljes haszna az ő oldalán (az érték, a fizetési hajlandóság növekedésében, vagy a költségszint csökkenésében) jelenik meg. Léteznek azonban ún. kooperatív idioszinkratikus beruházások is (Che – Hausch [1999]), amikor az egyik fél beruházása nemcsak a saját hasznosságát növeli, hanem a partneréét is. Például, ha a szállító beruházása miatt az eredetileg

⁹⁵ Mint Edlin – Reichelstein [1996] bemutatja, az újratárgyalás ugyanígy hatékony beruházáshoz vezet akkor is, ha a vevő ruház be – például a beruházásai miatt nő a haszna.

⁹⁶ Bővebb kritikáért lásd Wicklegren [2011], vagy Bolton – Dewatripont [2005].

gondoltnál jobb lesz a szolgáltatás minősége, akkor emiatt annak az értéke a jogosult számára is nő.

Újratárgyalás nélkül itt sem lenne probléma, tudnánk tökéletes opciós szerződést írni. Ha a kötelezett ruház be, akkor elég lenne a jogosultat kilépési joggal felruházni, és a szerződéses árat arra az értékre beállítani, amely a kötelezett optimális beruházása mellett lenne. Ekkor az optimálisnál kevesebb beruházást nem érdemes tenni, mert a jogosult nem fogja átvenni az árut (él a visszalépési opcióval), de annál többet sem, hisz a többletberuházás hasznának csak egy része kerül a beruházóhoz, a kötelezethez.⁹⁷ Az újratárgyalás lehetősége azonban módosítja a helyzetet. Először is, a jogosult optimális beruházás esetén nem nyer semmit az üzleten, hiszen az ár éppen egyenlő az ő fizetési hajlandóságával. Viszont mindig megéri neki újratárgyalást kezdeményeznie, azon csak nyerhet: elviheti a beruházás egy részének hozamát. Ezzel azonban visszatértünk az eredeti problémához: a beruházó nem kapja meg a teljes hozamot, tehát várhatóan az optimális szint alatt marad a beruházás.

Ez a kritika azonban – szintén a benne levő implicit feltevések miatt – csak bizonyos esetekben állja meg a helyét. Wicklegren [2011] hívja fel a figyelmet arra, hogy nem mindegy, hogy tartós vagy nem tartós szerződésről (*non durable contract*) van szó. Lássuk az utóbbit! Nem tartós szerződés esetén létezik a szerződésnek viszonylag rövid távon egy nyilvánvaló végpontja, lejárat. A beruházó, kötelezett nyugodtan visszautasíthat minden olyan módosítási ajánlatot, amikor a jogosult blöfföl, vagyis, amely jobb helyzetbe hozná, mint amit a szerződés ad neki, tehát átveheti az optimális beruházás után elért minőséget az előre szabott áron. Minden olyan ajánlat, amelyben a jogosult azzal fenyeget, hogy az ajánlat elutasítása esetén kilép a szerződésből (és ezzel rosszabb helyzetbe hozza magát, mint amelyben a lejáratkor és átvételkor lenne) hiteltelen – a közgazdaságtan nyelvén: nem hihető fenyegetés. Nem fog lemondani erről a haszonról, hiába fenyegetőzik vele. A kooperatív beruházás csak akkor jelent problémát, ha a szerződés tartós, vagyis nincs ilyen nyilvánvaló közeli lejárat.

3.2. A kártérítés nagyságának hatása az újratárgyalás esélyére

Minél messzebb van a szerződésszegés esetén fizetendő kártérítés a valós kártól, annál nagyobb az újratárgyalás esélye. A második fejezetben látott helyzetnek megfelelően tegyük fel, hogy a kártérítés kisebb, mint a valós kár. Ebben az esetben a kártérítés emelése csökkenti az újratárgyalás esélyét. Ennek bizo-

⁹⁷ Ne feledjük az optimális szint az, ahol a kettejük határhaszna összesen egyenlő a beruházás határköltségével! E szint fölé akkor sem érdemes növelni a beruházást, ha annak teljes hozamát megtarthatná.

nyításához csak azt kell belátnunk, hogy a szerződésmódosítás haszna akkora, amennyivel a szolgáltatás értéke meghaladja a költségét. Ez a különbség pedig annál nagyobb, minél jobban elmarad a kártérítés a szolgáltató teljes hasznától.

Vizsgáljunk egy olyan helyzetet, amikor a szerződés megkötése után, de még a teljesítés előtt (i) a szolgáltatás értéke a vevő számára már ismert, de nem azonos a kártérítés nagyságával (például a szerződés megkötése óta eltelt időszakban megváltozott a vevő értékelése, a szolgáltatás piaci hozama, stb.); (ii) a kártérítés nagysága – például a kiszámítható bírósági gyakorlat miatt – ismert a felek előtt; (iii) a szerződés teljesítésének költsége továbbra sem ismert, csak a valószínűségi eloszlása. Tegyük fel, hogy ebben a szituációban a vevő számára világos lesz, hogy a szolgáltató nem fogja teljesíteni a szerződést! Ekkor szerződésmódosítást kezdeményezhet. Megéri neki, hiszen tudja, hogy nem teljesítés esetén a szolgáltatás valós értékénél alacsonyabb kártérítésre számíthat csak. Javaslatát tehát az lesz, hogy emeljék meg a kártérítést, kössenek ki magasabb kötbért – és ezért cserébe hajlandó magasabb árat is fizetni. Az egyszerűség kedvéért tegyük fel, hogy rögtön a saját hasznával megegyező kártérítést (vagyis tökéletes kártérítést) javasol! Láttuk fent, hogy ez még akkor is megéri neki, ha tudja, hogy emiatt az ellenszolgáltatást is emelni kell. Emlékezzünk: ha a fejezetet nyitó példánkban a kártérítés 8-ról 10-re nő, akkor az a jogosultnak (áremelkedéssel együtt is) hasznos!

Mekkora a szerződésmódosítás közös hozama? A szerződésmódosítás haszna akkor jelentkezik, ha emiatt már teljesít a kötelezett; a nélkül azonban nem tenné.⁹⁸ A jogosult megkapja a szerződés értékét; anélkül nem kapná meg, csak az alacsonyabb kártérítést. A kötelezett költségei viszont nőnek. Példánkban, ha a kártérítés 8-ról 10-re nő, akkor a szolgáltató szolgáltatni fog akkor is, ha a költség 8 és 10 között alakul. Ha erre a „többletszolgáltatásra” kerül sor (vagyis, amikor az eredeti szerződés alapján nem szolgáltatott volna, de most igen) az átlagköltsége – mivel a költségeloszlás egyenletes – 9. De a vevő ennél többet nyer: minden ilyen szerződésen 10-et. A többlet azokon a szerződéseken, amelyeket a módosítás miatt teljesítenek 1 – ez a szerződésmódosításból fakadó várható szerződési többlet.

Elérhető ez a kölcsönös előny? Láttuk az első fejezetben: ez attól függ, hogy mekkora a tranzakciós költség. Minél nagyobb ez a kölcsönös előny, annál valószínűbb.⁹⁹ És a kölcsönös várható előny annál nagyobb, minél kisebb volt a kiinduló helyzetben a kártérítés.

⁹⁸ Elképzelhető, hogy a módosított szerződést is megszegik. Ekkor a szolgáltató a magasabb kötbér miatt többet fizet, mint az eredeti szerződés szerint fizetne. De ezt az összeget a vevő megkapja, vagyis a szerződésmódosítás költsége és haszna épp kiegyenlíti egymást.

⁹⁹ Azért beszélünk valószínűségről, mert nem ismerjük a tranzakciós költség nagyságát. De azt tudjuk, hogy minél nagyobb a szerződésből (szerződésmódosításból) származó többlet, annál kevésbé valószínű, hogy a tranzakciós költség azt meghaladja.

Ha a kezdeti kártérítés 8, akkor a többletteljesítés várható költsége 9; ha a kezdeti kártérítés 7, akkor a módosítás miatt teljesített szerződések várható költsége már csak 8,5. Ahogyan a kártérítés csökken, egyre több és több szerződés esetén éri meg a módosítás, és a kártérítés miatt teljesített szerződések teljesítési költsége is egyre alacsonyabb. Kisebb kártérítés, nagyobb többlet, vagyis adott tranzakciós költség mellett valószínűbb a szerződésmódosítás.

Lássuk a magas kártérítés, vagyis a nem hatékony teljesítés esetét! Most a vevő azért fog szerződésmódosítást kezdeményezni, hogy árcsökkenést érhessen el. Cserébe több dolgot ajánlhat (a minőség csökkentését, a garancia-vállalás enyhítését, a határidő módosítását), de mi ismét koncentráljunk csak a kártérítésre! Felajánlja például, hogy a vevő a korábbi kártérítésnél alacsonyabb összeg, például bánatpénz kifizetése mellett indoklás nélkül felmondhatja a szerződést. A szerződési többlet itt abból fakad, hogy az elmaradt teljesítés esetén nagyobb költséget takarít meg a szolgáltató, mint amennyi a vevő értékelése. Ha a kezdeti kártérítés 12 volt, és ezt csökkentik le 10-re, akkor minden olyan esetben változik a szolgáltató magatartása, amikor a teljesítés költsége 10 és 12 között van. A költségmegtakarítás ebben a tartományban szerződésként várhatóan 11. Ez a szerződésmódosítás haszna – ezt kell csökkenteni a vevő értékelésével. A kártérítéstől függő elem itt is a teljesítés – megspórolt – átlagköltsége. Nagyobb kártérítés esetén, nagyobb a többletteljesítés (itt most a nem hatékony teljesítés) átlagköltsége, vagyis adott tranzakciós költség mellett a szerződésmódosítás nagyobb valószínűséggel jön létre. Példánkban: ha a kezdeti kártérítés 14 lett volna, akkor a feleslegesen teljesített szerződések átlagköltsége 12 lesz.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Probléma fakadhat azonban abból, ha a tranzakciós költség változik a kártérítés nagyságának függvényében. Például, ha nincs sem alternatív vevő, sem alternatív eladó, akkor a felek más-más stratégiát követhetnek, ha más a kiinduló helyzet. Éppen ezért a tranzakciós költség függhet a kártérítés nagyságától is. Például Talley [1995] mutat be modellt arra, hogy a tranzakciós költség közepes kártérítés esetén alacsonyabb, és a legmagasabb értékét akkor veszi fel, amikor az vagy teljes összegű, vagy teljes mértékben hiányzik.

4. ÖSSZEFOGLALÓ

A fejezet egyrészt definiálta a tökéletes szerződés, a *Pareto-szerződés* fogalmát, amely a későbbiekben fontos összehasonlítási alap lesz a számunkra: ez lenne az a szerződés, amelynél a bíróságnak, a jogrendszernek semmilyen más dolga nem lenne, mint egyszerűen kikényszeríteni azt. Láttuk, hogy „második legjobb esetben”, amikor a tökéletes kikényszerítés, a bizonyítási problémák miatt nem tételvezhető fel, akkor az elérhető legjobb szerződés az ún. *tökéletes kártérítést tartalmazó, opciós*, vagyis adott kártérítés megfizetése mellett a feleknek kilépési opciót biztosító szerződés lenne.

Amennyiben a felek ilyen tökéletes kártérítést nem foglalnak szerződésbe, akkor a bíróságnak mindig számolni kell azzal, hogy a joggyakorlat, amikor meghatározza a kártérítés nagyságát – de akár a felek is, amikor különböző szankciókat fogalmaznak meg a szerződésben nem teljesítés esetére –, ezzel a különböző ösztönzőket befolyásolja. A felek ösztönzését a várható kár nagysága befolyásolja, vagyis a magasabb kártérítés

1. a kötelezettet erősebben ösztönzi információszerzésre a szerződéskötés előtt – de a magas kártérítés csökkent bizonyos információszerzési ösztönzőket a szerződéskötés után;
2. a kötelezettet megfontoltabb partnerkeresésére sarkallja;
3. a kötelezettet pontosabb szerződések írásában teszi érdekeltté, ezzel csökkentve az esélyét, hogy a nem pontos fogalmazás miatt kötelezik később kártérítésre;
4. a kockázatmegosztást a kötelezett irányába tolja el – aki ettől pontosabb szerződésírással szabadulhat meg;
5. a kötelezettet erősebben ösztönzi a teljesítésre és
6. az elővigyázatosságra;
- 7 a jogosult számára – a magasabb teljesítési valószínűség miatt – az idioszinkratikus beruházások magasabb szintjét teszi kifizetődővé;
8. nem hat a kárenyhítésre;
9. csökkenti az újratárgyalás esélyét egészen addig, amíg a kártérítés kisebb, mint a valós kár – növeli viszont afölött.

Az első négy ösztönző mind a két félre hat, úgy, hogy a jogosult ösztönzői éppen ellentétesek a kötelezettével.

Az újratárgyalás kapcsán láttuk, hogy – alacsony tranzakció költség mellett – ez csökkenti a későbbi döntések (mindenekelőtt a szerződésszegés) esetleges hatékonysági problémáit, viszont az azt megelőző döntéseket (mindenekelőtt a korábbi beruházásokat) csak akkor nem befolyásolja károsan, ha a játékszabályok megfelelő megválasztásával biztosítjuk, hogy az ezek miatti értéknövekedés a beruházónak jusson.

Irodalomjegyzék

- Bolton Patrick – Mathias Dewatripont [2005], *Contract Theory*. MIT Press, Massachusetts: Cambridge
- Che, Yeon-Koo – Donald B. Hausch [1999], Cooperative Investments and the Value of Contracting, *89 American Economic Review* 125—147.
- Edlin, Aaron – Stefan Reichelstein [1996], Holdups, Standard Breach Remedies, and Optimal Investment, *86 American Economic Review* 478-501.
- Edlin, Aron [1998], Breach Remedies. in: Newman (ed.), *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. London: Macmillan Press
- Hart, Oliver D. – John Moore [1988], Incomplete Contracts and Renegotiation, *56 Econometrica* 755—785.
- Menyhárd Attila – Mike Károly – Szalai Ákos [2008]: Az előreláthatósági klauzula előre látható problémái. *Kormányzás, Közpénzügyek Szabályozás* 3. 199-233. o. http://www.kormanyzas.hu/082/03_Menyhard.pdf
- Nöldeke, Georg – Klaus M. Schmidt [1995], Option Contracts and Renegotiation: A Solution to the Hold-Up Problem.” *RAND Journal of Economics*, Vol. 26 (1995), pp. 163–179.
- Posner, Richard A. [2011], *Economic Analysis of Law*, 8th edition. New York: Aspen Law and Business
- Shavell, Steven [1999], Contracts. in: Newman (ed.), *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. London: Macmillan Press
- Schmidt, Klaus M. [1999]: Contract renegotiation and option contracts. in: Newman (ed.), *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. London: Macmillan Press
- Shavell, Steven [2004], *Foundations of Economic Analysis of Law*, Belknap Press
- Talley, Eric [1995], ‘Contract Renegotiation, Mechanism Design, and the Liquidated Damages Rule’, *46 Stanford Law Review*, 1195
- Wickelgren, Abraham L. [2011], Option Contracts and the Holdup Problem. in: De Geest (ed.): *Contract Law and Economics*. Cheltenham, Edward Elgar

IV. fejezet

Pacta sunt servanda

Láttuk a második fejezetben, hogy a legtöbb – ún. német jogcsaládba tartozó jogrendszerhez hasonlóan – a magyar jogban a szerződések természetbeni kikényszerítése jelenti a kikényszerítés fő formáját, és az jelenti a kivételt, ha a bírság pénzbeli kártérítést ítél meg. A kártérítéshez kell többletjogállásokat bizonyítani. A legfontosabb ilyen kivétel az, ha a szolgáltató bizonyítani tudja, hogy a szerződés teljesítése lehetetlenné vált. Épp ezért a mostani fejezet a természetbeni kikényszerítés lényegi joggazdaságtani elemzésének áttekintése után a lehetetlenülés problémáját vizsgálja. Mint a második fejezetben láttuk, a természetbeni kikényszerítés talán legfontosabb konkrét megjelenési formája a magyar jogrendben a köznyelvben garanciaként ismert fogalom, vagyis jogilag a szavatosság és a jótállás. A szavatosság és a jótállás révén a jogrendszer nemcsak azt próbálja elérni, hogy a szerződés abban a formában teljesüljön, ahogyan azt megkötötték, hanem azt is, hogy az esetleges problémákat is természetben javítsák ki. Ezzel foglalkozik a harmadik alfejezet.

Mielőtt továbblépünk, szögezzük le: e fejezetben (és a következőkben) is abból indulunk ki, hogy a szerződés nem tökéletes! A természetbeni kikényszerítés alatt ezért azt érjük, hogy a bíróság egy nem feltétlenül hatékony szerződés teljesítésére próbálja rábírní a feleket. Látjuk majd, hogy ezen hatékonysági problémára a lehetetlenülés révén kínál részleges megoldást a jog.

1. TERMÉSZETBENI KIKÉNYSZERÍTÉS

A magyar jog egyik legfontosabb alapszabálya a természetbeni kikényszerítés elve. A természetbeni kikényszerítést többféle formában el tudnánk képzelni. Az egyik az erőszak: a jogrendszer erőszakkal ráveszi a szolgáltatót, hogy nyújtsa a szolgáltatást, amit megígért. Ez bizonyos esetekben megvalósul – például, ha valaki az ingatlanát vagy a vagyontárgyát nem akarja átadni, vagy pénztartozása van, akkor a bíróság egyszerűen lefoglalja az adott vagyontárgyat, és kiadja a szerződési partnernek. De mi történjen azon, lényegesen gyakrabban előforduló esetekben, amikor a lefoglalással, a hatósági erőszakkal sem lehet természetben megszerezni a szerződés tárgyát vagy ha az ilyenkor nyújtott

szolgáltatás minősége meglehetősen kétes? Ha egy szolgáltatást akarnánk természetben kikényszeríteni, például egy lemezszereződés kapcsán azt, hogy a szerző a kiadónak adja át, illetve énekelje fel az új lemezre szánt dalait, akkor a kötelezettet olyan dologra kellene kényszeríteni, amely vélhetően jelentősen sértené az egyéb jogait (szellemi alkotáshoz való jogát, személyiségi jogait). Ráadásul, ha a szolgáltatás fizikai teljesítését el is tudnánk érni (mondjuk, valóban írta és felénekelte meghatározott számú dalt), akkor azok minősége szinte biztos, hogy rosszabb lesz, mint amilyenre a vevő számít, mint amilyennek a szerződés szerint lennie kellene. Épp ezért szolgáltatás esetén a „természetbeni kikényszerítés” sem fizikai kikényszerítését jelent – a szerződésszegő felet nem kényszerítjük a teljesítésre, hanem inkább büntetéssel fenyegetjük. A természetbeni kikényszerítés tehát majdnem mindig megfeleltethető egyfajta pénzbeli kártérítésnek, a szerződésszegőre rótt költségnek – csak ennek összege meglehetősen magas.¹⁰¹

1.1. A pacta sunt servanda alapelve a magyar jogban

A magyar szerződési jogban sok helyen jelenik meg a *pacta sunt servanda* elve. Kimondja az 1959-es Polgári törvénykönyv, hogy „a szerződéseket tartalmuknak megfelelően, a megszabott helyen és időben, a megállapított mennyiség, minőség és választék szerint kell teljesíteni”. (277.§) A 2013-as Polgári törvénykönyv a kötelezettséget általában a kötelmekre mondja ki: A szolgáltatást a kötelelem tartalmának megfelelően kell teljesíteni. (6:34.§) A kötelezett nem szabad döntése alapján térhet át a kártérítés fizetésére – mint ahogyan ez a *common law*-ban, általános esetben, történhetne. A legnyilvánvalóbb ez a teljesítés megtagadása kapcsán: amennyiben a kötelezett a teljesítést jogos ok nélkül tagadja meg, akkor a jogosult továbbra is követelheti a szolgáltatást (annak kikényszerítését kérheti a bíróságtól) – pontosabban ő választhat, hogy a szolgáltatást követeli vagy a lehetetlenülés jogkövetkezményeit. (313.§, illetve 6:183.§) A választás tehát a jogosult, és nem – mint az opciós szerződés kapcsán láttuk – a kötelezett kezében van. Természetesen, a szolgáltatás fizikai teljesítése alól a késedelemmel sem lehet menekülni: késedelmes teljesítés esetén a jogosult

¹⁰¹ A kikényszerítés hatásmechanizmusa jól érthető, ha egy olyan eszközt idézünk emlékeztünkbe, amelyet ma már nem alkalmazunk: az adósok börtönét. Blackstone (1723–1780), a XVIII. század neves angol jogásza úgy érvel, hogy az adósok börtönére úriemberek (*gentlemen*) adóssága esetében azért volt szükség, mert annak hiányában az adós büntetlenül megegyezhetné, hogy a vagyonát elrejtve csődöt jelent, megszabadulva ezzel az adósságtól. Börtönbüntetés esetén kevésbé érte meg az utóbbi úton kibújni az adósságok alól: a börtönbüntetés szankció, ösztönző volt.

teljesítést követelhet – illetve akkor állhat el, ha ez többet nem áll érdekében. (300.§ (1) bek., illetve 6:154.§ (1) bek.).

, Mindaddig azonban, amíg a joggazdaságtani irodalom széles körben tárgyalja a természetbeni kikényszerítés és a kártérítés eltérő hatásait, mindenképpen fel kell ismerni, hogy a két eszköz nagyon hasonló gyakorlati ösztönzőket tartalmaz. Bármily meglepő is, mind a kettő – végső soron – pénzbeli ösztönző. A szerződés teljesítésének kikényszerítése sokszor csak azt jelenti, hogy nem teljesítés esetére magas büntetéssel, szankcióval fenyegetjük a szerződészegő felet. A magyar végrehajtási jog szerint, ha valaki a szerződést azután sem teljesíti, hogy a bíróság erre kötelezte pénzbírságot kaphat – igaz ezt újra és újra, mert a pénzbírság kifizetése nem mentesít a természetbeni teljesítés alól. (Bírósági végrehajtásról szóló 1994. évi LIII. törvény 174.§ c) pont) (Hasonló rendszer működik a legtöbb európai jogrendszerben – ezek áttekintéséért lásd a 4.1. szövegdobozt!)

4.1. szövegdoboz. A természetbeni kikényszerítés a gyakorlatban

Amennyiben a bíróság a szerződés teljesítésére írja elő, akkor gondoskodni kell arról, hogy az valóban meg is történjen. Erre szolgálnak a különböző végrehajtási szabályok.¹⁰² Amennyiben pénzszolgáltatásról van szó, akkor minden országban közel ugyanaz történik: a végrehajtás során lefoglalják és értékesítik a kötelezett vagyonának akkora részét, amely a követelést fedezi. Nagyobb gondot okoz az ingatlanok, az ingóságok átadása, a helyettesíthető dolgok szolgáltatása, a nem helyettesíthető szolgáltatások kikényszerítése.

A német polgári eljárásjog külön is tárgyalja a kikényszerítést az egyes esetekben. Ingó dolgok esetén a végrehajtó (ha kell rendőri segítséggel) lefoglalja az adott dolgot, és a jogosultnak kiadja. Ha nem egyszerűen egy dolog átadásáról, hanem valamilyen cselekedetről is szó van, akkor a német jog elkülöníti azokat az eseteket, amikor a szolgáltatás helyettesíthető azoktól, amikor nem. Ha helyettesíthető, vagyis a kötelezeten kívül más is hasonlóan el tudja végezni, akkor a bíróság felhatalmazhatja a jogosultat, hogy a kötelezett költségére végeztesse el a munkát mással. Ha azonban a szolgáltatás nem helyettesíthető, akkor a kötelezettet bírsággal vagy elzárással lehet fenyegetni. (Külön kiemeli a német polgári perrendtartás, hogy a nem teljesítés eme jogkövetkezményeiről a kötelezettet nem kell előzetesen tájékoztatni.)

A francia jog kiindulópontja, hogy a természetbeni teljesítés kikényszerítése nem mindig lehetséges. Elsősorban persze itt sem az átruházás, hanem inkább a tevérsre vagy tartózkodásra vonatkozó ígérek jelentenek problémát – nem utolsósorban azért, mert a közvetlen fizikai kényszer eleve tilos. *Nemo praecise cogi potest as factum*: senki sem kényszeríthető valamilyen magatartás tanúsítására. Éppen ezért a francia jog ún. közvetett kényszerre támaszkodik, ez az *astreinte*: amely a kötelezettségen felüli fizetési meghagyás, büntetés. (Érdemes azonban kiemelni, hogy kezdetben

¹⁰² Az itteni összefoglalásnál bővebben lásd: Graziano – Bóka [2010] pp. 289-345)

ezt a személyes közreműködést követelő tevésre vonatkozó ígéreteknel alkalmazták – ide értve azonban a munkán kívül, mondjuk egy helyiség kiürítését vagy egy dolog átadását is. Az *astrainte* – szemben az angolszász országok hasonló bírságával (az igazságszolgáltatás rendje elleni vétséggel (*contempt of court*) – a jogosultat illeti meg. Ez azonban erőteljes kritikák tárgya.

A svájci jog a perrendtartás egységesítésekor éppen ezért nem is vette át az *astrainte* intézményét, hanem inkább rendbírságot szabhat ki, a tevésre tűrésre vonatkozó kötelezettség nem teljesítése esetén.

Nagy-Britanniában és az Egyesült Államokban annyival egyszerűbb a helyzet, hogy a természetbeni teljesítés eleve fel sem merül személyes szolgáltatás esetén. Sőt, az amerikai Restatement of Contract, kifejezetten kizárja a teljesítési kötelezettség megállapítását, ha annak kikényszerítése a szerződésből származó haszonnal összevetve *aránytalan* terhet róna. (Hasonlóan kizárja a természetbeni kikényszerítést, a személyes jellegű szolgáltatások mellett az aránytalan bírósági terhek esetén is az UNIDROIT – sőt, akkor sem alkalmazza azt, pontosabban azt sem nevezi természetbeni kikényszerítésnek, ha a szolgáltatás harmadik féltől beszerezhető.)

1.2. Joggazdaságtani elemzés: elrettentően magas büntetés, kártérítés

A kötelezett számára a természetbeni kikényszerítés csak annyiban tér el a kártérítésre épülő modelltől, hogy a nem teljesítés költsége lényegesen magasabb – a pénzbüntetés lényegesen magasabb, mint amennyit kártérítés esetén fizetni kéne. Általában magasabb, mint a jogosult értékelése. A jogosult oldalán azonban már más a helyzet: számára a magas összegű kártérítés és a természetbeni kikényszerítés nem mindig ekvivalens. Ő ugyanis nem biztos, hogy hozzájut a magasabb összeghez – egy hasonlóan magas kártérítést bizonyosan megkapna.¹⁰³

Magas kártérítés hatása: a kötelezett ösztönzői. A magas kártérítésről az előző fejezetben beláttuk, hogy növeli a szerződés teljesítésének valószínűségét, ezért növeli mindkét oldalon a szerződésspecifikus beruházásokat – vagyis az elővigyázatosságot, illetve a „ráhagyatkozást”. A magas kilépési költség miatt erősebben ösztönöztek a felek a szerződéskötés előtti információszerezésre, a megbízhatóbb partnerek felkutatására, illetve a pontosabb szerződéskötésre.

¹⁰³ Az angolszász joggazdaságtani irodalom a természetbeni teljesítésen (*specific performance*) belül megkülönböztet ún. szigorú értelemben vett vagy betű szerinti kikényszerítést (*literal performance*) és egyenértékű kikényszerítést (*equivalent performance*) (Shavell [2006]). Ezek közül az első felel meg a mi természetbeni kikényszerítés fogalmunknak. A második közel áll a fedezeti ügyletkez: a vevő azon jogát jelenti, hogy a piacon beszerezze a megszegett szerződésben foglalt szolgáltatást, és ennek költségét kérje a szerződéses partnerétől.

A kockázatot azonban a kötelezett felé tolja el – ez őt teszi érdekeltté a pontosabb szerződésírásban.

Természetbeni kikényszerítés vs. magas kártérítés: a jogosult ösztönzői. Ugyan a szerződésszegő oldalán a természetbeni teljesítés és a magas kártérítés valóban hasonló ösztönzőket jelent, nem áll ez a jogosult oldalán. Érdekes ezért kitérni a jogosult két ösztönzőjére, vagyis a ráhagyatkozásra (az idioszinkratikus beruházások szintjére) és a kárenyhítésre. Először is szögezzük le: ha az újratárgyalás lehetséges, akkor a szerződésszegés esetén kapott kártérítés alacsony vagy magas volta nem változtatja meg egyik ösztönzőt sem. (A 4.2. szövegdobozban a kárenyhítés kapcsán láthatjuk ennek okát.)

Ezzel szemben, ha ilyen újratárgyalásra nincs lehetőség, akkor az ösztönző attól függ, hogy mekkora összeget és – főleg – milyen rendszerben kap meg ebből a jogosult. Láttuk, hogy az idioszinkratikus beruházásokra a kártérítés két módon hat. Egyrészt a nagysága befolyásolja azt, hogy mekkora a szerződésszegés esélye. Ezt láttuk az előbb: a kötelezett által fizetendő összeg magas, akkor alacsonyabb lesz a szerződésszegés esélye – vagyis emiatt nagyobb lesz az ilyen beruházásokra az ösztönzés. A másik kérdés az, hogy a jogosult által kapott összeg számításakor figyelembe vesszük-e az ilyen idioszinkratikus beruházások szintjét. Ha nem, akkor ez nem változtatja az ösztönzőt (marad a szerződésszegés alacsony valószínűsége miatti magas szint). Ha figyelembe vesszük, akkor ez a hatás növeli ezt az ösztönzőt.

4.2. szövegdoboz. A természetbeni kikényszerítés és a fedezeti ügyletek problémája

A természetbeni kikényszerítéssel szembeni érvként az irodalomban gyakran megjelenik az is, hogy ez a jogosultat nem ösztönzi kárenyhítésre. Ulen [1998] szerint ez nem feltétlenül van így. Lássunk egy példát! Valaki megrendelést ad 100 darab berendezésre egyenként 1 egységért. A szállítónak a teljes üzlet 20 hasznot hozna. Azonban a jogosult a szerződés aláírását követően csőd közeli helyzetbe kerül, és vissza kívánja mondani a megrendelést.

Induljunk ki a kártérítési modellből! Tegyük fel, hogy a gyártó legjobb opciója ekkor az, hogy 2,5-et költ egy új partner felkutatására, és ebben az új szerződésben 0,9-et kapna az egyes gépekért! (Ha elmaradt haszon alapján számolnánk a kártérítést, akkor annak összege tehát 12,5 lenne. Miért?)

Ha a szerződést természetben kényszerítik ki, akkor a szállító megteheti, hogy nem keres új vevőt, hanem leszállítja az árut, és behajtatja a bírósággal a pénzt – megkapva ezzel a 20 hasznot. De mit fog erre tenni a vevő? Valószínűleg megpróbál ő vevőt keríteni. Tegyük fel, hogy ő is megtalálja az új megrendelőt, aki darabonként 0,9-ért megvennie tőle a készletet! Két lehetősége van: vagy átveszi az árut és továbbadja, vagy ráveszi a gyártót, hogy inkább az új vevőnek adja el azt (szerződési pozíció átruházása vagy engedményezés és tartozásátvállalás kombinációja). Az

utóbbihoz a gyártó persze csak akkor fog hozzájárulni, ha a kieső bevételét, profitját a megrendelő megtéríti, vagyis legalább 10-et fizet neki. Természetbeni kikényszerítés esetén a megrendelőt terheli a kártérítés, és ezen felül a partnertalálás költsége is. A végeredmény tehát ugyanaz – beleértve a kárenyhítést is.

Mi történik, ha az új partner felkutatása az eredeti megrendelőtől aránytalanul sok erőfeszítést követelne? Feltehetjük, hogy amikor látja, mennyi utánajárásba kerülne ez, akkor olyan szerződésmódosítási ajánlatot tesz, amelyben vállalja, hogy a kieső bevételét és a szerződéskötés várható költségét megtéríti. Szerződésmódosítással visszajutunk tehát a kártérítési modellhez.

1.3. Joggazdaságtani elemzés: az újratárgyalás lehetősége – tulajdoni vagy felelősségi védelem

Az előbbi modell csak addig igaz, amíg a felek *ex ante* úgy tekintik, hogy a szerződést a későbbiek során nem fogják tudni újratárgyalni. Amennyiben azonban az újratárgyalásra lehetőség van, akkor az ösztönzők megváltoznak.

A természetbeni teljesítés nagyon magas kilépési költséghez köti az ott bemutatott opciós jogot. Arra ösztönzi a szerződést megszegni szándékozó felet, hogy megállapodjon a partnerével. Mivel a másik fél – a háta mögött a bírósági kikényszerítés lehetőségével – nem egyezne bele egy olyan szerződésmódosításba, amikor nem kapja meg legalább a szerződéstől általa elvárt hasznot, így szerződésszegésre csak akkor kerül sor, ha az hatékony.

Tulajdoni és felelősségi védelem: tranzakciós költségek. Hasonlóról van itt szó, mint a joggazdaságtanban megjelenő *tulajdoni* és *kártérítési védelem* megkülönböztetése esetén. (Calabresi – Malamed [1972/1984]) Mindkét védelem akkor merül fel, ha szankcionálni kell valakit, aki megsérti más jogát. A *tulajdoni védelem* szerint jogsértésre egyetlen esetben lehet valakinek joga: ha ehhez előzetesen megszerezte a másik hozzájárulását. Ha ezt elmulasztja, büntetésre számíthat. A *felelősségi védelem* megengedőbb: nem ír elő ilyen előzetes megállapodási kötelezettséget, nem fenyegeti a másik jogait megsértő felet büntetéssel – csak azt követeli meg, hogy utólag térítse meg az okozott kárt. A tulajdoni védelemben szereplő büntetés lényege éppen az, mint amit a természetbeni teljesítés esetén láttunk: a büntetés összege magasabb, mint a kár, ezért ez a „károkozót” erősebben ösztönzi az előzetes tárgyalásra.

A két alapelv közötti választáskor a klasszikus joggazdaságtani elemzések általában a megegyezés költségeire helyezik a hangsúlyt.¹⁰⁴ Ha a megegyezés tranzakciós költsége nem túl magas, akkor elvárható, hogy a másik jogát sértő, a szerződést megszegő fél erre a másiktól engedélyt kérjen – vagyis elvárható

¹⁰⁴ A természetbeni kikényszerítés ilyen elemzéséért lásd Ulen [1998] pp. 481

az előzetes szerződésmódosítás. Ha azonban magas ez a tranzakciós költség, akkor inkább a felelősségi védelem alkalmazandó.

Adminisztrációs költség, a tévedés esélye. A tranzakciós költség azonban csak az egyik szempont, az érem egyik oldala. Ugyanígy figyelni kell arra is, hogy az alternatív megoldás, vagyis a bíróság által megállapított kártérítés megfizetése viszont bírósági, eljárási, adminisztrációs költségekkel jár. *A priori* nem lehetünk tehát bizonyosak abban, hogy a kettő közül melyik a magasabb.

A tulajdoni védelmet, vagyis a szerződések természetbeni kikényszerítését (a kárt meghaladó büntetést) általában akkor vélhetjük előnyösebbnek, ha tartunk attól, hogy utólagos kártérítés esetén a tulajdonos kárát nem megfelelően becsli fel a bíróság, a kártérítés összege túl alacsony lesz. Ezért a sértett kompenzálatlanul marad, a másik fél pedig túlzottan gyakran idézi elő (túl kevésszer előzi meg) az ilyen károkat.

Ex ante mérlegelés. A természetbeni kikényszerítés ellenzői azonban még alacsony tranzakciós költség esetén sem támogatják ennek a szabálynak az átfogó alkalmazását – csak egyes speciális szerződések esetén. Fő érvük szerint, a feleknek előzetesen mindig számolniuk kell azzal, hogy az újratárgyalás tranzakciós költsége magas lesz, és ezért nem sikerül módosítani a szerződést. A téma viszonylag átfogó elemzésében Shavell a természetbeni kötelezés két fontosabb negatív hatást emeli ki – amelyek még akkor is jelentkeznek, ha végül a szerződésmódosítás sikeres lesz (Shavell [2006]).

1. A kötelezett túlzottan sokat fog költeni elővigyázatosságra – a költségcsökkentés érdekében. Tegyük fel, hogy a kötelezett olyan beruházást fontolgat, amely a várható költségét 15-ről 14-re csökkenti. Ezt nem tenné meg, ha a kártérítés 10 lenne, hiszen a szerződést még csökkentett költség mellett is megszegné inkább. Ha azonban lát esélyt arra, hogy a szerződésmódosítást célzó tárgyalás esetleg sikertelen lesz, akkor belevághat egy ilyen programba.
2. A tárgyalások esetleges kudarca miatt a természetbeni kötelezettség nagyobb kockázatot telepít a kötelezettre. Különösen problémás ez akkor, ha kockázatkerülő.

Mielőtt továbblépnék, tegyük azonban hozzá, hogy ezek a természetbeni kikényszerítéssel szemben szkeptikus modellek általában abból indulnak ki, hogy annak alternatívája a tökéletes kártérítés – a bíróság tökéletes kártérítést ítélne meg.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Shavell kifejezetten el is utasítja, hogy az elemzését az alacsony kártérítés feltételezésére építse. Érvelése szerint ugyanis, ha a kártérítés alacsony, az még önmagában nem jelent problémát, mert – mint az első fejezetben láttuk – az beépül az árba kompenzálva ezzel a vevőt. (Shavell [2006])

Tranzakciós költségek: szerződéskötés vagy módosítás. Az egyik fontos kérdés tehát az, hogy mekkora a kölcsönösen előnyös szerződésmódosítás tranzakciós költsége. Ennek megválaszolásához egyrészt a tranzakciós költségek már eddig is bemutatott lényeges elemeit kell számításba venni. Másrészt azonban, a kérdés az, hogy szerződésmódosítás esetén magasabb-e a tranzakciós költség, mint az eredeti szerződés megkötésekor. Kezdjük azokkal az okokkal, amelyek miatt éppen, hogy alacsonyabb lesz: a felek ismerik egymást, a szerződés jó része fennmarad, nem kell módosítani, csak egy kisebb részét kell kipótolni, változtatni!

Shavell hüvelykujj-szabálya szerint a szerződés újratárgyalásának költsége általában magasabb, ha a szerződésszegés veszélye költségnövekedés miatt alakul ki (hiszen akkor a kvázijáradék megosztásáról kell dönten), mint ha annak oka egy jobb ajánlat, harmadik személy megjelenése. (Shavell [2004] pp. 314-316) Előbbi esetben a szerződésmódosítási ajánlatról soha nem tudhatjuk, hogy nem egyszerűen opportunistá, újraelosztási próbálkozás-e. Ez egyfajta erkölcsi ellenállást vált ki.

Endogén tényezők. Eddig azt vizsgáltuk, hogy a magas tranzakciós költség vajon akadályozza-e az újratárgyalást. A harmadik fejezetben azonban azt láttuk, hogy a szerződésmódosítás függ attól is, mekkora az abból elérhető haszon: minél nagyobb a haszon, annál valószínűbb, hogy az újratárgyalásra sor kerül, és az sikeres lesz. Azt is láttuk, hogy ez a haszon attól függ, hogy a kártérítés és a valós kár milyen messze van egymástól. Ugyanígy hat a természetbeni kikényszerítés is az újratárgyalás esélyére. Induljunk ki abból, hogy a kikényszerítés – mint említettük – sokszor nem közvetlen végrehajtást jelent, hanem csak magas büntetéssel fenyegetést! Ilyenkor igaz a fenti állítás: minél nagyobb az eltérés a szerződésszegés szankciója és a valós kár között, annál valószínűbb, hogy a felek szerződésmódosítással rendezik a kérdést. Ebből érdekes paradoxon következhet: a magas kártérítéssel fenyegető természetbeni kikényszerítés ugyan több nem hatékony szerződésteljesítéshez vezet, de egyben több szerződésmódosítást is eredményez, és ezért több szerződést is „ment meg”, mint a valós haszontól nem annyira távol megszabott, de attól elmaradó kártérítés. A két hatás együttes eredménye azonban bizonytalan.

Elosztási konfliktusok rendezésének módja. A természetbeni kikényszerítés melletti fontos érv lehet, hogy a bíróság nem szívesen vesz részt igazságossági kérdések eldöntésében, és erre a természetbeni kikényszerítés jó menekülőútnak kínálkozik. Tegyük fel, hogy egy építész elvállal egy munkát, amelyet végül nem teljesít a megállapodás szerinti minőségben – rosszabb a végeredmény, mint amiben megállapodtak! A rosszabb minőség a vevő számára alig jelent kárt, viszont a magasabb minőség jelentős többletköltséggel járna a szolgáltatónak. Tegyük fel, hogy a jogosult elmaradt haszna és a szükséges többletköltség a bíróság előtt is ismert!

Kártérítési megoldás esetén komoly gond lenne, hogy a bíróságnak egy elosztási kérdésről, az „igazságosság” kérdéséről kell döntenie: nyilvánvaló, hogy a kártérítés minimum a valós kár, a maximum az amiatti költségmegtakarítás kellene, hogy legyen. De mekkora legyen? Miképpen ossza meg a bíróság a megállapodott minőség eléréséhez szükséges többletköltség és az abból elérhető haszon közötti különbséget a felek között? Ha csak az elmaradt hasznot ítéli meg, akkor a megtakarítás a nem minőség szerint szolgáltató építésznél marad. Ha a költségmegtakarítást vonja el, akkor az ingatlantulajdonos jut a valós kárát meghaladó összeghez.¹⁰⁶

Mi történne, ha a megoldás természetbeni teljesítés lenne? Az építésznek nem lenne más lehetősége, mint tárgyalásokat kezdeni a tulajdonossal. Vélhetően a két fél végül megegyezne valamilyen elosztásban – feltéve, hogy a tranzakciós költségeket alacsonyan lehet tartani. Természetbeni kikényszerítésnél ez tehát a bíróság fő feladata: valamilyen módon rá kellene bírni a feleket az alku megkötésére. Ezt nevezte Williamson, McNeil nyomán, kétoldalú irányításnak. Természetbeni kikényszerítésnél a bíróság tehát az elosztási kérdések tisztázását a felekre, a szerződésmódosításra bízta. Ha pedig szerződésmódosítás nem jön létre – a legegyszerűbb hüvelykujj-szabályt alkalmazza: betartatja az ígéretet.

1.4. Joggazdaságtani elemzés:

Természetbeni kikényszerítés és szerződéstípusok

Minden jogrendszerben egymás mellett létezik a kártérítés és a természetbeni kikényszerítés. A német jogcsalád a természetbeniből indul ki, és ehhez képest kivételként definiálja a kártérítés eseteit. Az angolszász jogcsaládba tartozó jogrendszerek a kártérítésből indulnak ki, és ehhez képest definiálják a természetbeni kikényszerítés alá tartozó kivételeket. Az előző két pontban tárgyalt ösztönzési különbségek tehát elsősorban nem azért fontosak, mert annak alapján el kell tudni dönteni, hogy az egyik vagy a másik megoldás jobb-e *általában*, hanem azért, mert azok révén eldönthetjük, hogy *bizonyos típusú* szerződések esetén az egyiket vagy a másikat szerencsésebb-e alkalmazni.

¹⁰⁶ Az elosztási problémák egyik jól ismert példája – még, ha a természetbeni teljesítés adott esetben nem is merült fel – az angol Ruxley Electronics and Construction Ltd. v Forsyth ([1995] 3 All E. R. 268 H.L.) eset. Ebben a felperes egy medencét építtetett, amelynek a legmélyebb pontja a szerződés szerint 228 cm (7 láb 6 hüvelyk) kellett volna, hogy legyen, de e helyett csak 210 cm (6 láb 9 hüvelyk) lett. A bíróság tudta, hogy kár ezzel gyakorlatilag nem érte a felperest, viszont az alperes jelentős költséget takarított meg a szerződésszegés révén. Azt is tudni lehetett, hogy amennyiben kártérítésként akkora összeget ítéltek volna meg az alperesnek, amennyibe a medence kimélyítése került volna, az alperes akkor sem mélyítette volna azt ki. (Az esetet lásd R. Posner [2011] pp. 166-167)

A joggazdaságtani könyvek is ezt az utat járják: a különböző szerződéseket valamilyen lényegi jegyük alapján két csoportra próbálják bontani, és megmutatják, hogy az egyik esetben a teljesítésre kötelezés, a másik esetben a kártérítés a hatékonyabb (és igazságosabb) forma. Lássunk néhány ilyen kategorizálást!

Szerencsés vagy szerencsétlen események miatti szerződésszegés? Cooter – Ulen szerint természetbeni kikényszerítéssel akkor kell élni, ha a szerződésszegést szerencsés esemény, míg kártérítéssel akkor, ha szerencsétlen esemény idézte elő (Cooter – Ulen [2005] pp. 276-283). *Szerencsétlen* eseményről akkor beszélnek, ha valamilyen ok miatt megnő a teljesítés költsége. Például, ha egy sztrájk megdrágíthatja egy szolgáltatás befejezését a határidőre. *Szerencsés* eseményről pedig akkor, ha a teljesítéssel járó kiadás ugyan nem nő, de egy vonzó alternatíva megjelenése miatt a nem teljesítés nyereségesebbé válik. Például az eladót megkeresi egy harmadik személy, aki a szerződésben foglalt árnál többet ígér.¹⁰⁷

Adásvétel vagy szolgáltatás? Shavell az adásvételi és a szolgáltatási szerződések (ide értve a gyártási szerződéseket is) között tesz különbséget. (Shavell [2004] pp. 375-377) Előbbiek esetében a teljesítési kötelezettséget tartja szerencsésebb megoldásnak, utóbbiaknál a kártérítést. A logika lényege: ha a szerződés tárgya valamilyen meglévő dolog átruházása, akkor azt viszonylag egyszerűen természetben végre lehet hajtani, csak le kell foglalni és át kell adni. Ezzel szemben a szolgáltatás, különösen a jó minőségű szolgáltatás kikényszerítése lényegesen nehezebb. Az még esetleg elképzelhető, hogy valaki rákényszeríthető a szolgáltatás nyújtására, de – mint az alfejezet elején utaltunk rá – a szolgáltatás minősége, különösen, ha az a bíróság előtt nehezen bizonyítható, ez esetben vélhetően elmarad majd az elvárttól.

Adásvétel esetén a természetbeni kikényszerítés nem csak egyszerűbb, de kevesebb kárt is okoz: az új vevő, az esetek többségében akkor is megszerezheti a dolgot, ha az eredeti szerződést természetben teljesítik. A különbség csak az, hogy ilyenkor nem az eladótól, hanem a vevőtől kell azt megvenni. Shavell azonban fontos különbséget lát itt abban, hogy ki áll az eladói és ki a vevői oldalon.

¹⁰⁷ Az elmélet Kronman (1979) modelljére alapul. Kronman modellje azt mutatja meg, hogy a felek *ex ante*, a szerződéskötéskor is azt foglalják szerződésbe. A szerződéskötés pillanatában a felek a jobb ajánlatról értelemszerűen nem tudnak. Feltétele szerint az eladó nem tud arról, hogy jobb ajánlat lehetséges, míg a vevő igen. Az eladó ekkor el fogja fogadni a természetbeni teljesítés feltételét, hiszen nem látja annak esélyét, hogy emiatt vesztesége lenne. Pontosabban, az eladó kisebb esélyt lát arra, hogy emiatt veszíteni fog, míg a vevő nagyobb esélyét látja annak, hogy nyerni fog rajta – ezért a felek tudnak találni kölcsönösen előnyös, köztes felárat.

Shavell (2006) kritikája ezzel a modellel szemben az, hogy nem világos, miért kéne feltennünk, hogy a vevő nagyobb valószínűséget tulajdonít a jobb ajánlat beérkezésének, mint az eladó. Ha a helyzet fordított lenne, vagyis az eladó szerint lenne annak nagyobb valószínűsége, akkor már nem a természetbeni kikényszerítés, hanem a pénzübeli kártérítés lenne a kölcsönösen előnyös forma *ex ante*.

Ha az eladó kereskedő, míg a vevő fogyasztó – vagyis a tárgy ezzel kikerül a kereskedelmi forgalomból –, akkor szerinte megnő a kártérítés mellett szóló érvek ereje, hiszen a magasabb összeget ajánló harmadik fél vélhetően kevésbé találhatja meg az új tulajdonost, hogy a vételi ajánlatát neki is megfogalmazza. Az érvelés természetesen kevésbé fontos akkor, ha az adott vagyontárgy nyilvántartott, mint az ingatlanok vagy a műtárgyak, hiszen akkor az új tulajdonost nem nehéz megtalálni. Ráadásul ez esetben általában fontosabb a szubjektív értékelés, és ezzel a bírósági tévedés esélye is nagyobb.¹⁰⁸

Kinél van az áru? R. Posner szerint adásvétel esetén érdemes különbséget tenni három eset között: (i) amikor a vevő szeg szerződést (nem akarja kifizetni a megállapított árat), és az eladó birtokában van még a dolog, (ii) amikor a vevő szeg szerződést, de már nála van a dolog, illetve, (iii) amikor az eladó szeg szerződést (nem szállít) (R. Posner [2011] pp. 165-166). Értékelése szerint az első esetben nincs szükség a szerződés kikényszerítésére – vagyis a dolog átadására és az ellenérték kikövetelésére, hanem egyszerűbb, ha az eladó eladja azt másnak, és csak az árkülönbözetért perli kártérítés címén a vevőt. A második esetben is jobb, ha elmarad a természetbeni kikényszerítés, vagyis, ha a dolgot az eladó nem kéri vissza, hanem a teljes árra perli a vevőt. Ezzel szemben, ha az eladó szeg szerződést, akkor az, hogy a természetbeni teljesítés vagy a pénzbeli kártérítés hatékonyabb-e, attól függ, hogy a két fél közül ki tudja egyszerűbben beszerezni a szerződés tárgyát képező árut. Ha az eladó (mert ismeri a piacot, a versenytársait), akkor érdemes természetbeni teljesítést előírni, és akkor ő vásárolja meg, majd továbbítja azt a vevőnek. Ha a vevő (például mert különleges, a szerződésben nem specifikált igényei vannak, és

¹⁰⁸ Shavell értelmezi a természetbeni teljesítés kikötését a pénzzolgáltatás esetére, vagyis amikor a szerződést szegő fél egyszerűen pénz átadásával tartozik a partnerének. Belátható, hogy ez esetben nincs értelme elkülöníteni a természetbeni teljesítés és a tökéletes kártérítés esetét. Mind a kettő a kikötött pénz teljes megfizetését követelné. Shavell bemutatja, hogy pénzzolgáltatás esetén a tökéletes szerződést nem tudjuk helyettesíteni kártérítési kötelezettséggel. A tökéletes szerződés pénz esetén úgy szólna, hogy a teljes összeget a kötelezettnek csak akkor kell megfizetnie, ha ezzel nem sodorja magát végzetes pénzügyi szituációba, nem adósodik el, nem megy csődbe, vagyona nem csökken nullára vagy valamilyen közösen elfogadott nagyon alacsony szintre. (A tökéletes pénzügyi szerződés Shavell-féle felfogása a hatékony kockázatmegosztás elvére támaszkodik.) Ha a kártérítési kötelezettség ekkor is azt mondja ki, hogy nem teljesítés esetén fizesse meg a másik kárát, vagyis a neki ki nem fizetett összeget, akkor ezzel semmit nem tettünk. Éppen ezért Shavell modellje szerint pénzzolgáltatás esetén az újratárgyalás sem vezethet el szerződésmódosításhoz, ha az a helyzet áll fenn, hogy a kötelezettnek a teljesítés nagyobb kárt okoz, mint amennyi hasznot a másiknak hajt. Nincs ugyanis a pénz helyett mit ajánlani. (Nem pénzzolgáltatás esetén a szerződésmódosításnak, a megállapodásnak épp az az előnye, hogy pénzzel helyettesíteni lehet a szolgáltatást.) Ilyenkor a jogrendszer egy megoldást kínál, amely helyettesítheti a tökéletes szerződést: a lehetetlenülést. (Shavell [2004] pp. 308-309)

ezért féltő, hogy az eladó nem pontosan az ő igényeinek megfelelő helyettesítő terméket talál), akkor jobb ezt a vevőre bízni, és egyszerűen kártérítésként megítélni az árkülönbözetet.

Fedezeti ügylet elérhető-e? A természetbeni kikényszerítés kapcsán tehát fontos kérdés lehet, hogy az adott szolgáltatás a piacon beszerezhető-e. Épp most fejtettük ki: ha van hasonló termék, akkor attól függően kell pénzbeli kártérítést vagy természetbeni teljesítést előírni, hogy a vevő vagy az eladó tudja azt könnyebben beszerezni. Ha nincs, akkor felmerül a kártérítés mértékének problémája, amely miatt általában hajlanak a bíróságok arra, hogy – elkerülendő a kárbecslés miatti adminisztrációs költségeket, illetve félve a kár alulbecslésétől – inkább a természetbeni teljesítést követeljék meg.

A fedezeti ügylet egy speciális eseteként tekinthetünk a költségemelkedésre is. Itt az a kérdés, hogy a teljesítési költség emelkedése speciálisan csak az adott szereplőt érinti-e (ez az ún. idioszinkratikus kockázat) vagy az adott piacon jelenlévő összes szereplőt (piaci kockázat). Ha idioszinkratikus kockázatról van szó, akkor azt fedezni lehet, ha a többi szolgáltatótól rendelik meg a szolgáltatást. Itt ismételten az a kérdés, hogy ezt az eladó vagy a vevő tudja egyszerűbben megtenni. Ettől függően kell a természetbeni vagy a pénzbeli kártérítés között választani. (Shavell [2006])

Közös elemek. A különböző előbb látott modellek egyetérteni látszanak abban, hogy költségemelkedés esetén a kártérítés biztosítja a hatékony szerződészséget. A kártérítés egyfajta önszelekciót kényszerít ki: a kárnál alacsonyabb teljesítési költségek esetén teljesítésre, míg magasabbak esetén szerződészségre ösztönzi a kötelezettet. Ez a szelekció persze megjelenhet teljesítésre kötelezés esetén is – de csak akkor, ha a szerződésmódosítás létrejön.

Ezzel szemben, ha a szerződészségre egy jobb ajánlat miatt kerül sor, akkor a tökéletes kártérítés és a természetbeni kikényszerítés a legtöbbször ugyanahhoz az eredményhez vezet. Azonban az új üzletfél miatt megjelenő többletet másképp osztja el a két rendszer. Kártérítés esetén az új ajánlatot elfogadják, a szerződést megszegik. Ebben az esetben a szerződészségő fél tarthatja meg azt a többletet, amellyel az új ár meghaladja a károsult kárát. A teljes többlet hozzá kerül. A teljesítési kötelezettség itt is újratárgyaláshoz vezethet. Két kérdés merül ennek kapcsán fel. Egyrészt, hogy mi lesz ennek az eredménye, beelegyezik-e a jogosult, hogy valamilyen kompenzáció fejében elálljon a szerződéstől, lehetővé téve ezzel a kötelezettnek, hogy a magasabb árat kínáló új vevőt elégítse ki. Másrészt, ha ilyen szerződésmódosítás (felbontás) nem is jön létre, akkor az új vevő meg tudja-e szerezni közvetlenül az eredeti vevőtől a szerződés tárgyát.

Jobb ajánlat miatti szerződészség és természetbeni kikényszerítés esetén – a szerződésmódosítást is figyelem bevéve – tehát négy kimenet lehetséges:

- a) a szerződést felmondják, és a vevő azt az összeget kapja meg, amelyet kártérítésként is megítélnének neki,
- b) a szerződést felmondják, és a vevő a kártérítést meghaladó kompenzáció fejébe megy ebbe bele,
- c) a szerződést nem bontják fel, és a vevő egy második szerződés keretében átadja a szerződés tárgyát az újonnan jelentkező vevőnek,
- d) a szerződést nem bontják fel, és a vevő megtartja a szerződés tárgyát – az nem kerül át az újonnan jelentkező vevőhöz.

Hatékonyági szempontból az első három eset ugyanazt a végeredményt adja: a szerződés tárgya az újonnan felbukkanó vevőhöz kerül. Ezek a megoldások abban különböznek, hogy az eredeti szerződés felszámolásából, felbontásából fakadó haszon másképp oszlik meg. Az első eset elosztási hatása azonos azzal, ami a kártérítési rendszer kimenete lenne. A másodikban és a harmadikban azonban az eredeti vevő már magasabb összeghez jut: kihasznál egy részt a jobb ajánlat miatti többletből. Kihasztnálja a jobb alkupozícióját, amelybe a természetbeni kikényszerítés elve miatt került. Ha a felek alacsony tranzakciós költségek mellett tárgyalhatják újra a szerződésüket, akkor a jogosult alkupozíciója erősebb lesz, többet kap, mint a kártérítés esetén – de az alku végeredménye ugyanolyan hatékony lesz: a dolog az azt legtöbbször értékelő új vevőnél van.

Lássuk, mi a helyzet a negyedik esetben! Itt a vevő valamilyen ok miatt nem egyezett bele a szerződés felbontásába, módosításába. Miért? Elképzelhető, hogy magas a tranzakciós költség, a felek annak ellenére sem tudtak megegyezni, hogy az eredeti szerződés felbontása és az új vevő kielégítése hatékonyabb (többletet hoz, és ezért – a tranzakciós költségeket nem számítva – egyik eredeti szerződő félnek sem hátrányos). De a szerződésmódosítás magas költsége még nem ad választ arra, hogy utólag az eredeti vevő miért nem adta át a szerződés tárgyát az új vevőnek, amint az a c.) esetben történt. Lehet, hogy az új vevő nem tudja azt tőle megvenni: például nem ismerik egymást, az új szereplő nem tudja, hogy ki az eredeti vevő, mert az eladótól esetleg a személyének titokban tartását is kéri. Mint láttuk, épp ezért különíti el egymástól Shavell azt az esetet, amikor a vevő kereskedő attól, amikor magánszemély. Elképzelhető az is, hogy maga a tárgy nem alkalmas továbbadásra: például egy személyes szolgáltatás – a fodrász, az orvos, aki adott időszakban adott ügyfelet, páciens szolgál ki, nem tudja ugyanakkor kiszolgálni a másikat is.¹⁰⁹ A teljesítési kötelezettség tehát ugyanúgy, ahogyan a költségemelkedés esetén, magas tranzakciós költségek esetén is hatékonyági problémákat okozhat.

Egy problémára nem figyeltünk eddig. Csak annyit tudunk, hogy az új vevő magasabb árat ígér. Ez azonban nem zárja ki, hogy az eredeti vevőnek ér töb-

¹⁰⁹ Persze ez csak *ex post* fontos: előzetesen a vevő eladhatja az időpontját, a „szolgáltatás jogát” az új vevőnek – „engedményezheti” rá.

bet a szerződés tárgya. Vegyük az első fejezet példáját, amikor hárman akarnak lakást vásárolni. Az egyik 150-ért, a másik 175-ért, a harmadik 200-ért. A 175-ös fizetési hajlandósággal rendelkező vevő meg is állapodik egy ingatlan tulajdonosával, hogy 100-ért megveszi az ingatlanát. Megjelenik azonban az ingatlan eladójának a 150-es vevő és 130-ért ajánlatot tesz. Abból tehát, hogy az új vevő magasabb ajánlatot tesz, nem következik, hogy az a hatékony, ha hozzá kerül a dolog. És éppen ez a végeredmény a d.) esetben: az eredeti vevő nem fog belegyezni az eredeti szerződés módosításába, és az ingatlant meg fogja tartani. A probléma abból fakadt, hogy az eladó csak a két ár közötti különbséget látja: az új vevő magasabb árat kínál, mint a régi. Ez őt már szerződészegésre motiválhatja. Holott az eredeti vevőnek többet ér a szerződés, csak vele alacsonyabb árban állapodott meg. (Például az eredeti vevőnek jobb a tárgyalási technikája.) Tegyük hozzá: ha a bíróság tökéletes kártérítést tudna megítélni, vagyis ismerné az eredeti vevő 175-ös értékelését, akkor a kártérítés esetén kiderülne, hogy az magasabb, mint az új vevő által ajánlott ár, vagyis innentől a szerződést a kötelezett sem akarná megszegni!¹¹⁰

Röviden: ha (i) a bíróság tökéletes kártérítést ítél meg, (ii) a felek közötti tranzakciók – az újratárgyalás és esetleg a két vevő közötti szerződés – költségmentesek és (iii) a természetbeni kikényszerítés lehetséges, illetve nem jár jelentősen nagyobb költséggel, mint a kártérítés végrehajtása, akkor a két megoldás hatékonysági szempontból pontosan ugyanarra az eredményre vezet – leszámítva az elosztási hatásokat. Ha azonban a három feltétel nem teljesül, akkor egyértelmű hatékonysági érvek szólhatnak egyik vagy másik kikényszerítési forma mellett. Amennyiben a nagyobb veszély az, hogy a bíróság rosszul méri fel a kárt, például a szubjektív érték fontossága, a *helyettesítő termék hiánya* miatt (vagyis amiatt, hogy nem lehetséges a fedezeti ügylet), akkor a természetbeni teljesítés kisebb kárt okoz. Ha a felek közötti tranzakciók költségesek, akkor a kártérítési megoldás tűnik szerencsésebbnek.¹¹¹ De a tranzakciós költségek mellett figyelembe kell venni a végrehajtási problémákat is. A kártérítés végrehajtása egyszerűbb, azt egy probléma akadályozhatja

¹¹⁰ A természetbeni kikényszerítés tehát azt biztosítja, hogy nem kerül az új vevőhöz a szerződés tárgya akkor, ha az neki kevesebbet ér, mint az eredeti vevőnek. A fordítottja sajnos nem igaz: természetbeni kikényszerítés esetén az akkor is az eredeti vevőnél maradhat, ha az új vevőnek többet érne. Ha a tranzakciós költség magas, akkor az ingatlant 150-re értékelő vevő sem biztos, hogy elfogad egy olyan szerződésmódosítási, vagy akár egy olyan új vételi ajánlatot, amelyet egy az ingatlant 175-re értékelő vevő tesz. Ez a tulajdoni védelem hátránya: tárgyalni kell. A kártérítési elv, amennyiben tökéletes kártérítést szabnánk ki, nem vezetne ilyen helyzethez.

¹¹¹ R. Posner a jobb ajánlat esetén éppen ezt hangsúlyozza: ha természetbeni teljesítést írnánk elő, akkor ebben az esetben a már gyakorlatilag létrejött két tranzakció (az eladó és az eredeti vevő, illetve az eladó és az új vevő közötti) mellé egy harmadikat is létre kell hozni, a két vevő közöttit. (R. Posner [2011] p. 164)

meg: ha a vevőnek nincs akkora vagyona, amekkora kártérítést fizetnie kell. Ezt leszámítva a végrehajtás viszonylag – a természetbeni kikényszerítéshez viszonyítva – egyszerű.

Joggyakorlat. Érdeemes az előző elemzéssel szembeállítani a joggyakorlatot. Az amerikai jogban a teljesítésre kötelezés tipikus esetei közé tartozik az olyan áruk adásvétele, amelyeknek nincsen közeli helyettesítőjük (például az ingatlanok, az antik tárgyak, a műalkotások vagy a különleges szakértelmet igénylő munkaszerződések). Ezzel szemben, ha van közeli helyettesítő, akkor a bíróságok általában a kártérítést választják – a kár méréséhez pedig a fedezeti ügylet költségét veszik számításba: a károsult ilyenkor a helyettesítő áru beszerzésének költségeit, elsősorban árát ismertetheti el.

Hasonlóan alakul ez a magyar jogban is. Itt a két kikényszerítési elv között a lehetetlenülés tesz különbséget. Érdeemes azonban már itt felhívni a figyelmet arra, hogy amikor a szerződés természetbeni teljesítéséről, szavatossági jogról – konkrétan az adott dolog kicseréléséről – van szó, akkor Benedek és Gárdos is kifejezetten összekapcsolja a természetbeni teljesítés problémáját az előbb látott gazdasági helyettesíthetőséggel. (A példa annyiban tér el az előző *common law* helyzettől, hogy itt a kérdés nem a dolog átadása, hanem egy hibás teljesített következménye.) Csak a gazdasági értelemben vett helyettesíthető dolgoknál merülhet fel a kicserélés, vagyis a természetbeni kikényszerítés. Benedek és Gárdos példája egy kereskedelmi forgalomban beszerzett használt cikk. Konkrétan például egy meghatározott típusú és gyártmányú autó esetén a kicserélés nem merülhet fel, mert ugyan (jogilag) ezek is helyettesíthető dolgok, de „véleményünk szerint azonban a tv. az ilyen dolog kicserélésére nem kíván módot adni, mert egyedileg meghatározott dolog kicserélésére csak abban az esetben van lehetőség, ha nagy tömegben gyártott és forgalomba hozott, új termékről van szó.” (Benedek – Gárdos [2007] p.1099)¹¹²

A jog alapmegoldásán túl fel kell hívni a figyelmet arra is, hogy a magyar jog is lehetőséget ad a feleknek arra, hogy „kiszereződjenek” a fő szabály, vagyis itt a természetbeni teljesítés kötelezettsége alól. Ilyen lehetőség az, hogy egyszerűen vagylagos szolgáltatást kötnek ki, amelyben a kötelezett választhat a kétféle teljesítési mód között. Ha az egyik egy meghatározott összeg, akkor ezzel visszajutunk az opciós szerződések, vagyis a kártérítés gyakorlatához. Hasonlóképp elképzelhető, hogy olyan szerződést kötnek, amelyből a szolgáltató bánatpénz fizetése mellett kiléphet. Ezeknek a megoldásoknak azonban fontos hátránya a lehetetlenülés esetéhez képest, hogy a feleknek előre *ex ante* meg kell állapodniuk a kártérítés nagyságában – igaz, ha elég magas összegben

¹¹² Benedek és Gárdos élesen elvlasztja e tekintetben azt a kérdést, hogy valami fizikailag (gyakorlatilag, gazdaságilag) helyettesíthető-e attól, hogy valamit a szerződésben fajlagos vagy egyedi szolgáltatásként kötöttek-e ki. (Benedek – Gárdos [2007] pp. 1099)

állapodnak meg, akkor a bíróság az előre megállapodott kártérítés, kötbér mérséklésével „garantálja”, hogy az végül nem haladja meg a kárt, a kártérítéskor egyébként megítélt összeget.

2. LEHETETLENÜLÉS

A lehetetlenülés két kérdést foglal magában, amelyeket az 1959-es polgári törvénykönyv még nem választ szét egyértelműen (312.§), de a 2013-as törvénykönyv már elkülönítve kezeli. Egyrészt lehetetlenülés kapcsán a bíróságnak döntenie kell arról, hogy a szerződést természetben kell-e teljesíteni: a magyar jogban a lehetetlenülés kimondása szükséges ahhoz, hogy a természetbeni kikényszerítésről a kártérítésre térjen át a jog. (6:179.§) Másrészt lehetetlenülről beszélünk akkor is, ha a bíróság a pénzbeli kártérítést engedi el. (6:180.§) Ez utóbbival majd a következő fejezetben foglalkozunk.¹¹³

Az első fejezetben láttuk, hogy az első kérdés kapcsán a joggazdaságtan a hatékony szerződésszegés kérdését emeli ki: nem hatékony, ha olyan szerződéseket kell teljesíteni, amelyek a teljesítéskor többbe kerülnek a kötelezettnek, mint amekkora hasznót a jogosultnak hoznak. Ezt a harmadik fejezetben bemutatott optimális opciós szerződésben a felek maguk is lehetővé tennék: a kötelezett kilépési opciója mindig azt jelenti, hogy a másik kárának megtérítése mellett választhatja a szerződés megszegését, a kártérítés fizetését. A természetbeni kikényszerítésből kiinduló magyar jogban azonban ilyen opció alapesetben nincs: a bíróságnak kell eldöntenie, hogy adott esetben a szerződés teljesítése indokolható, közgazdasági értelemben hatékony-e.

2.1. Magyar jogi megoldás

A teljesítés akkor válik lehetetlenné, ha a szolgáltatás a szerződéskötést követően bekövetkezett okból nem teljesíthető. A lehetetlenné válás jogi, természetbeni (fizikai), érdekbeli, gazdasági okokra visszavezethetően egyaránt bekövetkezhet. A lehetetlenülés leggyakrabban emlegetett esete a *fizikai lehetetlenülés*, de nem feledkezhetünk meg a – joggazdaságtani szempontból lényegesen fontosabb – *gazdasági lehetetlenülről* sem. A fizikai lehetetlenülést általában a *vis maiorral*

¹¹³ A lehetetlenülés következménye a vétkességtől függ. Ha a teljesítés olyan okból vált lehetetlenné, amelyért egyik fél sem felelős, akkor a szerződés megszűnik. Ha a teljesítés olyan okból vált lehetetlenné, amelyért a kötelezett felelős, akkor a jogosultat a teljesítés elmaradása miatt kártérítést illeti meg. Ha a jogosult a felelős, a kötelezett szabadul tartozása alól, és követelheti a jogosulttól kárának (például az elmaradt hasznának) a megtérítését.

azonosítják: olyan akadály, amely elháríthatatlan, amely miatt a szerződést teljesíteni képtelenség. (Az angolszász jogban ezt nevezik szűk értelemben vett lehetetlenülésnek [*impossibility*].) Megsemmisül a szerződés tárgya, személyes szolgáltatás esetén meghal, súlyosan megbetegszik az a személy, akinek azt teljesítenie kellene. Igazából a fizikai lehetetlenüléssel állíthatjuk párba a jogi lehetetlenülést is. Ez is arról szól, hogy a bíróság nem tudja kikényszeríteni a szerződésben vállalt szolgáltatás teljesítését – csak nem fizikai okok, hanem jogi korlátok miatt. Vannak azonban olyan esetek, amikor a teljesítés fizikailag és jogilag ugyan lehetséges, ám *gazdaságilag* súlyosan megterhelné a kötelezettet. Ezeket a joggazdasági irodalom időnként gyakorlati szempontból káros szerződéseknek nevezi (*impracticability*).

A két lehetetlenülés-típus szétválasztása ugyan nem bonyolult, de lássunk rá mégis egy példát! Egy kútúró arra vállalkozik, hogy meghatározott mélységű kutat fúr. A fúrás során azonban kiderül, hogy a talajban olyan kemény gránitréteg található, amelyet az ő fúrófeje nem visz át. Beszerezhető lenne olyan fúrófej, amely azt a réteget is átütné, de ennek költségei jelentősen megnövelnék a szerződés költségeit. Fizikai vagy akár jogi lehetetlenülésről itt nyilvánvalóan nincs szó. A kérdés csak az, hogy ki kell-e azonban kényszeríteni ezt a szerződést, van-e érdekbeli, gazdasági lehetetlenülés?

A teljesítés érdekbeli, gazdasági lehetetlenné válása. Az érdekbeli lehetetlenné válást a bírói gyakorlat akkor ismeri el, ha három feltétel fennáll: a szerződést csak olyan (i) előre nem látott (ii) rendkívüli nehézségek vagy aránytalan áldozatok árán lehetne teljesíteni, amelyet a kötelezettől nem lehet elvárni, és ezek a nehézségek (iii) a szerződéskötés után beállott körülmények miatt jelentkeztek. (Benedek – Gárdos [2007] p. 1127) Kicsit másképp fogalmaz Szladits [1941] a világháború előtti jogot tanulmányozva. Ő a gazdasági lehetetlenülést a *szolgáltatások érdekegyensúlyából* vezeti le: a jog akkor beszél gazdasági lehetetlenülésről, ha ez az érdekegyensúly változik meg jelentősen. Hasonlóképpen fogalmaz a Ptk-javaslat is: „Nem lehet természetbeni teljesítést követelni akkor sem, ha ez a kötelezett számára aránytalanul súlyosabb terhet jelentene, mint amennyi előnyt a jogsérelem orvoslása a jogosult számára nyújtana.” (Kemenes – Vékás [2008] p. 806)

Viszont, mivel a bíróság ilyen lépése, a lehetetlenülés kimondása, a szerződésbe vetett bizalmat aláássa, ezért Szladits szerint „csak olyankor szabad élni vele, ha a viszonyok változása oly mértékű és előreláthatatlan, hogy minden józan számítást felborít, és minden értelmes kockázatvállalást messze meghalad.” (Szladits [1941] p. 496)

Lehetetlen szolgáltatásra irányuló szerződés. A magyar jog kimondja a lehetetlen szolgáltatásra irányuló szerződés semmisségét is (227.§ (2) bek., illetve 6:107.§ (1). bekezdés). A szolgáltatás akkor lehetetlen (szemben a lehetetlenüléssel), ha

a lehetlenség már a szerződéskötés időpontjában fennáll. A lehetlenség oka lehet jogi és fizikai, objektív és szubjektív, természeti és érdekbeli (gazdasági). A lehetlenségért viselt felelősség a lehetlenséghez hasonlóan alakul: ha valamelyik félnek felróható, akkor ő tartozik megfizetni a partnere kárát, a másik pedig szabadul a kötelezettsége alól. Felróható magatartásnak pedig az számít, ha valamelyik fél a szerződés megkötésekor tudta, hogy lehetlenség szolgáltatásra vállalt kötelezettséget. Ha mindketten tudták ezt, illetve a másik félnek is tudnia kellett volna (ha úgy jár el, ahogyan adott helyzetben általában elvárható), akkor a felek a közrehatásuk arányában tartoznak a károkat megtéríteni. Nem igényelhet kártérítést a másik féltől az, aki a lehetlenségről maga is tudott, vagy erről a körülményekből tudnia kellett.

Mindemellett a kialakult gyakorlat nem tesz éles különbséget a lehetlenség és a lehetlenség szolgáltatásra irányuló szerződés között. A lehetlenség szolgáltatásra irányuló szerződés ugyanis idő közben lehetségessé tehető. Például az eredetileg valamilyen jogosultság hiányában a szerződés teljesítésére képtelen fél a szerződés által feltételezett jogot időközben megszerezheti. Amennyiben ezt nem teszi meg, nem tudja megtenni, akkor viszont a lehetlenség kategóriájával – és az ahhoz tartozó vétkességi teszttel – rendezni lehet a kérdést. Például az EBH2003.867 esetben az adásvételkor ugyan az eladó nem volt tulajdonosa az adott ingatlan, ez mégsem tette semmissé a szerződést – a bíróság nem is a szerződés megkötésekor fennálló állapot vizsgálta (lehetlenség szerződés), hanem azt, hogy a teljesítéskor az lehetségessé volt-e (lehetlenség).¹¹⁴ Ugyanez a gondolat jelenik meg a 2013-as Polgári törvénykönyvben is: „A szolgáltatás nem lehetlenség azért, mert a kötelezett a szerződés megkötésekor nem rendelkezik a szolgáltatás tárgyával.” (6:107.§ (1) bek.)

A joggazdaságtani elemzés alapja. A joggazdaságtani elemzés számára az érdekbeli lehetlenség köre bővebb, mint a fizikai vagy a jogi lehetlenség. Közgazdasági értelemben a fizikai lehetlenség egyben érdekbeli lehetlenség is. A közgazdaságtan ugyanis nem szereti a „lehetlenség” kifejezést, inkább csak azt állítja, hogy valaminek nagyon magas (végtelenül magas) a költsége. A fizikai lehetlenség tehát azt jelenti, hogy a teljesítés csak végtelenül magas költséggel lenne lehetségessé. Éppen ezért a következő két alfejezet elsősorban az érdekbeli lehetlenség két feltételének: az aránytalan nehézségnek és az előreláthatóságnak a joggazdaságtani elemzésére vállalkozik.

¹¹⁴ Tegyük hozzá, a joggyakorlat még különbséget tesz aközött, hogy a szerződéskötés pillanatában a szolgáltatás későbbi nyújtására van-e jogi, fizikai lehetségesség. Ha ez kizárt, akkor alkalmazza a lehetlenség szolgáltatás doktrínáját.

2.2. Joggazdaságtani elemzés: aránytalan nehézség

Láttuk, hogy a magyar jog – az előreláthatatlanság mellett – akkor engedi ki a kötelezettet lehetetlenülés címén a szerződésből, ha annak teljesítése rendkívüli, aránytalan nehézséggel járna. Az „aránytalan” és a „rendkívüli” fogalmának pontos értelmezésétől függ, hogy a magyar jogi megoldás, még ha a bírósági döntéstől teszi is függővé a kilépést – szemben a kártérítésen alapuló, ha tetszik, opciós rendszerrel –, mennyiben tér el a hatékony teljesítés első fejezetben látott tesztjétől.

Rendkívüli nehézségek, aránytalan áldozatok: jelentős költségnövekedés, haszoncsökkenés. A fogalmat több módon értelmezhetjük. A joggazdasági elemzések szerint az egyik lehetőség az, ha az *ex ante* várt és az *ex post* megtapasztalt értékek eltéréseiből indulunk ki. Eszerint a lehetetlenülés feltétele az, hogy a kötelezett költségei *jelentősen* nőjenek vagy a jogosult hasznai *jelentősen* csökkenjenek. Ez a teszt, viszonylag könnyen belátható módon eltérhet a hatékony szerződésszegés tesztjétől. Az például, hogy a költség akár jelentősen nő, még nem jelenti azt, hogy hatékony a szerződésből kilépni: lehet, hogy a jogosult kezdeti értékelése oly mértékben eltért a kezdetben várt költségtől, hogy a szerződést még ilyen magasabb költség mellett is jobb teljesíteni. Amennyiben tehát a szerződésből *ex ante* várt hasznok és költségek eltérése jelentős, akkor ez a teszt túl gyakran engedi meg a szerződés megszegését. Amennyiben azonban a szerződés várható többlete (vagyis a szolgáltató költségeinek és a jogosult hasznainak *ex ante* várt eltérése) alacsony, akkor a jelentős költségnövekedés, haszoncsökkenés esetén a szerződésszegés már hatékony. Ilyenkor azonban a szabály túl sok szerződést kényszerít ki: kisebb eltéréskor is felmentést kéne adni a teljesítés alól. A lehetetlenülés ezen felfogása tehát azt jelenti, hogy minél nagyobb a szerződésből várható haszon, annál nagyobb veszély, hogy a jog nem hatékony esetben is szerződésszegést enged majd. Alacsony szerződési többlet esetén pedig fordítva: itt a nem hatékony kikényszerítésre kell felkészülni – például úgy, hogy számolunk az ilyen esetben szükséges szerződésmódosítás lehetőségével.

A nem hatékony szerződésszegés és a nem hatékony kikényszerítés nem egyforma veszélyt jelentenek. A nem hatékony szerződésszegést (például *ex ante* jelentős haszoneltérés esetén) korlátozza, hogy sok esetben a jogosult kárát, pontosabban azt az összeget amennyire ezt a bíróság becsli, a kötelezettnek még meg kell fizetnie. A lehetetlenülés téves elutasítása tehát nagyobb károkat okoz, túl sok kikényszerítéshez vezet, amely ellen gyengébb a rendszerben máshol meglevő ellenszer. Kisebbség a veszély – van védelem – akkor, ha túl könnyen mondják ki a lehetetlenülést.

A költség- és haszonváltozás nagyságának tesztje azt eredményezi, hogy viszonylag kis változás esetén a lehetetlenülést a jog nem hajlandó kimondani.

Ebből annyi bizonyosan következik, hogy a saját költségek és hasznok kisebb változásának (pontosabban az *ex ante* várt értéktől vett kisebb eltéréseknek) a kockázatát a fél a lehetetlenülésem keresztül nem háríthatja át a másik félre. Mivel a saját költségek és hasznok felmérésekor a jobb kockázatviselő (már csak a jobb informáltsága miatt is) kétségkívül ő, ez az elv ennyiben megfelel a hatékony kockázatmegosztásnak.

Szolgáltatások egyensúlya. Láttuk, hogy Szladits érvelése szerint az „aránytalanság” a két fél értékelése közötti aránytalanságot, vagyis a két érték (a költség és a hasznok) egyensúlyának elemzését követelné. Ez az értelmezés a teljesítés hatékonyságának joggazdaságtani tesztjét jelenti. Bírói hiba esetén persze sok hibátényezővel. Ezeket a hibalehetőségeket érdemes a fent bemutatott opciós szerződés, vagyis a kártérítési rendszer esetén látott hibákkal összevetni.

Egyrészt, a lehetetlenülés bírói megállapítása több információt követel, mint a kártérítési rendszer. Épp ezt láttuk az előző fejezetben: az opciós szerződések egyik előnye éppen az volt, hogy a bíróságnak nem kellett megítélni a szerződésszegés hatékonyságát, csak a kártérítés nagyságát. A bíróságnak csak a jogosult, a szerződésszegésem veszteségnél elmaradt hasznokat kell megítélnie, a szerződésből kilépni kívánó fél költség szintjét nem. A lehetetlenülés tesztjénél azonban igen. Ebben az értelemben tehát ez a megoldás több hibalehetőséget rejt magában.

Másrészt viszont, az „értékegyensúly tesztje” a lehetetlenülést nem egyszerűen ahhoz kötné, hogy a teljesítés (hátralévő) várható költsége meghaladja-e a jogosult várt hasznát, hanem jelentősebb eltérést követel. Ezzel elkerülhetjük a szerződésszegésből fakadó kár alulbecslése miatt jelentkező problémákat: ha igaz, hogy a kártérítéskor megítélt kártérítés (illetve a jog kárfogalma) alacsonyabb, mint a szerződésszegésből fakadó valós kár, akkor a kártérítési rendszer, mint a harmadik fejezetben is láttuk, túl gyakori szerződésszegéshez vezet. Emiatt pedig például az elővigyázatosság és az idioszinkratikus beruházások szintje is túl alacsony lesz.

Az egyszerű kártérítési követelménnyel szemben a lehetetlenülés tesztje mellett tehát szólnak komoly – bár a más típusú tévedések veszélyét nem biztos, hogy ellentételező – érvek. Nem feledkezhetünk el azonban arról, hogy a lehetetlenülés kimondásához nem elég az aránytalan nehézség bemutatása, szükséges ahhoz az előreláthatatlanság is. Vagyis még azokban az esetekben sem biztos, hogy kimondható a lehetetlenülés, amikor pedig az aránytalan nehézség miatt a szerződés alól mentesítést kellene adni.

2.3. Joggazdaságtani elemzés: előreláthatóság

A joggazdaságtani, hatékonysági elemzés szerint az aránytalan nehézség egymagában nem elegendő a lehetetlenülés kimondásához. Fontos, hogy az a szerződéskötés pillanatában előre nem látható legyen. Ami pedig a szerződéskötés pillanatában nem látható, arra a szerződésben nem is térhetnek ki a felek. R. Posner szerint a szerződési jog két legfontosabb problémája közül az egyik a szerződéskötéskor előre nem látott és ezért a szerződésben nem rendezett problémák kezelése.¹¹⁵ Egy teljes szerződés pontosan megszabná, hogy melyik kockázatot kinek kell viselnie. Azonban a szerződések hézagosságok, hallgatnak a valószínűtlen eseményekkel járó kockázatokról. A lehetetlenülés ezeknek az eseteknek a megoldására használt jogelv. Kérdés azonban, hogy tényleg hézagosság-e a szerződés. Vegyünk egy egyszerű, fent már látott, példát: ha a szerződés fix árat tartalmaz, az jelentheti azt is, hogy a felek az árváltozás kockázatával előre számoltak, és azt a kötelezettre hátrították, de jelentheti azt is, hogy nem gondoltak rá, és ezért nem szólnak róla. Hogyan dönthető el, hogy a fenti példában a kútfúróval kötött szerződés mit tartalmaz a kemény gránitréteg esetére?

Előre nem láthatóság tesztjei. A lehetetlenülés megállapítása két ok miatt fontos. Egyrészt vannak olyan kockázatok, amelyek kezdetben valóban nem felmérhetők. Másrészt vannak olyanok, amelyek ugyan felismerhetőek lennének, a felektől azonban mégsem várjuk el, hogy azokat előre rendezzék. Az utóbbi esetben, mint az első fejezetben is láthattuk, a fő cél a joggazdaságtan szerint az ösztönzés: arra akarjuk rávenni a feleket, hogy – a szerződéskötési költségek csökkentése érdekében – hagyják a probléma megoldását a bíróságra. Ebből a szempontból roppant fontos, hogy mikor mondja ki a bíróság a lehetetlenülést, hiszen az pontosabb, teljesebb, de egyben drágább szerződéskötésre sarkallhat. Ilyen célt szolgál R. Posner – Rosenfield [1977] első fejezetben a kockázatallokáció kapcsán megismert lehetetlenülési tesztje, vagyis a *jobb kockázatviselőt* kereső döntési elv. Ha ezt alkalmazzuk, akkor a feleknek nem kell meghatározniuk, hogy milyen esetekben nem kell teljesíteni a szerződést, hiszen a bíróság majd várhatóan azokban az esetekben ad felmentést a teljesítés alól, amiket maguk is *ex ante* – hosszas tárgyalás után – kikötnének. Nem kell tehát kiterjednie a szerződésnek arra, hogy mi történjen, ha felbukkan a gránittömb – a bíróság majd mérlegeli, hogy amennyiben az a fúrófej útjába kerül, akkor mi legyen a megoldás. A felek a bíróságra hagyhatják a döntést, mert a bíróság – áttételesen – úgyis azt a megoldást fogja keresni, amit ők a szerződéskötéskor is kerestek volna.

¹¹⁵ A másik, az előző alfejezetben is tárgyalt probléma: a felek opportunizmusa. (R. Posner [2011] pp 115-120.)

Ezzel az érveléssel kapcsolatban azonban az a probléma, hogy előre nem látható események esetében, éppen mivel a felekben fel sem merül a probléma, az ösztönzés szóba sem jöhet. Arra is figyelni kellene tehát, hogy valóban előre nem látható, és ezért a szerződésben nem szabályozott eseményről van-e szó. Lássunk ennek tesztjei közül kettőt!

Joskow [1977] elemzése szerint a lehetetlenülést csak akkor szabad alkalmazni, ha négy feltétel egyszerre teljesül.

1. A szerződést megalapozó feltételek előre nem látható módon változtak meg – a felek a feltételeket tévesen becsülték.
2. A tévedés nem róható fel egyik félnek sem.
3. A teljesítés gazdaságilag lehetetlen.
4. Az a fél, aki a lehetetlenülést kéri, minden racionális lépést megtett annak érdekében, hogy teljesítsen.

Látható, hogy ez az érvelés nem kétoldalú vizsgálatot követel, mint a R. Posner – Rosenfield jobb kockázatviselő tesztje, hanem szűken csak a szerződés lehetetlenülésére hivatkozó fél tetteire koncentrál.

Williamson a lehetetlenülés kimondását olyan teszthez kötné, amely azt vizsgálja, hogy a szerződés általában hallgat-e a teljesítés alóli mentesülés eseteiről, az ehhez vezető kockázatokról vagy csak arról van szó, hogy néhányat kezel, másokat viszont nem (Williamson [1985]). Arra mutat rá, hogy az utóbbi esetben kevésbé kellene a lehetetlenülést kimondani: az újabb kockázatok kezelése kisebb tranzakciós-költséggel járt volna. Éppen ezért ilyen kockázatok megjelenése esetén kevesebb okunk van arra, hogy kiengedjük a feleket, különösen a vélhetően több információval rendelkező felet (a piacon több tranzakciót bonyolító felet, a nagyobb vállalatot) a szerződéses kötelezettségeik alól.¹¹⁶

Szabályozza-e a szerződés az adott problémát? Bármelyik tesztből indulunk is ki, az első kérdés mindenképpen a *szerződés értelmezése*, meg kell válaszolni, hogy a szerződés tartalmaz-e megoldást az adott problémára. A magyar szabályozás szerint külön meg kell vizsgálni, hogy a szerződő felek, ha expliciten nem is mondják ki, nem rendezték-e a problémát. A lehetetlenülésre hivatkozóknak először azt kell bizonyítania, hogy a szerződés valóban nem tartalmaz szabályozást az adott helyzetre. Ha ez sikerül, akkor vizsgálhatók az eddigi kérdések: mentesítsük-e az erre hivatkozó felet a szerződéses kötelezettsége alól.

Első látásra nyilvánvalónak látszik, hogy teljes szerződés nincs, vagyis kiindulhatnánk abból, hogy a szerződés nem tartalmaz minden problémára

¹¹⁶ Williamson ezen modellje is meghúzódhat az angolszász bíróságok azon gyakorlata háttérben, amely szerint inkább a hosszabb, bonyolultabb szerződéseket hajlandók teljesnek tekinteni; és ebből következően annál kisebb eséllyel hajlandók előreláthatatlanság miatt beavatkozni, minél hosszabb, komplexebb egy szerződés. (Eggleston – E. Posner – Zeckhauser [2000])

megoldást. De a helyzet nem ilyen egyszerű. Miért ne tudnának a felek teljes – bár nem tökéletes – szerződést kötni? Lássuk erre Triantis [1992] példáját! A felek ugyan tökéletes szerződés kötésére valóban nem képesek, hiszen túlzottan sokféle lehetőséget kellene külön-külön szabályozni, viszont viszonylag egyszerű módon is tudnak „nagyobb kockázati csoportokat” szabályozni. Például, ha a probléma abból fakad, hogy megnőnek a nyersanyagárak, akkor a teljes szerződés nem feltétlenül azt jelenti, hogy külön-külön megmondjuk, hogy mi a teendő, ha az ár egyik vagy másik okból változik. Elég az árat szabályozni – ez minden árváltozás kapcsán megmondja, hogy ki viselje annak kockázatát, nem tesz azonban különbséget aszerint, hogy miért következik be az.¹¹⁷ (A 4.3. szövegdozoz a lehetetlenülés kapcsán az irodalomban talán leggyakrabban tárgyalt eset közgazdasági elemzésén keresztül mutatja be ennek lehetőségét.)

Triantis [1992, 2000] éppen ezért a joggazdasági problémát nem abban látja, hogy a probléma nem kezelhető, hanem abban, hogy nem hatékonyan kezelik.¹¹⁸ Amikor ugyanis ilyen nagyobb csoportokat hozunk létre, akkor nagyon sokféle kockázat kerülhet azonos csoportba. Vegyük a kútfúrás költségnövekedésének példáját! Tegyük fel, hogy a felek úgy rendelkeznek, hogy a költségnövekedés kockázatát viselje a szolgáltató! A probléma abból fakad, hogy a költségek elszaladásának sokféle oka lehet. Például a munkabérek vagy a nyersanyagárak emelkedése, természeti katasztrófa vagy – mint a példánkban – egy gránittömb felbukkanása. Azonban könnyen lehet, hogy ezek közül egyiket vagy másikat nem ugyanaz a fél tudja könnyebben felismerni, kezelni. Lehet, hogy a megrendelőnek több információja van a természeti körülményekről, míg a kútfúró az, aki jobban ismerheti – és kezelheti – a nyersanyagárak vagy a bérek emelkedésének kockázatát. Amennyiben megfelelő ösztönzőket akarunk teremteni, akkor ezeket az eltérő kockázatokat nem kezelhetjük együtt.

4.3. szövegdozoz. A fix ár melletti közgazdaságtani érvek – lehetetlenülés és infláció

A Westinghouse vállalat urán eladását vállalta hosszú távú szerződésben gyakorlatilag hosszú időre rögzített áron. Amikor azonban az urán piaci ára hirtelen megugrott, akkor a szerződés lehetetlenülésének kimondását kérte. Igazolni tudta, hogy amennyiben az aktuális piaci áron kell beszereznie az uránt, és a rögzített áron adja tovább, akkor csődbe megy. Természetesen a vevők arra hivatkoztak, hogy az ár rögzítve volt – a Westinghouse kockázata volt, hogy mennyiért, hogyan szerzi

¹¹⁷ Triantis [2000] élesen meg is különböztet kétféle szerződésen belüli megoldást: a mennyiségi változókat (elsősorban az árat és a kártérítést) és az egyes eseményeket leíró minőségi változókat. Megmutatja, hogy a mennyiségi változók révén teljes szerződést tudunk kötni.

¹¹⁸ Mint a teljes és tökéletes szerződés definiálásakor, megkülönböztetésekor láttuk, ez a kérdésfeltevés inkább a közgazdaságtani szerződéselmélet, és kevésbé a joggazdaságtan sajátja. Ez az a pont, ahol a kettő összeér.

be az uránt. Ráadásul, ha nem csökkentette az árait, amikor alacsonyabb volt az ár, akkor most áremelkedés esetén se kérjen áremelést.

Az irodalomban viszonylag sokan elemezték, hogy lehetett-e racionális számítás a mögött, hogy a Westinghouse fix árat vállalt. Joskow [1977] arra hívja fel a figyelmet, hogy a biztosítási (kockázatátvállalási) modell mellett a fix árat teljesen racionálissá teszi az is, ha feltesszük, hogy a Westinghouse egyszerűen a szabályozók várható reakcióira játszott. Elképzelhetetlennek tartotta, hogy a szerződéskötéskor érvényben levő szabályok ne változzanak meg, ha az urán ára megugrana. Arra számított, hogy a kormányzat áremelkedés esetén durván be fog avatkozni, és maximálja a felvásárlási árat, piacra dobja a stratégiai urántartalékainak egy részét vagy éppen felszabadítja az importot. Joskow amellet érvel, hogy ezek teljesen racionális várakozások voltak – vagyis egyszerűen arról volt szó, hogy a fix árak kikötésekor a Westinghouse tévedett. Amikor tehát a szerződést lehetetlenülés címén a bíróság felülírta, a Westinghouse tévedésének költségét hárította át a partnerére.

Tegyük hozzá, hogy az érvelést visszajára is lehet fordítani! Perloff [1981] például éppen arra hívja fel a figyelmet, hogy amennyiben a kockázatkerülő szállító (esetünkben a Westinghouse) számol azzal, hogy a bíróság kimondja a lehetetlenülést, akkor lehet, hogy ő is belemegy a fix áras szerződésbe. Esetleg még kockázatsemleges vevővel szemben is. (Ne feledjük, az olcsóbb kockázatviselő elve szerint a kockázatsemleges vevőnek kellene viselnie az árváltozás kockázatát – vagyis végső soron aktuális piaci árhoz kellene indexálni a szerződéses árat vagy eleve az aktuális piaci árat beleírni!) A modellből következik egyébként, hogy amíg az ár nem haladja meg a lehetetlenüléshez szükséges mértéket, addig a kockázatkerülő eladónak fizet kockázat felvállalása miatta kockázatsemleges vevő. (Ez megint csak szemben áll az olcsóbb kockázatviselő tesztjéből következő eredményekkel.)¹¹⁹

Kiszámíthatóság és tranzakciós költségek. Tegyük hozzá, önmagában a lehetetlenülés kimondása nem (még akár a jobb kockázatviselő tesztje alapján sem) feltétlenül csökkenti a tranzakciós költséget! Arra ugyanis elsősorban a bírósági ítélet kiszámíthatósága hat. Vegyük például a *common law* klasszikus felfogását! A *common law* a XIX. század közepéig azon az állásponton volt, hogy lehetetlenülés címén nem ad felmentést a szerződés teljesítése alól (ott persze a kártérítés fizetését is ide értették). Ha például valakinek a termését a háborúzó hadak tették tönkre, ezt nem tekintették *vis maiornak* – a szerződést teljesíteni kellett, a vevő kárát ki kellett fizetni. A megoldás tiszta volt: a kockázatot az eladó viselte, aki valószínűleg ennek költségét beépítette az árba. Vagy ha a felek ezt nem találták kielégítőnek, akkor kiszereződhetek ez alól – például

¹¹⁹ Persze ezt a kérdést már R. Posner – Rosenfield [1977] is érinti. Szerintük a lehetetlenülés, csak akkor tekinthető tranzakciós költséget csökkentő elvnek, ha nem alkalmazzák, amikor valamelyik félnek rejtett információja volt a veszélyről, vagy ha valamelyik fél valamilyen meg nem figyelt tevékenységével előidézhetette, súlyosbíthatta azt.

olyan teljesebb szerződést kötve, amely szerint bizonyos körülmények (például háború) esetén az eladó nem köteles teljesíteni.

A lehetetlenülés mellett sem érvelhetünk tehát egyszerűen a tranzakciós költségekre hivatkozva. Bizonyítani kell, hogy ez a jobb diszpozitív szabály, és nem a kikényszerítés. A szigorú kikényszerítés kiszámíthatóbb szabály. Meg kell indokolni, hogy miért nem ezt a kiszámíthatóbb szabályt tekintjük kiindulópontnak, miért tartalmazza a jogrend a lehetetlenülés intézményét. Vegyük a költségnövekedés példáját! Ha a lehetetlenülés miatt bizonyos emelkedés fölött a bíróság megemeli az árat (azalatt viszont a szolgáltató üzleti kockázatának minősíti), akkor a feleknek előzetesen ismerniük kell azt, hogy a bíróság mikor fog ilyen módon árat emelni, illetve mekkora lesz ez az áremelkedés. Amennyiben a kikényszerítés a diszpozitív szabály, akkor egyszerűbb dolgunk van. Bármilyen olyan okot, amikor a teljesítés alól felmentést akarnak adni a szerződésbe kell foglalniuk.¹²⁰ Idézzük vissza Szladits fent látott érvét: a lehetetlenülés kimondásával a bíróság a szerződésbe vetett bizalmat csökkenti, ezért csak különleges helyzetben szabad élnie vele.

Lehetetlenülés és infláció. A lehetetlenülés kapcsán felmerülő legérdekesebb kérdések általában az általános áremelkedéshez vagy az inflációhoz kötődnek. Megalapozhat-e lehetetlenülést, ha az infláció miatt nőnek meg a költségek? Trimarchi [1991] szerint erre a problémára sokszor nem alkalmazható a hatékony kockázatmegosztás tesztje. Az infláció miatt ugyanis egyik oldalon a teljesítés költségei, míg a másik oldalon a szolgáltatás ára is változik. Ebben az esetben nincs értelme kockázatmegosztással foglalkozni. Lássuk a jobb kockázatviselő teszt kérdéseire adható válaszokat ebben az esetben! Először: az infláció kockázat mindkét fél előtt ugyanannyira ismert volt. Másodszor: az áremelkedés ellen csak fedezeti ügyletekkel lehetne védekezni, de ez nem biztos, hogy a konkrét esetben elérhető. Végezetül harmadszor: ha a kockázatot mestersegesen valamelyik félre telepítjük, akkor az ugyanolyan, mintha őt egy egyszerű fogadásra köteleznénk arról, hogy nőni fog-e az árszínvonal és mennyivel. Ha ilyen körülmények között módosítanánk az eredeti szerződést, és megemelnénk az árat, akkor az nem jelentene mást, mint jövedelemátcsoportosítást a két fél között, igazi ösztönző hatás nélkül. Az ilyen esetben indított lehetetlenülési kereset nem más, mint a fent látott járadékadászat egyik formája.

¹²⁰ A force major jelentése például R. Posner szerint a mai napig az, hogy a felek a szerződésben kikötik, hogy mikor nem kell azt teljesíteni. (R. Posner [2011] pp. 133-134.)

3. GARANCIA: SZAVATOSSÁG ÉS JÓTÁLLÁS

A Ptk. szerint a hibás teljesítésnek két jogkövetkezménye lehet: az egyik a garancia (pontosabban a szavatosság és a jótállás), a másik a kártérítés. A garancia a joggazdaságtani irodalomban azt jelenti, hogy a szállító valamiféle tevékenységet (javítást, kicserélést, árendeményt, pénzvisszafizetést) vállal arra az esetre, ha a szolgáltatás minősége nem megfelelő, hibás. A magyar jog szerint a szavatosság minden esetben megilleti a jogosultat, a kártérítés viszont csak akkor, ha a kötelezett vétkeesen járt el. A két megoldás között a jogosult nem választhat szabadon: bizonyos esetekben csak a szavatossági jogait érvényesítheti. Éppen ezért tekinthető a *pacta sunt servanda* elv egyik legfontosabb megjelenési formájának.

Garanciát vállalhatnak a felek szerződésben vagy előírhatja azt jogszabály. Igaz a magyar jogban a szavatosság csak diszpozitív szabály, de kiszerveződni alóla meglehetősen nehéz.¹²¹

3.1. Magyar jogi megoldás

A szavatosság és a jótállás lényegében abban tér el a kártérítéstől, hogy a szerződésben vállalat kötelezettség alól semmiféle kimentési lehetőséget nem ad – feltéve természetesen, hogy a szerződés nem lehetetlenül. Kártérítéskor, mint majd látjuk, van kimentési lehetőség: amennyiben a károkozó, kötelezett bizonyítaná, hogy a hibás teljesítés a működési körén kívüli elháríthatatlan okra vezethető vissza, akkor elkerülhetné a kártérítést.

Hiba fogalma. Szavatosság, jótállás akkor van, ha egy termék hibás. Annak megítélése azonban nem mindig egyszerű feladat, hogy egy termék mikor tekinthető hibásnak. Erre a magyar jog diszpozitív szabályt ad (ezt a többi diszpozitív szabállyal együtt a tizedik fejezetben elemezzük): a szolgáltatás hibás, ha nem felel meg a szerződésben kikötött *célnak*. Ha konkrét minőségi megjelölést a szerződés nem tartalmaz, akkor a szolgáltatástól elvárja a jog, hogy alkalmasnak legyen arra, amire a forgalomban lévő hasonló szolgáltatások alkalmasak. Fajlagos kötelmek esetén (vagyis, amikor a szerződésben nem kötik ki, hogy konkrétan melyik egyedet kell átadni, hanem csak fajta és mennyiség szerint jelölik meg annak tárgyát) a „forgalomban szokásos jó minőségben” kell teljesíteni. (Ptk. 288.§, illetve 6:123.§ (5) bekezdés)

A szavatossággal, jótállással összefüggésben annyit meg kell jegyezni már itt, hogy a hibát meghatározó törvényi szabályokat lényegesen egyszerűbb

¹²¹ A Ptk. az általános szabályok között (305. §) csak a visszerthes megállapodások hibás teljesítéséről szól. Az ingyenes ügyletek kötelezetteinek e körbe sorolható felelősségét a különös részben, az egyes szerződések tárgyalása kapcsán rögzíti.

felülírni szerződésben, mint a szavatosságra vonatkozó szabályokat – ezért általában inkább a hiba meglehetősen szűk meghatározásával is élnek a felek, és nem a szavatosságot korlátozzák.

Hiba, szavatosság és a jogosult tájékozottsága. A magyar jog hibás teljesítés miatt csak akkor lép (így szavatossági, jótállási alapon is akkor lehet igényt érvényesíteni), ha a hibát a jogosult a szerződéskötés időpontjában nem ismerte és nem is kellett ismernie. Ha valaki a hiba ismeretében köt szerződést, akkor a teljesítéskor a hiba miatt csak akkor léphet fel, ha a hibát a szerződéskötéskor kifogásolta, és a jogait fenntartotta. Tegyük hozzá, a bírói gyakorlat – mivel az ismeret bizonyítása meglehetősen nehéz – az ellenszolgáltatás mértékéből és a szerződéskötés egyéb körülményeiből is megpróbál következtetni arra, hogy a jogosult a hibát a szerződéskötéskor már ismerte-e. Az „ismernie kellett” esetkör ismételten visszavezet a vétkességi felelősség fogalmához: a jogosult, amennyiben úgy járt volna el, ahogyan adott helyzetben elvárható lett volna, akkor fel kellett volna-e ismernie a hibát.

Kellékszavatosság jelentése. A 2013-as törvény ötféle szavatossági jogot nevesít: hibás teljesítés esetén a jogosult elsősorban (i) kijavítást vagy (ii) kicserélést¹²² követelhet, illetve, ha ez nem lehetséges, akkor (iii) árleszállítást igényelhet, (iv) a kötelezett költségére kijavíthatja a hibát¹²³ vagy (v) elállhat a szerződéstől. A szavatossági igények közül bizonyos feltételek betartásával a jogosult választhat – de csak az azonos szinten szabályozott szavatossági jogok (előbb a javítás és a csere, ha ez lehetetlen, akkor az árleszállítás és az elállás) közül.¹²⁴ A kijavítás és kicserélés csak akkor kérhető, ha az lehetséges. Tegyük hozzá, itt a jog vizsgálja a *gazdasági lehetetlenülést* is: amikor az egyik megoldás a kötelezettnek a másik szavatossági igénnyel összehasonlítva aránytalan többletköltséget eredményezne, akkor az nem választható! (A törvény szövege szerint a lehetőség vizsgálatakor figyelembe kell venni a szerződés értékét, a szerződésszegés súlyát, és a jogosultnak okozott kényelmetlenséget.) A bírói gyakorlat tette világossá, hogy ilyenkor mit kell arányosságon érteni: a kicserélés, kijavítás esetén figyelembe kell venni valamennyi szavatossági jogot, vagyis a második lépcsőben elérhetőeket is. Például bírósági ítélet mondja ki (BH1988.378), hogy amennyiben a kijavítás költsége közelíti a dolog forgalmi értékét, akkor a kijavítás terhe aránytalan, és a jogosultnak elálláshoz van joga. A második

¹²² Olyankor, amikor a szerződés nem dolog szolgáltatására – hanem például munka elvégzésére – irányul, a kicserélést értelemszerűen a szolgáltatás ismételt elvégzésének kötelezettségé váltja fel (Ptk. 311. §).

¹²³ Ezt a módszert nem mint szavatossági jogot, hanem mint a kártérítéskor figyelembe veendő költséget ismerte az 1959-es Ptk.

¹²⁴ Tegyük hozzá: ez a rangsor diszpozitív jellegű, azaz a felek a szerződésben attól eltérően rendelkezhetnek. Az eltérést egyedül a fogyasztói szerződések esetén zárja ki a jog.

szintre léphet át a jogosult akkor is, ha a hibát nem megfelelő határidőn belül vagy nem jelentős kényelmetlenség nélkül orvosolja a kötelezett.

Mindkét szinten belül a jogosult választhat. Azonban mindkét esetben van némi korlátja ennek a választásnak. Az első szinten nem választhatja a kettő közül azt a megoldást, amely teljesítése lehetetlen (vagyis nem okozhatja ezzel a lehetetlenülést), vagy amely a kötelezettnek aránytalan terhet jelentene. A második szinten egy elem korlátozza csak a választást: jelentéktelen hiba esetén nincs helye elállásnak.

Az árleszállításkor nem a forgalmi értékből, hanem az eredeti vételárból indul ki a magyar jog, ahhoz képest kell csökkenteni az árat. Vagyis nem tagadható meg az árleszállítás azért, mert a vételár a hibás szolgáltatás értékének megfelel. (Benedek – Gárdos [2007] p. 1098)

Azon keresztül, hogy a szavatossági jogokat a jogrend ilyen egyértelmű sorrendbe rendezi, egyértelműen a természetbeni teljesítésnek ad prioritást. Kiemeli ezt Kemenes és Vékás is: „[...]a ptk. [...] rendszere egyértelmű prioritást ad a természetbeni teljesítést biztosító szavatossági jogoknak. [...] A jogosultnak elsősorban kijavításra vagy kicserélésre van joga, az ellenszolgáltatás leszállítása, a hiba jogosult általi kijavítása vagy kijavíttatása, és az elállás csak másodszorban jöhet szóba” (Kemenes – Vékás [2008] p. 828).

Alapesetben a szavatossági kötelezettség teljesítése, a szerződés szerű állapot megteremtése miatt felmerülő költség a kötelezettet terheli. Csere vagy elállás esetén a kötelezettnek kell viselnie az ésszerű használatból fakadó értékcsökkenést is. Ilyenkor a kötelezett nem számíthat fel használati díjat, nem kérhet kompenzációt az esetleges értéknövelésért (ha a dolog értéke időközben nőtt, vagy ha új jobb minőségű alkatrészt, tartozékot épített be). A magyar jog logikája szerint a szolgáltató, aki eredetileg hibásan teljesített, a cserével voltaképpen csak a szerződést teljesíti. Éppen ezért használati díj csak kivételesen számítható fel – akkor, ha a használat nem rendeltetésszerű volt, vagy ha a jogosult a jogait visszaélészerűen gyakorolta, illetve rosszhiszemű volt. (Benedek – Gárdos [2007] p. 1117-1118)

Viszont, ha a hibátlan teljesítéshez indokoltan beépített alkatrész, tartozék adottságaiban, funkcióiban eltér, akkor a jogalap nélküli gazdagodás szabályai szerint a költségei megtérítését kérheti. Kicsit pontosítja ezt a szabályt – nagyrészt a bírói gyakorlat alapján – a 2013-as Ptk. (6:167.§): soha nem járna ilyen kompenzáció a kijavításra, cserére, ha a kellékszavatossági határidő jelentős része még nem telt el; ezen idő eltelte után kerül sor, és ha „számottevő” mértékben nő az érték, akkor lehet a költség megtérítését kérni. Nem lehet azonban értéknövekedés miatt a költségek megtérítését kérni a fogyasztóktól.

A jogosult teljesítési kötelezettsége: korlátozott elállási jog. A pacta sunt servanda elve a jogosultat is terheli. Ahogy Benedek és Gárdos fogalmaz: „A jogérvé-

nyesítés során a jogosult nem indulhat ki abból, hogy szerződésszegés esetén neki csak jogai vannak, kötelezettség azonban nem terheli. Ez ellen szól az együttműködési kötelezettség, de több más részletszabály is biztosítja, hogy a jogosult megfelelően gyakorolja jogait.” (Benedek – Gárdos [2007] p. 1137)

A jogosulti kötelezettség legfontosabb eleme a szavatossági jogok hierarchiájából következik: a természetbeni teljesítést szolgáló megoldások kerülnek az első szintre. (Ráadásul azok között sem választhat úgy a jogosult, hogy azzal lehetetlenülést, és így kártérítési helyzetet idézzen elő.)

További korlátozás a jogosult oldalán, hogy a jogosult a szerződéstől nem állhat el szabadon. Csak akkor, ha az elállás törvényben meghatározott feltételei fennállnak. A magyar jog az elállás két változatát szabályozza: amikor arra az érdekmúlás miatt kerül sor, illetve, amikor a szerződés fix (szigorú) teljesítési határidőt tartalmazott, amelyet a kötelezett elmulasztott.¹²⁵ (Tegyük hozzá azonnal: a szigorú határidő nem egyszerűen annyit jelent, hogy a szerződés naptár szerint határozza meg a teljesítés idejét, hanem egyértelműen ki kell fejeznie, hogy a teljesítésnek csakis a meghatározott időben kell történnie!)¹²⁶ Jogilag érdekmúlás akkor következik be, ha a jogosult bizonyítja, hogy a teljesítés már nem áll érdekében, hogy a szerződéssel elérni kívánt célja a kötelezett késedelme miatt már nem érhető el. A bizonyítás tehát az érdekmúlás tekintetében a jogosultat terheli. Jelentéktelen hiba esetén elállásra nincs mód, csak árleszállításra. (Benedek – Gárdos [2007] p. 1098)

Az, hogy az elállás joga csak az érdek megszűnése és annak bizonyítása esetén lehetséges, a *pacta sunt servanda* elv egyik legfontosabb következménye. Ezt ismeri a jogirodalom chikane-tilalomként: a jogosult sem szállhat ki a szerződésből, csak ha arra nyomós indoka van. (A chikane-tilalom második világháború előtti értelmezéséről lásd a 4.4. szövegdobozt!)

Jogosult tájékozási kötelezettsége. A jogosult egyik legfontosabb kötelessége, hogy az 1959-es Ptk. szerint „a körülmények által lehetővé tett legrövidebb időn belül” (307.§ (1) bek.), a 2013-as PTK. szerint pedig „késedelem nélkül” (6:162.§ (2) bek.) kell jeleznie a hibát. A jog végső határidőt is szab a jog érvényesítésének – méghozzá a teljesítéshez, és nem a hiba felismeréséhez kötve. Fogyasztói szerződések esetén ez az idő nem lehet rövidebb, mint két hónap: a két hónapon belül tett hibajelentés mindenképpen „kellő időben” történik.

A jogosult költségtérítési kötelezettsége: más szavatossági jogra való áttérés. Ha a jogosult már választott a szavatossági jogok közül, akkor később csak akkor változtathatja meg a döntését, ha a kötelezett emiatti többletköltségét megtéríti. (Természetesen ilyenkor is figyelembe kell venni a szavatossági jogok alapsor-

¹²⁵ A 2013-as polgári törvénykönyvben ezt fogalmazza meg a 6:154. § (2) bekezdés.

¹²⁶ Amennyiben a jogosult póthatáridőt tűz ki, és a kötelezett az új határidő alatt sem teljesített, akkor hasonlóan a szigorú határidő esetéhez, nincs szükség az érdekmúlás bizonyítására.

rendjét.) A váltást csak akkor teheti meg költségmentesen, ha arra a kötelezett magatartása adott okot vagy egyébként indokolt volt. Az áttérés indokoltságát a joggyakorlat – például – akkor állapítja meg, ha a kötelezettség lehetetlenné válik (kiderül, hogy eleve lehetetlen volt). Ilyen, ha a dolog egyáltalán nem javítható vagy a termék kereskedelmi forgalomban nem beszerezhető többé, a gyártását beszüntették stb.

Jótállás. A jótállás abban tér el a szavatosságtól, hogy az adott időszak alatt a kötelezettet terheli annak bizonyítása, hogy a hiba oka a teljesítés után keletkezett, vagyis a teljesítés nem volt hibás. Az 1959-es Polgári törvénykönyv 283.§ (2) bekezdése, illetve a 2013-as 6:127.§ (2) bekezdése ehhez hozzáteszi, hogy a jogosultnak nem is kell megvizsgálnia azon tulajdonságok meglétét, amelyekre a jótállás kiterjed.

Amennyiben a felek szerződésben kötik ki a jótállást¹²⁷, és a jótállási jogok tekintetében nem állapotodnak meg, úgy a jogosult ugyanazokat a jogokat érvényesítheti, mint szavatosság esetén. Ha azonban a felek ezen jogok közül csak egyet-kettőt jelölnek meg, úgy hibás teljesítés esetén a jogosult jótállásként kizárólag ezekkel élhet. Arra azonban megmarad a joga, hogy igényét szavatossággént próbálja érvényesíteni. Ha a szerződés szerint valamely hibára a jótállás nem is terjed ki, arra a szavatossági jog értelemszerűen fennmarad. (Benedek – Gárdos [2007] p. 934)

Felelősségkizárás. A szavatosság diszpozitív szabály, amelytől a felek szabadon eltérhetnek. Azonban ezt a jogukat erősen korlátozza a felelősségkizárás tilalma, amely miatt ez egy erősen ragadós diszpozitív szabállyá válik. A felelősségkizárás tilalma kógens szabályként tiltja a szándékos, a súlyosan gondatlan vagy a bűncselekménnyel okozott, illetve az életet, testi épséget vagy egészséget károsító szerződésszegésért viselt felelősség szerződéses kizárását. Az 1959-es és a 2013-as polgári törvénykönyv között eltérés van a többi eset szabályozásában. A 2013-as törvénykönyv más esetekben nem korlátozza a felelősségkizárást. Ezzel szemben az 1959-es törvénykönyv szerint ezek esetén ugyan lehetséges volt a felelősségkizárás, de csak akkor, ha „az ezzel járó hátrányt az ellenszolgáltatás megfelelő csökkentése vagy egyéb előny kiegyenlíti”.¹²⁸

¹²⁷ Jótállás alapulhat jogszabályi kötelezettségen is. Talán a legfontosabb ezek közül a tartós fogyasztási cikkek esete (151/2003. (IX. 22.) Korm. rendelet). Ezeknél a jótállási kötelezettség a forgalmazót terheli és a fogyasztási cikk tulajdonosa érvényesítheti azokat – feltéve, hogy fogyasztó. Azonban, ha a *gyártó* a rendeletben foglaltaknál *kedvezőbb jótállási feltételeket* vállalt, akkor a forgalmazót megillető jogok a fogyasztói szerződés teljesítésének időpontjában *átszállnak a fogyasztóra*.

¹²⁸ A bírói gyakorlatot elemezve Benedek – Gárdos [2007] úgy találta (p. 1134), hogy ugyan árengedmény esetén vizsgálni kellene, hogy a minőségi hiba miatti értékcsökkenés nem haladja-e azt meg, de a joggyakorlat meglehetősen általános megfogalmazásokat is elfogad.

A felelősség korlátozása és kizárása ugyan nincs alakszerűséghez kötve (tehát akár szóban, akár utaló magatartással is történhet), de az ilyen esetekre annyiban szigorú követelményeket ír elő a bírói gyakorlat, hogy a szolgáltatónak külön meg kell jelölnie: az ár csökkentése konkrétan a felelősség mely elemének kizárását vagy korlátozását kompenzálja.

Termékszavatosság. A 2013-as törvénykönyv egy új szavatossági formát is beemel a rendszerbe a termék szavatosságot, igaz, csak a fogyasztóknak eladott, ingó dolgok esetén, és csak akkor, ha a termék nem elégíti ki a hatályos minőségi követelményeket, vagy rosszabb, mint a gyártó által adott leírásban szereplő tulajdonságok. Ez közvetlenül a gyártóval (importőrrel) szemben lenne érvényesíthető. (6:168.§) Ő csak akkor mentesül a kötelezettség alól, ha bizonyítja, hogy (a) a terméket nem üzleti tevékenysége vagy önálló foglalkozása körében gyártotta vagy forgalmazta; vagy (b) a termék forgalomba hozatalának időpontjában a hiba a tudomány és a technika állása szerint nem volt felismerhető; vagy (c) a termék hibáját jogszabály vagy kötelező hatósági előírás alkalmazása okozta.

4.4. szövegdoz. Chikane-tilalom a második világháború előtti magyar jogban

A második világháború előtti jogban a szerződési jog egyik legfontosabb kérdése volt az ún. chikane-tilalom. Ez azt jelentette, hogy ugyan a szerződés követeléséhez a jogosultnak (a kor nyelvén hitelezőnek) nem kellett a szerződésen kívül egyén „komoly érdeket” felmutatni, de amennyiben kimutatható, hogy a szolgáltatást kifejezetten a partnere „bosszantására vagy megkárosítására kötötte ki, vagy merőben ebből az okból érvényesíti”, akkor a szerződés érvényesítését a bíróság megtagadhatta. (Almásy [1941] p. 205)

A chikane-tilalommal párhuzamba állíthatók azok a szabályok is, amelyek azt akadályozták meg, hogy valaki jogos érdek nélkül szegje el a szerződést. Az elszegés ebben az időben azt jelentette, hogy a jogosult a kötelezethez intézett nyilatkozatban kijelentette, hogy a szolgáltatást a továbbiakban nem fogadja el. Ez azonban nem egyszerűen a jogosult érdekeitől függött: a kötelezett érdekeire is figyelemmel kellett lenni.

Különösen így volt ez mindaddig, amíg a kötelezett nem sértette meg valamely kötelezettségét. Amennyiben kötelemszegés történt, akkor viszont elvileg egyedül a jogosult döntésétől függött, hogy elszegi-e a szerződést. De csak elvileg, mert „az általános jóhízeműség és ügyleti tisztesség kívánja, hogy a hitelező azt a szolgáltatást, amely még mindig megfelel az ő érdekeinek, ne utasíthassa vissza.” (Szladits [1941] p. 502). Az érdekműlást tehát bizonyítani kellett. A szabály mellett Szladits ismételt a kockázatmegosztás érvét hozza fel: ezzel csökken a kötelezett kocká-

Az sem egyértelmű, hogy mikor lehet az ellenszolgáltatás csökkentését, illetve az egyéb előnyt „megfelelőnek” tekinteni.

zata – a kötelemszegéskor is csak azt a kockázatot kell vállalnia, hogy a jogosult érdeke időközben megszűnt.

Az elszegés után úgy tekintették, mintha a szolgáltatás lehetetlenült volna: ha a kötelemszegés (ezzel gyakorlatilag a lehetetlenülés előidézése) neki felróható volt, akkor a kötelezett kártérítéssel tartozott; ha véletlen, akkor szabadult a kötelezettség alól. Az utóbbi, amit neveztek enyhe elszegésnek is (szigorú elszegés a felróható kötelemszegés esete volt), nem volt más, mint törvényben megengedett elállási jog.

Nem volt szükség külön elszegésre – így az érdekmúlás bizonyítására sem – alkalmi szolgáltatások esetén. Hasonlóan az érdekmúlás bizonyítása nélkül lehetett elszegni a szigorú (fix) lejáratú szolgáltatást késedelem esetén. Szintén mentesült az érdekmúlás igazolása alól az, aki nem fix lejáratú szerződés esetén késedelemkor véghatáridőt tűzött ki, és a kötelezett addig sem teljesített.

3.2. Joggazdaságtani elemzés: kockázatmegosztás

Kemenes – Vékás értékelése szerint a szavatosság és a jótállás lényege nem a kötelezett magatartásának megváltoztatása, ösztönzése, hanem a kármegosztás. Méghozzá a kötelezett számára hátrányos kockázatmegosztás: a hibás teljesítés az üzleti kockázat része. (Kemenes – Vékás [2008] p. 827) A megfogalmazás annyiban kétségekívül szerencsés, hogy felhívja a figyelmet a garancia kapcsán felbukkanó egyik leggyakoribb tévedésre – és cáfolja azt. Szavatossági vagy jótállási jogot nem csak akkor érvényesít a jogosult, ha a kötelezett valamit elrontott. Garanciát akkor is le lehet hívni, ha a szolgáltató semmit nem hibáztott, csak valamilyen probléma miatt a szolgáltatást nem lehet megfelelően használni. Lássunk erre egy példát! Tegyük fel, hogy nem a gyártási folyamat, hanem a nyersanyag volt hibás, amit az eladó nem ismerhetett fel! Ez a nyersanyagprobléma rövid idejű (még szavatossági, jótállási időn belüli) normális használat mellett is meghibásodást okozhat. A szavatosság és a jótállás erre a kárra is fedezetet nyújt: gyakorlatilag egyfajta biztosítást jelent a vevő részére az olyan kockázatok ellen, amelyeket ő nem tud (de lehet, hogy az eladó sem tud) a szerződéskötéskor megbecsülni.

Az érvelés azonban annyiban nem helyes, hogy a kockázat kapcsán természetesen felmerülnek ösztönző hatások is. Az is megváltoztatja a magatartását, aki a kockázatot viselni kénytelen, és az is, aki megszabadul attól. A garancia magatartási hatásai kapcsán a joggazdaságtani irodalom három fontos elemet vizsgál: (i) a biztosítási funkcióját, (ii) az információgyűjtést és feltárást, illetve (iii) az elővigyázatosságot. A következő három pont ezeket a hatásokat elemzi.

Az elemzés során az egyszerűség kedvéért csak három garanciátípust különböztetünk meg: a teljes garanciát, amikor a vevőt hiba esetén olyan helyzetbe hozzák, mintha a hiba meg sem történt volna; a garancia hiányát, amikor a

hibából eredő károkat a vevő viseli; és a részleges garanciát, amikor a kár egy részét a kötelezett nem téríti meg. A létező szavatossági és jótállási szabályok legtöbbször ebbe az utóbbi kategóriába esik. Például, amennyiben a szállító tökéletesen ki is javítja a hibát, az idővesztésért, a garancia igénylésével kapcsolatos bonyodalmak miatti veszteséget (magyarán mindazt a vesződséget, amelyre nem lett volna szükség, ha a termék hibája nem jelentkezik) általában nem térítik meg, ezeket a vevőnek kell viselnie.¹²⁹

Biztosítási funkció. Először tegyük fel, hogy csak a biztosítási funkció a fontos. (Vagyis mind a ketten ugyanazt tudják a kockázatról, és a kockázat ellen egyikük sem tud tenni, egyikük sem tudja csökkenteni azt). A kockázatmegosztásról már többször elmondottak alapján nyilvánvaló: a kockázatot arra a félre kell hárítani, aki a kockázatot jobban viseli. Ha az egyik fél teljes mértékben kockázatsemleges, akkor ő bármilyen kockázatot elvisel – természetesen, amennyiben cserében megkapja annak várható értékét ellentételezéseként. A kockázatkerülő fél a várható értéknél magasabb összegért hajlandó csak ezt a kockázatot viselni. Neki a várható értéknél nagyobb költséget, kellemetlenséget jelent, ha viselni kell azt. Vagyis a két fél tud kölcsönösen előnyös szerződést kötni: ha a kockázatot a kockázatsemleges félre tolják, akkor ezért ő a kár várható értékét várja el minimum, de a kockázattól szabaduló fél ennél többet (a biztos egyenértékest) is hajlandó megadni.

Mint a harmadik fejezetben is láttuk, amennyiben mindkét fél kockázatkerülő, akkor meg kell találni a kockázat optimális megosztását. Ez az a kármegosztási arány, amelytől ha eltérünk, akkor a több kockázatot felvállaló fél már többet kér kárpótlásul, mint amennyit a kockázattól szabaduló fél cserébe fizetni hajlandó. Értelemszerűen, a kockázatkerülés relatív mértéke határozza meg, hogy milyen arányban kell megosztani azt. Ha például a vevő az erősebben kockázatkerülő (számára ugyanazon kár biztos egyenértékese nagyobb költséget jelent – például, mert az eladó egy nagyobb vállalat, amely forgalmának csak kisebb tételét teszi ki az adott szerződés), akkor szerencsésebb, ha a garancia nagyobb – fordított esetben kisebb. A kötelező teljes garancia csak akkor lehet optimális, ha a kötelezett teljesen kockázatsemleges. A jogosult kárát nagyobb részt eltüntető rendszer, például a majdnem teljes kötelező garancia pedig csak akkor lehet hatékony, ha a két fél közül a jogosult szinte mindig sokkal inkább kockázatkerülő, mint a kötelezett.

Végezetül szögezzük le: ha mindkét fél kockázatsemleges, akkor (és csak akkor) a biztosítási funkció nem játszik szerepet, bármilyen kockázatmegosztás optimális lesz!

¹²⁹ Kétségtelenül szerencsésebb lenne a három garanciakategória helyett valamiféle 0-tól 100%-ig futó folyamatos változó alkalmazása (a károk hány százaléka térül meg a garancia révén), de ez meghaladná a mostani könyv kereteit. Az érdeklődők ezeknek a modelleknek a részletesebb leírását megtalálják Wehrt [2000].

Információ. A *magáninformáció* problémájával már többször találkoztunk. Ez olyan információ, amelyet az egyik fél ismer, a másik azonban nem. Például az eladó jobban ismerheti a termék minőségét – minőségen értsük itt azt, hogy milyen valószínűséggel jelentkezik valamilyen hiba a szavatosság, a jótállás időszaka alatt. Amennyiben az eladó rendelkezik magáninformációkkal, akkor a közgazdaságtanban ismert ún. *jelzés-játék* kezdődik. (A 4.5. szövegdobozban bemutatjuk azt az esetet is, amikor a vevőnek vannak magáninformációi.) Az eladó azon keresztül, hogy garanciát vállal, jelzi, hogy az áruja jó minőségű, vagyis a hiba valószínűsége kicsi. A játékelméletben, az információ közgazdaságtanában azonban mindig felmerül a kérdés: miért higgyünk annak, aki valamit állít, miért lenne *hiteles* a jelzés? Ez a jelzés hiteles, ugyanis ha valaki nagyobb garanciát vállal, akkor biztosak lehetünk abban, hogy jobb minőségű az áru, hiszen a rossz minőségű szolgáltatás nyújtójának ugyanaz a garancia többbe kerül. Nála gyakrabban következik be a hiba, nagyobb a várható garanciális kiadása. Vagyis ugyanazért a garanciáért a jobb minőségű szolgáltató kisebb felárat kér.¹³⁰

Belátható, hogy az eladó magáninformációja esetén a kötelező jótállás, a szavatosság, a teljes garancia az optimális megoldás. Amennyiben ugyanis a felek szabadon állapodhatnak meg a garanciában, akkor abból nem lehet a minőségre következtetni. Tegyük fel, hogy az egyik fél kisebb garanciát vállal, vagyis olyat, amely kisebb részben fedezi a kárt, míg a másik nagyobbat! A nagyobb garanciához nagyobb ár kapcsolódik. Nézzünk rá az árakra! Mit mutatnak azok a minőségről? Igazából semmit. Ha a két szolgáltatás, áru minősége ugyanolyan is, akkor is igaz lesz, hogy nagyobb garanciához magasabb ár tartozik. A garancia akkor tölti be jelző-funkcióját, ha azonos garancia mellett térnek el az árak. Érdemes tehát a garanciát egységesen szabályozni, vagyis, hogy a különböző cégek ugyanakkora garanciát adjanak.

Persze, ha az összehasonlítás miatt ugyanakkora garanciát szerencsés is elvárni, az még mindig nyitott kérdés, hogy miért legyen ez teljes garancia, miért nem csak ugyanolyan részleges garancia. A választ a joggazdaságtan abból vezeti le, hogy ez az a garancianagyság, amikor az árkülönbség a legnagyobb – itt a legkönnyebben megfigyelhető az eltérés. Spence [1978] mutatta ki először azt, hogy *amennyiben igaz*, hogy a fogyasztók tendenciózusan alulbecslik a hibák valószínűségét és választhatnak a különböző garanciák és a különböző szolgáltatók között, akkor túlzott optimizmusuk miatt, annak

¹³⁰ Persze ez csak akkor igaz, ha a garanciát valóban be is lehet hajtani. Ha a garancia behajthatatlan – például mivel a hiba nem bizonyítható vagy a garanciát vállalónak nincs kapacitása, vagyona arra – akkor a rossz minőségű szolgáltató is nyugodtan vállalhat garanciát: kikényszeríteni, behajtani úgysem lehet, következménye úgysem lesz.

ellenére a részleges garanciát (vagy éppen a garancia hiányát) és esetleg a rosszabb minőségű szolgáltatókat fogják választani, hogy a valós kockázat ismeretében a teljes garanciát, és a magas minőségű szolgáltatót választanák. Ha előírjuk a teljes garanciát, akkor *lehet*, hogy megváltozik a döntés és inkább a jó minőségű szolgáltató teljes garanciáját választják – függetlenül attól, hogy továbbra is alulbecslik a kockázatot. (Modellért lásd Wehrt [2000]. De csak *lehet*...

4.5. Kétoldalú magáninformáció és a szavatosság, felelősség

A főszövegben abból indultunk ki, hogy magáninformációja a szolgáltatónak van. A vevő azonban vélhetően jobban ismeri azt, hogy egy hiba személyesen neki milyen károkat okoz. Mi történik, ha a vevők eltérő kára visszahat a szolgáltatókra? Ez az eset akkor, ha a kártérítés a vevő valós kárától függ. A vevők magáninformációit a szolgáltatók ún. szűrés révén próbálhatják kideríteni. Ekkor ugyanis nyilvánvaló érdekük, hogy megkülönböztessék a magas és az alacsony „kárú” vevőket. A szűrés alapja, hogy ugyanazért a garanciáért többet hajlandók fizetni azok, akiknél a kár nagyobb. Ha a cég mindenkitől ugyanazt az árat kéri adott nagyságú garanciáért, akkor azt inkább a nagyobb kártól fenyegetett vevők fogják megadni. Ha a szolgáltató különböző garanciákat ajánlhat, akkor a vevők között különbséget tehet: nagyobb garanciát a magasabb kártól fenyegetett vevők választják. Ilyenkor a magasabb garancia árazásakor a szolgáltató már nemcsak azt veheti figyelembe, hogy magasabb garancia esetén a kár nagyobb részét kell megtérítenie, hanem azt is, hogy az azt választó vevők kára is nagyobb – vagyis a nagyobb kár nagyobb részét kell állnia.

Amennyiben mindkét oldalon léteznek magáninformációk, akkor egy a közgazdaságtanban *párosításnak* nevezett folyamatnak kell lefolynia: a jobb minőségű szolgáltatók azokkal szerződnek, akik a hibából nagyobb kárt szenvednek, a rosszabb minőségű terméket kínálókat pedig azokkal, akik számára a hiba esetén a kár nem olyan nagy.

A kötelező garanciának persze költségei, kárai is vannak. Káros lehet a garancia kötelezővé tétele, ha a fogyasztók kára erősen eltér. Lehet, hogy lesznek olyanok, akik megelégednének a rosszabb minőséggel, a nagyobb hibaveszéllyel is, ha cserébe csökkenne az ár. Amennyiben a kötelező teljes garanciát jogszabályban írjuk elő, és tiltjuk annak korlátozását, akkor ez azt is jelenti, hogy az árversenyben hátrányba hozzuk az alacsony minőségű termékek előállítóit. Ők ki is szorulhatnak a piacról. A normális esetben rosszabb minőséggel is megelégedő vevőket a kötelező garancia és az emiatt kialakuló magas ár más

termékek, például illegális termékek felé is fordíthatja. Lehet, hogy összességében rosszabb minőséget kapnak magasabb áron, mintha lehetőség lenne a garancia változtatására.

Endogén kockázat: elővigyázatosság. Az előző két pontban a hibáról feltettük, hogy exogén, vagyis a felek nem tudják befolyásolni a bekövetkezés valószínűségét. Most tegyük fel – szintén az egyszerűség kedvéért –, hogy mindkét fél kockázatsemleges, és nincs magáninformáció sem – pontosabban csak annyi, hogy ki-ki tudja, hogy milyen lépéseket tehetne a kockázat csökkentéséért! (Mint a 4.6. szövegdobozban bemutatjuk, az elővigyázatosság mostani elemzésekor az, hogy az elővigyázatossági lehetőségeket csak az adott fél ismeri, elengedhetetlen feltétel!) Itt a jobb kockázatviselő elve bukkan elő ismét: a két fél közül arra kell a kárt telepíteni, aki azt olcsóbban tudja, tudta volna elhárítani. A jobb kockázatviselő ösztönzői akkor lesznek optimálisak, ha ő viseli a teljes költséget – a kárt és a védekezés költségét is. A teljes garancia teljes egészében az eladóra, a garancia hiánya teljes egészében a vevőre terheli a kockázatot.

A garancia-szabályok elővigyázatossági hatásait befolyásolja, hogy a felek tudnak-e biztosítást kötni. Nyilvánvaló, hogy a biztosítás nagy előnye, hogy az azt megkötő fél kockázatsemlegessé válik: a biztosító átvállalja tőle a kockázatot. Mindemellett azonban az elővigyázatossági ösztönzője is csökkenhet. Vegyük a felelősségbiztosítás példáját! Amennyiben a kötelezett tud ilyet kötni, akkor a későbbi kártérítési kötelezettségeit egy mostani biztosítási díjjal kiválthatja. A kiadások változásának kockázata ugyan eltűnik – egy fix biztosítási díjat kell minden évben megfizetni –, de elképzelhető, hogy emiatt csökken az elővigyázatossági ösztönzője. Biztosítás tudatában csak akkor lesz érdekelt a hiba esélyét csökkentő biztonsági beruházásokban, ha a biztosító közvetlenül meg tudja figyelni és – például a biztosítási díj emelésén keresztül – befolyásolni tudja ezek mennyiségét. Amennyiben ez nem történik meg, akkor a felelősségbiztosítás „lerontja” a garancia ösztönző hatását: az elővigyázatosság hozama elvész a szolgáltató számára: nem nyer semmit azon, ha elővigyázatosabb. Ez a *morális kockázat*: biztosítás tudatában (ha a kockázat nem rajtunk van), csökken az elővigyázatossági ösztönzőnk.

4.6. szövegdoboz. A fogyasztói tájékozottság és a garancia

A joggazdaságtani modellek csak akkor látják igazolhatónak a kötelező garancia – vagy akár a termékfelelősség – bármilyen formáját, ha a vevők nem tökéletesen tájékozottak, pontosabban, ha rosszul becsülik az adott termék meghibásodásának esélyét, illetve a hiba esetén bekövetkező kár nagyságát.

A modell lényege az, hogy a tájékozott fogyasztó a termék megvételekor nemcsak annak árára, hanem minőségére is tekintettel van. A minőség mérőszáma legyen a

várható kár, vagyis a hiba várható esélyének és a kár nagyságának szorzata. Ekkor a fogyasztó tudja, hogy a termék teljes költsége magasabb, mint az érte a vásárláskor fizetendő ár. A teljes költség:

$$TC = C + s + Pr(s)L$$

ahol C a termék „alapköltsége” (ez az, amire nem hat a garancia vagy kártérítés), s a termék minőségét javító, azt biztonságosabbá tevő beruházás költsége, $Pr(s)$ a kár bekövetkezésének esélye (amely annál kisebb, minél nagyobb a biztonsági beruházás), míg L a kár nagysága, ha bekövetkezik. A termék ára legyen a szolgáltató költsége, vagyis garancia nélkül $P = C + s!$

A garancia- vagy kártérítési rendszer ilyenkor egyszerűen azt okozza, hogy mindezek a költségek a kötelezett oldalán merülnek fel, az ár ezen költségelemek összegével lesz egyenlő. A költségminimalizálásban érdekelt kötelezett a második két elem ($s + Pr(s)L$) minimumát keresi, ezért a biztonsági beruházások szintje optimális lesz. Legyen ez s^* . Ha nincs kártérítés vagy garancia, akkor a kiindulópont ugyan az, hogy a termelő nem biztosítja magát és a terméket $P_0 = C$ áron viszi piacra. A vevő azonban a teljes költséggel számol, amely ebben az esetben $TC = C + Pr(s = 0)L$. Ez azonban magasabb, mint az s^* melletti $TC^* = C + s^* + Pr(s^*)L$ érték. Magasabb tehát a vevő költsége, alacsonyabb lesz a keresett mennyiség. A kötelezettnek még úgy is megéri tehát növelni a biztonsági beruházások szintjét, hogy emiatt az árat emelnie kell – ne feledjük a vevő tudja, hogy mennyivel jobb minőséget, milyen várható kárt kap adott áron! Optimális beruházás mellett az ár: $P^* = C + s^*$. A két szabály tehát ugyanahhoz a végeredményhez vezet – a különbség csak az, hogy a kárt a kártérítési rendszeren keresztül a kötelezettre terheljük-e, vagy pedig a jogosulton marad. Amennyiben a garancia- vagy kártérítési rendszer működése költséges, addig annak elhagyása költségmegtakarítással jár, miközben nem eredményez rosszabb, összességben költségesebb termékeket.

A garanciára akkor van szükség, ha a vevő alábecsli a kockázatot – vagy azért, mert nem ismeri a biztonsági beruházás nagyságát, vagy azért, mert annak ismeretében is alábecsli a várható kárt.¹³¹ Ha nem tudja megfigyelni a kockázatot, az *kontraszelekción* vezet: mivel a kötelezett hiába növeli a biztonsági beruházás nagyságát, ezt a vevő nem érzékeli, nem lesz hajlandó ezért (pontosabban az alacsonyabb kárveszély miatt) magasabb árat fizetni, így az ilyen beruházások szintje nagyon alacsonyra, végső esetben nullára csökken. A piacon tehát csak veszélyes, rossz minőségű termékek maradnak.

Az *önkéntes* teljes garancia ilyen esetben segíthet: a vevő tudhatja, hogy a teljes garanciát vállaló partner optimális szintű biztonsági beruházásokat hajtott végre, míg az alacsonyabb beruházásokat vállaló fél nem.

¹³¹ Az irodalomban vitatott, hogy a vevők valóban alulbecslik-e – és nem éppen túlbecslik – a károk esélyét. Vannak olyan jelek, amelyek éppen a túlbecslésre utalnak: például épp az önkéntes garancia esetén mutatnak erre jelek. Amennyiben a vevők magasabb árért plusz-garanciát vásárolhatnak, akkor időnként irracionálisan nagy felárat is hajlandók a hosszabb garanciát megvenni (pontosabban a valós kockázatok mellett, csak extrém kockázatkerülés esetén lenne igazolható a döntésük).

4.1 tábla. Az optimális garanciát meghatározó elemek

| Funkciók | Teljes garancia | Részleges garancia | Nincs garancia | A szempont nem érdekes |
|-------------------------------|---|---------------------------------------|---|---------------------------------|
| Biztosítás | Vevő kockázatke- rülő + Eladó kockázatsemleges | Mindkettő kocká- zatkerülő | Eladó kockázatke- rülő + Vevő kockázatsemleges | Mindkettő kockázatsemleges |
| Információ: szűrés, jelzés | Az eladónak van magáninformációja | Mindkettőnek van magáninformációja | A vevőnek van ma- gáninformációja | Mindketten ugyan- azt tudják |
| Óvintézkedés | Az eladó az olcsóbb kockázatviselő | Mindkét felet ösztönözni kell | A vevő az olcsóbb kockázatviselő | Exogén kockázat |

Az egyes mezőkben azok az esetek, amikor az adott garancia az adott szempont alapján optimális.

Forrás: Parisi [2004]

Áttekintés. Az eddigieket áttekintve álljon itt Parisi [2004] táblája (4.1. tábla), amely azt mutatja, hogy az egyes hatások szempontjából az egyes garanciafajták mikor lehetnek optimálisak. (A táblázathoz egy kiegészítést kell fűznünk: abban az szerepel, hogy a vevő magáninformációja esetén a garancia hiánya az „optimális megoldás”. Úgy kell ezt érteni, hogy amennyiben a vevő magáninformációja esetén nincs garancia, akkor a vevők feltárják a fizetési hajlandóságukat. Többet lesznek hajlandók fizetni a garanciáért azok, akiknél a kár nagyobb. Ha eleve van garancia, akkor ez a vevők közötti eltérés, ez a magáninformáció nem vagy csak lényegesen nehezebben derül ki.)

Jobb kockázatviselő modellje: addicionális kármodell. A joggazdaságtani alapelvek áttekintését lezárva fel kell hívni a figyelmet arra, hogy az eddig bemutatott modell mindent vagy semmit típusú döntéseket tartalmazott: a kockázatot vagy a szolgáltatóra (eladóra) vagy a jogosultra (vevőre) telepítette. Láttuk a harmadik fejezetben, hogy ez nem feltétlenül vezet hatékony kockázatmegosztáshoz: egyes esetekben a kockázatot meg kell osztani.

Kockázatmegosztást a jobb kockázatviselő tesztje alapján is végezhetünk – ha nem is olyan módon, mint azt a harmadik fejezetben láttuk, ahol, mondjuk egyszerűen azon keresztül, hogy az árak növekedését milyen mértékben indexáljuk a nyersanyagárak emelkedéséhez, különböző mértékben oszthatjuk el a kockázatot. A jobb kockázatviselő tesztje a kockázatokat elemenként osztja el. Igaz mindegyiket vagy a jogosultra, vagy a kötelezettre. Ez a joggazdaságtani irodalomban megjelenik az ún. *addicionális kármodell*.

A jobb kockázatviselő tesztje nem állítja, hogy az összes kockázatot vagy az egyik vagy a másik félre kellene tolni. A modell abból indul ki, hogy a kockázat felosztható olyan kockázati elemekre (például az előbb említett nyersanyagár-

emelkedés bekövetkezhet számos ok miatt, ezek az egyes okok a kockázati elemek), amelyek viszont már konkrétan valamelyik félre telepíthetők. Konkrétan, mert a hatékony megoldás az, ha őt és csak őt ösztönözzük. (Vegyük észre így is előállhat az a helyzet, hogy a kockázatokon fele-fele arányban osztoznak, de itt nem arról lesz szó, hogy a nyersanyagár-változás fele épül be az árba! Ha az adott ok ellen a vevő tud jobban védekezni, akkor 100%-ban beépül, ha az eladó, akkor emiatt nem nőhet, illetve nem csökkenhet az ár. A kockázatmegosztás itt azt jelenti, hogy mekkora azon okok potenciális súlya, amelyek az egyik, és amelyek a másik félhez kerülnek.)

3.3. A jogi szabályozás értékelése: részleges, gyakorlatilag kötelező garancia

Az eddigiekben a garancia léteével vagy nemlétével, illetve kötelező voltával foglalkozó joggazdaságtani modelleket láttuk. Nem foglalkoztunk azzal, hogy a garancia „mekkora”, mire terjed ki és mire nem – holott a legtöbb jogrendszerhez hasonlóan a magyarban is ez a szavatosság és a jótállás alapproblémája. A magyar szavatossági, illetve jótállási rendszer sem jelent teljes garanciát, hanem egy sok elemében gyakorlatilag kötelező (a kötelező jótállás esetén kifejezetten kógens, „alapesetben” pedig a felelősségkizárás nehézsége miatt erősen ragadós diszpozitív szabály), de csak részleges garanciának felel meg. Egyrészt bizonyos károkat nem térít meg (a hibás teljesítés miatti veszteségek, például az idő vagy a bosszankodás ellenértékét nem). Másrészt, a teljes garancia azt is követelné, hogy örökgaranciáról legyen szó – a garancia-időszaknak ne legyen vége. Ezzel szemben, a szavatosság és a jótállás is csak egy adott időszakra tart. Végezetül a teljes garancia fogalma minimum azt feltételezné, hogy a vevő kiválaszthatja azt a szavatossági, jótállási jogot, amely neki nagyobb megtérülést jelent – ezzel szemben, láttuk, a vevő általában nem választhatja meg szabadon, hogy milyen jogával él. Még akkor sem, ha egy másik forma (például elállás) esetén kárának nagyobb része térülne meg.

Hiba. Mikor tekintünk egy szolgáltatást hibásnak? Ha a felek a szerződésben másképp nem állapodnak meg, akkor mi legyen a hiba jogi fogalma? A hiba kapcsán a joggazdasági irodalom (lásd pl. Geitsfeld [2009]) két tesztet is kidolgozott: a *vevői várakozások tesztjét* vagy az ún. kockázat-haszon tesztet. Az előbbi esetben azt kellene vizsgálni, hogy a vevő, aki minden tőle elvárható (tehát, többek között, nem túl drágán megszerezhető) információt összegyűjtött, milyen minőséget várt volna el az adott terméktől. A *kockázat-haszon teszt* kulcsa ezzel szemben az, hogy milyen többletköltséggel lehetne csökkenteni az adott hiba esélyét, hatékony lenne-e a magasabb elővigyázatosság (az első

fejezetben látott modell szerint: nagyobb-e a várható kár csökkenése, mint az elővigyázatossági költség növekedése).¹³¹

Mindkét teszt meglehetősen nagy bizonyítási terhet ró a bíróságra. Például egy olcsó, de rosszabb töréstartó autónál vizsgálni kellene, hogy a jobb termékminőség miatt mennyivel emelkedne az előállítási költség, illetve, hogy egy racionális fogyasztónak milyen minőséget kellett volna elvárnia.

A nehéz bizonyítás miatt a jog hibatípusokat megkülönböztetve keres kibúvót. A jog és joggazdaságtan a hibák három típusát ismeri: a gyártási hibákat (amelyek az adott termékek egyes darabjainál fordulnak elő), a tervezési hibákat (amelyek egy egész terméknel jelen vannak), illetve a tájékoztatási hibákat. A különböző jogrendszerek megoldásait e témában, illetve a termékfelelősség kapcsán áttekintő irodalom szerint (Geitsfeld [2009]) a gyártási hibák megítélésakor a jog mellőzi a fenti teszteket: már magát a negatív eltérést a szokásostól hibának tekinti, vagyis gyakorlatilag objektív felelősségi szabályt alkalmaz. A tájékoztatási hibánál szintén eltekint a jog ezektől a tesztektől: helyettük gyakran az ún. utólagos bölcsesség (*hindsight*) tesztjét alkalmazza. Igaz ez inkább jogi hiba: a bíróság a hiba megítélésakor azt a kérdést teszi fel, hogy az adott kockázatról a jogosult tudott-e, és ha igen, mit a szerződés megkötésekor. Ha nem tudott, és nem is kellett tudnia, akkor a szolgáltatót hibásnak ítéli. Így eljárva elfeledkezik azonban arról, hogy az adott hiba kockázata lehet, hogy olyan kicsi volt a szerződés megkötésekor, hogy annak közlése a gondossági teszt alapján indokolatlan lett volna.

Nehezebb a helyzet tervezési hibák esetén. Ilyenkor a bíróságnak le kellene futtatni a vevői várakozások tesztjét, vagy a kockázat-haszon tesztet. Gondoljuk el, az utóbbi azt jelenti, hogy a bíróságnak meg kellene ítélnie, hogy milyen többletköltséggel járt volna a kockázat csökkentése! Össze kellene vetnie egy kisautó és egy másik (pl. egy közepes kategóriájú) autó paramétereit és költségeit. Ettől a bíróság – mivel ez majd minden technológiai információ beszerzését és értelmezését megkövetelné – általában tartózkodik.

Költségcsökkentés: a hibázót védő jogok és a jogosult önvédelme. Az, hogy a szavatosság, illetve a jótállás a természetbeni kikényszerítést szolgáló, és nem a kár megtérítésére törekvő jogelv, jól látszik abból, hogy hiba esetén sem engedi meg a jogosultnak a kártérítés azonnali követelését. A hibázót védő szabályok jó része igazolható az *addicionális kármodell* és a *jobb kockázatviselő tesztje* alapján. Olyan kockázatokhoz kapcsolódó kizáró okokat látunk itt, amelyek ellen a jo-

¹³¹ Az amerikai termékfelelősséget szabályozó kártérítési elv szerint: „a kérdés az, vajon egy ésszerű (*reasonable*) alternatív megoldás, ésszerű költséggel tudná-e csökkenteni a termék miatt fellépő előrelátható kárt, illetve, hogy vajon az alternatív megoldás elmulasztása miatt a termék ésszerűtlenül kockázatosabbá vált-e.” (Restatement (Third) of Torts: Product Liability Section 2(b) comment d)

gosult tud egyszerűbben védekezni. Az például, hogy a jogosult nem választhat szabadon a különböző szavatossági jogok közül, csak meghatározott sorrendben, azt jelenti, hogy a hiba költsége csökken. Hasonlóképp a költségminimalizálást szolgálja a jog módosításának szabálya is: amennyiben a jogosult kiválasztott egy szavatossági jogot, akkor másra csak a többletköltségek átvállalása esetén térhet át – kivéve, ha a kötelezett a jobb kockázatviselő, mivel a váltást az ő magatartása tette szükségsszerűvé. A másik oldalról a jogosult önvédelmi joga (az ellenszolgáltatás visszatartása, a szolgáltatás visszautasítása) szintén igazolható a jobb kockázatviselő tesztje alapján. Amennyiben a kárveszély jelentős, és a várható kárt (a hiba, a javítás költségét) a jogosult ilyen egyszerű lépésekkel csökkenteni képes, akkor szerencsés erre a kockázatcsökkentő lépésre ösztönözni – vagy legalábbis megadni neki a jogot arra, hogy ezt megtegye.

A jogosult lehetőségeinek korlátozása mellett találunk azonban a jobb kockázatviselő tesztje mellett más érvet is. Nem nehéz belátni, hogy amennyiben nem kellene mindig az eladó számára kevésbé terhes (kisebb költséggel megvalósítható) megoldásból elindulni, akkor komoly zsarolási lehetőség, az opportunista szerződésszegés vagy éppen opportunista szerződésmódosítás esélye kerülne a jogosult kezébe. Akadályozási (*hold up*) problémával, illetve nem hatékony kárenyhítéssel szembesülnénk: mivel a szabadon választott reparációs technika nagy veszteséggel fenyegeti az eladót, így ő kénytelen lenne a kváziaradéknak a kárelhárításhoz feltétlenül szükséges részén felüli részéről is lemondani egy alku keretében.

Hatékony szerződésszegés: aránytalanság tesztje. A szavatosság érvényesítésének feltételeként szabott aránytalanság gyakorlatilag egy újabb formája a lehetetlenülés kapcsán bemutatott modellnek. Nem jelent ugyanis mást, mint hogy amikor a természetbeni teljesítés (javítás, csere) költsége túl magas, akkor a jog áttér a második szintű szavatossági jogokra, vagyis a pénzbeli kártérítési formákra – igaz nem általában bármelyikre, hanem a jogosult kezét megkötve csak az árengedményre, illetve az elállásra. A teszt itteni hatása egy fontos elemében tér el a lehetetlenülésnél látott következményeitől. A bírósági tévedés esélye itt is nagyobb, mint az előző fejezetben látott opciós szerződések esetén, de itt a teszt már nyilvánvalóan a két fél érdekeinek összemérése, vagyis a szavatossági jog kötelezett által érzékelt költségét és a jogosult hasznait kell összevetni. (Hozzátehetjük: a jogosult önvédelme kapcsán tárgyalt eszközök léte egyben azt is jelenti, hogy a természetbeni teljesítés alól nemcsak a bíróság adhat lehetetlenülés, illetve aránytalanság címén felmentést, hanem deklarálhatja azt a jogosult is.)

A jogosult információszerezési kötelezettsége. A magyar jog is – az előbb látott, addicionális kármodellnek megfelelően – megpróbálja leválasztani azokat az elemeket, amelyekben a fogyasztó a jobb kockázatviselő, és kivonni őket a

szavatosság, a jótállás alól. Ezek ellen a jogosult egyszerűen védekezni tud, a jog ezért nem nyújt számára garanciát. Ezen kockázatok egyike lehet az információhiány. Ha a jogosulttól elvárható lett volna, hogy információt gyűjtsön, ez azt jelenti, hogy nagy valószínűség szerint ő a jobb kockázatviselő, tehát az adott kockázatot rá hatékony terhelni – a szolgáltatót a szavatossági kötelezettségei alól mentesíteni.

A közgazdaságtani, joggazdaságtani irodalom a hibák és az információ viszonyát vizsgálva Nelson [1970] óta több formát különít el. Garancia kapcsán a legfontosabb különbség az, hogy léteznek keresési, tapasztalati javak, keresési és tapasztalati tulajdonságok.¹³² A keresési tulajdonságok azok, amelyek már a vétel előtt ismertek. A tapasztalati tulajdonságok a vásárláskor, szerződéskötéskor még nem ismerhetők fel, csak a későbbiekben a fogyasztás során kerül velük tisztába a fogyasztó. Amikor a legtöbb jogrendhez hasonlóan a magyar is azt mondja ki, hogy azokra a károkra, amelyek a szerződéskötéskor (vásárláskor) ismertek voltak vagy ismertek lehettek volna a vevő előtt, nem terjed ki a garancia, ezzel tulajdonképpen a keresési tulajdonságokat veszi ki a jogrendszer a garancia alapjából. Az ok nyilvánvaló: ezek esetében nincs szó az eladó magáninformációjáról – a vevő azt ugyanúgy ismerhette. Ha nem ismerte, akkor az azért van, mert ő nem volt kellően elővigyázatos – holott az adott információ megszerzése olyan elővigyázatossági lépés, amelyben ő a jobb kockázatviselő.

A jogosult közrehatása miatti garancia-korlátozás. Az addicionális kármodell azokat az elemeket zárja ki tehát a garancia köréből, amikor a jogosult a jobb kockázatviselő. Az addicionális kármodell azonban nem vezet mindig hatékony eredményre. Láttuk a harmadik fejezetben, hogy léteznek olyan esetek, amikor nem lehet ilyen módon felbontani a kockázatot, amikor nem mondhatjuk, hogy bizonyos elemeket az egyik, bizonyos elemeket a másik fél tud jobban viselni. Ilyenkor a hatékony kockázatmegosztás esetén mind a két félnek lépéseket kellene tennie. Mi történjen akkor, ha mindkét félnek védekeznie kellett volna, de egyik fél elővigyázatossága sem volt optimális? A kérdés általában úgy merül fel, hogy a jogosult, a károsult közrehatása miatt teljesen hárítsuk-e rá a hiba kockázatát vagy csak osszuk azt meg a két fél között. A kártérítésnél szerencsésebb helyzetben leszünk: ott a kármegosztás lehetséges; garancia esetében annyiban nehezebb a helyzet, hogy itt – mint láttuk – általában vagy-vagy kérdéssel szembesülünk: vagy van szavatosság, jótállás, vagy nincs. Ha csak két alternatívánk van, akkor néha nincs jó választás. Lássuk erre Geistfeld [2009] példáját! Mi történjen akkor, ha az autó akkor hibásodott meg, amikor az autóvezető a megengedett sebességhatárt átlépve vezetett vagy a termék hibája akkor jelentkezett, amikor a vevő a használati utasításban leírt haszná-

¹³² A modell egyéb elemeire, a tapasztalati és a tapasztalás utáni (más néven bizalmi) javak közötti különbségre az információk kapcsán a nyolcadik fejezetben térünk ki.

latnál „intenzívebben” használta a terméket? Nyilvánvaló, hogy a szolgáltató tudhatja, hogy a terméket időnként így is fogják használni. Tegyük fel, hogy a szolgáltató az ilyen túlzottan kockázatos helyzetekre is ki tud találni elővigyázatossági lépéseket, az ilyenkor bekövetkező lépések kockázatát is tudja csökkenteni – és ezeket fel is vállalná, ha a szavatossággal számolnia kellene! Azonban ha a károsult közrehatása kizárja a szavatosság érvényesítését, akkor nem fogja megtenni azokat az elővigyázatossági lépéseket, amelyek az ilyen helyzetekben, vagyis a másik gondatlansága (példánkban: gyors vezetés) esetén is védene a kártól.¹³³

Garanciaidőszak korlátozása. A jogérvényesítés időtartamának korlátozása mellett általában a bizonyítási nehézségeket hozzák fel. Minél később jelentkezik egy kár, annál kisebb a valószínűsége, hogy már az átvételkor is létező probléma megjelenéséről van szó – annál valószínűbb, hogy az később, a használat során keletkezett. Vagyis minél távolabb kerülünk az adásvételtől, annál nagyobb szerepet játszik a vevő elővigyázatossága. Ez persze nem mindig van így.

Érdekesebb ennél, hogy maguk a felek (akik vélhetően nem érzékenyek az ügyet eldöntő harmadik fél, a bíróság költségeire) sem feltétlenül szeretnék örökgaranciát. Ha a garanciát szabadon köthetnék ki szerződésben, akkor sem biztos, hogy a termék várható élettartamára kiterjedő garanciát kötnének ki – még akkor sem, ha egy kockázatkerülő vevő és egy kockázatsemleges eladó (vagyis egy tipikusnak gondolt fogyasztói szerződés két szereplője) szerződne egymással. Tudjuk, hogy ekkor a garancia kölcsönösen előnyös megállapodás: ugyanazon várható kár nagyobbban tűnik a kockázatot jobban kerülő döntéshozó számára. Azért, hogy magát biztonságban tudja, ezért a vevő többet lesz hajlandó maximálisan fizetni, mint amennyit az eladó elvár: a vevő fizetési hajlandósága nagyobb lesz, mint az eladó elfogadási hajlandósága. A garancia indoka tehát a két fél kockázatértékelése közötti eltérés. A garancia azonban nem csak arról szól, hogy a ma (rövid távon) esetleg bekövetkező károk kockázatát ki viselje – a kérdésünk éppen az most, hogy a hosszabb idő múlva esetleg bekövetkező károkat kire telepítsük. (Wehrt [2000]) Induljunk ki abból, hogy a későbbi károkat mindkét fél mindig kisebbnek érzi, mint az azonnal bekövetkezőket. Ezt nevezi a közgazdaságtan *diszkontálásnak*: keressük azt a mostani költség- és hasznoszintet, amely a döntéshozó számára ugyanakkora jöletti veszteséggel vagy nyerséggel jár, mint egy jövőbeni költség vagy haszon. A diszkontálás miatt az idő múlásával a két fél kockázatértékelése közötti különbség jelenértéke egyre kisebb lesz: ahogy újabb és újabb évekkal toljuk ki a

¹³³ Az egyszerűség kedvéért olyan elővigyázatossági lépésről beszélünk, amely kifejezetten az ilyen használatkor bekövetkező hibák esélyét csökkenti. Hasonlóan túl alacsony elővigyázatossági szinthez jutnánk, ha olyan beruházásokat elemzünk, amelyek az ilyen hibák esélyét is – és a normál használat melletti hibákét is – csökkentik.

garancia időszakát, úgy csökken az a többlet, amennyivel a vevő többet hajlandó fizetni azért, hogy egy újabb évi kockázatot levegyen róla a garanciát adó eladó. Ugyan elméletileg, ha a két fél diszkontálása között nincs eltérés, akkor ezen eltérés jelenértéke mindig pozitív lesz, de egyre kisebb. Ha azonban a két fél nem egyforma módon diszkontál, ha igaz, hogy a fogyasztó – már csak élete rövideje miatt is – fontosabbnak érzi a mát, mint a – klasszikusan hosszabb távra tervező – vállalat, akkor ez a különbség idővel negatív is lehet, vagyis, amikor a vevő már nem fizetne annyit a garancia meghosszabbításáért, mint amennyit a partnere elvár. Vagyis elérhetünk egy olyan időpontot, amikor már nem éri meg tovább növelni a garancia hosszát.

Termékszavatosság. Fontos kiemelni, hogy a kellékszavatosság és a jótállás alapvetően csak a szerződő partnerrel szemben érvényesíthető. Éppen ezért javasolja Kemenes és Vékás a magyar jogba beemelni, igaz csak fogyasztói szerződések esetére, a termékiszavatosság intézményét, amely közvetlenül a gyártóval (importőrrel) szemben lenne érvényesíthető.

A probléma elemzésekor abból kell kiindulni, hogy kellékszavatosság révén is el lehet jutni a gyártóig, de csak a szerződések, szavatossági jogok, kártérítési perek sorozatán keresztül: a vevő a kiskereskedővel szemben léphet fel, ő a nagykereskedővel szemben, stb. Ezt az utat egyszerűsíteni le a termékiszavatosság, amely szerint a vevő közvetlenül a gyártóval vagy az importőrrel szemben is érvényesíthetné szavatossági jogait.

A szavatosság, a jótállás csak akkor érvényesíthető, ha annak kötelezettje elérhető, fel lehet vele szemben lépni, képes annak teljesítésére. Például, ha kivonult a piacról, az adott ország jogrendszere számára elérhetetlen, megszűnt vagy csődbe ment, akkor a szavatossági jog kikényszeríthetetlen. Hasonló kikényszerítési problémát okoz az, ha a bíróság téved a szavatosság megítélése során. A termékiszavatosság az ilyen kikényszeríthetetlenség (*judgment-proof*) kockázatát terheli másra. A kellékszavatossági rendszer szerint amennyiben a szerződések láncában egyetlen szereplő is kiesik, akkor a tőle a terméket, szolgáltatást átvevő fél nem tudja a jogait érvényesíteni – miközben vele szemben azt érvényesíthetik. A termékiszavatosság tehát a fogyasztóhoz közelebbi szereplők kockázatát csökkenti: a fogyasztó dönthet úgy, akkor a „szavatossági-lánc” nem megy rajtuk keresztül, hanem egyből annak elejére ugrik.

A kockázatmegosztás mindig ösztönzési hatásokkal is jár. Ebben az esetben is igaz, hogy a kellékszavatossággal járó többletkockázat védekezésre ösztönzi a lánc fogyasztó felőli végén levő szereplőit. Ilyen kockázatminimalizáló, elővigyázatossági lépés lehet az, hogy csak „biztonságosabb” beszállítókkal hajlandók szerződni, ezzel esetleg elfordulva a piacra újonnan belépő kockázatosabb, ismeretlenebb, kisebb partnerektől. Szintén jól dokumentált hatása a szavatossági lánc létezésének, hogy a későbbi szereplők erősebben ellenőrzik

a rajtuk keresztülmenő termékek, szolgáltatások minőségét – függetlenül attól, hogy a lánc elején azt már elvégezték. (Gondoljunk egy olyan importált termékre, amelyet más országban – például az ottani termékfelelősségi vagy termékszavatossági szabályok miatt – már teszteltek, de a lánc megszakadásának veszélyei miatt a lánc későbbi szereplőinek is érdeke ismételten leellenőrizni! Lásd Geitsfeld [2009].) A lánc másik végén, vagyis a gyártó, az importőr, a nagykereskedő oldalán a termékszavatosság hiánya pedig épp arra ösztönöz, hogy inkább olyan partnereket válasszanak, akiknél nagyobb valószínűséggel megszakad a szavatossági lánc. A garanciát, illetve annak költségét senki nem követelheti rajta – nem juthat el hozzá az igény: megakad az adott szolgáltatón; az adott szolgáltatót követő szereplőn marad a költség.

Az el nem feledhető alternatíva: tájékoztatás. Láttuk az elméleti részben, hogy ha a jogosultak tökéletesen tájékozottak lennének, akkor a szavatosság, illetve a jóállás nyilvánvalóan felesleges – sőt kifejezetten káros lenne. Láttuk, hogy a garancia léte mellett a vevők információhiánya, túlzott optimizmusa szól: akkor igazolható, ha a jogosultak alulbecslik a termék kockázatát, annak teljes költségét, beleértve a hibák kijavításának, kárának várható költségét is. A fogyasztók tökéletes tájékozottsága ugyan nem tartható feltevés, de nem feledkezhetünk meg arról sem, hogy léteznek olyan mechanizmusok, amelyek jelentősen növelhetik a fogyasztók informáltságát. Amennyiben ezek működnek, akkor a szavatosság, a jóállás kevésbé fontos, sőt egyre veszélyesebb eszköz lesz.

A jogosultak információkhoz juthatnak a tájékozottabb vevőktől vagy éppen a piacot ismerő ügynököktől. Egy-egy termék megvásárlása, egy-egy szerződés megkötése előtt tájékozódni lehet náluk. De fontos mechanizmus a szolgáltató hírneve, brandje is: ha valaki garancia hiányában rossz minőségű, sok kárt okozó szolgáltatásokat ad, akkor a vevők körében előbb-utóbb elterjed ennek híre. Emiatt a további partnerei magasabb várható kárral számolnak: visszaesik a rossz hírnevű szolgáltatók termékei iránti kereslet.

Könnyű persze felismerni, hogy ezek a mechanizmusok sem tökéletesek. A rövid távon fel nem ismerhető problémákkal, kockázatokkal szemben vélhetően nem védenek. A szolgáltatás, a termék átvétele után sok idővel jelentkező károk esetén a jogosultak nem biztos, hogy felismerik, hogy a hiba eredetileg is megvolt. De az ilyen, későn jelentkező problémák ellen a szavatosság, jóállás is csak nagyon gyenge védelmet ad, hiszen a szavatosságot akkor lehet érvényesíteni, ha a teljesítés hibás voltáról meg lehet győzni a bíróságot is. Ezt azonban a bizonyítási nehézségeken túl, az elévülési, igényérvényesítési időkorlátok akadályozzák.

4. ÖSSZEFOGLALÁS

A természetbeni kikényszerítés esetén, amely a magyar jogban a kikényszerítés-sel kapcsolatos döntések kiindulópontja, az ösztönző hatások sok tekintetben ugyanolyanok, mint a magas (a valós kárt meghaladó) kártérítés esetén lennének. Más megközelítésben a természetbeni kikényszerítés megfelel a tulajdoni védelemnek, vagyis alapesetben a másik fél (a jogosult) szerződéshez fűződő jogait csak akkor sértheti a kötelezett, ha erre előbb tőle engedélyt szerez – ha a szerződést módosítják. Éppen ezért a kártérítéssel összevetve az előnyei és hátrányai is abból érthetők meg, hogy a tulajdoni védelem hogyan viszonyul a kártérítési védelemhez. Amennyiben a nagyobb veszély az, hogy a bíróság rosszul méri fel a kárt, például a szubjektív érték fontossága, a *helyettesítő termék hiánya* miatt (vagyis amiatt, hogy nem lehetséges a fedezeti ügylet), akkor a természetbeni teljesítés kisebb kárt okoz. Hasonlóképp emellett szól az, hogy időnként a kártérítés nehezen megoldható igazságossági, elosztási konfliktusokhoz is vezet. Ha a felek közötti tranzakciók költségesek, akkor a kártérítési megoldás tűnik szerencsésebbnek, illetve figyelembe kell venni a végrehajtási problémákat is, hiszen a kártérítés végrehajtása általában egyszerűbb. Láttuk, hogy amikor a legtöbb jogrendszer a különböző szerződéstípusokhoz eltérő kikényszerítési mechanizmusokat kapcsol, akkor az nagyrészt magyarázható ezzel az eltéréssel.

A valós kárt meghaladó kártérítés egyik legfontosabb hatása a hatékony szerződésszegés akadályozása. Ezt a problémát a magyar jogban a lehetetlenülés doktrínája igyekszik kezelni. Láttuk, hogy amennyiben a lehetetlenülést az arányosság vagy az érdekegyensúly vizsgálatára alapozzuk, akkor közel kerülhetünk a kártérítési rendszerhez. Tegyük hozzá, ez esetben a bírósági tévedés kockázata is hasonló lesz ahhoz: a jogosult hasznáiban való tévedés komoly problémát okoz. Igaz, a lehetetlenülésnél emellett a szolgáltató költségeit is becsülni kell, amely a kártérítéshez képest növeli a tévedés esélyét.

A szavatosság, illetve sok esetben az ezt kiegészítő jótállás intézménye, amely – mint hangsúlyoztuk – nemcsak a szolgáltatót, hanem a jogosultat is köti, a *pacta sunt servanda* elv talán legfontosabb megjelenése a magyar joggyakorlatban, ahol egy (a felelősségkorlátozás nehézsége miatt is) kötelező, de részleges garancia létezik. A részletszabályok a fejezetben megismert ún. addicionális kármodell alapján értelmezhetők: minden kockázatnál keresi a jog a jobb kockázatviselőt. Hogy melyikük ez, az a három ösztönző hatás (a biztosítási funkció; az információszerzés; illetve az elővigyázatosság) vizsgálatával dönthető el.

Irodalomjegyzék

- Almási Antal [1941]: A kötelmi szolgáltatások általában. in: Szladits Károly (szerk.): *Magyar magánjog. Kötelmi jog általános része*. Budapest, Grill.
- Benedek Károly – Gárdos Péter [2007]: A szerződésszegés. in: Gárdos György (szerk.): *A polgári törvénykönyv magyarázata*. Complex, Budapest
- Calabresi, Guido – A. Douglas Malamed [1972/1984]: Tulajdoni szabályok, felelősségi szabályok és az elidegeníthetetlenség: a székesegyház egyik látképe. in: Harmati Attila – Sajó András (szerk.) *A jog gazdasági elemzése*. KJK, Budapest, 1984
- Cooter, Robert – Thomas Ulen [2005]: *Jog és közgazdaságtan*. Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest
- Eggleston, Karen – Eric A. Posner – Richard Zeckhauser [2000], *The Design and Interpretation of Contracts: Why Complexity Matters*. *Northwestern University Law Review* 95, pp. 91-132
- Geitsfeld, Mark A. [2009], *Product liability*. in: Faure, M. (ed.): *Tort law and economics*. Cheltenham, Edward Edgar Publishing
- Graziano, Thomas Kadner – Bóka János [2010]: *Összehasonlító szerződési jog*. Complex, Budapest
- Joskow, Paul L. [1977], *Commercial Impossibility, the Uranium Market and the Westinghouse Case*. *Journal of Legal Studies* 6, 119-176.
- Kronman, Anthony T. [1979]. *Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts*. *Journal of Legal Studies* 7, 1 ff.
- Nelson, Philip [1970], *Information and Consumer Behavior*. *Journal of Political Economy* 78, pp. 311-329.
- Parisi, Francesco [2004], *The Harmonization of Legal Warranties in European Sales Law: An Economic Analysis*. *American Journal of Comparative Law*, Vol. 52, No. 2, Spring 2004
- Perloff, Jeffrey M. [1981], *The Effects of Breaches of Forward Contracts Due to Unanticipated Price Changes*. *Journal of Legal Studies* 10, pp. 221-235.
- Posner, Richard A. – Andrew M. Rosenfield [1977], *'Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis'*, *Journal of Legal Studies* 6, pp. 88.
- Posner, Richard A. [1998], *Economic Analysis of Law*, New York: Aspen Law and Business
- Shavell, Steven [2004], *Foundations of Economic Analysis of Law*, Belknap Press
- Shavell, Steven [2006], *Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis*. *Texas Law Review* 84, pp. 831-876
- Spence, Michael A. [1978], *Consumer Misperception, Product Failure and Product Liability*. *Review of Economic Studies*, 44, 561-72.
- Triantis, George G. [1992], *Contractual Allocation of Unknown Risks: A Critique of the Doctrine of Commercial Impracticability*. *University of Toronto Law Journal* 42, pp. 450-483.
- Triantis, George G. [2000], *Unforeseen Contingencies. Risk Allocation in Contracts*. in: Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume III. The Regulation of Contracts*, Cheltenham, Edward Elgar

- Ulen, Thomas [1998], Specific performance. in: Newman (ed.), *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. London: Macmillan Press
- Vékás Lajos [szerk. 2008]: *Szakértői javaslat az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez*. Budapest, Complex
- Wehr, Klaus [2000], Warranties. in: Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume III. The Regulation of Contracts*, Cheltenham, Edward Elgar
- Williamson, Oliver E. [1985], Assessing Contract, 1 *Journal of Law, Economics & Organization* 177-208.

V. fejezet

Kártérítés

Láttuk a harmadik fejezetben, hogy a kártérítésen nyugvó kikényszerítés egy opciós szerződést jelent. A kártérítés egy „decentralizált rendszer”, ahol a felek maguk – pontosabban a szolgáltatók, a kötelezettek – dönthetik el, hogy teljesítenek-e egy szerződést vagy megszegik azt, kilépnek belőle. Láttuk az első és a harmadik fejezetben, hogy amennyiben a kártérítést optimálisan állítjuk be, akkor az ösztönzők optimálisak lesznek. Láttuk, hogy amennyiben a kártérítés elmarad a valós kártól, ami a jog kárfogalma miatt valószínű, akkor a kártérítés emelése

1. a kötelezettet erősebben ösztönzi információszerzésre a szerződéskötés előtt – de csökkentheti az információszerzési ösztönzőt a szerződéskötés után;
2. a kötelezettet megfontoltabb partnerkeresésre sarkallja;
3. a kötelezettet pontosabb szerződések írásában teszi érdekeltté;
4. kockázatmegosztást a kötelezett irányába tolja el;
5. a kötelezettet erősebben ösztönzi a teljesítésre és
6. az elővigyázatosságra;
7. a jogosultat több idioszinkratikus beruházásra ösztönzi; viszont
8. nem hat a kárenyhítésre;
9. csökkenti az újratárgyalás esélyét.

Ebben a fejezetben a magyar kártérítési jog alapelveinek áttekintése után először a felelősség kérdését vizsgáljuk: milyen felelősség terheli a szerződést megszegő felet, mikor kell kártérítést fizetnie. Bevezetjük a szerződésen kívüli (deliktualis) felelősség körében ismert ún. *szolgáltatói felelősség* (*enterprise liability*) fogalmát, mert ez jó analógia a magyar szerződésszegéssel történő károkozás vizsgálatakor: olyan rendszert jelöl ez, ahol ugyan elvileg a megelőzés érdekében tett lépéseket vizsgálja a bíróság, de az elvárt magatartás tudatosan lényegesen magasabb, mint amit az „elvárhatóság”, a hatékonyság indokolna. Itt vizsgáljuk a magyar jog két olyan specialitását, amely a klasszikus joggazdaságtani elemzésekben gyakran elsikkad: a fordított bizonyítási terhet, illetve a lehetetlenülés kapcsolatát a felelősséggel. A második alfejezet a kártérítés nagyságával foglalkozik. Megkülönböztetjük a pénzbeli kártérítés három fontosabb formáját (az elmaradt haszon alapú kártérítést, a *negatív interessét*

és a restitúciót), illetve a kár négy, a magyar jogban ismert elemét (az elmaradt hasznot, a vagyon értékcsökkenését, a kárenyhítésre fordított költségeket, illetve a nem vagyoni károkat). A harmadik alfejezet a különböző kármérési technikák és a harmadik fejezetben bemutatott ösztönzők kapcsolatát elemezzük majd. A negyedik alfejezet a kár mértékét korlátozó egyik legfontosabb tényezővel, a magyar jogba a 2013-as Polgári törvénykönyvvel bekerült ún. előreláthatósági szabállyal foglalkozik. Az ötödik alfejezet azokkal a legfontosabb esetekkel foglalkozik, amikor a kártérítés nagyságának megállapításakor nem is a károsult kárából indul ki a jog, hanem tudatosan annál magasabb kártérítést ítél meg – ilyen a haszonelvonas és a büntető kártérítés.

1. A MAGYAR FELELŐSSÉGI, KÁRTÉRÍTÉSI ALAPSZABÁLY

Szerződésszegés esetén a kártérítés a magyar jogban szubszidiárius jelentőségű. Elsősorban nem a garancia előző fejezetben látott intézményei helyett, hanem az azok révén ki nem iktatható károk fedezetére szolgál.

A magyar polgári jog egyik alapelve szerint, a kártérítési felelősségnek négy alapvető feltétele van: (i) a jogellenesség, (ii) a kár, (iii) az okozati összefüggés a kár és az alperes tevékenysége (mulasztása) között, illetve (iv) a kimentés hiánya. A kimentés szerződésen kívüli felelősség esetben azt jelenti, hogy az alperes bizonyítja, hogy a kárt ugyan ő okozta, de nem járt el felróható módon, vagyis úgy járt el, ahogyan az az adott helyzetben általában elvárható.

A szerződésszegéssel okozott károk esetén a 2013-as törvénykönyv első ránézésre jelentős változást hoz. Az 1959-es Ptk. szerint a szerződésszegéssel okozott károkra is ugyanez a kimentési ok állt fenn, ezzel szemben a 2013-as kódex szerint azonban a szerződésszegő fél csak akkor mentesül a kártérítés alól, ha azt bizonyítja, hogy

- (i) a szerződésszegést ellenőrzési körén kívül eső körülmény idézte elő,
- (ii) amely a szerződéskötés időpontjában nem volt előrelátható, és
- (iii) nem volt elvárható tőle, hogy azt elkerülje vagy a kárt elhárítsa.

Meg kell jegyezni azonban, hogy léteznek ennél még szigorúbb, vagy kimentést egyáltalán nem engedő rendszerek is. A magyar jogban például objektív felelősség a munkaadó felelőssége a munkavállalója által (egyébként felróható módon) okozott kárért.¹³⁴

¹³⁴ A joggazdaságtani irodalom ide sorolja a veszélyes üzemi felelősséget is (és a Ptk. kommentárja is objektív, tárgyi felelősségként elemzi azt – Benedek [2007] p. 1245), de ez nem objektív: van kimentési lehetőség. A károkozónak azt kell bizonyítani, hogy a kár oka a működési körén kívül esett, és elháríthatatlan volt.

A károsulttal kapcsolatban a magyar jog alapszabálya: saját felróható magatartására senki nem hivatkozhat.

Jogellenesség. A magyar kártérítési jog logikájából következően minden károkozó magatartás jogellenes, kivéve, ha arra a károkozó kifejezetten felhatalmazást kapott. Vagyis nem kell külön kimondani egy károkozó tevékenység jogellenességét (mint más országok jogában). A jogellenességet a károsultnak az eljárás során nem kell bizonyítania – a károkozó, szerződésszegő félnek kell bizonyítania a kimentéshez, hogy az adott károkozás nem volt jogellenes.

A kár. Ha nincs kár, akkor kártérítési felelősségről sem beszélhetünk. Ha van, akkor a magyar jog az ún. *teljes kártérítés* elvén nyugszik, amely a jog kárfogalmát veszi alapul. A polgári jog a kár három elemét ismeri el: (i) a ténylegesen felmerült kárt (*damnum emergens*), (ii) az elmaradt hasznot (*lucrum cessans*), és (iii) a kár elhárítása, enyhítése miatt felmerült költségeket. Ezen felül a bíróság kompenzációt ítélhet meg a nem vagyoni károk ellentételezésére. Ezek összege azonban elmarad a mindennapi, közgazdasági értelemben vett teljes kártérítéstől, amely az az összeg lenne, amely kompenzálja a károsultat minden kellemetlenségért: a kellemetlenség után (annak következményeit viselve), de a kártérítésből származó magasabb vagyonnal ugyanolyan jóléti szinten van, mint amilyenben a kellemetlenség (és kompenzáció) nélkül lenne.

Az okozati összefüggés. A kártérítés megítéléséhez bizonyítani kell, hogy a károkozó, szerződésszegő fél magatartása és a bekövetkezett kár ok-okozati kapcsolatban van. A magyar joggyakorlatban az okozatosság megítélése nem egyszerű kérdés – nem világos, mennyire szoros kapcsolatot vár el a bíróság, illetve, mennyire közvetett okot tekint még elégségesnek a kártérítés megítéléséhez. A probléma érzékeltetésére álljon itt egy példa! Tegyük fel, hogy egy természeti katasztrófa miatt egy utazási iroda vagy légitársaság nem tudja hazahozni az utasokat egy távoli országból! Okozója-e a kárnak a légitársaság, az utazási iroda? Ne feledjük, a jog számára a probléma nem a természeti katasztrófa, hanem az, hogy emberek nem tudnak hazajönni! Elvileg érvelhetünk úgy, hogy igen: amennyiben elfogadjuk a magyar jogban (is) kiindulópontként kezelt *conditio sine qua non* elvét¹³⁵, akkor elmondhatjuk, hogy amennyiben nem szervezett volna oda utat, akkor ki sem alakul a probléma; amennyiben rendelkezik ilyen helyzetre biztosítással, akkor a kárt meg tudja téríteni, stb..

A kimentés, vétkességi felelősség. Ugyan a 2013-as új kódex azzal, hogy szétválasztja a szerződésszegéssel és a szerződésen kívül okozott károk esetén a felelősséget jelentősnek tűnő változást hoz, de a joggyakorlatban csak ez kisebb hatással jár majd. A magyar szerződési jog korábban is, bár átvette a deliktuális felelősség alapszabályát, eltérő vétkességi mércével, elvárással dolgozott szerző-

¹³⁵ Mint majd látjuk, a joggazdaságtani elemzésben ez felel meg az ún. *szükségességi tesztnek*.

désszegés esetén. Ilyenkor a jogirodalomban ismert, ún. szolgáltatói felelősség (*enterprise liability*) létezett: az elvárt magatartás szintje olyan magas, hogy annak teljesítése általában nem is „elvárható” (Kemenes – Vékás [2008] p. 808), hanem gyakorlatilag egy objektív felelősségi rendszer alakult ki.

Bizonyítási teher. A kártérítési kereset akkor lesz sikeres, ha a *károsult* bizonyítja, hogy (i) kára következett be, (ii) a kárt a másik fél okozta, és ha a *károkozó* nem tudja bizonyítani, hogy (iii) a károkozás nem volt jogellenes, illetve, (iv) hogy úgy járt el, ahogy az az adott helyzetben általában elvárható. A kárt és az okozatosságot tehát a felperesnek kell bizonyítania, míg a jogszerűtlenség és a vétkesség alól az alperes mentheti ki magát. Ez utóbbit nevezi a joggazdaságtani irodalom fordított bizonyítási tehernek, mivel más jogrendszerekben a vétkességet is a felperesnek kellene bizonyítani.

Közreműködőért viselt felelősség. Ha valaki a teljesítés érdekében más segítséget veszi igénybe, a közreműködő általa okozott szerződésszegéséért, kárért úgy köteles helytállni, mint ha személyesen maga járt volna el. A megbízó felelőssége tehát mindig objektív – nála soha nem vizsgálják a vétkességet, nem védekezhet azzal, hogy minden tőle elvárhatót megtett a teljesítési segédek ellenőrzése és kiválasztása során.

A magyar jog szerint teljesítési segédek körébe elsősorban az alkalmazott, a megbízott, az alvállalkozó sorolható. Ezzel szemben nem teljesítési segéd az, akivel a megbízó nem az adott szerződés végrehajtására, hanem attól „függetlenül” szerződött. Még akkor sem, ha annak szolgáltatását az adott szerződés teljesítésekor felhasználta. Például a kiskereskedő esetén a beszállító nagykereskedő nem teljesítési segéd.¹³⁶

Kártérítés lehetetlenülés esetén. Láttuk már az előző fejezetben, hogy a lehetetlenülés következménye a vétkességtől függ. A vétkesség több ok miatt megállapítható. A legnyilvánvalóbb a lehetetlenülés előidézése. De ide sorolható az exogén okok miatt bekövetkező lehetetlenülés esetén a tájékoztatás elmulasztása is: ha maga a lehetetlenülés ugyan egyik félnek sem róható fel, de a lehetetlenülésről tudomást szerző fél haladéktalanul nem értesíti a másik felet, akkor az értesítés elmulasztásából eredő kárért ő felelős.¹³⁷

¹³⁶ Mindez azonban nem azt jelenti azt, hogy a közreműködőtől soha nem lehet közvetlenül kártérítést kérni: megteheti ezt a károsult a szerződésen kívüli károkozásra vonatkozó szabályok szerint. (Benedek – Gárdos [2007] p. 1136)

¹³⁷ A lehetetlenülés közlése természetesen már a második világháború előtt is az erről információt szerző fél kötelezettsége volt. A kor azonban éles különbséget tett a „forgalmi típusú szerződések” és a nem forgalmi (kereskedelmi), különösen az egyoldalú szerződések között. A kereskedelmi szerződéseknél a felelősség ráterheléséhez gondatlanság kellett, ezzel szemben a nem kereskedelmi szerződéseknél ennél szigorúbb volt a teszt: szándékos vagy súlyos – „a saját ügyeiben tanúsítani szokottat is meghaladó” – gondatlanság kellett a felelősség megállapításához.

A 2013-as Ptk. érthetőbbé teszi, hogy lehetetlenülés esetén mikor jár, és mikor nem jár kártérítés. Ha a lehetetlenülés egyik félnek sem felróható, akkor a szerződés megszűnik, és az eredeti állapotot helyre kell állítani. Ha a teljesítés olyan okból vált lehetetlenné, amelyért a kötelezett felelős (vagy ő mulasztotta el a tájékoztatást), akkor a jogosultat a teljesítés elmaradása miatt kártérítés illeti meg. Ha a jogosult a felelős, a kötelezett szabadul tartozása alól, és követelheti a jogosulttól kárának (például a teljesítés költségeinek) megtérítését. Ha mindkét fél felelős, akkor mindkét fél jogosult a kára akkora részének megtérítésére, amennyiben a partnere hatott közre. Az 5.1. szövegdoboz tartalmaz egy listát azokról az okokról, amelyek alapján a lehetetlenülés esetén a II. világháború előtti magyar jog kimentést adott.

5.1 szövegdoboz. Kimentés lehetetlenülés esetén a régi magyar jogban

A kártérítés alapszabálya szerint a kötelezettnek kell bizonyítani, hogy a lehetetlenülésért nem felelős. Szladits listája szerint kimentheti magát (i) „véletlenül” (de nem kell bemutatnia a lehetetlenülés pontos okát, csak azt, hogy semmiképpen nem vezethető vissza az ő hibájára – vagyis bizonyítja, hogy elvárható módon járt el); illetve (ii) a kötelezett hibájával (Szladits [1941] pp. 486-487). Lehetetlenülés esetén Szladits alapján hat alapesetet, és azokon belül kilenc – általában a vétlen fél választásától függő – speciális helyzetet különíthetünk el (Szladits [1941] pp. 489-491):

- (i) teljes lehetetlenülés a kötelezett hibája nélkül: a kötelezett szabadul, a jogosult nem köteles az ellenszolgáltatást nyújtani – ha korábban teljesített, azt visszakövetelheti;
- (ii) részleges lehetetlenülés a kötelezett hibája nélkül: a megoldás attól függ, hogy a fennmaradó rész teljesítése megfelel-e a jogosult érdekeinek:
 - a) ha igen, akkor azt a kötelezett teljesíteni tartozik, a fennmaradó rész alól mentesül, az ellenszolgáltatást leszállítják;
 - b) ha nem, visszatérünk az (i) esethez: a kötelezett mentesül, az ellenszolgáltatás nem jár;
- (iii) teljes lehetetlenülés a kötelezett hibájából: a döntés a jogosult kezében van – elvileg a kötelezett kártérítéssel, a *pozitív interesse* megtérítésével tartozik, de a jogosult (minthogy jogilag a teljes szolgáltatás értékét megkapta) az egész ellenszolgáltatásra kötelezett; ilyenkor, ha a jogosult
 - a) az ellenszolgáltatást nyújtani hajlandó, akkor megkapja a kártérítést;
 - b) nem kíván ellenszolgáltatást nyújtani, akkor elállhat a szerződéstől;
- (iv) részleges lehetetlenülés a kötelezett hibájából: az előzőek szerint választhat a jogosult
 - a) a teljes ellenszolgáltatásért cserébe követelheti a lehetséges rész természetbeni teljesítését, és a lehetetlenült részért kárpótlást;
 - b) ha bizonyítja az érdekmúlást, választhatja a teljes lehetetlenülést, és követelheti a kára megtérítését – az ellenszolgáltatás nyújtásáért cserébe;

- (v) ha a szolgáltatás a jogosult hibájából lehetetlenült, akkor azt úgy kell tekinteni, mintha teljesült volna, vagyis az ellenszolgáltatást nyújtani kell, de csökkentve azzal az összeggel, amelyet a kötelezett azért takarít meg, mert a teljesítés elmaradt – ide értve azt is, ha munkaerejét más célra fel tudta használni (Szladits megfogalmazása szerint: „le kell vonni... amit munkaereje felszabadulása folytán szerez vagy nehézség nélkül szerezhetne.” Szladits [1941] p. 491);
- (vi) ha az adós a szerződésért garanciaszerződésben jótállott, akkor a lehetetlenülés miatt nem mentesül a jótállásból fakadó kötelezettség alól.

2. SZERZŐDÉSSZEGÉÉRT VALÓ FELELŐSSÉG ÉS KÁROSULTI KÖZREHATÁS

Felelősségen a joggazdaságtani irodalom azt érti, hogy ki milyen arányban köteles viselni a kárt. Számunkra jobban használható megfogalmazásban: a szerződést megszegő fél (tipikusan az alperes) mikor és mekkora kártérítés megfizetésére köteles. Kiindulópontként három felelősségi formát különböztethetünk meg:

- (i) a felelősség hiányát – ilyenkor nincs kártérítési kötelezettség;
- (ii) az egyszerű vétkességi felelősség – ilyenkor csak akkor kell fizetnie a kárt okozó félnek, ha nem tette meg azokat a lépéseket, amelyeket a bíróság, a jog elvár tőle; ha a kár ezen intézkedések ellenére is bekövetkezik, akkor a károkozót úgy tekintik, mint aki nem járt el vétkesen, és mentesítik a kártérítési kötelezettség alól; és
- (iii) az objektív felelősséget – ilyenkor a kárt az alperes, elővigyázatosságától függetlenül, megfizeti.

A vétkességet nemcsak a kárt okozó, hanem a kárt elszenvedő fél oldalán is vizsgálni lehet. Ennek alapján az eddigi három mellé, amikor a bíróság csak a kárt okozó (szerződésszegő) magatartását vizsgálta elméletileg a következő három elv csatlakozhat:

- (i) objektív felelősség és kizáró közrehatás – ilyenkor a szerződésszegő fél *csak akkor* fizet, *ha a károsult nem felróhatóan* járt el; ha a károsult felróhatóan járt el, nem jogosult semmiféle kártérítésre;
- (ii) kizáró vétkesség – ilyenkor kártérítés csak akkor van, ha a szerződést szegő nem járt el az elvárt módon *viszont* a károsult igen; abban az esetben, ha a károsult is felróhatóan járt el, akkor nem jár kártérítés;
- (iii) összehasonlító, viszonylagos vétkesség – ilyenkor a károkozó mindenképpen fizet, ha felróhatóan járt el, de ennek nagysága függ a károsult magatartásától: ha az áldozat kellően gondosan járt el, akkor a szerződést szegő fél teljes kártérítéssel tartozik, viszont, ha a kár az áldozatnak is

felróható, akkor a kárt megosztják annak arányában, hogy ki milyen mértékben hatott közre abban, pontosabban, hogy milyen mértékben volt az neki felróható¹³⁸.

Ezek közül a magyar jog szerződésszegés esetén a vétkességi felelősségből indul ki: a kötelezett – szemben a kellékszavatosság objektív helytállást kívánó terhével – a kártérítési felelősség alól mentesülhet, ha elvárt módon jár el.

Az alfejezetben először az objektív és a vétkességi felelősség különbségeit elemezzük. A magyar jog azonban a szerződést szegő fél oldalán meglehetősen magasan szabja meg az elvárt szintet – ez lesz a második kérdés. A harmadik kérdés a fordított bizonyítási teher, amelyben a magyar jog talán leginkább tér el a klasszikus modelltől. A szerződésszegéssel okozott károk esetén egy fontos elemről nem feledkezhetünk meg: a szerződésszegés a legtöbb esetben más által okozott kárért viselt felelősség. Az az alfejezet negyedik pontja ezt elemzi. Utolsó kérdésként pedig a kártérítés és a lehetetlenülés kapcsolatát vizsgáljuk.

2.1. Vétkesség szerződésszegés esetén

A felelősségi szabályok elemzésekor a joggazdaságtan azon modelljéből érdemes kiindulni, amely szerint az, hogy egy adott időszak alatt valaki várhatóan mekkora kárt okoz, attól függ, hogy milyen óvintézkedéseket tett, mennyire elővigyázatos – így neveztük az első és a harmadik fejezetben is azokat a lépéseket, amelyek csökkentik annak esélyét, hogy szerződésszegésre kerüljön sor. A felelősségi rendszer azon keresztül, hogy magasabb vagy alacsonyabb kártérítéssel fenyegeti (vagy éppen annak teljes hiányával kecsegteti) a potenciális károkozót, a szerződés kötelezettjét, ezen elővigyázatosságra hat.

Gondosság és aktivitás. Az óvintézkedések (az óvatosság) azonban nem mindig bizonyíthatók. Léteznek közöttük olyanok, amelyeket a bíróság meg tud figyelni és léteznek olyanok, amelyeket nem. A joggazdaságtani irodalom éppen ezért gondosságon csak azokat az elővigyázatossági lépéseket érti, amelyek a bíróság előtt bizonyíthatók, amelyeket a bíróság a felelősség vizsgálatakor figyelembe tud venni. A többi nem vizsgálható lépést általában aktivitásnak nevezik – most is ezt az elnevezést fogjuk használni minden olyan tevékenységi formára, amely a bíróság számára nem megfigyelhető.¹³⁹

¹³⁸ A joggazdaságtani modellek az egyszerűség kedvéért felteszik, hogy ez egyértelműen megállapítható. Például, ha a szerződésszegő fél az elvárt gondossági szinttől 20%-kal, míg az áldozat 30%-kal maradt el. Ebben az esetben a károsult a kár 40%-át kell, hogy megfizesse, hiszen $0,2 / (0,2 + 0,3) = 0,4$.

¹³⁹ Az elnevezés oka, hogy a legkézenfekvőbb ilyen meg nem figyelhető döntés a tevékenység, a kockázatos aktivitás nagysága. Lássunk egy egyszerű termékminőségi példát! Amennyiben a vevő kárát a rossz minőségű termék okozta, akkor a bíróság a gondosság mérlegelésekor

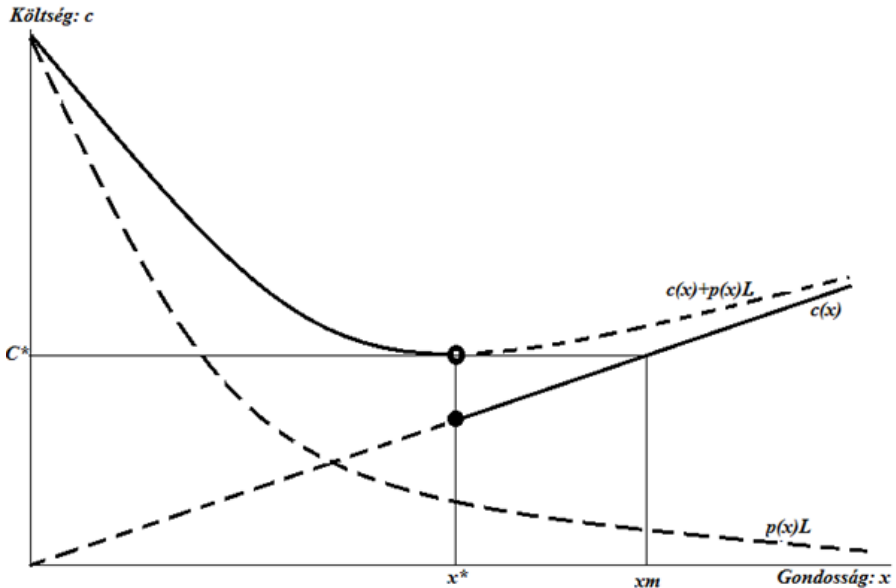
A nagyobb elővigyázatosság (legyen szó gondosságról vagy aktivitásról) költséggel jár – olyan költséggel, amelyet adott pillanatban biztosan fel kell vállalni. Minél több óvintézkedést teszünk, minél óvatosabbak vagyunk, annál nagyobb ez a költség. Az elővigyázatosság mindig csökkenti a szerződésszegés valószínűségét – igaz, feltesszük, hogy ha már eleve óvatosabb volt valaki, akkor egy-egy további lépés kevésbé hat a valószínűsége, mintha valaki óvatlanabb, és akkor növeli ugyanannyival a gondosságát. A gondosság határhaszna tehát csökkenő. Az, hogy ez a haszon megjelenik-e az elővigyázatosságról döntő fél oldalán, és milyen mértékben, az függ a felelősségi szabálytól.

Vétkességi felelősség és gondosság. A joggazdaságtan modellje szerint a szerződésszegés a szerződést megszegő felet csak annyiban érdekli, amennyiben neki abból költsége, kára származik. Vétkességi felelősség esetén kártérítést csak akkor kell fizetnie, ha a szerződést szegő fél nem a bíróság által elvárt elővigyázatossággal járt el. Ha eléri az elvárt szintet vagy a fölött van, akkor nincs kártérítés. Könnyű belátni, hogy a gondosságot e szint fölé emelni nem érdemes. Ugyanis minden további lépés kiadásokat generál, miközben a kártérítést nem csökkenti – az már ezen a szinten is nulla. Érdemes-e azonban megállni alacsonyabb gondossági szinten?

Ennek megválaszolásához – talán paradoxnak tűnő módon – az objektív felelősség elemzéséből kell kiindulni. Objektív felelősség esetén a potenciális károkozó azt vizsgálná, hogy a gondosság emelése miatt mennyivel csökkenne a várható kártérítés. Az egyszerűség kedvéért a logika követhető az 5.1. ábrán. (A gondosság x ; a gondosság költsége $c(x)$; a kár bekövetkezésének valószínűsége p , ami függ a gondosságtól: ahogy utóbbi nő, a valószínűség csökken; a várható kártérítés $p(x)L$ – egyelőre feltesszük, hogy a kártérítés egyenlő a kárral.) Nyilvánvaló, hogy amíg a gondosság alacsony és sokat lehet nyerni annak növelésével, addig a nyereség, vagyis a megspórolt várható kártérítés nagyobb, mint az elővigyázatosság emelése miatti többletköltség. Azonban ahogyan nő a gondosság szintje, és a várható kártérítés egyre kisebb mértékben csökken, előbb-utóbb eljutunk oda, hogy már nem éri meg tovább emelni a gondosságot. Ez lenne az az egyéni optimum, amelyet a potenciális károkozó, szerződésszegő fél objektív felelősség mellett választana: ekkor minimális a várható költsége, vagyis a gondosságra fordított erőforrás és a várható kártérítés összege. Az 5.1. ábrán x^* gondossághoz tartozik a minimális költségszint, ami c^* .

vizsgálhatja azt (képes is lehet rá), hogy milyen termelési eljárást alkalmaztak, betartották-e az alkalmazottak, az alvállalkozók az előírásokat, stb. Ezzel szemben a kár várható nagysága függ attól is, hogy mennyi terméket gyártottak. Adott gondosság mellett, minél nagyobb mennyiséget hoznak forgalomba, annál nagyobb a várható kár. Csakhogy azt a bíróság már nem tudja vizsgálni, hogy a piacra kerülő mennyiség optimális volt-e, vagy a gyár túl sokat gyártott (túl sok szerződést kötött).

5.1. ábra. A kártérítéssel kapcsolatos döntések



Ennek a minimális költségszintnek az ismeretében tudunk visszatérni arra a kérdésre, hogy vétkességi felelősség esetén megéri-e az elvárt szintnél alacsonyabb gondosságot tanúsítani. A válasz: „attól függ...” Röviden, ha az 5.1. ábrán az elvárt gondosság x^m -nél alacsonyabb, akkor nem éri meg, ha magasabb, akkor igen.

Vétkességi felelősség esetén, amennyiben a gondosság nem éri el az elvárt szintet, akkor kártérítést is kell fizetnünk, vagyis a várható költséget a $c(x) + p(x)L$ függvény mutatja. Ha viszont teljesítjük, vagy meghaladjuk az elvárás, akkor már nincs kártérítés, vagyis az egyéni költség csak az elővigyázatosság költsége, a $c(x)$ függvény. Geometriailag: vétkességi felelősség esetén az egyéni függvény az elvárt gondosság pontjában megszakad. Ha az elvárt gondosság x^m -nél alacsonyabb, akkor az egyéni költségfüggvény minimumpontja a szakadáspontban lesz. Mi történik azonban, ha az elvárt gondosság eléri vagy meghaladja x^m -et? A függvény ugyanúgy megszakad az elvárt gondosságnál, az alatt most is a kártérítést kell fizetni, onnantól csak az elővigyázatosság költségét kell viselni. Viszont ebben az esetben kisebb várható költséggel jár visszacsökkenteni a gondosságot az x^* szintre, itt még a várható kártérítéssel együtt is kisebb a várható költség, mint ha teljesítenénk az elvárt szintet. Az elvárás teljesítése olyan drága, hogy jobban megéri inkább vállalni a várható kártérítést.

Ezzel megválaszolhatunk még egy gyakran feltett kérdést: jelent-e változást, ha a bíróság megváltoztatja az elvárásait. Milyen hatása van, ha szigorítja, emeli

az elvárásait? Ha az elvárás eleve magas volt (az 5.1. ábrán x^m fölött), akkor nincs hatás: korábban is inkább felvállaltuk a várható kártérítést, semmint hogy a magas elváráshoz alkalmazkodjunk, ezután még kevésbé érdekel minket az elvárás. Ha az elvárt szint nem volt túl magas (x^m alatt maradt), akkor az emelés elvileg növeli az óvatosságot. Itt azonban felléphet egy nem várt hatás. Mi történik, ha az elvárt szintet úgy változtatjuk, hogy az „nem túl magasról” „túl magasra” (vagyis x^m alól x^m fölé) nő? Ekkor hirtelen lecsökkenhet a gondosság szintje: a magasabb elvárást már irreálisnak érezzük, a korábbi még teljesítettük. Ilyenkor az elvárás növelése a gondosság csökkenését eredményezi. Természetesen a logika fordítva is igaz: ha a túl magas elvárást a kritikus szint, x^m alá csökkentjük, akkor hirtelen megugorhat az elővigyázatosság.

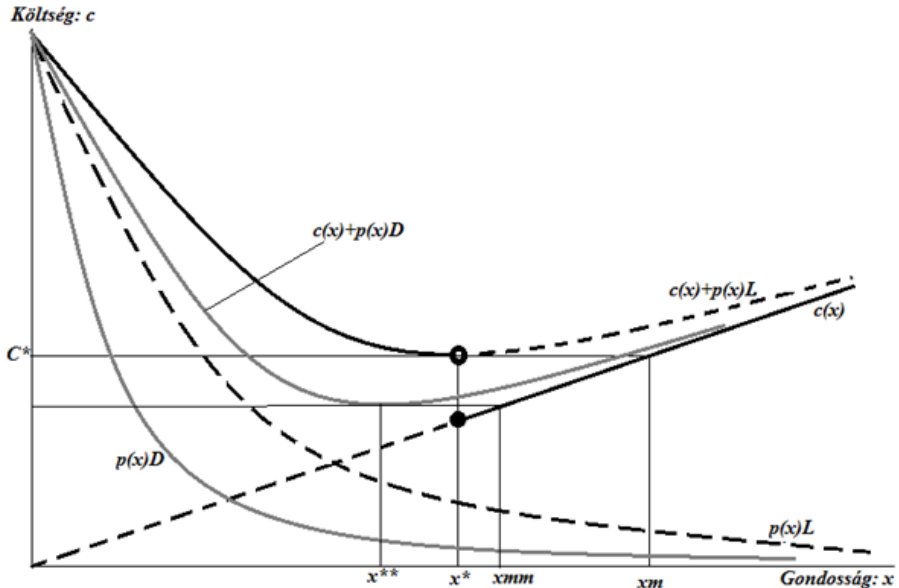
A továbbiakban azt az esetet, amikor az elvárt szint túl magas, az 5.1. ábrán x^m fölé nő, az egyszerűség kedvéért *szolgáltatói felelősségnek* fogjuk nevezni.

Felróhatóság és aktivitás. Eddig a gondosságról beszéltünk csak. Mi a helyzet az aktivitással, a meg nem figyelt lépésekkel? Itt attól függően eltérő az ösztönző, hogy az elvárt szint túl magas-e. Ha nem, és ezért a felek az elvárt gondossági szinthez alkalmazkodnak, akkor az aktivitásuk nem lesz megfelelő – túl keveset, tulajdonképpen semennyit sem fognak a meg nem figyelhető, nem bizonyítható elővigyázatossági lépésekre (az aktivitásra) fordítani. Ezzel szemben, ha olyan magas gondossági szintet vár el a jogrendszer, hogy a felek inkább a kártérítés megfizetését választják, akkor az aktivitásuk is közelebb lesz az optimálishoz, bizonyos feltételek mellett esetleg optimális is lesz. Miért? Kezdjük az első esettel, amikor a felek teljesítik az elvárt gondossági szintet. Tudhatják, hogy ha ezt megteszik, akkor a kártérítés alól mentesülnek. Ha a kártérítésen kívül nincs más káros következménye a szerződésszegésnek (ezt az egyszerűség kedvéért a joggazdaságtani alapmodellek általában felteszik), akkor az aktivitásra költött összeg felesleges kiadás, a kártérítést nem csökkenti. A második esetben, vagyis, amikor a magas elvárásokat nem akarják teljesíteni, akkor számolniuk kell a várható kártérítés nagyságával is. Ekkor az aktivitás haszna is megjelenik: csökkenti a szerződésszegés valószínűségét és ezzel a várható kártérítést.

Vétkeességi felelősség és a kártérítés mértéke. A harmadik fejezetben megvizsgáltuk, hogyan hat a kártérítés mértéke a különböző ösztönzőkre. Most az elemzésünkben azonban megjelent egy újabb elem: az elvárt gondosság. Mi történik magasan meghúzott elvárt gondosság esetén, ha a kártérítés csökken? Objektív felelősség mellett a kártérítés csökkentése csökkenti az optimális óvatosság szintjét. Az 5.1 ábrán: ha a kártérítés csökken, akkor várható kártérítésre tekintettel kiszámolt egyéni költségfüggvény (az ábrán a $c(x) + p(x)L$) is lejjebb tolódik, és ami még fontosabb: a minimumpontja is balra csúszik. Objektív felelősség esetén tehát, amennyiben csökken a kártérítés mértéke, akkor csökken a gondosság (illetve általában az elővigyázatosság) is.

Egyszerű vétkességi felelősség esetén azonban ennek a csökkenésnek a hatása már többféle lehet – háromféle. Az 5.2. ábra mutatja ezeket a lehetőségeket.

5.2. ábra. A nem teljes kártérítés hatása



Egyrészt elképzelhető, hogy az új, alacsonyabb kártérítés mellett sem éri meg eltérni az elvárt szinttől. Az 5.2 ábrán ez a helyzet, ha az elvárt szint alacsonyabb, mint x^{mm} . Ekkor a kártérítés csökkentésének nincs hatása – ugyanúgy az elvárt szint határozza meg a gondosságot (és az aktivitással nem fog foglalkozni a szerződést potenciálisan megszegő fél).

Másrészt, elképzelhető, hogy már a magasabb kártérítés mellett is az x^* („minimális költségű”) pontot választotta volna a kárt okozó, szerződészegű fél. Ekkor a csökkenés egyértelműen csökkenti az óvatosságát (mind a gondossági, mind az aktivitási szintje csökken). Az 5.2 ábrán ez a helyzet akkor, ha az elvárt gondosság szintje magasabb mint x^{mm} . Ekkor a gondosság szintje x^* -ről x^{**} -re esik vissza.

Harmadrészt viszont van olyan eset, amikor éppen a csökkenés miatt esik vissza a gondosság az elvárt szintről. Ez a helyzet az 5.2 ábrán, ha az elvárt gondosság a x^{mm} és a x^m közé esik. Itt a kártérítés csökkentésének hatására vélhetően nő a szerződészegések számának. A gondosság ugyanis jelentősen lecsökken. (Viszont ne feledjük: itt megjelenik az aktivitási szinttel kapcsolatos motiváció is – de az nem tudja ellentételezni az előbbi hatást!)

Vétikességi felelősség és a károsult óvatossága. Coase [1960] óta a közgazdaságtani modellek (szemben a jogi megfogalmazásokkal) nem szeretik feltenni, hogy van károkozó és károsult. A kárhoz mindig két ember kell – ha nincs károsult, akkor nem lesz károkozó sem. A kár ellen a károsult is tehet: csökkentheti azt. Például az idioszinkratikus beruházások (szerződésre hagyatkozás) vagy éppen a kárenyhítés kapcsán maga a jog is felteszi azt. Óvintézkedéseket ő is tehet. Őt is ösztönözni kellene megfelelő gondosságra és aktivitásra!

Attól függően, hogy milyen magas a szerződést szegő féltől elvárt gondosság, attól függően, hogy milyen magas lesz a potenciális károkozó aktivitása és gondossága, eltérő lesz a károsult motivációja. Ha a másik fél az elvárt gondossághoz igazodik, akkor a károsult ösztönzői meglehetősen erősek, hiszen semmiféle kártérítést nem kap, így a teljes kárt neki kell viselnie. El kell döntenie, hogy a másik elvárt gondossága és – mivel az aktivitás optimális megválasztására semmi nem ösztönzi, ezért – roppant alacsony egyéb elővigyázatossági lépései (aktivitása) mellett a három rá háruló költség (a saját gondossága, a saját aktivitása, és a várható kár) milyen kombinációja minimális a számára.

Ha azonban a másik az alacsonyabb gondosságot (és magasabb aktivitási kiadást) választja, akkor a fő kérdés az, hogy a megítélt kártérítés hogyan viszonyul a kárhoz. Ha feltesszük, hogy a károsult teljes kártérítést kap, akkor semmiféle óvatosságra nem ösztönzött. Úgyis minden kára megtérül, tehát minden a kár valószínűségét csökkentő kiadás fölösleges. Ezzel szemben, ha a kártérítés nem teljes, akkor megmaradnak az ösztönzői, de azok nem lesznek olyan erősek, mintha a teljes kárt neki kellene viselnie. Ugyanaz a logika érvényesül itt, mint amit az előbb láttunk: a kár alacsonyabb részét kell viselni, tehát csökken az ösztönzés az elővigyázatosságra.

Egyszerű vétikességi felelősség és a bírósági döntés kockázata. Az eddigiekben azt tételeztük fel, hogy a potenciális károkozó, szerződésszegő fél pontosan tudja, mekkora az elvárt gondosság szintje, illetve, mekkora lesz a megítélt kártérítés. Ebből fakad, hogy egy gondosan eljáró fél soha nem fizet kártérítést. És ennek fordítottja is igaz: egy felróhatóan eljáró szerződésszegő soha nem mentesül a felelősség alól. Ha azonban az elvárt gondosság szintje nem ismert biztosan *ex ante*, akkor nem lehet bizonyos abban, hogy fizet-e. A bizonytalanság lényege: az elővigyázatossági döntések meghozatalakor (*ex ante*), a bíróságnak mindig csak a várható döntése ismert – csak azt tudjuk megmondani, hogy mekkora eséllyel ítél a felperes javára, mekkora eséllyel ítél meg kártérítést. Nem tudhatjuk biztosan, egy adott gondossági szintet, x -et elégségesnek ítél-e majd a bíróság. Hogyan befolyásolja ez a döntését?

Elsőként nézzük, hogyan befolyásolja ez egy kockázatsemleges (tehát csak a várható értékre figyelő) döntéshozó döntését! Induljunk ki abból a plauzibilis feltevésből, hogy a valószínűségi eloszlás szimmetrikus! (Vagyis (i) pontosan

ugyanannyi az esély arra, hogy a valós érték a várható értéknél kisebb lesz, mint amennyi arra, hogy annál nagyobb, és (ii) pontosan ugyanannyi az esély arra, hogy a konkrét érték lefelé vagy felfelé ugyanannyival tér el a várható értéktől.¹⁴⁰) Vizsgáljuk meg, hogyan hat, ha az elővigyázatosságról hozott döntéskor, ha a kártérítés nagysága, illetve ha az elvárt gondosság nem ismert!

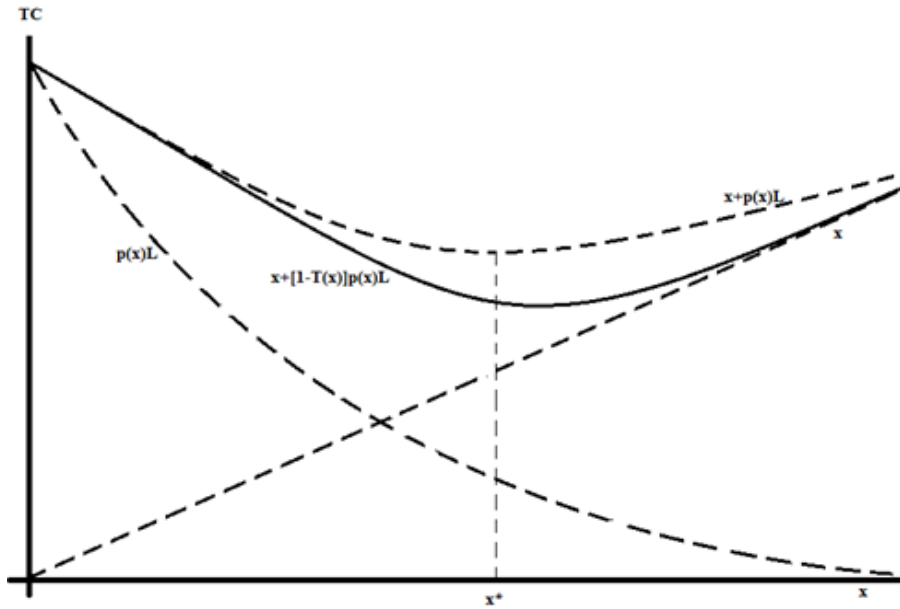
Kezdjük azzal az esettel, amikor a kártérítés mértéke nem biztos! Ez a kockázatsemleges döntéshozót nem befolyásolja, hiszen őt csak a várható érték érdekli. Amíg az nem változik, addig teljesen mindegy, hogy biztosan tudjuk, hogy a kártérítés egymillió forint lesz vagy, hogy ekörül – szimmetrikus valószínűségi eloszlás szerint – bármekkora lehet.

Más a helyzet azonban, ha az elvárt gondossági szint bizonytalan. Tegyük fel, hogy mivel az elvárás nem „túl magas”, ezért az adott döntéshozó – amennyiben biztosan tudná, hogy mi az elvárás – az elvárt szinten védekezne (és nem az objektív felelősség optimumában)! Ekkor az elvárással kapcsolatos bizonytalanság növelheti is, és csökkentheti is a gondosságot. (Craswell – Calfee [1986], Dari-Mattiacci [2005], Schaefer – Müller-Langer [2010]) Intuitív magyarázatunk: mivel van esély arra, hogy annak ellenére is gondatlannak találják, hogy gondosan járt el, ezért a biztonság kedvéért érdemes tovább növelnie a gondossági szintet. Minél nagyobbra növeli ugyanis a gondosságot, annál inkább csökken a kártérítés fizetésének esélye. (Vegyük észre! Ha az elvárás egyértelmű lenne, akkor éppen azért nem emelnénk a védekezési szintet az elvárt szint fölé, mert ott már nem csökken a kártérítés megítélésének valószínűsége, hiszen az már az elvárt szint teljesítésével nullára csökkent!) Másrészt viszont arra is van esély, hogy annak ellenére sem ítélik felróhatóknak a magatartását, hogy valójában az elvárt szint alatt maradt – emiatt pedig megéri csökkenteni a gondosságot. Az elővigyázatosság csökkentésével – mint tudjuk – költségmegtakarítást lehet elérni. Ha biztos az elvárt szint, akkor ennél a szintnél az elővigyázatosság haszna a teljes várható kár. Most azonban a kártérítés várható értéke kevésbé csökken: nincs olyan biztos elvárás, amelynek teljesítésével a kártérítést bizonyosan meg lehet úszni.

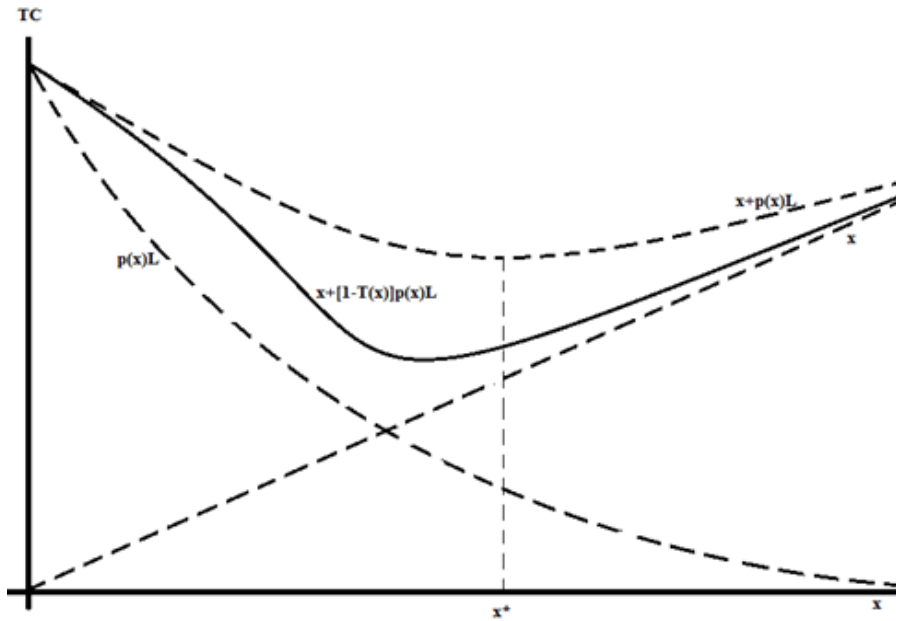
Az 5.1. ábrán látott szakadós függvény most egy az 5.3. ábrán látható függvénnyé alakul. (A függvény alakjának magyarázatáért, illetve a jelölésért lásd az 5.2 szövegdobozt!) Azt azonban nem tudhatjuk, hogy ennek minimumpontja az 1. ábrán látott szakadási ponthoz képest jobbra vagy balra helyezkedik el. Ha az előbb bemutatott hatások közül az első az erősebb, akkor a minimumpont jobbra tolódik, vagyis a bizonytalanság miatt a védekezési szint nő (5.3 a ábra). Ezzel szemben, ha a második hatás az erősebb, akkor a gondossági ösztönző csökken (5.3b ábra).

¹⁴⁰ Ha a legvalószínűbb érték 100, akkor szimmetrikus eloszlás esetén ugyanakkora az esélye annak, hogy a pontos érték 120 vagy 80 lesz. Algebrailag: ha a várható érték EV , akkor ugyanakkora az esélye annak, hogy a pontos érték $EV + x$ vagy $EV - x$ lesz.

5.3. ábra. A bírói döntés bizonytalanságának hatása a gondosságra

(A folyamatos vonal jelzi az egyéni költségfüggvényt, ha az elvárt gondosság x^*)

a. ábra



b. ábra

5.2 szövegdoboz. Gondossági döntés nem pontosan ismert elvart szint esetén

A kockázatsemleges döntéshozó a várható költségét akarja minimalizálni. Az első és a harmadik fejezetben is láttuk, hogy a várható költségfüggvény:

$$(1) PC = cx + p(x)D,$$

ahol x a gondosság, c a gondosság egységköltsége, $p(x)$ a szerződészegés valószínűsége, míg a D a kártérítés.

Pontosan ismert elvárás esetén (legyen az elvart gondosság szintje x^*), a kártérítésről tudjuk, hogy amíg a gondosság elmarad ettől a szinttől, addig fizetni kell (vagyis $D > 0$), míg ezt elérő, vagy meghaladó gondosság esetén nem ($D = 0$).

Ennek alapján az egyéni költségfüggvény átírható:

$$PC = cx + p(x)D \quad \text{ha } x < x^*$$

$$PC = cx \quad \text{ha } x \geq x^*$$

Ez egy az x^* pontban szakadásos függvény.

Bizonytalanság esetén azonban nem tudjuk, hol lesz ez a szakadás. Matematikailag azt kell tudnunk, hogy az egyéni költségfüggvény minimuma x^* -nál lejjebb vagy feljebb kerül.

Legyen z a bíróság által elvart szint. Ezt azonban nem ismerjük, csak az egyes értékek valószínűségét tudjuk megadni: az eloszlásfüggvény $T(z)$, míg a sűrűségfüggvény $\tau(z)$. Adott, x védekezési szint mellett annak a valószínűsége, hogy a kártérítést megítélik $1 - T(x) = Pr(z > x)$. Ezt figyelembe véve adott x gondossági szint mellett a tevékenység várható költsége:

$$PC = c(x) + (1 - T(x))p(x)D$$

ahonnan az egyéni optimum:

$$(2) p'(x)[(1 - T(x))D - \tau(x)p(x)D] + c = 0$$

Összevetve az (1) és a (2) egyenletet látható, hogy a bírósági döntés kockázata két egymással ellentétes ösztönzöt hoz felszínre. Egyrészt az első tagban megjelenik az $1 - T(x)$ tag, amely miatt az elővigyázatossági ösztönző csökken. Másrészt viszont, a második tag azt jelzi, hogy az óvintézkedések növelésének most már nemcsak az a hozama, hogy csökkenti a káresemény kockázatát, hanem ezen túl – kár esetén – a kártérítés megítélésének valószínűségét is csökkenti. Ennek a két hatásnak az együttes hatását (azt, hogy melyik az erősebb) nem tudhatjuk.

Vétkelességi felelősség és kockázatkerülés. Az eddigiekben azt feltételeztük, hogy az óvintézkedésről, a gondosságról, az aktivitásról döntő szolgáltató kockázatsemleges. Lehet azonban kockázatkerülő is, amely megváltoztatja az eddig bemutatott ösztönzők erősségét. Láttuk eddig, hogy az ösztönzők négy elemtől függttek: (i) az elvart gondosság (várható) szintjétől, (ii) a kártérítés (várható) szintjétől, (iii) az elvart gondossági szint megállapításának kockázatától (vagyis, hogy nem ismerjük azt *ex ante*), illetve (iv) a kártérítés megállapítása miatti kockázattól. Ezek közül háromnak a hatása megváltozik, ha a döntéshozót kockázatkerülőnek tételezzük.

Kezdjük a kártérítés nagyságával! A kockázatsemleges döntéshozót csak a

várható érték érdekli. Ha valami 1% valószínűséggel egymilliós kárt hoz, az az ő számára 10 000-et jelent ($= 1\% \times 1\,000\,000$). Egy kockázatkerülő játékos az 1% eséllyel bekövetkező egymilliós kárt nagyobbban fogja érzékelni. Ő tehát az összköltségében a várható kárt nem 10 000-rel, hanem annál nagyobb összegű veszteséggel érzi egyenlőnek. Az általa érzékelt várható kár értéke nőni fog, az 5.1. ábrán a várható kárfüggvény jobbra felfelé mozdul, és emiatt a minimális költséget kifejező pont is jobbra kerül.

Miért jobbra felfelé? Emlékezzünk: egy kockázatos helyzet értékét a *biztos egyenértékessel* mérjük! Ez mutatja meg azt a biztos összeget, amely ugyanannyit ér egy döntéshozó számára, mint egy több (esetünkben két) lehetséges kifizetést (végeredményt) tartalmazó kockázatos helyzet. Kockázatkerülő döntéshozó esetén a kártérítés biztos egyenértékese nagyobb, mint a várható kártérítés összege, hiszen emeli azt a kockázat, vagyis a szórás (variancia) is. Ezért csúszik görbe felfelé. Viszont a várható kártérítés és a kártérítés biztos egyenértékese közötti különbség, illetve, a különbséget meghatározó szórás (variancia) függ attól, hogy mekkora a kár bekövetkezési valószínűsége. Ha a kár esélye kisebb, mint 50%, akkor az elővigyázatosság növelése nemcsak a kár várható értékét, hanem annak szórását (varianciáját) is csökkenti. Ha pedig csökken a szórás, akkor csökken a kockázat miatt megjelenő többletköltség is – a két görbe közötti különbség is egyre kisebb.

Folytassuk azzal, hogy mi történik, ha a kártérítés megítélése bizonytalan (de hasonló várható értékű mint az előbb)! Láttuk, hogy ez a kockázatsemleges játékosra nem hatna – a kockázatkerülő félre azonban hat. Ugyanúgy, mintha nőne a kártérítés nagysága: növeli a biztos egyenértékes szintjét, magasabbnak tűnik a kár, emeli azt a szintet, amit akkor választ valaki, ha figyelmen kívül hagyja az elvárást – és ezért az elvárás emelése is magasabb szintig hat a kockázatkerülő játékosokra.

Vétkeességi felelősség és hatékony szerződésszegés. Az eddigiekben a kilenc ösztönző hatás közül csak egyetlen egyre az elővigyázatosságra figyeltünk. Eltekintettünk a szerződésszegési ösztönzötől. Láttuk azonban, hogy a bíróság által elvárt gondosság esetén a kártérítés nullává válik. Hogyan hat a vétkeességi felelősség a szerződésszegésre? Az érdekes eset természetesen az, amikor az elvárt gondosság nem túl magas, és ezért ehhez igazodik a szerződést végül megszegő fél. Vegyük azt a példát, hogy az óvintézkedések már megtörténtek, a fél biztos benne, hogy nem kell kártérítést fizetnie, mert kellően gondosnak fogják találni – és ezután kell döntenie arról, hogy megszegi-e a szerződést! Ez nem hatékony szerződésszegésre fogja ösztönözni: a másíknak okozott kárt már nem veszi figyelembe.

A vétkeességi felelősség tehát meglehetősen nagy veszélyeket hord magában. Alkalmazásának ezért komoly feltételei vannak. Más eszközökkel ki kell zárni,

hogy nem hatékony szerződésszegéshez vezessen. Ebből a szempontból roppant fontos, hogy a magyar szerződési jog egy természetbeni kikényszerítésre épülő rendszer. A természetbeni kikényszerítés alól csak a lehetetlenülés, vagy szerződésmódosítás révén menekülhet a szerződést megszegni kívánó fél, ezért a vét-kességi felelősség több szerződésszegést „engedő” hatása ritkábban jelentkezik.

Ráadásul sok esetben, ez a szerződésszegési ösztönző fel sem merül – ezekben az esetekben a vét-kességi felelősség miatt nem hatékony szerződésszegés sem történik. Itt nincs döntés a szerződésszegésről: a szolgáltató nem tudatosan szeg szerződést, hanem utólag derül ki, hogy mindaz a beruházás, amit a szerződés teljesítése érdekében megtett nem vezetett az elvart minőséghez. Gondoljunk egy rosszul sikerült orvosi beavatkozás vagy egy rossz szakvélemény, könyv-vizsgálat eredményeire!

Ha esetleg (például a bíróság valamilyen hibája miatt) pusztán kártérítés révén mégis tudatosan ki lehetne lépni a szerződésből, akkor sem feledkezhetünk meg arról, hogy az elvart gondossági szint a magyar gyakorlatban meglehetősen magas. Vagyis, az esetek túlnyomó többségében a szerződésszegő fél nem az elvart szinthez alkalmazkodik, hanem a minimális költségű pontot keresi. Itt viszont van kártérítés, a szerződésszegéshez ezt kell összevetni a költséggel. Ez a szolgáltatói felelősség lényege, amellyel a következő pont foglalkozik.

Összefoglalás. Foglaljuk össze az előző, kissé bonyolultnak tűnő modellt! A szerződést megszegő féltől elvart gondossági szint emelése egy ideig emeli az elővigyázatosságot, de egy idő után túllő a célon, és olyan magas szintre nő, amelyet a szolgáltató már nem akar teljesíteni, hanem inkább úgy tekinti, mintha a kimentési lehetőség nem is létezne (objektív felelősség lenne). Az, hogy az elvart szint eléri-e ezt a már „túl magas” szintet attól függ, hogy

- mekkora a megítélt kártérítés (a kártérítés csökkenése egy idő után okozhatja az elvárás figyelmen kívül hagyását, a kártérítés, a felelősség „bevallását”),
- mennyire kockázatkerülő az elővigyázatosságról döntő szolgáltató (kockázatot jobban tűrő szolgáltató korábban hagyja figyelmen kívül az elvárást, és „vállalja be” a kártérítést), illetve,
- mennyire kiszámítható az elvart szint (utóbbi azonban esetről esetre másképpen hat).

Az, hogy az elővigyázatosságról döntő fél nem akar az elvárásokhoz alkalmazkodni egyben azt is jelenti azonban, hogy azon kérdésekben viszont elővigyázatosabb lesz, amelyekre az elvárás nem terjed ki (mert a bíróság nem tudja megfigyelni őket). Ezeket a lépéseket neveztük aktivitásnak. Amennyiben az elvárást szem előtt tartja (annak teljesítése révén megpróbálja elkerülni a kártérítést), akkor ezzel az összes kárt a károsultra tolja – aki ezzel tisztában is lehet, ezért az ösztönzése hatékony lesz.

2.2. Szolgáltatói felelősség vagy objektív felelősség

A joggazdaságtani irodalom általában az objektív felelősség modellje szerint írja le a szerződésszegésért való felelősséget. A legtöbb jog ezzel szemben, így a magyar jog is, a vétkességi felelősséget alkalmazza itt is, igaz, olyan magas elvárt gondossági szinthez kötve azt, hogy minimális az esélye, hogy az elvárt gondosság teljesítése miatt valaki felmentést kapjon a szerződésszegéssel okozott kár megtérítése alól. Az ilyen magas elvárt szintet alkalmazó vétkességi felelősséget nevezzük *szolgáltatói felelősségnek*. Olyan ez, mintha az 5.1 ábrán az elvárt szint x^m fölé kerülne.¹⁴¹

Felmerül a kérdés, hogy ha egyszer a gyakorlatban objektív felelősségként működik a rendszer, akkor miért nem mondjuk ezt ki? Láttuk: az ösztönzési hatása ugyanaz lenne. A joggazdaságtani irodalom azonosít azonban további eltéréseket is a két módszer között. A legfontosabb ezek közül az adminisztrációs (bírószági) költségekre gyakorolt eltérő hatásuk.

Perek száma, adminisztrációs költség. Az összehasonlítás Shavell [1980] óta abból indul ki, hogy a gondossági teszt miatt a vétkességi felelősség esetén – szolgáltatói felelősség mellett is – alacsonyabb lesz a bírósági eljárások száma. Igaz, az egyes eljárások bonyolultabbak, drágábbak lesznek, hiszen a bíróságnak meg kell állapítania, hogy a károkozó, szerződésszegő fél gondossága megfelelő volt-e. Azt, hogy a gondossági teszt csökkenti az eljárások számát, általában azzal indokolják, hogy ilyenkor kisebb a felperes esélye arra, hogy kártérítést kapjon. Az objektív felelősség esetén (éppen mivel a gondosságot nem vizsgálják) ez lényegesen nagyobb, hiszen csak azt kell bizonyítani, hogy van kára, és azt a másik szerződésszegése okozta. Mivel gondossági teszt mellett a pergyőzelem esélye kisebb, így kevésbé éri meg perelni, kevesebb per fog indulni.

Ezen klasszikus elemzést azonban több kritika érte. Az elméleti kritika (például Schaefer – Müller-Langer [2009]) arra hívja fel a figyelmet, hogy a perindítás nem azonos azzal, hogy a károsult kártérítést kér. Shavell logikája csak azt támasztja alá, hogy gyakrabban lép fel kártérítési igénnyel a károsult, ha objektív felelősség van. Azonban az igény még nem jelenti azt, hogy per is lesz. Perre csak akkor kerül sor, ha nem tud megegyezni az alperessel, a szerződésszegő féllel. Könnyű belátni, hogy amennyiben mind a két fél ugyanazt a bírósági döntést várja, akkor a felek nem fognak pereskedni: nincs értelme felvállalni a perköltségeket, inkább megegyeznek peren kívül.¹⁴² A vétkességi

¹⁴¹ A szolgáltatói felelősség (*enterprise liability*) ugyan általában a deliktuális felelősség irodalmában ismert fogalom, de hatását tekintve ugyanolyan hatású: irreálisan magas elvárászt alkalmazó vétkességi felelősségi rendszer.

¹⁴² A perindítás joggazdaságtani modellje szerint azt kell összevetni, hogy a felperes és az alperes mekkora várható kártérítéssel számol. Legyen a kártérítés nagysága, ha megítélik

felelősség tehát lehet, hogy nem kevesebb, hanem éppen, hogy több perhez vezet – több nyitott kérdés van, amelyben a felek eltérő várakozással lehetnek, kisebb a peren kívüli megegyezés esélye.

Egységes rendszer a szerződésen kívüli kártérítéssel. Úgy tűnik tehát, hogy a perek száma nem szolgáltat elégséges érvet arra, hogy a magyar szerződési jog miért a vétkességi felelősségre épül. Más érv kell. A legfontosabb talán a kártérítési eljárás egysége. Amennyiben a szerződésen belül elviekben is (nem csak a gyakorlatban, mint láttuk) áttérnénk az objektív felelősségre, az több esetben is komoly gondokat okozna. Egyre nagyobb jelentőségűek ugyanis azok az esetek, amikor az ügyet szerződésszegéssel okozott és szerződésen kívüli kárként is fel lehet fogni. Ide tartoznak például a rossz minőségű termékek által okozott károk, amelyek sok esetben termékfelelősség (deliktualis felelősség) és szerződésszegés alapján is megítélhetőek. Ha eltérő felelősségi elv működne szerződések és szerződésen kívüli károk esetén, akkor a kártérítési eljárásokon belül igen komoly gondot okozna már magának a felelősségi elvnek a megválasztása is.

2.3. Fordított bizonyítási teher

A fordított bizonyítási teher a magyar jog specialitása. A magyar kártérítési jog szerint nem a károsultnak kell bizonyítania a másik gondatlanságát, vétkességét, hanem a szerződésszegő félnek kell kimentenie magát. A bizonyítási teher a bírósági tévedés kockázatát osztja el másképp: vagyis annak vizsgálata a bírósági hibák elemzésére kell, hogy épüljön.

A bírósági tévedés kockázata. Láttuk a bírósági tévedés kapcsán, hogy amennyiben nem egyértelmű, hogy mi a bíróság elvárása, ha nem egyértelmű, hogy adott lépést a bíróság végül az elvárásoknak megfelelőnek vagy az elvárt gondosságtól elmaradónak ítél-e, és a kötelezett számára ez fontos (nem eleve az alacsonyabb gondossági szintet választja), akkor a bizonytalanság, a kockázat

előre tudott: $D!$ Legyen a felperes vélekedése arról, hogy milyen valószínűséggel nyer a perben P_F , míg az alperes vélekedése arról, hogy milyen eséllyel veszít: $P_A!$ Legyen a pereskedés (várható, tehát a pernyerés esélyét is figyelembe vevő) költsége a felperes számára C_F , míg az alperesnek $C_A!$ Ennek alapján a felperes várható nyeresége a peren: $P_F D - C_F$. (A várható kártérítést, ami számára haszon, *csökkenteni* kell a várható perköltséggel.) Míg az alperes várható vesztesége: $P_A D + C_A$. (A várható kártérítést, ami számára költség, *növelni* kell a várható perköltséggel.)

Nyilvánvaló, hogy amennyiben a két fél várakozása egyforma ($P_F = P_A$), akkor egyszerűbb, ha az alperes egyszerűen átadja a kártérítés várhatóan megítélt összegét, és mindkét fél megspórolja a pereskedés költségeit. Ha a két fél várakozása ugyanakkora, hanem mind a kettő kicsit optimista, mind a kettő nagyobbban gondolja a saját győzelmi esélyét, mint a másik ($P_F > P_A$), akkor is egész addig jobban megéri peren kívüli megállapodást kötni, és egy meghatározott összeget, T -t átadni, amíg $P_A D + C_A > T > P_F D - C_F$.

hat a gondosság szintjére. A bizonyítási teher megfordítása végső soron azt jelenti, hogy minden gondossági szint mellett csökken az esélye annak, hogy az adott szint elegendőnek találtatik.

Induljunk ki abból, hogy a bíróság minden kérdésben három válaszra juthat: bizonyított, hogy a felperesnek van igaza; bizonyított, hogy az alperesnek van igaza; illetve nem elégséges a tudás a döntéshez – nem bizonyított a kérdés! A bizonyítási teher megosztása arról szól, hogy e harmadik esetben kinek a számára kedvező döntés születik. Amennyiben tehát a szerződésszegőn van a bizonyítási teher, akkor ennyivel (ezen bizonyítatlanság kockázatával) nagyobb az esélye annak, hogy felelősnek tekinti a bíróság, és kártérítés fizetésére kötelezi. Éppen ezért azonosítja a jogirodalom a bizonyítási terhet gyakran a nembizonyítottság kockázatának viselésével.¹⁴³

A joggazdaságtani irodalom az ún. *valószínűségi bizonyításból* indul ki. Ennek lényege, hogy a bizonyítékok ismeretében két kérdést kell megválaszolni. Egyrészt a bíróságnak el kell döntenie, hogy mekkora valószínűséget tulajdonít annak, hogy a két fél közül inkább a felperesnek (és nem az alperesnek) van igaza. Másrészt össze kell ezt a valószínűséget (bizonyosságot) vetnie azzal az elvárással, amely mellett a jog már bizonyítottnak tekint egy kérdést.

A valószínűségi bizonyítás esetén megjelenő valószínűség nem keverendő össze azzal az *ex ante* várakozással, valószínűséggel, amellyel a felelősségi modellekben találkozunk. Ott a valószínűség arra vonatkozott, hogy a felek a gondossági szintről, a jogi környezetről, a korábbi bírósági döntésekről, stb. rendelkezésükre álló információk mellett mekkora valószínűséget tulajdonítanak annak, hogy a pert a felperes nyeri. A valószínűségi bizonyítás ezzel szemben azt jelenti, hogy a bíróság az adott bizonyítékok, érvek megfontolása után mérlegeli, hogy mekkora a valószínűsége annak, hogy a felperesnek (és nem az alperesnek) van igaza.

A magyar jogi irodalomban nem világos, hogy elfogadható-e a valószínűségi bizonyítás elve. Többen azonban (például Farkas – Kengyel [2005] pp. 65–68) a joggazdaságtani érveléshez hasonlóan ebből indulnak ki – elismerve, hogy a bírósági tévedés esélyét soha nem lehet kizárni. Sőt mivel a bizonyosság növelése költséges (egy idő után egyre magasabb költséggel jár), így arra törekedni sem mindig célszerű. A valószínűségi bizonyítás előnye, hogy bírósági tévedés esélye ebben az esetben explicit lesz: amennyivel az adott esetben a valószínűség elmarad 100%-tól, akkora a tévedés esélye.

A valószínűségi bizonyítás másik fontos kérdése, hogy mekkora legyen a bíróság által elvárt valószínűség, bizonyossági szint. A valószínűségi bizonyítást jobban elfogadó *common law*ban (és skandináv jogrendszerekben) erre a

¹⁴³ Lásd például Kaplow [2012], magyarul Farkas – Kengyel [2005]

kérdésre explicit válasz születik. A polgári eljárásban a bizonyítékok többsége (*preponderance of evidence*) szükséges az adott fél melletti döntéshez, vagyis 50%-ot meghaladó valószínűség. Büntetőperekben ez a valószínűségi szint már nem ennyire explicit, de a közfelfogás szerint valahol 90% körül húzódik (ld. pl. Sanchirico [2006] p. 21). A kontinentális jogban ezek az értékek nem egyértelműek. Abban azonban szintén egybehangzó az irodalom, hogy (i) elviekben nem tesz a jog különbséget a büntető és a polgári perek között, és (ii) a polgári perekben elvárt bizonyosság magasabb, mint 50% (pl. Clermont – Sherwin [2002], Farkas – Kengyel [2005] pp. 65-68).

Ez az eltérés a nembizonyítottság kockázata miatt fontos. Tegyük fel, hogy egy adott rendszer 25%-os tévedést enged! Ekkor a bizonyíthatatlanság tartománya a 25 és a 75%-os bizonyossági szint közötti rész. (Lásd 5.4. ábra.) Amennyiben a meggyőzés terhe a felperesen van, akkor 75% fölött az ő javára dönt a bíróság, ez alatt nem. Amennyiben a bizonyítási teher megfordul, akkor 25%-os valószínűség alatt nyer az alperes – afölött a felperes. A bizonyítási teher megfordítása tehát ebben az esetben élesen elválnak az elvárt bizonyosság kérdésétől: utóbbi a hibahatárt határozza meg (és a mostani modellünkben adottnak vesszük), a nembizonyítottság kockázata pedig azt, hogy a szürke zóna esetében kinek a javára ítélt a bíróság.

5.4 ábra. A bizonyítási teher nagysága nem meggyőzően eldönthető esetekben

| Felperes igazának valószínűség | | | |
|--------------------------------|-------------------------------|-----|-------------------------------|
| 0% | 25% | 75% | 100% |
| Ítélet alperes javára | Nem bizonyított | | Ítélet felperes javára |
| Bizonyítottság | | | |
| Ítélet alperes javára | | | Ítélet felperes javára |
| Bizonyítási teher a felperesen | | | |
| Ítélet alperes javára | Ítélet felperes javára | | |
| Bizonyítási teher az alperesen | | | |

Bizonyítási teher, bírósági tévedés és szolgáltatói felelősség. A felelősség megállapításának valószínűsége egyre kisebb, ha az alperes növeli a gondosságát. Vagyis az, hogy adott esetben mekkora a felelősség megállapításának valószínűsége, három elemtől függ: (i) a bíróság által keresett (elvárt) gondosságtól,

(ii) az elvárt bizonyítottság szintjétől és (iii) a bizonyítási teher megosztásától. A bizonyítási teher megfordítása tehát megváltoztatja a kártérítés megítélésének valószínűségét, így ösztönző hatása is lesz. Láttuk azonban, hogy a bizonytalanság maga is kétféle hatást okoz, és nem tudjuk általánosságban megmondani, hogy az elővigyázatosságot növelő vagy az azt csökkentő ösztönző az erősebb-e. A bizonyítási teher megfordításáról *a priori* csak annyit tudunk, hogy növeli a kártérítés megítélésének valószínűségét – mind a kellően elővigyázatos, mind a felróhatóan eljáró szolgáltató esetén.

Magyarországon az általunk *szolgáltatói felelősségnek* nevezett rendszer működik, vagyis az elvárt sinthez nagyon kevés szolgáltató akar alkalmazkodni! Ennek fényében kicsit többet mondhatunk a bizonyítási teher megítéléséről is. Láttuk – például az 5.2. ábra kapcsán –, hogy amennyiben csökken a várható kártérítés és a fél a felróható szakaszban marad, akkor az elővigyázatosság is csökken. Ebben az esetben a bizonyítási teher megfordítása növeli – igaz vélhetően nem jelentősen – a várható kártérítés nagyságát (növeli a kártérítés megítélésének összegét), vagyis a harmadik fejezetben látott hatások fellépnek: csökken az ösztönzés a tudatos szerződésszegésre, nő az elővigyázatosságra, az idioszinkratikus beruházásokra.

2.4. Közreműködőért viselt felelősség

A legtöbb szerződési jogban a szerződést kötő fél felelős a szerződés teljesítésében résztvevők által okozott károkért is. Az ilyen felelősséget az irodalom *másért viselt* vagy *mögöttes felelősségnek* (*vicarious liability*) nevezi. A kérdés az, hogy hatékony-e, ha valakit a mások által okozott kár megtérítésére kötelezünk. Miért nem a valódi károkozó áll szemben a bíróságon a károsulttal?

Vagyon: kikényszerítési problémák és kockázatmegosztás. Az első joggazdaságtani elemzések abból indultak ki, hogy a mögöttes felelősséget vállaló fél általában vagyonosabb. Éppen ezért a teljesítési segéd perlése esetén nagyobb valószínűséggel merülhetnek fel kikényszerítési problémák (*judgment-proof*). Mint a harmadik fejezetben, de az előző elemzésben is láttuk, ha valakinek nem kell a teljes kár viselésével szembenéznie, akkor csökken az elővigyázatossági ösztönzése. Ha valakinek így is úgy is ki kell fizetnie a maximális kártérítést (például a kártérítés miatt már ügyis elveszíti a teljes vagyont), akkor a további károk már nem növelik az ő költségét – többet nem lehet elvonni tőle. Nem lesz tehát ösztönzője ezek elkerülésére. A másért viselt felelősség melletti klasszikus érv tehát abból indul ki, hogy a megbízó általában nagyobb vagyonnal rendelkezik, és ezért nála kisebb valószínűséggel lép fel ez a kikényszerítési probléma. (Emeljük ki: a kártérítés elmaradása kapcsán a joggazdaságtani probléma az

ösztönzés csökkenése, és nem az, hogy a károsult kompenzáció nélkül marad! Nagyon sok példát ismerünk a szerződési jogból is, amikor a károsultat nem kompenzálja a rendszer: az előbb láttuk, hogy ez a helyzet akkor is, ha valaki kellően gondosan járt el, és így szeg szerződést.)¹⁴⁴

A teljesítési segéd elégtelen vagyonából kiindulva érthetjük meg a kockázat-megosztás érvét is. Ha feltesszük, hogy a szerződés kötelezettjének nagyobb vagyona van, mint akár a megbízottjának, akár a megrendelőjének, akkor feltehetjük, hogy a kötelezett a legkevésbé kockázatkerülő, ő a jobb kockázatviselő, éppen ezért az a leghelyesebb, ha a kár kockázatát ő vállalja magára.

Az érvelés azonban nyilvánvalóan támadható. Miért tételezzük fel, hogy a közvetlenül szerződést kötő fél nagyobb vagyonnal rendelkezik, mint valamelyik beszállítója? Vagy akár a munkavállalója? Üres, vagyontalan cégek is köthetnek szerződéseket, amelyeknek meglehetősen jómódú munkavállalói is lehetnek.

Ellenőrzés, irányítás. A megbízó felelőssége melletti másik klasszikus érv az, hogy a megbízottja az ő érdekeit követi, illetve, hogy ő a közvetlen károkozó felettese, képes ellenőrizni a lépéseit, utasítani őt. A mögöttes felelősség koncepciója igazából abból indul ki, hogy a kellő gondosságot, a hatékony döntést nem csak a kártérítési rendszeren keresztül ösztönözhetjük. A kártérítési rendszer közgazdasági értelemben az árrendszer egyik eleme: a kárt okozó fél megfizeti azt a kárt, amit másnak okoz¹⁴⁵ Ezzel szemben vannak esetek, amikor az árrendszer nem a megfelelő ösztönző rendszer. Az árrendszer lényege ugyan, így a kártérítés is, a mérlegelés: eldönthetjük, hogy az adott ár megfizetése után megéri-e nekünk megtenni az adott lépést. Mindemellett vannak esetek, amikor ez a mérlegelés roppant nehéz (drága és az információigény miatt könnyen vezet rossz döntéshez), és ezért egyszerűbb, ha nem a konkrét érintettek döntenek el, hogy adott lépést megtegyenek-e. Egyszerűbb ezt a döntést másra bízni, aki utasíthatja őket, ellenőrizheti a lépéseiket.¹⁴⁶ (Az irányítási rendszer és az árrendszer összevetéséért lásd Milgrom – Roberts [2005].) A másért viselt felelősség egyik klasszikus értelmezése az, hogy a közvetlen károkozót nem érdemes kártérítéssel motiválni, pontosabban egyszerűbb közvetlen utasítások révén irányítani. A másért viselt felelősség rendszere arra a feltevésre épít, hogy

¹⁴⁴ Dari-Mattiacci – Mangan [2005] mindemellett felhívja a figyelmet arra, hogy amennyiben a kártérítés azért nem hajtható be, mert valóban nincs más vagyona, és nem azért, mert van ugyan más vagyona, de azt a végrehajtás során a bíróság nem tudja elérni, akkor az nem feltétlenül fogja gyengíteni a kockázatkerülő játékos ösztönzőjét a gondosságra.

¹⁴⁵ Hasonlóképp az ár is azt a kárt fizeteti meg velünk, amelyet másoknak okozunk (mert az adott árut, a benne levő nyersanyagot, munkaidőt, erőfeszítést, stb. a mi hasznosságunk növelésére fordítjuk, elvonjuk a többiek elől).

¹⁴⁶ Persze láttuk az első és a harmadik fejezetben, hogy az adott játékos ilyenkor is mérlegel, ilyenkor is döntéseket hoz – mindenekeelőtt az utasítás megszegésekor fenyegető szankciókat (mint árat, költséget) értékeli.

a megbízót a kártérítés megfelelően ösztönzi, és ő ki fogja alakítani a megfelelő irányítási struktúrákat.

A másért viselt vagy mögöttes felelősség ugyanakkor kifejezetten káros, ha a megbízó nem tudja kellően ellenőrizni a megbízottját. Ilyenkor ugyanis a megbízó nem utasítás, ellenőrzés révén, hanem vélhetően ugyanúgy kártérítési követelések révén próbálná ösztönözni a közreműködőt, a megbízottját, beszállítóját. Vagyis, a mögöttes felelősség egyszerűen megkettőzi a kártérítési pert – adminisztrációs okok miatt is egyszerűbbnek tűnik a közvetlen felelősség.

Az ellenőrzés problémája húzódhat meg ama különbség mögött is, amelyet a magyar jog az alkalmazottak, a megbízottak, az alvállalkozók, illetve azok között tesz, akikkel a megbízó nem kifejezetten az adott szerződés végrehajtására szerződött. Hasonló érvet találunk itt, mint amit más jogokban az alkalmazottak és az alvállalkozók között tesznek: az előbbieket egyszerűbb ellenőrizni (lásd Landes – R. Posner [1987]).

Adminisztrációs egyszerűség. További érvként merül fel az irodalomban (Kornhauser [1982]), hogy a mögöttes felelősség legfontosabb előnye az, hogy nem kell a károsultnak vesződnie azzal, hogy megtalálja, hogy közvetlenül ki okozta a kárt. A közvetlen károkozó személyét a szerződéses partnere lényegesen egyszerűbben megállapíthatja. Az érvelés kritikája természetesen az, hogy ez nem teszi szükségessé a szerződéses partner perlését, különösen nem kötelező perlését (a közvetlen károkozó perlésének tilalmát) azokban az esetekben, amikor ismert a károkozó személye. Ha pedig valóban nem ismert a konkrét károkozó személye, akkor elég lenne a szerződő felet azzal „fenyegetni”, hogy amennyiben nem tudja megnevezni a valódi károkozót, akkor ő viseli a felelősséget.

Mielőtt továbblépnénk, fel kell hívni a figyelmet arra, hogy a teljesítési segédért viselt felelősséghez nagyon hasonló a képviselők, ügynökök útján kötött szerződések problémája. Erre – a most megismert logikát is felhasználva – a hetedik fejezetben térünk vissza.

2.5. Lehetetlenülés

A lehetetlenülés kérdésével részletesen foglalkoztunk az előző fejezetben. Láttuk, hogy igazából két kérdésre bontható: kell-e teljesíteni (természetben) a szerződést, illetve, kire terheljük a felmerült kárt, felmentést adjunk-e a kártérítés alól a szerződést megszegő, abból lehetetlenülés útján kiengedett félnek. Most a második kérdésre koncentrálnak, így abból kell kiindulnunk, hogy az első kérdésre már válasz született: a bíróság elfogadja, hogy az eredeti szerződés lehetetlenült. (A lehetetlenülésről egyszerűen lásd Smythe [2011].)

A jobb kockázatviselő elve. A lehetetlenülésre, a kártérítés alóli mentesítésre a joggazdaságtanban a legtöbbször használt elv R. Posner szerint a *jobb kockázatviselő elve*: a bíróságnak arra a szerződő félre kell terhelni a kárt (a jogi felelősséget a lehetetlenülésért), aki a kisebb költséggel tudja viselni a teljesítés lehetetlenné válásának kockázatát (R. Posner [2011] pp. 130-134). Nagyon fontos tehát, hogy itt a lehetetlenülés kockázatának viselését értékeljük! Azt vizsgáljuk, hogy *ex ante*, a szerződés megkötésekor melyik félre lett volna érdemes telepíteni az adott – időközben bekövetkezett – kárt. Kinek jelentett volna kisebb terhet e kockázat viselése? Láttuk az első fejezetben, hogy erre három egyszerű kérdés megválaszolásával adhatunk választ: (i) ki ismerhette volna fel azt könnyebben, (ii) ha egyaránt ismerik a veszélyt, a kockázatot, ki védekezhetett volna annak bekövetkezése ellen egyszerűbben, olcsóbban, és (iii) ha nem is lehetett tenni a kárveszély ellen, akkor is lehet különbség a felek kockázattűrő képessége tekintetében: ki viselte volna könnyebben a kockázatot.

A hatékonyabb kockázatviselő az, aki *ténylegesen* előre látta a kockázatot vagy előre *kellott volna* látnia azt. Különösen az utóbbi a „*kellott volna*” értelmezése fontos. R. Posner a híres Bentley-ügy kapcsán¹⁴⁷ úgy érvel: az, hogy adott problémát egyik fél sem ismerte, nem mentesíti azt a felet, aki a problémát (lényegesen) olcsóbban felismerhette volna. (R. Posner [2011] p. 121) Az esetben egy tagállami Capitolium építésére szerződött a felperes. Az építkezés az állami főépítész tervei szerint folyt. Az épület azonban a nem megfelelő talajviszonyok miatt összedőlt. Ezt ugyan egyik peres fél sem látta előre, viszont az állam olcsóbban megszerezhetette volna – mindkettőjük számára – ezt az információt. A „*kellott volna*” tehát nemcsak abszolút, hanem relatív költségek összemérését is jelentheti: terheljük a kárt arra, aki a partnerénél könnyebben, olcsóbban információkhoz juthatott volna.

Ha a két fél egyforma információs helyzetben volt, ha felhívták egymás figyelmét a veszélyre vagy később ugyanabban a pillanatban ismerték azt fel, akkor figyelembe kell venni, hogy milyen lépéseket tudtak volna tenni annak érdekében, hogy csökkentsék a teljesítés ellehetetlenülésének valószínűségét, illetve a szerződésszegésből fakadó veszteséget. Ez legtöbbször leegyszerűsíthető arra a kérdésre, hogy ki volt a kárt okozó, illetve elszenvedő eszköz birtokában. Például, ha egy tűz vagy egy rablás miatt lehetetlenül a szerződés, akkor az adott eszközt vagy ingatlant éppen birtokló félre lehet terhelni a kárt – hiszen birtokosként ő volt az, aki a kárt megelőzhette vagy legalábbis csökkenthette volna. (R. Posner [2011] p. 134)

Az eddigieket könnyen áttekinthetjük egy egyszerű problémán: meghal a festő, aki egy portré megfestését vállalta. Az első kérdés tehát az, hogy a megrendelő és

¹⁴⁷ Bentley v. State 73 Wis. 416, 41 N.W. 338 [1889]

a festő közül ki tudhatott arról, hogy a festő meghalhat. Nyilvánvaló, hogy ezzel a lehetőséggel mind a ketten tisztában voltak. Amennyiben a festő valamilyen súlyos betegségben szenvedett vagy éppen veszélyes szórakozásoknak hódolt, akkor persze neki volt információs előnye – ennyiben amellet érvelhetünk, hogy terheljük rá, pontosabban az örökösire a portréra váró kárát. Ha ilyen információs előnye nem volt, akkor jön a második lépés: az ösztönzés. Miért nem festette meg előbb a portrét? Nyilvánvalóan az ő számlájára írhatjuk, hogy a képet nem fejezte be még halála előtt. Erre sokféle oka lehetett persze – festett-e mást, más dolgokat fontosabbnak, élvezetesebbnek, a maga számára hasznosabbnak tartott-e, és ezért az adott portré elé helyezte-e. De eredendően ez az ő döntése volt. Ha nem így dönt, akkor a portré az esetleg váratlan halála előtt is elkészülhetett volna. Ezzel szemben a portréra váró fél az, aki egyrészt a portré értékét jobban ismerte (ő tudta, miért épp az adott festőt és nem mást bízott meg), másrészt a kár bekövetkezése után ő az, aki a kárt csökkenteni tudja – ő kereshet más művészt.

Mi történik azonban, ha egyik fél sem tud óvintézkedéseket tenni? Ekkor még mindig lehet közöttük különbség abban, hogy melyikük mennyire képes viselni a kockázatot. A kockázattűrés a három kérdés közül a legnehezebben eldönthető. A közgazdaságtan a kockázatviselő képességet általában összefüggésbe hozza a – piaci vagy piacon kívüli – kockázatmegosztás lehetőségével.

A *piaci kockázatmegosztás* a biztosításvásárlást jelenti. A biztosítási piac sajátosságai miatt elképzelhető, hogy a felek között ebben is jelentős különbség van, mert csak egyik fél tud biztosítást kötni. (A problémát az ún. biztosítási piaci kudarcok okozzák, amelyeket a 4.2 szövegdobozban tárgyalunk.) De általában nem a piaci biztosításhoz való hozzáférésben, hanem az ún. *önbiztosítási képességben* van különbség.¹⁴⁸

Az önbiztosítás megértéséhez induljunk ki a fejezet elején látott problémából! Egy természeti katasztrófa miatt egy utazási iroda vagy légitársaság nem tudja hazahozni az utasokat egy távoli országból. Amennyiben ez valóban előreláthatatlan természeti katasztrófa (mint amilyenek a 2010. tavaszán kitört izlandi vulkán esetét tartják, amely megbénította majd egész Európa légiközlekedését), akkor nem merülhet fel érvként sem az, hogy az utazást bonyolító vállalat valamiképpen megelőzhette volna a kárt, sem az, hogy az utasok köthettek volna rá biztosítást. Ha valami előreláthatatlan, akkor biztosítás sincs rá – ez a biztosítási piaci egyik alapszabálya. Ebben az esetben azonban

¹⁴⁸ Ez a megközelítés azonban időnként félrevezető lehet. A kockázattűrés ugyanis nem csak attól függ, hogy ki milyen mértékben képes önbiztosításra. Lehet, hogy valaki nem képes rá, de a kockázat mégis kevésbé zavarja. A közgazdaságtan klasszikus leírása szerint, amit láttunk a 3. fejezetben, a kockázathoz való viszony attól függ, hogy milyen a jövedelem- (vagy vagyon-) hasznosság függvény alakja. Ha közelebb van a lineárishoz, akkor az adott személy jobban képes viselni a kockázatot – piaci biztosítás nélkül.

felmerül az önbiztosítás képessége: lehet, hogy a vállalatnak a kockázat kezelése érdekében nincs is szüksége biztosításra. Akinek kellően nagy és diverzifikált portfóliója van, az nem vásárolna biztosítást arra a kockázatra, amelyre egy kisebb, kevésbé összetett portfólióval rendelkező ember igen. Még akkor sem, ha egyébként kockázatkerülő.

Ennek megértéséhez lássunk egy példát! Egy esemény bekövetkezési esélye 0,1% és a kár (ha bekövetkezik) 1 000 000. Egy kockázatsemleges döntéshozó, amilyen a biztosító ezzel az eseménnyel úgy kalkulálna, hogy a várható kára az 1 000 000 0,1%-a vagyis 1000. A biztosító a kockázatok szétterítése miatt lehet kockázatsemleges. Tegyük fel, hogy több ezer ilyen biztosított van, akinél a kár esélye 0,1% (az egyszerűség kedvéért a kár mindenkinél 1 000 000)! Ha a biztosító mindegyiküktől a kár 0,1%-át, vagyis a várható értéket, 1000-et kér, akkor az összes bevétele a biztosított összeg (vagyis az az összeg, amelyet ki kellene fizetnie, ha mindenki kárt jelentene az adott évben) 0,1%-a lesz. Kérdés, hogy ez a bevétel elég-e az adott évi kifizetéseire? Ez attól függ, hogy a biztosítottak közül hányat kell adott évben kifizetni. Ez határozza meg a kockázatok szétterítése. Minden évben lesznek befizetők (akiket nem ér kár) és károsultak – azt, hogy a kifizetésre fedezetet nyújt-e a bevétel, a két csoport közötti arány adja meg. Ha a károsultak arány 0,1%, akkor igen. Ekkor a diverzifikálás sikerült: a biztosító bevétele (alapvetően: a nem károsultak befizetése) fedezi a károsultak kifizetését.

A biztosító azonban a biztosítási díjat nem a várható értékben, hanem afölött határozza meg. Ha csak a várható kárt kérné el, akkor az éves bevételei várhatóan csak arra lennének elegendőek, hogy az éves várható károkat fedezze, de a működésre, az alkalmazottak foglalkoztatására, valószínűséget számító – ún. aktuárius számításokat végző – programok kifejlesztésére, vásárlására, ingatlanok, irodák bérlésére, illetve a befektetett tőke megtérülésére stb. nem lenne fedezete. Ezért többet kér, de ezt az emberek hajlandók is kifizetni. Láttuk, hogy egy kockázatkerülő döntéshozó számára a biztos egyenértékes nem esik egybe a várható jövedelemmel. Hajlandó többet fizetni, mint a várható kár, ha az az összeg viszont biztos – azt akkor is megkapja (a biztosítótól), ha kár éri.

Vannak azonban esetek, amikor ezt a felárat a biztosított nem lesz hajlandó kifizetni. Azért nem, mert neki már eleve diverzifikált a kockázata. Tegyük fel, hogy a vállalat több száz (viszonylag veszélyes) helyre utaztat, és mindegyiknél jelentkezik az 0,1%-os kárveszély. Megéri neki mindegyiket biztosítania 0,1% fölötti díjban? Nem jár jobban, ha egyszerűen megtartja magának a biztosítónak fizetendő összeget és kifizeti ebből a várhatóan az úti célok 0,1%-ánál jelentkező károkat? De igen. Vegyük észre: a sok úti cél miatt tulajdonképpen az történne, hogy adott évben minden úti cél után fizetné a kár több mint 0,1%-át biztosítási díjként, míg annál az 0,1%-nál, ahol baj van, megkapná a kár 100%-át. A sok

célállomás miatt a repülőtársaság eleve ugyanolyan szétterített kockázatokkal (diverzifikált portfólióval) rendelkezik, mint amelyet a biztosító is el szeretne érni, ha erre a kockázatra biztosítást ajánlana. A repülőtársaság a többi úti célok (pontosabban az azokon megspórolt) biztosítási díjából fizeti ki a kárt. A nagyobb cégnek tehát nincs szüksége piaci biztosításra. Ezzel szemben az egyes utazónak nincs több száz úti célja egy évben – ő nem tudja önmagát biztosítani, tehát neki szüksége lenne piaci biztosításra, ami drágább.

5.3. szövegdoboz. Biztosítási piaci kudarcok, a hiányzó piacok problémája

Vannak olyan kockázatok, amelyek ellen nem lehet biztosítást kötni. A biztosítás működésének ugyanis öt fontos feltétele van.

(i) A bekövetkezés valószínűségét becsülni kell tudni. Például hiába tudjuk, hogy a közeljövőben valószínűleg lesznek új, eddig nem ismert betegségek, mivel ezek valószínűségét, várható kezelési módját, költségét sem ismerjük, így olyan hosszú távú biztosítást, amely ezen ma még nem ismert betegségek kezelését is fedezné, nem tudunk kötni.

(ii) A bekövetkezés valószínűsége nem lehet „majdnem biztos” – matematikailag a valószínűség nem lehet közel 1-hez. Ekkor ugyanis a biztosító nem tud a várható költség felett árazni, hiszen a biztosítási díj nagyobb lenne, mint a kár. Nyilvánvaló, hogy senki nem fizetne mondjuk 1,1 millió forintot, azért, hogy egy majdnem biztos kár esetén kapjon 1 milliót.

(iii) A kockázatoknak függetlennek kell lenniük egymástól. Az nem elég, hogy tudjuk: a bekövetkezés valószínűsége 0,1%. Az is szükséges, hogy egy-egy évben a bevétel fedezze a kiadást. Például, ha azt tudjuk, hogy a bekövetkezés esélye 0,1%, de ez azt jelenti, hogy ezerévente egyszer van egy olyan év, amikor mindenki kárt szenved, a többi 999-ben pedig senki, akkor abban az egy évben a biztosító bevételei nem fedezik a kiadásait. (Jegyezzük meg, hogy a biztosítási piacon egyre inkább elterjedt ún. viszontbiztosítások, amelyeket biztosítók kötnek egymással, pont erre szolgálnak: az ilyen kiugróan rossz években a többi biztosító „megsegíti” a gondba került biztosítót – cserébe azért, hogy a jó években ő fizet be. Ugyanolyan biztosítást köt a többiekkel, mint mi vele!)

(iv) A biztosítónak kezelnie kell tudni a morális kockázatot. Morális kockázat alatt azt értjük, hogy a biztosított tudva azt, hogy a kárát úgymint megtérítik, kevésbé lesz óvatos, ezzel növelni fogja a kár bekövetkezésének esélyét. A biztosító a morális kockázatot többféle módon kezelheti. Például úgy, ha nem nyújt teljes kártérítést, önrészt követel vagy bizonyos károkat nem térít meg – a biztosított máris nagyobb költséggel néz szembe, ha növeli a kockázatot. Megteheti, hogy szigorú magatartási előírásokhoz köti a biztosítást (például előírja, hogy milyen biztonsági berendezéseket kell felszerelni).

(v) A biztosítónak kezelnie kell tudni a kontraszelekciót. A kontraszelekció problémájával az első fejezetben már találkoztunk – ott a használtautók kapcsán. A biztosítási piacon alapesetben ez azt jelenti, hogy ha mindenkinek átlagos bizto-

sítási díjért kell biztosítást kötnie, akkor azok, akiknek jó, vagyis alacsony a kockázatuk, nem lesznek hajlandók biztosítást kötni. A biztosító ezért nem is szabhat átlagos díjat – az akkor lenne csak kifizetődő, ha mindenki, a jók is megkötnék azt (az átlagban ők is benne vannak). Emelnie kell a díjat, ami a viszonylag jobb kockázatúakat megint arra ösztönözheti, hogy a magasabb áron már ne kössék meg a biztosítást. A kör folytatódik, és végül csak a nagyon rossz kockázatúak maradnak benn – míg a többség biztosítás nélkül marad. A kontraszelekció ellen a biztosító akkor tud védekezni, ha valamiképpen megismerheti, hogy a biztosítottaknak milyen a kockázatuk – pontosabban, hogy ők mit gondolnak erről. Megteheti ezt közvetlenül – például (gépjármű-biztosítás esetén) a korábbi baleseti statisztikákat vizsgálva vagy (egészségbiztosítás esetén) előzetes orvosi vizsgálathoz kötve a biztosításkötést. De megteheti közvetve is, amikor olyan biztosítási csomagokat ajánl fel, amelyek a jobb kockázatúak számára kifizetődő, de a rosszabbak számára nem. Tipikusan ilyenek az alacsonyabb díjért köthető, de nem teljes biztosítások – ezeket a jobb kockázatúak hajlandók megkötni, a rosszabb kockázatúak pedig maradnak a drága teljes biztosítást kínáló csomagokban. Ez egy ún. önszelekciós vagy szűrési mechanizmus – amelynek végeredménye az ún. szeparált egyensúly, vagyis amikor a két csoport szétválik.

A nagyvállalatok jobb kockázatviselők? A fentiekben már felbukkant az az érv, hogy a nagyobb vagyonnal rendelkezők általában – de csak általában – jobb kockázatviselők. Miért? Láttuk, hogy önbiztosításra elvileg azok képesek, akiknek nagy és sokszínű portfóliójuk van, akik esetében az egyik vagyontárgyban esett kár vagy az egyik szerződés teljesítését megakadályozó kockázat nem befolyásolja a többi szerződés megszegésének valószínűségét. Mivel a nagyobb vállalatoknak van sok vagyontárgya, a nagyobb vállalatok kötnek több egymástól független szerződést, így kimondhatjuk: a nagyobb vállalatok általában jobban képesek önbiztosításra is. A bíróságok működésében mindenhol megjelenik a nagyvállalat-ellenesség, vagyis az, hogy hasonló helyzetben könnyebben döntenek a nagyobb vállalatok kárára, mint ha ugyanabban a helyzetben egy magánember vagy egy kisebb vállalkozás állna. Ez ennyiben tehát igazolható is. A nagyobb vállalatok általában jobb kockázatviselők – nem kell piaci biztosításokat kötniük a károk fedezetére. (A nagyvállalatok elleni fellépés mellett persze gyakran más érvek is szólnak, nem mindig a kockázatviselő képességükről van szó. Ilyen érv lehet a nagyobb szakismeret is – mivel partnereik gyakran az adott piacon ritkábban megforduló egyszeri fogyasztók vagy kisebb vállalkozások, ezért már az ösztönzési szempont miatt is érdemes inkább őket felelőssé tenni. Tegyük hozzá azonban, hogy ez nem jelenti azt, hogy mindig jó, ha a nagyvállalattal szemben elfogult a bíróság. Látunk majd olyan esetet a következő fejezetben, amikor éppen hogy szerencsés a nagyvállalatok kártérítését korlátozni – a károk egy részét a fogyasztókra hárítani.)

Kiszámíthatóság. Garoupa – Dari-Mattiacci [2009] hívja fel a figyelmet arra, hogy a jobb kockázatviselő tesztje csak akkor alkalmazható, ha a felek előre tudják, hogy melyikük lesz a jobb kockázatviselő. Ez ugyan időnként tudható – például a szakmáját folytató szolgáltató bizonyosan az a laikus fogyasztóval vagy a saját házáat áruló eladó a házat először látó vevővel szemben –, de különösen bonyolultabb szerződések esetén nem. Ilyenkor viszont nem alakulhat ki az az állapot, amelyet az előző teszt végeredményeként feltételeztünk: nem csak a jobb kockázatviselő fog védekezni, ő sem fogja döntéseinél a teljes társadalmi költséget számba venni.

A jobb kockázatviselő elve mellett a tranzakciós költségek csökkentése alapján is érvelhetünk. A kiszámíthatóságot és ezzel a tranzakciós költséget nagyban befolyásolja az, hogy miképpen fogjuk fel a jobb kockázatviselő elvét. Trebilcock [1993] és nyomán Triantis [1992] veti fel a kérdést: a bíróságnak mindig esetről-esetre vizsgálni kell-e a két szereplő helyzetét vagy csak olyan általános elveket kell-e kimondani, amely a hasonló szerződések esetén mindig alkalmazható. Lássuk R. Posner – Rosenfield [1977] klasszikus példáját: a szezei válság miatt nem lehet célba juttatni vízi úton szállítmányokat, csak ha a hajó megkerüli Afrikát! Amennyiben csak általános elveket keresünk, akkor azt kell eldönteni, hogy általában egy hajózási cégnek kell-e viselnie a hajózási utak lezárásából fakadó kockázatot. Vagy figyelni kell arra is, hogy ki a konkrét megrendelő? R. Posner és Rosenfield klasszikus példájában a megbízó az Egyesült Államok kormánya volt, amely vélhetően a politikai kockázatokról lényegesen többet tudott, mint a hajózási vállalat. Azzal, hogy válaszában R. Posner és Rosenfield figyelmen kívül hagyja ezt a kérdést, implicit módon arra utal, hogy a lehetetlenülés kapcsán a kiszámíthatóság az egyik legfontosabb elvárás. Még azon az áron is, hogy adott esetben a bíróság által is tudottan nem leghatékonyabb megoldást eredményezi. (Ezzel az érveléssel egybecseng Triantis [1992] érvelése is.)

3. KÁRTÉRÍTÉS MÉRTÉKE

Szerződésszegés esetén a károsult kárát meg kell téríteni. Az egyes kártérítési elvek abban különböznek, hogy mit tekintenek ilyen „szerződésszegés nélküli, eredeti” állapotnak, miből indulnak ki: a szerződés teljesítését vagy a szerződés létre nem jöttét.

Fuller – Perdue [1936a,b] nyomán a joggazdaságtani irodalom (természetesen a *common law*ból kiindulva) három, a bíróság által megítélt kártérítési formát különböztet meg. Az elmaradt haszon (elvárt nyereség) alapú kártérítést, a költségalapú kártérítést és az egyszerű restitúciót. A költségmérésen belüli

több lehetőség miatt e háromhoz többen, például Cooter és Ulen, hozzátesznek még egyet, az ún. alternatív költségalapú kártérítést (Cooter – Ulen [2005] pp. 264-268).

- Elmaradt haszon alapú kártérítés. Az elmaradt haszon megtérítéséről akkor beszélünk, ha a kár számításakor abból indulunk ki, hogy szerződészegés esetén az ígéretet kapó fél helyzete mennyivel rosszabb annál, mint *ha a szerződést betartották volna*. Tegyük hozzá: az elmaradt haszon fogalma nem pontosan írja le azt, amit ilyenkor a bíróság becsül! Az angol kifejezés sokkal kifejezőbb: *expectancy*, vagyis várakozás-, elvárás alapú kártérítés. Ugyanis a bíróság feladata ilyenkor éppen az, hogy azt az elvárt jóléti szintet próbálja kártérítés útján elérni, amelyet a károsult a szerződés teljesülése esetére várt.
- *Költség-, pontosabban kiadásalapú kártérítés*. Mérhetjük a kárt az idioszinkratikus kiadásokkal is. Tudjuk, az ígéret birtokában a jogosult több olyan lépést is tehet, amely számára (nem közgazdasági, hanem számviteli értelemben) költséget okoz. Amennyiben ezek idioszinkratikus (szerződés-specifikus) beruházások, akkor a szerződészegéssel ezek elvesznek. Vagyis az ígéretre hagyatkozó fél a szerződészegés után rosszabbul jár, *mintha meg sem kötötte volna a szerződést*. Ebben a kármérési rendszerben a szerződés meg nem kötése jelenti a kiindulópontot a kár kiszámításához: a bíróságok akkora kártérítést ítélhetnek meg, amekkora a károsultat olyan helyzetbe hozza, mint ha egyáltalán nem kötött volna szerződést a másik féllel, és ezért ezeket a kiadásokat nem vállalta volna fel.
- *Alternatív költség alapú kártérítés*. Az idioszinkratikus beruházások mellett, a szerződésre hagyatkozás (illetve a szerződés kötőereje) miatt fellépő másik fontos költség az elmaradt alternatívák haszna: egy szerződés megkötése gyakran más szerződések megkötését kizárja. Éppen ezért a bíróságok dönthetnek úgy, hogy a szerződészegés károsultjait olyan helyzetbe juttatják a megítélt kártérítéssel, mint *ha azt a szerződést kötötték volna meg, amely a megszegett szerződés legjobb alternatívája volt* – ekkor mondjuk, hogy a kártérítés az elszalasztott alternatíva értékével egyezik meg.¹⁴⁹
- *Restitúció*. Ennek értelmezése nem egyértelmű. Elviekben ebben a helyzetben is olyan helyzetbe hozzuk az egyes feleket, mintha a szerződés létre sem jött volna – visszaszolgáltatják az egymásnak már átadott szolgáltatásokat, megtérítik azok értékét. A probléma akkor jelentkezik, ha kiderül, hogy a már teljesített szolgáltatások magasabb értéket képviselnek annak

¹⁴⁹ Az idioszinkratikus kiadások és az alternatív költségek megtérítése között azért érdemes különbséget tenni, mert sok ország jogrendszere csak a számviteli értelemben vett költségeket, vagyis a kiadásokat ismeri el kárként, az adott szerződés miatt elszalasztott alternatívák hasznát nem.

a számára, akinek most vissza kellene adnia azok értékét, mint annak, aki azt a szerződés során teljesítette. A joggazdaságtani irodalomban, erre a problémára reagálva két értelmezés bukkan fel. Cooter és Ulen az eredeti állapot helyreállítását úgy értelmezi, mint „a jogorvoslat minimális formáját”, vagyis, amikor a kártérítés alacsonyabb, mint az eddigi esetekben. Például, ha előlegfizetés történt, akkor azt vissza kell szolgáltatni, de többet (a vevő egyéb költségeit, az egyéb szerződésekből potenciálisan elérhető hasznait, stb.) nem. (Cooter – Ulen [2005] p. 270) Ezzel szemben a *common law* klasszikus felfogása szerint a restitúció azt jelenti, hogy a szolgáltatást kapó fél hasznait vonjuk el. (Lásd például R. Posner [2011] p. 149)

A harmadik fejezetben megmutattuk, hogy a kártérítés nagysága erősen megváltoztatja a különböző ösztönzőket. Első ránézésre nyilvánvalónak látszik, hogy e megoldások közül az elmaradt haszon alapú kártérítés jelenti a legmagasabb összeget, a negatív interesse a következőt, míg a restitúció a legkisebbet. A második fejezet végén bemutatott modellhez hasonlóan tehát az elmaradt haszon alapú kártérítés ösztönzi a leginkább, míg a restitúció a legkevésbé...

- a kötelezettet információszerzésre a szerződéskötés előtt;
- a kötelezettet megfontoltabb partnerkeresésre;
- a kötelezettet a pontosabb szerződések írására;
- a jogosultat nagyobb idioszinkratikus beruházásra.

Az induló kockázatmegosztás az elmaradt haszon alapú kártérítés esetén tolja el leginkább (és a restitúció esetén legkevésbé) a kockázatokat a kötelezett irányába. Őt ez is pontosabb szerződésírásra ösztönzi. A restitúció esetén a legmagasabb az újratárgyalás esélye. Az idioszinkratikus beruházással kapcsolatos ösztönzőt, a szerződéskötéssel kapcsolatos és a kárenyhítéssel kapcsolatos ösztönzőket egyelőre nem említettük. A harmadik fejezetben ugyan ezekről is konkrét állításokat látunk (a nagyobb kártérítés miatt nő az idioszinkratikus beruházások szintje, gyengül a kárenyhítési ösztönző és könnyelműbbé válnak a felek a szerződéskötés során), de, mint látni fogjuk, a konkrét megoldások speciális ösztönzőket is hordoznak, tehát ezek értékelésekor nem elég, ha csak abból indulunk ki, hogy melyik kártérítési technika vezet magasabb és melyik alacsonyabb összeghez.¹⁵⁰

¹⁵⁰ A restitúció másik értelmezése kissé magasabb kártérítést nyújt, de ennek elemzése nem egyszerű. Nem tudható ugyanis, hogy a visszaszolgáltató féltől elvont haszon hogyan viszonyul a károsult egyéb káraihoz. Lehet, hogy azoknál alacsonyabb, de lehet, hogy magasabb. Ezzel tehát az itt tárgyalt restitúciónál magasabb összegű – ezért a szerződésszegés kockázatát csökkentő, az elővigyázatosságot és az idioszinkratikus beruházásokat jobban ösztönző – kártérítési forma alakul ki. Ennek elemzése nem nyújt újat ahhoz képest, amit a harmadik fejezetben láttunk: végső soron ez egy magasabb összegű, de az idioszinkratikus költségektől és a kárenyhítési lépésektől független kártérítést jelent.

3.1. A magyar jog kárfogalma

Az ún. teljes kártérítés elve, amely a magyar jogrendszerben a kártérítés alapelve, a jogi értelemben vett kár teljes megtérítését követeli. Ez a (polgári) jogi kárfogalom a kár három elemét ismeri el: (i) a ténylegesen felmerült kárt (*damnum emergens*), (ii) az elmaradt hasznot (*lucrum cessans*), és (iii) a kár elhárítása, enyhítése miatt felmerült költségeket. Ezen felül írhatja elő a bíróság nem vagyoni kár megtérítését.

Eredeti állapot helyreállítása, fedezeti ügylet. Mielőtt azonban eljutnánk a kártérítéshez, le kell szögezni: a kiindulópont az, hogy a károkozó az eredeti állapotot köteles természetben helyreállítani. (Szerződészegés esetén ennek megfelelő elv a természetbeni kikényszerítés is, de a kapott dolgok visszaszolgáltatása, az átadott dolgok visszakövetelése.) Kártérítésre akkor és annyiban kerülhet sor, amennyiben ez nem lehetséges, a károsult azt alapos okból nem kívánja vagy más károk is keletkeznek. Az eredeti állapot helyreállításának főként akkor lehet helye, amikor az viszonylag kis szakértelmet kíván és arányos költségráfordítással kijavítható.

Ennek kapcsán érdemes azonban emlékeztetni arra is, hogy a kártérítés nemcsak pénzben, hanem természetben is nyújtható – ez azonban nem azonos az eredeti állapot helyreállításával. A bírói gyakorlat a természetbeni kártérítés alatt azt érti, ha a kártérítés helyettesíthető dolgokkal történik: a dolog kicserélése, pótlása vagy javítása, stb. Logikailag ennek az alapelvnek felel meg az ún. *fedezeti ügylet költségének megtérítése*. Fedezeti ügylet az, amikor a jogosult helyettesítőt keres és talál: mástól szerzi meg a szerződést tárgyát képező szolgáltatást helyettesítőjét.

Tényleges kár. Ha a fedezeti ügylet lehetetlen, akkor kerül sor a kár mérésére. Ennek első eleme a ténylegesen felmerült kárt (*damnum emergens*). Ez azt jelenti, hogy a károsult valamely értéktárgya megsérül, elpusztul, megrongálódik vagy elvész. A tényleges kár a vagyon értékcsökkenése. A magyar bírói gyakorlati is szembesült az értékelés egyik problémájával: ha a kár bekövetkezése és az ítéletet hozatal között jelentősen megváltozott a dolog piaci értéke, akkor az ítélethozatalakor érvényes értéket veszik figyelembe. A bírói gyakorlat hajlik arra, hogy ítélethozatalakor aktuális értéket fogadja el számítási alapnak. (Benedek [2007] p. 1361) Elsősorban a kár ezen eleme az, amit az eredeti állapot helyreállításával vagy természetben kompenzálni lehet.

Az elmaradt vagyoni előny. Ide tartozik a szerződésből várt haszon, de ide tartozhat például a szerződés miatt kiesett kereset vagy jövedelem is. Az utóbbi akkor, ha a felperes bizonyítja, hogy ettől azért esett el, mert a szerződést a maga részéről teljesítette. Abban az esetben azonban, ha csupán feltételezhető, hogy a károsult ilyen juttatásban részesült volna szerződés nélkül, akkor nem

lehet azt kárként megítélni. Nem ítélt meg például kártérítést a bíróság azért, mert a vőlegény balesete miatt elmaradt a menyasszonytánc – és ezért az abból várt bevétel is. (Benedek [2007] p. 1363)

A vagyoni hátrány csökkentéséhez, illetőleg kiküszöböléséhez szükséges költségek. Ezek azok a költségek, amelyek a károsultnak a káresemény bekövetkezte után tett, de azzal összefüggő lépései okoztak. A költségek felmerültét a felperesnek kell bizonyítania. Ide tartoznak például a szavatosságnál látott javítási költségek. Ezeknek a megítélésénél a bíróság figyelembe próbálja venni a károsult kárenyhítési kötelezettségét, vagyis elvárja, hogy lehetőleg az olcsóbb javítási módot válassza ki. Fontos kiemelni, hogy nem tartoznak ebbe a körbe azok a költségeket, amelyeket a perköltségben térítenek meg (Benedek [2007] p. 1368).

A nem vagyoni kár. Benedek szerint az 1959-es kódex szerint a magyar jogban három kártípus létezik: *a)* a klasszikus, jól kalkulálható vagyoni kár, *b)* az a vagyoni kár, amelynek értéke nem számítható ki pontosan – és ezért általános kártérítést (Ptk. 359.§ (1) bek.) ítélnek meg helyette, és *c)* az „immateriális jellegű nem vagyoni kár.” (Benedek [2007] p. 1331)

A magyar Ptk. ugyanakkor nem határozza meg a nem vagyoni kár fogalmát, illetve azokat az eseteket, amelyekben ilyen jellegű kár felmerülhet. Annyit azonban mindenképpen elmondhatunk, hogy a nem vagyoni kártérítés jogintézménye az általános személyiségvédelem eszköze. A nem vagyoni kártérítés megfizetésére vonatkozó igény jogalapja személyhez vagy szellemi alkotásokhoz fűződő jogok megsértése lehet. Ezek listáját a 1959-es törvénykönyv is tartalmazza ugyan, de a felsorolás nem taxatív, nem kizárólagos – ezért léteznek ott nem nevesített személyhez fűződő jogok is.

A Ptk. nagykommentárja által is elfogadott definíció szerint: „A nem vagyoni kár az emberi személyiség értékminőségének csökkenése. Ez a csökkenés akkor állapítható meg, ha a személyiség helyzete kedvezőtlenül - a korábbihoz képest hátrányosan - megváltozik” (Petrik [1991] p. 150., Benedek [2007] p. 1327). Azonban a személyiségi jogi sérelem nem elégséges önmagában a kártérítéshez. A személyhez fűződő jog megsértése önmagában csak a jogellenességet jelzi. A kártérítés megállapításához az is szükséges, hogy a károsult „olyan hátrányt bizonyítson, amely indokolja nem vagyoni kárpótlás megállapítását”. (BH 1997/9., BH 2001/1. sz. 12.) Azonban az, hogy ez utóbbi miben áll, nem egyértelmű. Látszik azonban, hogy a magyar jog nem fogad el minden köznapi értelemben kárnak, nem anyagi veszteségnek tekintett problémát kárnak. A legtipikusabb példa talán az, hogy az özvegység, árvaság vagy valamelyik hozzátartozó elvesztése, önmagukban nem ilyenek.¹⁵¹

¹⁵¹ Nem ítélt meg például kártérítést a magyar bíróság, amikor egy zeneművészeti főiskolai hallgató csellóművész férje halt meg, és ő arra hivatkozva kért kompenzációt, hogy nemcsak

Természetesen az ilyen károk esetén a kompenzáció megfelelő mértékét meghatározni meglehetősen nehéz. Benedek szerint azt csak „a károsult és egyben a kárért felelős személy méltányos érdekeinek figyelembevételével mellett lehet elbírálni”. Ennek során azonban figyelembe kell venni a túl magas kártérítés káros ösztönzési hatásait is: figyelembe kell venni, hogy például a biztosítókra rótt roppant magas ilyen kifizetési kötelezettség „a biztosítási díjak mérték nélküli emelés[éhez]” vezetne. (Benedek [2007] p. 1338)

Mindezek problémák miatt is próbál a 2013-as kódex új módon nyúlni ezen problémához: bevezeti a *sérelemdíjat*. (2:52.§) Ez hangsúlyozottan nem kártérítés, nem kárért kapott kompenzáció – a kár fogalma megmarad az anyagi jellegű károokra. A szóhasználat szerint ez sérelem – kár bizonyítása nem szükséges hozzá: „a sérelemdíjra való jogosultsághoz a jogsértés tényén kívül további hátrány bekövetkeztének bizonyítása nem szükséges”. Ennek alapján a bíróság meglehetősen szabadon határozhat annak összegéről.

Káronszerzés tilalma. A kártérítés megállapításakor a károsultat ért vagyoni hátrányból le kell vonni a nála jelentkező vagyoni előnyt. Ezek az előnyök megtakarításban vagy értéknövekedésben jelentkezhetnek. Ide sorolható a károsult azon kötelezettsége is, hogy amennyiben nemcsak a dologban keletkezett értékcsökkenést kapja meg, hanem a dolog teljes értékét, akkor az eredeti dolgot, a maradványt köteles a károkozónak kiadni – ez az ún. *residuum* (Benedek [2007] p. 1369). Elképzelhető az is, hogy a károsult harmadik személytől (például a biztosítójától) már kapott a kárra tekintettel juttatást. Ha így van, akkor ennek összegét (az ún. *surrogatumot*) le kell vonni a kártérítés összegéből (Benedek [2007] p. 1369).

3.2. Fedezeti ügylet: hatékony szerződésszegés és kárenyhítés

A fedezeti ügylet költségének megtérítésével már az előző fejezetben is találkozunk, mint a szavatosság egy ki nem mondott formájával. Azonban joggazdaságtani szempontból ez nem szavatosság, nem természetbeni teljesítés, hanem kártérítés, a kártérítés megállapításának egyik módja. Sőt, gyakorlatilag ez az a megoldás, amely – figyelembe véve az elmaradt haszon becslésével kapcsolatos problémákat is – a legközelebb áll a teljes kártérítéshez. A jogosult

házasársát, hanem a művészi pályára öt felkészítő segítőtársát is elvesztette. A bíróság fő indoka az volt, hogy ez a hatás „csak átmeneti volt”: viszonylag rövid idő alatt a művészi pályán sikereket ért el. (LB Pf. 20705/1980.). Ezzel szemben, amikor a férje elvesztése után a feleségnél ideggyengeség, depresszió, alvászavar, hangulati nyomottság, kedélytelenség egyúttal járó depressziós lelkiállapot, búskomorság alakult ki, akkor a miatt megítélte a kártérítést. (Főv. Bír. 41. Pf. 32464/1981., Főv. Bír. 41. Pf. 24295/1981., BH 1994/3. sz. 131.) Lásd Benedek [2007] p. 1341-1342.

beszerzi a helyettesítő terméket, és a szolgáltatót a bíróság arra kötelezi, hogy a felárat megfizesse. A vevő megkapja azt a hasznot, amelyet a szerződéstől remélt. Közgazdasági értelemben ide sorolható az a megoldás is, amikor a kárt egyszerűen a félkész projekt befejezéséhez szükséges összeggel mérjük. Ez mind a szerződésszegési, mind a kárenyhítési ösztönzőket megfelelően állítja be. Lássunk erre egy példát!

Példa a fedezeti ügylet alapján számított kártérítésre. A és B január 1-jén szerződést köt arra, hogy A június 1-én ezer alkatrészt szállít B-nek darabonként 200-ért, aminek kifizetése a szállításkor esedékes. Április 1-én A felmondja a szerződést. Ebben az időpontban B 300-as áron tudna beszerezni azonos alkatrészeket azonnali szállítással vagy 325-ért tudna szerződni C-vel június 1-jei szállításra. Mindkét szerződésre igaz, hogy szállításkor kell fizetni. B azonban sem azonnali szállítással nem szerzi be az alkatrészeket, sem szerződést nem köt a jövőbeli szállításra. Az egyszerűség kedvéért tegyük fel, hogy a bíróság ítélete épp június 1-én születik meg! B pert nyer A ellen, mert a bíróság úgy találja, hogy A április 1-én szerződésszegést követett el. Június 1-jén B 400-ért tudja beszerezni az alkatrész darabját. Tudjuk, hogy ezer darab tárolása B-nek egy hónapra 15 000-be kerülne, és ha április 1-én azonnal vásárolna, akkor a tárolás kéthavi díját azonnal ki kellene fizetni. B-nek április 1-én is rendelkezésére áll a szükséges összeg, de két hónap alatt a kieső kamatbevétel 0,5% lenne.

Az elemzés során induljunk ki abból, hogy a vevő április 1-én megtudta, hogy partnere nem fogja teljesíteni a szerződést. Innentől tett lépéseit nevezzük kárenyhítésnek. Az, hogy kárenyhítő lépéseket tesz-e az ő kockázata kell, hogy legyen. Láttuk az első fejezetben: ez vezet hatékony megoldáshoz. Ez azonban csak annyit követel, hogy a kártérítés összege ne függjön attól, hogy milyen lépéseket tesz, vagyis bármelyik kártérítést is ítéljük meg neki, az április 1-e után hozott döntései miatti többlethaszon (megtakarítás) vagy kár (többletköltség) az övé kell legyen. (Látjuk a fentiek alapján, hogy miért teljesül ez akkor is, ha a kártérítésnél a június 1-i árat vesszük figyelembe? Ha nem, lapozzunk vissza a harmadik fejezetben a kárenyhítés részhez!) Tudjuk, hogy a szerződésszegésről akkor születik hatékony döntés, ha a kártérítés egyenlő a kárral. Április 1-én a vevő kára az, hogy elveszít egy június 1-i vételi jogot. Ezt három módon pótolhatja: (i) vagy azonnal vásárol és raktároz – ekkor a költsége a vásárlás (300 000), a raktározás költsége (2 hónapra havonta 15 000, vagyis 30 000) és a kieső kamat (az azonnali kiadás, vagyis 330 000 0,5%-a, vagyis 1650) összege, 331 650 lenne; (ii) vagy határidősen vásárol 325 000-ért, (iii) avagy kivár és kockáztatja az ár emelkedését vagy csökkenését. Elmondhatjuk, hogy a bejelentés pillanatában B-nek rendelkezésére áll tökéletes helyettesítő, így az, hogy ő kivár, a saját kockázata. Ha nyer ezen (mert az ár lecsökken) vagy veszít (mert az ár nő), a saját döntésének következménye. A hatékony döntés

azt követeli, hogy ezeket a nyereségeket vagy veszteségeket ő viselje – vagyis ettől ne függjön a kártérítés nagysága. A másik kettő, az (i) és a (ii) alternatíva közül kisebb költséggel a határidős vásárlás jár. Amennyiben ezt az összeget (325 000-et) választjuk, akkor találjuk meg azt a minimális árat, amely valóban kifejezi a károsult kárát – minden más felárat maga okoz, a rossz (vagy kockázatos) döntéseivel. Ez az összeg vezet hatékony szerződészegési döntéshez.

Vegyünk észre két dolgot! Az egyik, hogy a fedezeti költség alapú kártérítés nem azonos a károsult felmerült költségeinek megtérítésével. A másik pedig, hogy ez a megoldás nem azt követeli, hogy keressük meg a legkisebb kártérítést! Ha a példánkban kiderülne, hogy június 1-én a termék már 200-ért is beszerezhető, akkor nem mondhatjuk, hogy a kártérítést számítsuk ennek alapján. Az ugyanis, hogy a június 1-i azonnali ár szóba jöhet, már a vevő döntésének, a kivárásnak a következménye.

A fedezeti ügylet problémái. A fedezeti ügylet kapcsán azonban két probléma is felmerül: (i) a helyettesítés és (ii) a lehetetlenülés.

A helyettesítés kapcsán felmerül a kérdés: mit tekintünk fedezeti ügyletnek és mit ne? Mi történjen, ha példánkban a C szolgáltató nem pontosan ugyanazt az alkatrészt szállítja, hanem az jobb minőségű anyagból van? Mi történjen, ha – nem tudjuk ugyan, hogy milyen anyagból van, de – hosszabb garanciát vállal a termékéért? Ebben az esetben ugyebár nem tökéletes helyettesítésről van szó, hanem az új szerződésből magasabb értékhez jutott a vevő. Vélhetően azzal fog érvelni, hogy az a termék amelyre A-val szerződtek, nem érhető el, ez volt a legközelebbi piacon elérhető helyettesítője. Ezekben az esetekben nem tudjuk megkerülni a haszon értékelését a káronszerzés tilalma miatt. Nem ússzuk meg a hasznok és a költségek felmérését.

A másik probléma a lehetetlenülés. Tegyük fel, hogy a lehetetlenülés oka a nyersanyagárak emelkedése! Ilyenkor nyilvánvalóan van helyettesítő termék. Ezt a szerződészegő fél sem tagadja, be is tudná szerezni. Az ő érve azonban éppen az, hogy megnöttek a költségei, és ezért lehetetlenülésre hivatkozik. A fedezeti ügylet tehát nem oldja meg a lehetetlenülés, vagy éppen az áremelkedés problémáját. (Ehhez hasonló kérdést az előző fejezetben az infláció és a lehetetlenülés közötti kapcsolat elemzésekor láttunk.)

3.3. A kártérítés fajtái

Ha a fedezeti ügylet lehetetlen, akkor kell elkezdenni becsülni a kárt. A magyar jog is többféle kártérítési módszert ismer – alapesetben hármat: a pozitív és a negatív interessét, és az eredeti értékegyensúly helyreállítását. Lássuk ezek helyét a 2013-as polgári törvénykönyvben!

Szerződésszegés esetén teljes kártérítés, vagyis az elmaradt hasznot is magában foglaló kártérítés jár. (6:144§ (2). bek.) Vannak esetek, amikor a károsult nem jogosult az *elmaradt haszon megtérítésére (pozitív interesse)*. Ilyen a 6:115 (2) bekezdésben szabályozott eset: ha valaki érvénytelen szerződést köt, ezzel a partnerének kárt okoz, de a magatartását kimenti, akkor csak a *szerződéskötésből fakadó kárt kell megfizetni (negatív interesse)*. Érvénytelen szerződés esetén alapesetben csak az eredeti állapotot kell helyreállítani. Jogi terminológia szerint ez csak természetben történhet. Ha a természetben helyreállítás nem lehetséges vagy az eredeti értékegyensúlyt az időközben bekövetkezett változások miatt megbontaná, akkor azt pénzfizetési kötelezettséggel kell helyreállítani. Hasonló az eljárás az alaptalan gazdagodásnak nevezett esetben: az ellenszolgáltatás nélkül maradt szolgáltatás (vagyis, amelyet természetben nem lehet visszaszolgáltatni) ellenértékét kell megfizetni. A továbbiakban ezt a formát a keveredés elkerülése érdekében *restitúcióként*, a „jogorvoslat minimális formájaként” fogjuk emlegetni. Végül van olyan eset, amikor *nem kell kártérítést fizetni*: uzsorás szerződés esetén a bíróság egészben vagy részben elengedheti a visszatérítést (6:113.§ (4) bek.).

Hasonlítsuk össze ezeket egy egyszerű modellben! Legyen a szerződés teljesülése esetén a bruttó haszon v ; a költség r és az előre kifizetett ár p ! Innen a három kártérítési elv:

- Pozitív interesse. Az *elmaradt haszon* alapú kártérítés, a pozitív interesse, v . Pontosabban: a szerződésszegő félnek vissza kell térítenie a korábban kapott árat (előleget, p), meg kell fizetnie a másik költségeit (r) és az elmaradt hasznot is, ami $v - r - p$. Ha ezt a három elemet összeadjuk, akkor megkapjuk a bruttó hasznot: $v = p + r + v - r - p$.
- *Negatív interesse*. Ez nem foglalja magában azt a hasznot, amelyet a jogosult a szerződésből várt – csak a szerződés miatt felmerült (indokolt) költségeit. *A költségalapú kártérítés nagysága: $r + p$.*¹⁵²
- *Restitúció, a minimális jogorvoslat*. Az eredeti állapot helyreállítása, amelyet a magyar jog elsősorban az egyik félnek sem felróható okból érvénytelen szerződések esetén alkalmaz. Csak az árat kell visszaszolgáltatni, p .¹⁵³

¹⁵² Ha a szerződés nem teljesítése esetén a beruházások nem teljesen idioszinkratikusak, és keletkezik valamilyen maradványérték, w , akkor ezt le kell vonni ebből: $p + r - w$. De ha ilyen van, akkor azt az előzőből, vagyis az elmaradt haszon alapú kártérítésből is le kell vonni: $v - w$.

¹⁵³ A joggazdasági irodalomban ebben az értelemben írja le a restitúciót Miceli [1997] pp. 74-75.

3.4. A magyar kárfogalom elemei: az elmaradt vagyoni előny – a profit megtérítése

Tulajdonképpen a fedezeti ügylet is az elmaradt haszon alapú kártérítés egyik formája: a károsult hozzájut ahhoz a dologhoz, és ezzel ahhoz a haszonhoz, amit a szerződésből remélt. Amennyiben azonban fedezeti ügylet nem érhető el, akkor eljutunk a szűk értelemben vett teljes kártérítéshez, vagyis, amikor a bíróság a károsult elmaradt bruttó hasznát akarja pénzben megtéríteni.

A bruttó haszon alapján számolt kártérítés hatékonysága. Láttuk a harmadik fejezetben: a felek, amennyiben előzetesen meg tudnának állapodni a kártérítés nagyságában, akkor az elmaradt haszon megtérítését foglalják szerződésbe.

Az elmaradt bruttó haszon megállapítása azonban nem egyszerű. A közgazdasági modellekben sem. Lássuk ehhez R. Posner két esetét (R. Posner [2011] p. 153-156)! Az egyikben egy ingatlan bérbeadásáról szóló szerződést szeg meg a bérlő. Az ingatlan ott marad üresen, de szerencsére a tulajdonos talál új bérlőt. A második esetben egy gyártási, szállítási szerződésről van szó, amelyet a vevő lemond – de a gyártó az árut alacsonyabb áron értékesíti egy másik vevőnek. A kérdés mindkét esetben: a károsult árbevételét (az új bérlőtől kapott bérleti díjat, illetve az új vevő által kifizetett összeget) figyelembe kell-e venni a kártérítés kiszámításakor. Igaz-e, hogy a kártérítést a megszegett szerződésben foglalt ár és a helyettesítő (fedezeti) szerződésben elért ár különbözete alapján kell, hogy számoljuk? A válasz: nem mindig. Pontosabban az ingatlan esetén igen – ott az új bérlő díját le kell vonni, míg a gyártás esetén nem. A példa természetesen szélsőséges, de épp ezért jól érzékelteti a közgazdaságtan logikáját. A válasz ugyanis arra a kérdésre épül: mi történne, ha az eredeti szerződést az azt megszegő fél teljesítené? Az ingatlan esetén a tulajdonos nem tudja azt bérbe adni a második szereplőnek. Vagyis a fedezeti ügyletet éppen az tette lehetővé, hogy a szerződést megszegették. A kár tehát csak akkora, amennyi abból származik, hogy az *adott ingatlant* az új bérlő lakja. Ezzel szemben a gyártási szerződés esetén más a helyzet. Ott, ha az új vevő megjelent volna, miközben az eredeti szerződést teljesítik, akkor a gyártónak lehetősége lett volna *növelni* a termelését.

Ha pontosak akarunk lenni, akkor a gyártási esetben meg kell vizsgálni, miképpen alakultak volna a termelés költségei akkor, ha a második vevőt az első mellett kellett volna kiszolgálni. Ha a további vevőket is ugyanazon költséggel (ugyanazon a határköltségen) ki tudta volna elégíteni a gyár, akkor a szerződés felmondásából fakadó kár pontosan a szerződéses ár és a költség közötti különbség. Mi a helyzet azonban, ha a határköltség változik, például a nagyobb mennyiséget csak 10%-kal magasabb határköltségen lehet legyártani? Milyen költségeket okozott a szerződés felmondása? Egyrészt kiesett a leszerződött

mennyiség utáni bevétel. Ezzel szemben viszont a költségoldalán nem is nőtt úgy a költség, ahogyan a szerződés teljesítése esetén nőne. Ez nyereség a károsult oldalán, vagyis a költségeket nem az eredetileg fennálló költségszinten kell számolni, hanem a 10%-kal növelve.

Kompenzációs paradoxon. Láttuk a korábbiakban, hogy a teljes elmaradt haszon garantálása az idioszinkratikus beruházások túl magas szintjéhez vezetne. (A megoldást a *tökéletes kártérítés*, vagyis annak a *hipotetikus* elmaradt haszonnak a megtérítése jelentené, amelyhez a kedvezményezett a teljesítésből akkor jutott volna, ha idioszinkratikus beruházásokról optimális döntést hozott volna.) Ez a kompenzációs paradoxon lényege. Cooter és Ulen értelmezése szerint a kompenzációs paradoxon a szerződési jogban azt jelenti (Cooter – Ulen [2005] pp. 284-290), hogy

- (i) az ígéretevő csak akkor venné számításba az óvintézkedési hasznát, ha a szerződés megszegése esetén teljes körűen kártalanítania kellene a kedvezményezettet, míg...
- (ii) a kedvezményezett csak akkor számolna teljes mértékben az idioszinkratikus beruházásai költségeivel, ha nem kapna kártérítést a szerződésszegést követően, így mivel...
- (iii) a szerződést megszegő fél által kifizetett kártérítés a károsulthoz kerül, vagyis a szerződésszegő által fizetett és a kedvezményezettnek jutó összeg egyenlő, ezért...
- (iv) a szerződési jog nem tudja mind a két célt egyszerre teljesíteni, vagyis az ígéretevőt és a kedvezményezettet is optimálisan ösztönözni.

Mivel a hipotetikus elmaradt haszon mérése gyakorlatilag lehetetlen, így a legtöbb jogrendszer segédelveket vesz figyelembe. Az egyik ilyen az ún. előre-láthatóság elve, amelyre nemsokára visszatérünk.

Nettó haszon: az elmaradt haszon fogalma a jogban. A jog, szemben a joggazdaságtani modellekkel nem a bruttó hasznot számolja, hanem – hasonlóan ahhoz, ahogyan Fuller és Perdue fenti egyszerű modelljében láttuk – a nettó hasznot. Ezt adja hozzá az elismert költségekhez. Láttuk fent, hogy a két megoldás elvileg ugyanahhoz a megoldáshoz vezet: ha tudjuk, hogy mekkora a bruttó haszon, akkor ez ugyanaz, mintha megbecsülnénk a kár egyes elemeit – köztük a nettó hasznot – külön-külön, majd összesítenénk őket. Az egyes kárelemek eltérő becslésének azonban van egy nagy előnye: ha szükséges, korlátozni lehet a kárként elszámolt profit nagyságát. Miért van erre szükség?

A jog profitfogalma az ún. *számviteli profit* fogalmának felel meg, amely két ok miatt is eltér attól, amelyet a joggazdaságtan szerint ilyen esetekben figyelembe kellene venni, amely optimális ösztönzőt teremtene (és optimális kockázatmegosztást eredményezne): (i) nem veszi figyelembe az összes költséget, de (ii) tartalmazza a tiszta gazdasági kárt, amelynek megtérítése hatékonyságvesztéshez vezet.

A közgazdaságtan, mint az első fejezetben láttuk, minden olyan hátrányt költségként értelmez, amely egy adott döntés következménye. Emlékezzünk a fedezeti ügylet fenti példájára: ha a vevőnek korábban ki kell fizetnie az árat, akkor eszik attól a kamatbevételtől, amelyre későbbi fizetés esetén szert tehetne! Más esetben ahhoz, hogy egy lépést megtehessünk – vagy akár csak adott pillanatban kifizessünk valamit –, az kell, hogy egy másik működő projektet leállítsunk. Nemcsak a döntés miatt felmerülő kiadás költség, hanem a leállított másik projekt várt hozama is. Ha csak a számviteli profitot mérjük, akkor nem vesszük figyelembe ezeket az elmaradt hasznokat.

Másrészt, azonban az ún. *tiszta gazdasági kár* (*pure economic loss*) elméletére hivatkoznak azt is állítják, hogy a gazdasági profitot nem is kellene megtéríteni. A tiszta gazdasági kár sok jogrendszerben létező jogintézmény: a kárnak azt a részét jelenti, amelyet a jog nem térít meg.¹⁵⁴ Legtöbbször az a hatékonysági elv áll e mögött, hogy a profitnak ez a része, vagyis a tiszta gazdasági kár egyszerű transzfer, hatékony ösztönzési hatások nélkül. A *tiszta gazdasági kár* irodalma¹⁵⁵ azt vizsgálja, hogy mely esetek jelentenek ilyen, transzfert.

Az egyik nyilvánvaló válasz Bishop [1982] óta az, hogy a gazdasági profit mindenképpen ilyen: a gazdasági profit kiesésével vélhetően szemben áll valaki másnál a profit ugyanilyen emelkedése.

Lássunk erre egy példát! A könnyvizsgáló nem kellő körültekintéssel jár el, nem kellő körültekintéssel teszi meg a cég helyzetéről a jelentését, ezért egy tőzsdén forgó vállalatról nem kerülnek nyilvánosságra a valós információk. Később, amikor vállalat részvényei 90%-kal esnek, akkor a részvényesek a könyvvizsgáló ellen fordulnak. Szögezzük le: a vállalat értékvesztését nem a könyvvizsgáló okozta – ő elsősorban azt befolyásolta, hogy mikor esett a részvény ára! Az árzuhanás mértéke csak kis mértékben függ az ő lépésétől. A példa kedvéért: a részvényár jó könyvvizsgálat esetén hamarabb esett volna, és csak 80%-kal. Mekkora legyen a kártérítés? És kinek fizessük ki? Azoknak, akik a beszámoló elfogadásakor részvényesek voltak; azoknak, akik az áreséskor; vagy közülük se mindenkinek?

Nem nehéz belátni, hogy más a problémájuk azoknak, akik a rossz beszámoló elfogadása előtt is részvényesek voltak és azoknak, akik utána váltak azzá. Akik előtte is részvényesek voltak, azoknak a kára csak annyi, hogy a rossz jelentés miatt nagyobb esett a vállalat értéke. Akik azonban a beszámoló megjelenése után, tehát a nem valós információkban bízva vásároltak, azok kétségkívül sokat

¹⁵⁴ A legegyszerűbb definíció szerint a tiszta gazdasági kár az a kár, amely nem a vagyon megrongálódásából, értékcsökkenéséből, vagy személyhez fűződő jogok megsértéséből fakad.

¹⁵⁵ Egyéb megfontolandó, bár szerződésszegés esetén kevésbé fontos érveként lásd, Bussani et al. [2003], Dari-Mattiacci – Schaefer [2007], De Mot [2010]

vesztettek. Akár azt is mondhatjuk, hogy ők az árfolyam 90%-át elvesztették. De kell-e emiatt kártérítést megítélni? Vegyük észre, hogy az ő veszteségük abból származik, hogy mások pedig ez alatt az időszak alatt eladták a részvényeiket! Ők ezek szerint nyertek a rossz jelentésen – ha az adatok pontosak, akkor már ők is csak alacsonyabb áron tudták volna eladni a részvényeiket.

Az árfolyamveszteség megtérítése túlzottan egyoldalú, a költségeket felülbecslő lépés lenne. Akkor lenne hatékony, ha a másik oldaltól (a nyertesektől) például jogalap nélküli gazdagodás címén elvonnánk a nyereségüket – de ez általában nem történik meg. Nem tudjuk őket azonosítani, nem tudjuk tőlük a profitot elvenni.

Bishop nyomán a profit megtérítéséről szóló kemény tilalom volt az első elméleti javaslat a probléma kezelésére. De ebben a nagyon erős, bár kétségtelen adminisztrációs szempontból egyszerű, formájában ma már kevesen osztják ezt a nézetet. Általában inkább a kockázatmegosztás kérdésének vizsgálatát javasolják: akkor kell megtéríteni a gazdasági profitot, a tiszta gazdasági kárt, ha a szerződészegő fél explicit vagy implicit formában felvállalta azt a szerződésben. A probléma érzékeltetéséhez vegyünk két újabb példát!

- (i) Egy műkincs-szakértő rossz véleményt ad, és ezért egy galéria tévesen azt hiszi egy festményről, hogy eredeti. Eladja ezt, majd a vevő – rájövén, hogy nem eredeti – visszaadja. A galéria a kieső profitjára perli a szakértőt. Ebben az esetben viszonylag nyilvánvalónak látszik, hogy amikor a szerződést megkötötték, amikor a vételárat kikötötték a felek, abban – legalábbis impliciten – benne foglaltatott, hogy a szakértő tévedés esetén a tévedés miatti károkért felelősséggel tartozik.
- (ii) A pénzügyi szakértő rossz tanácsot ad az ügyfelének, aki ezért egy olyan értékpapírt vásárol, amelyen komoly vesztesége lesz. (A tanácsadó hibája egyértelmű.) Az ügyfél azonban a kapott tanácsot megosztotta néhány ismerősével is, akik szintén vásároltak az adott értékpapírból. Az utóbbiak a rossz tanács miatt perlik az ügyfelet, aki peren kívül meg is egyezik velük – és ezt a kártérítést szeretné érvényesíteni a tanácsadóval szemben. (Az, hogy a saját veszteségéért kártérítés illeti meg, nem kérdés, csak az, hogy ez a többlet is elszámolható-e kárként.) A válasz – amennyiben a szerződésben ellentétes kikötés nincs – vélhetően az, hogy nem. A tanácsadó vélhetően azokra a veszteségekre nem vállalt implicit garanciát, amelyek abból fakadnak, hogy az ügyfél ki mást bízhat még fel. Gondoljuk el, ez azt jelentené, hogy minél többeket tud meggyőzni az ügyfél, annál magasabb lenne a kártérítés. Az abból fakadó kockázatot, hogy az ügyfél „mennyire meggyőző” a tanácsadó vélhetően nem tudja átvállalni. (A korábbiak alapján úgy is fogalmazhatnánk: ennek a kockázatnak nem ő a jobb viselője.)

3.5. A magyar kárfogalom elemei: tényleges kár és kárenyhítési költségek

A *negatív interesse* az alfejezet bevezetőjében látott Fuller–Perdue-féle felosztás szerint a költségalapú kártérítésnek felel meg. Ez esetben a kártérítés nem tartalmazza a normál (nem tiszta gazdasági kárnak számító) profitot sem. A magyar jogban a *negatív interesse* nem nagyon jelenik meg – kérdés, hogy létezik-e egyáltalán vagy igazából a *pozitív interesse* a kártérítés alapja. De nem tiszta ez a helyzet más országokban, akár a *common law*ban sem. Hermalin et al [2005] például határozottan azon a véleményen van, hogy a bíróságok mindig az elmaradt haszon alapján ítélnék meg kártérítést. Érvelésük szerint azonban időnként nem tudják megbecsülni az elmaradt haszon nagyságát – vagy valamilyen méltányossági ok miatt nem akarnak annak megfelelő kártérítést megítélni – és ezekben az esetekben praktikus okokból nyúlnak csak a költségalapú kártérítéshez.

Túlzottan magas kiadások. Fuller és Perdue kifejezetten amellet érvel, hogy a költségalapú kártérítés¹⁵⁶ lenne a megfelelő kármérési forma. Azonban a joggazdaságtani irodalomban általánosan elfogadott nézet szerint ennek alkalmazása esetén túl sok lesz az idioszinkratikus beruházás, túl magas lesz a kárelhárítás költsége. Ha ugyanis az ilyen költségek bizonyosan megtérülnek szerződésszegés esetén, akkor érdemes magasabbra emelni őket. Különösen élesen merül ez fel a kárelhárítás esetén: ha minden erre kiadott pénz egy az egyben növeli a kártérítést, akkor a károsult nyugodtan tehet úgy, mintha ezek a lépések (anyag értelemben) költségmentesek lennének, és minden olyan lépést megtenne, amely még várhatóan bármilyen kis hasznot is hoz.

Sőt, a költségnövekedés miatt akár az is elképzelhető, hogy ilyen esetben maga a kártérítés is magasabb lesz, mint az elmaradt hasznot is számításba vevő kártérítés esetén. Ezt a hatást először Che és Ching mutatta be (Che – Ching [1996]). Az intuíció: ha igaz, hogy a költségalapú kártérítés – mivel nem számol a profittal – kisebb kártérítést juttat a károsultnak, akkor a kisebb kártérítés miatt gyakoribb lesz a szerződésszegés. Ez azonban a vevőnek káros. (Ne feledjük: tökéletes kártérítés esetén közömbös lenne!) Ő tehát most erősebben érdekelt abban, hogy a szerződésszegés valószínűségét valahogy csökkentse. Erre most egy eszköze van: az idioszinkratikus beruházások emelése. Ha tehát csak a költségei alapján kap kártérítést, de arra teljesen, akkor magasabb lesz az ilyen beruházások szintje – és emiatt nőni fog a kártérítés összege is.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Tegyük hozzá, Fuller és Perdue nem tisztán leíró jelleggel állították össze a kártérítési formák listáját! Nem az a fő állításuk, hogy ezek léteznek. Ők inkább normatív okok miatt különböztetik meg ezeket – épp amellet akarnak érvelni, hogy a költségalapú kártérítés hatékony megoldás.

¹⁵⁷ Elmaradt haszonalapú kártérítés esetén az egyéni döntés: $\max V(r) - r$, ahonnan az optimum:

Költség és profit viszonya. Hermalin, Katz és Craswell a szerződési jog gazdasági elemzését áttekintő cikkükben úgy érvelnek, hogy a bíróságok főként a bizonyítási nehézségek miatt próbálhatják a költségszinttel becsülni a nettó hasznot. (Hermalin et al. [2005]) Ez közgazdaságilag időnként – tökéletes verseny esetén – helytálló is lehet. Ekkor ugyanis a gazdasági profit eltűnik, és a (határ)költség-szint határozza meg az árat. Amennyiben ugyanis a valós bevétel, a nettó haszon meghaladná ezt a költségszintet, és kialakulna a gazdasági profit, az hosszabb-rövidebb távon arra ösztönözné a többi szereplőt, hogy az adott iparágban, szolgáltatásban megjelenjen – hiszen ott jelentős profitot lehet elérni. A megjelenésük miatt a verseny nő, a fogyasztói árak esnek (véltetően a szükséges erőforrások árai nőnek), így a profit végül eltűnik. Vegyük ismét az első fejezetben látott házépítési példát! Tegyük fel, hogy többen is meg tudják építeni azt 35-ért! Ekkor a verseny végeredménye az lesz, hogy a ház ára nem is lehet magasabb, mint 35. (Ha magasabb, akkor a vevő jobb minőséget, valamilyen épp a felárnak megfelelő értékű többletszolgáltatást kapott.) Ha valaki ezen ár fölé akarna menni, akkor óhatatlanul elveszíti a versenyt, mert a versenytársa mindig aláígerhet.

Amennyiben tehát pontosan értjük (vagyis az alternatívaköltséggel azonosítjuk), és pontosan tudjuk mérni az idioszinkratikus költségeket, akkor az gazdasági profit hiánya esetén jól jelezheti a nettó hasznot. Kérdés természetesen az, hogy tudjuk-e jól mérni. Az előző pontban láttuk, hogy a költség mérése nem azonos a számviteli költségek, vagyis a kiadások számbavételével. A pontos költségmérés mindig feltételezi, hogy képesek vagyunk megbecsülni az elmaradt alternatívák hozamát is – mint láttuk az első fejezetben, ez a költség közgazdaságtani definíciója.¹⁵⁸ Ez természetesen nem egyszerű, a bíróságok számára majdhogynem lehetetlen – de mindenképpen fontos lenne, hogy a költségek mérésekor ezt tekintsék a célnak. Ha viszont ezeket nem vesszük figyelembe, akkor a *negatív interesse*, a költségalapú kártérítés nemcsak a nettó haszontól marad el, hanem a szerződés miatt feláldozott valós költséget is alulbecsli.

$V'(r) - 1 = 0$. Költségalapú kártérítés esetén: $p(r)V(r) + (1 - p(r))r - r = p(r)(V(r) - r)$, ahol $p(r)$ a szerződés teljesítésének valószínűsége r fényében. Minél nagyobb az idioszinkratikus beruházás, r , annál nagyobb a kártérítés, vagyis annál nagyobb a szerződés teljesítésének esélye. Itt az optimum: $p'(r)[V(r) - r] + p(r)[V'(r) - 1] = 0$. Abban a pontban, ahol az elmaradt haszonalapú kártérítés optimális lenne, vagyis a $V'(r) = 1$ pontban, a költségalapú kártérítés deriváltja még pozitív, hisz a második tag éppen nulla, a szorzat két tagja pedig pozitív. A pozitív elsőrendű derivált pedig azt jelenti, hogy ebben a pontban még érdemes tovább emelni a beruházás szintjét.

¹⁵⁸ Éppen ezért mesterséges csupán – bár oktatási célokra kiváló – az a megkülönböztetés, amelyet a fejezet bevezetőjében is említettünk: az, hogy Cooter – Ulen [2005] megkülönbözteti a „ráhagyatkozási költségek” és az alternatív költség alapú kártérítést. Ha egyszer költségeket mérünk, akkor mindig az alternatív költséget. Az idioszinkratikus költségeket is azzal mérjük, hogy mekkora a nem választott alternatívák haszna.

3.6. A nem vagyoni kár és a kártérítés

A kár közgazdasági fogalma, mint fent a teljes kártérítés kapcsán láttuk, azt jelenti, hogy a károsult ugyanolyan jóléti szintre jut, mintha a szerződést nem szegték volna meg. A joggazdaságtan számára az az összeg jelent teljes kártérítést, amely elégséges ahhoz, hogy a károsult jóléte ugyanakkora legyen a kár elszenvedése után, de a kártérítés birtokában, mint a kár el nem szenvedése esetén lett volna. Könnyű belátni, hogy a jog „teljes kártérítése” nem az az összeg, amit a joggazdaságtan teljes kártérítésnek nevez. Ez azonban nem feltétlenül „anomália”: a joggazdaságtanban is ismert olyan kár, amelynek megtérítése nem lenne hatékony. Az egyik ilyen elemet fent már láttuk: a tiszta gazdasági kár megtérítését. Most a másik elemre, az ún. nem pénzbeli károk bizonyos eseteire koncentrálunk.

A pénz változó értéke. Bizonyos károk esetén pénzbeli kártérítés révén nem biztos, hogy el tudunk érni teljes kártérítést. A kártérítés, mivel pénzben akarja kifejezni a veszteséget, nem feltétlenül helyes mérőeszköz. Sokat hivatkozott problémák azok, amikor köznapilag azt mondjuk, hogy valaminek az értékét nem lehet pénzben kifejezni. Például, ha egy-egy speciális, meg nem ismételt esemény (esküvő, adott évforduló, ünnepség, temetés) kapcsán kerül sor szerződészségre. A közgazdaságtan kárfogalma nem ebből indul ki: a kár nagysága pénzben elvileg mindig kifejezhető, nem más az, mint a teljes kompenzációt nyújtó összeg (ami ugyanolyan helyzetbe jóléti szintet biztosít, mintha a kár be sem következett volna). A közgazdaságtan e fogalma feltételezi, hogy minden szolgáltatás esetén van fizetési hajlandóságunk: a fölötti áron nem rendeltük volna meg a szolgáltatást, az alatt viszont igen. Nem szerződéses esetekben is el tudunk képzelni olyan összeget (lehet, hogy nagyon-nagyon magas összeget), amelyért cserébe elfogadtuk volna, hogy az adott módon megkárosítsanak minket. Szemben a jog kárfogalmával a közgazdaságtan nem azt mondja, hogy ezzel reparálni, elmulasztani, elfeledtetni lehet velünk a szerződészségés miatti kárt, csak annyi, hogy a kár és az adott összeg együttesen már kicsivel jobb (pontosabban ugyanolyan) jóléthez, boldogsághoz juttat minket, mint amilyenben kár nélkül, de alacsonyabb vagyonnal voltunk. Mondhatjuk: a pénz mindig boldogít – képes kipótolni azt a boldogságvesztéséget, amelyet a kár jelent.

A problémát a közgazdaságtan nem az érték „kifejezhetetlenségében”, hanem az érték mérő a pénz értékének változásában látja. A pénz ugyan boldogít, de nem ugyanannyira *ex ante*, mint *ex post*. A pénz értéke élesen eltérhet a kár bekövetkezése előtt és a kár után. Tegyük fel, hogy egy orvosi ellátásra szóló szerződés kötbérikötést tartalmaz. A felek előre megállapodnak, hogy az orvos mekkora összeget fizet, ha a beavatkozás nem sikerül. A kötbérikötésről feltesszük, hogy a beteg értékelését jól jelzi (nincs információs aszimmetria,

tudja, milyen következményei lesznek, ha a műtét sikertelen, és pontosan azt az összeget tartalmazza, amely az elveszett esélyekért, esetleg a további egészségromlásért kompenzálná őt). Tekinthejtük ezt az összeget teljes kártérítésnek? Ez *ex ante* ugyan pontosan becsülte a kár összegét, de mi a helyzet *ex post*, a valóban sikertelen műtét után? Akkor már nem biztos, hogy ez a teljes kompenzációhoz szükséges összeg. A pénz értéke ugyanis megváltozhat bizonyos esetekben. Konkrétan itt: a pénz értéke más, amikor egészségesen kell dönteni arról, hogy mekkora legyen a kártérítés (nevezzük ezt a pénz *ex ante* értékének) és amikor a pénzt ténylegesen meg is kapja a sikertelen műtét után (*ex post* érték). Egyrészt feltehetjük, hogy a pénz értéke csökken a sikertelen műtét hatására, hiszen betegem a pénzköltési lehetőségek csökkennek – kevesebb hasznot hajt ugyanaz a jövedelem, ha nem lehet belőle a barátokkal közös programokat szervezni, utazni, szórakozni, stb.. Másrészt viszont a pénz *ex post* értéke magasabb is lehet, mint *ex ante*, hiszen olyan *ex ante* nem is gondolt felhasználási formái merülnek fel, mint gyógyászati segédeszközök vásárlása, ápolási kiadások, stb.. A két hatás ellentétes irányú. Azt, hogy melyik a fontosabb, nem tudhatjuk biztosan, bár az empirikus vizsgálatok azt mutatják, hogy ilyen esetben inkább az előbbi a fontos: a pénz értéke csökken. (Lindenbergh – van Kippersluis [2009])

Biztosítási akarat. Amennyiben a pénz értéke jelentősen megváltozik, abban az esetben a teljes kártérítés fogalma megkérdőjeleződik. A joggazdaságtani modellek azt állítják, hogy csak azt a kárt kell megtéríteni, amelyre a potenciális áldozat előre biztosítást kötne. A biztosítási hajlandóság mutatja azt, hogy *ex ante* mekkora az adott kár értéke. Azért ez, és nem az *ex post* érték számít, mert ez az az időpont, amikor a másik fél is dönt az elővigyázatosságról. Az ő döntésének ebben a pillanatban ez a potenciális következménye. (Ne feledjük, hogy a joggazdaságtan számára az ösztönzés és nem a károk kompenzációja a kérdés!) Ha valamilyen kockázatra ma nem kötnénk biztosítást, akkor ahhoz kártérítést sem tudunk kapcsolni. Márpedig az olyan esetekre, amikor a pénz értéke csökken, nem kötnénk biztosítást. Lássuk ezt az előző példán! Hajlandók vagyunk-e egészségesen olyan biztosítást kötni, amely nagy összeget ígér nekünk, ha megrokkannunk? (Nem a kieső jövedelem, az orvosi ellátás költségéről beszélünk, mert az a kár más elemeiben megjelenik, hanem azon felül: kifejezetten azért kapnánk pénzt, mert megrokkantunk.) Vélhetően nem: ez ugyanis azt jelentené, hogy ha egészségesek vagyunk, és sok mindent tudunk kezdeni a pénzzel, akkor kell fizetni azért, hogy amikor kevesebbet érne nekünk a pénz, visszaadják.

3.7. Restitúció

A pozitív és a negatív interesse mellett, amelyeket az előző két pontban látott kárelemekből építhetünk fel, a magyar jog is ismeri a restitúciót. Cooter és Ulen, itt általunk is elfogadott értelmezésében a kártérítési formák közül ez adja a legkisebb kártérítést. A megoldás legfontosabb előnyeként általában az egyszerűségére és a könnyű kikényszerítésre hivatkoznak (pl. Cooter – Ulen [2005] p. 270).

Ösztönző hatások. Mi indokolhatja, hogy ilyen alacsony kártérítést fizette-tünk? Ha erre – akár csak a bíróság tévedése miatt – lehetőség van, akkor ezzel nő az ösztönzés a szerződésszegésre, csökken az ösztönzés a gondosságra, az idioszinkratikus beruházásokra, és a felek kevésbé figyelnek a szerződés pontosságára. A joggazdaságtan az ösztönzőknek ezt az igen erős negligálását csak olyan esetben támogatja, amikor azok nem is fontosak. Például olyan előre nem látható problémák következtek be, amelyekre a felek nem készülhettek fel. Mivel nem készülhettek fel, így hiába lenne magasabb a kártérítés, nem is reagálnának rá. (Viszont jelentős vagyont csoportosítanánk át a kártérítési rendszeren keresztül, és a pereskedés jelentős bírósági adminisztrációs kiadást is generálna.) Nem véletlen, hogy az eredeti állapot helyreállítását a szerződési jog általában akkor rendeli el, ha az adott szerződés lehetetlenült vagy a jog szeretné úgy tekinteni, mintha létre sem jött volna (például tévedés, fenyegetés esetén). Vagyis, mint láttuk, nagyrészt vagy olyan előre nem látható problémák okozták a szerződés végét, amelyekkel szemben nem is lehetne az elővigyázatosságot ösztönözni, vagy az ösztönző hatások kevésbé fontosak, mivel szerződést nem is tekintjük igazából a felek akaratát tükröző megállapodásnak.

Elállás: lemondás a kártérítésről. Az eredeti állapot helyreállításának egyik speciális példája a szerződéstől való elállás. Itt nem a bíróság mondja ki a lehetetlenülést, hanem valamelyik fél bontja fel a szerződést, visszamenőleges hatállyal, lemondva ezzel a magasabb (minimum a költségeit megtérítését elvileg garantáló) kártérítési igényéről.¹⁵⁹ A károsult számára ez látszólag kedvezőtlenebb forma, hiszen nem kapja meg sem a szolgáltatást, sem az elmaradt hasznát. Miért választaná ezt? Például azért, mert időközben kiderül, hogy a szerződés számára veszteséges lett. Például az árak megváltoztak, és a szolgáltatás, áru értéke alacsonyabb, mint amiben kezdetben megállapodtak.

A lényeg: a jogosult már nem szeretné, hogy a szerződés teljesüljön. Éppen ezért kell korlátozni azt, hogy mikor mondhatja fel egyoldalúan a szerződést. Ha

¹⁵⁹ Az angolszász jogban *rescission*-nak nevezik azt a jogintézményt, amikor valaki kártérítés nélkül kiléphet egy szerződésből. Erre általában a károsultnak van joga, ő választhatja. De csak akkor, ha adásvételi vagy szolgáltatási szerződésről van szó, és a szerződésszegő fél jelentős [material, substantial] szerződésszegést követett el.

ezt nem tennénk (nem korlátoznánk ezt a jogot a másik fél szerződésszegésének esetére), akkor a szerződést időközben megbánó fél túl könnyen menekülhetne szerződéses kötelezettsége alól. Íme, itt is visszajutunk az előző érvhez: az eredeti állapot helyreállítása csak akkor rendelhető el, ha az ösztönző hatások minimálisak – itt éppen: ha az opportunista szerződésbontást ki tudjuk zárni. (Ez az érv gyakorlatilag megfelel a garanciánál látott érvnek, ahol a szerződéstől való elállás jogát korlátozza a jog hasonló módon.)

4. ELŐRELÁTHATÓSÁG

Az 1959-es polgári törvénykönyv nem ismeri az előreláthatóság kártérítést korlátozó szerepét. A 2013-as törvénykönyvben azonban már szerepel.

4.1. Jogi szabályozás

Az előreláthatósági szabályt és a *common law*ból ismert *Hadley*-szabályt általában egymás szinonimájaként kezeli az irodalom, azonban a kettő között jelentős eltérések vannak.

A magyar jogi szabályozás. A 2013-as polgári törvénykönyv 6:143.§ szerint, ha valaki nem szándékosan okoz szerződésszegést, akkor a nem közvetlenül a szolgáltatás tárgyában keletkezett károkat csak akkor, és annyiban kell megtérítenie, ha a jogosult bizonyítja, hogy azok a szerződés megkötésének pillanatában előreláthatók voltak.

Kétértelműség. Az előreláthatóságot más jogrendekben létező gyakorlata úgy értelmezi, hogy amennyiben a szerződésszegő fél olyan kárt okoz, amelyet nem láthatott előre, akkor annak megtérítésére nem köteles. A joggazdaságtani irodalom ezt a szabályt általában a *common law Hadley szabályával* azonosítja (*Hadley v. Baxendale* 156 Eng. Rep. 145, Ex. Ch. 1854), mely szerint: ha az ígéret kedvezményezettje olyan kárra számít, amelyet a másik fél nem láthat előre, akkor köteles őt erről előre tájékoztatni – ha nem teszi, akkor nem tarthat igényt teljes kártérítésre. Ha a szokásosnál magasabb kártérítést akar, akkor azt általában szerződésben ki kell kötnie (a magyar jogi nyelv szerint: kötbérként). Amennyiben nem ír semmit a szerződésbe, akkor a valós, a hasonló helyzetben várható, előrelátható szintet magasan meghaladó kárát a bíróság nem fizetteti meg. Csak az előreláthatót.¹⁶⁰ Természetesen, egy ilyen szerződésben kikötött magas kártérítési összeg miatt emelkedni fog az ellenszolgáltatás, az ár is.

¹⁶⁰ Érdemes felhívni a figyelmet arra, hogy az előreláthatósági szabályt elsősorban csak a

4.2. Joggazdaságtani elemzés

A két szabály ösztönzési hatásai eltérnek. Az előreláthatósági szabály olyan esetekben is korlátozza a kártérítés összegét, amikor a *Hadley-szabály* nem. Az egyszerűség kedvéért először a Hadley által érintett szűkebb esetkört (az információs aszimmetria eseteit) vizsgáljuk, ezután térünk át azokra az esetekre (a kétoldalú információhiány eseteire), amelyekkel az előreláthatósági szabály szélesebb kört fog át.

Információs probléma. A *Hadley-szabályról* készült joggazdaságtani elemzések kiindulópontja az *információs aszimmetria*. Az probléma lényege: a vevő (a jogosult, az ígéretet kapó) tudja, hogy mekkora kára származna a szerződésszegésből, de az eladó (a kötelezett, az ajánlattevő) csak a kár nagyság valószínűségi eloszlását ismeri. Vagyis ő csak azt tudja, hogy a kár milyen értékeket vehet fel, a különböző kár nagyságok milyen eséllyel következhetnek be – de azt nem tudja azonosítani, hogy a konkrét partnere éppen milyen nagyságú kárt is szenvedne szerződésszegés esetén.

A klasszikus joggazdaságtani modellek általában elsősorban az ösztönző hatásra összpontosítanak: magasabb kártérítés magasabb elővigyázatossághoz vezet. A magasabb kártérítési kötelezettség, illetve az emiatt megemelkedő elővigyázatosság, természetesen beépül az árakba. Ezzel el is jutottunk a modell egyik legfontosabb alapfeltevéséhez: az elővigyázatosságot (a szerződésszegés esélyét) és a kártérítés nagyságát is figyelembe véve, az alacsony értékelésük számára az alacsonyabb árat és alacsonyabb kártérítést tartalmazó (nagyobb eséllyel szerződésszegéssel végződő) szerződések a kedvezőbbek, míg a magas értékelésűeknek a magasabb árú, de nagyobb kártérítést tartalmazó (biztosabban teljesülő) szerződések.¹⁶¹ Amennyiben az eladó nem ismerné, hogy melyik vevőjének mekkora az értékelése, akkor mindegyiküknek átlagos kártérítést kínálna, és minden szerződés esetén átlagosan védekezne. (Ez az ún. *kevert egyensúly*. Ilyet láttunk a garancia kapcsán is az előző fejezetben, amikor a jó és a rossz minőségű eladók ugyanazt a garanciát kínálták.)

A *Hadley-szabály* melletti fő érv általában, hogy információcserét, tájékoztatást kényszerít ki. Azoknak, akiknek a szolgáltatás sokat ér, és ezért sokat vesztenek szerződésszegés esetén, ebben az esetben érdemes lehet feltárni a nagyobb kártérítési igényüket. Igaz, emiatt nőni fog a szolgáltatás ára, de ezzel

többletköltségekre, kiadásokra alkalmazza az angolszász jog is – a nem várt, a szolgáltató számára meglepő nagyságú elmaradt profit esetén nem mérséklék a kártérítést.

¹⁶¹ További, gyakran elfelejtett (implicit) feltétel, ahogy arra Ayres – Gertner (1992) hívja fel a figyelmet, hogy a modell szerint nem lehet olyan szerződést írni, amely azt tartalmazná, hogy amennyiben a vevő – akár a szerződéskötés után – feltárja a való értékelését, akkor a szerződés ára és a kártérítés nagysága is ennek megfelelően alakul. A gyakorlatban az ár a szerződés megkötése után, az új információ ismeretében sem módosul, csak a kártérítés.

párhuzamosan elővigyázatosabb lesz a szolgáltató, tehát csökken a szerződésszegés esélye, illetve az esetleg bekövetkező szerződésszegés esetén pedig magasabb – a valós kárukat fedező – kártérítést fognak kapni.

Ez az állítás azonban csak az igazság egyik fele. Ugyanis, ha nincs *Hadley-szabály*, és mindenki a valós kárát kapja meg (vagyis például a mai magyar kártérítési rendszerben), akkor is megjelenik hasonló ösztönzés a várható kár nagyságának feltárására. Csak most azok körében, akiknek a kára alacsonyabb. Mint a harmadik fejezetben láttuk, számukra sem optimális a nem a kárukat fedező felelősségi szabály, felelősségi védelem. Ők túl magasnak érezhetik az árat: az árscökkenésért cserébe beleegyezhetnek a kártérítés csökkentésébe, korlátozásába.

A két szabály közötti választás alapkérdése tehát nem az, hogy az egyik (az előreláthatósági, *Hadley-szabály*) ösztönzi az információ-feltárást, a másik pedig nem. A kérdés inkább úgy szól, melyik csoport információ-feltárását érdemes ösztönözni, melyik jár kevesebb tranzakciós költséggel? Érdemes ezen a ponton utalni arra, hogy az előző mondatokban nem azt mondtuk, hogy az alacsony, illetve a magas értékelésűek feltárlják a kártérítési igényüket – azt mondtuk: *lehet*, hogy feltárlják. A feltételes mód oka a tranzakciós költség. Lehetnek olyanok, akiknek ugyan jobb lenne magáninformációikat feltárni, de az információ-feltáráson nyert hasznuk (az alacsonyabb ár, illetve a szerződés nagyobb biztonsága, a nagyobb kártérítés) nem haladja meg a tranzakciós költség nagyságát.¹⁶²

Hadley-szabály és a tranzakciós költség. A *Hadley-szabály* mellett érvelők általában abból indulnak ki, hogy a károk eloszlása ún. jobbra elnyúló eloszlás, vagyis lényegesen többen vannak az átlagos vagy kis kárt elszenvedők, mint azok, akiknél az adott szerződésszegés magas károkat okoz. Érvelésük szerint, a *Hadley-szabály* mellett szól, hogy csak a kisebbséget kötelezi arra, hogy szerződésben rendezze a kárt. Mivel csak kevesebb szerződésben kell ilyenkor rendezni a kártérítést, így tranzakciós költséget takarítunk meg – a többség hagyatkozhat a bírósági eljárásra. E. Posner [2000] hívja fel a figyelmet azonban arra, hogy nem sok bizonyíték van arra, hogy az értékelés eloszlása valóban

¹⁶² Az információfeltárást, a kevert egyensúly felszámolása nem mindig társadalmilag optimális. Bebchuk – Shavell [1991] mutatja be, hogy miért nem. Az információfeltárással kapcsolatos egyéni ösztönzők nem feltétlenül vezetnek optimális döntéshez. Mikor vállalják fel a magas értékelésű vevők a *Hadley-szabály* esetén az információfeltárást és az azzal járó költséget? Ennek tranzakciós költségét azzal a jóléti javulással vetik majd egybe, amely abból ered, hogy az elővigyázatosabb alacsony szintűre emelték. Azonban az információfeltárást társadalmi hasznuk nem ez. A társadalmi hasznuk az, hogy kevert egyensúlyból (mindenki ugyanannyit, vagyis átlagos árat fizet, és ezért a szerződésszegés esélye is átlagos), *szétválasztó, szeparált egyensúly* lesz (a magas értékelésűek magasabb árat fizetnek, de biztosabban teljesül és nagyobb kártérítést tartalmazó szerződést kötnek). Az információfeltárást társadalmi hasznuk tehát nem az alacsony és a magas kártérítés közötti különbség, mint amivel az egyén számol, hanem az átlagos és a magas közötti különbség.

jobbra elnyúló lenne. Amennyiben szimmetrikus, akkor pusztán a létszám alapján egyik szabály mellett sem tudunk érvelni. Viszont, ha balra elnyúló, vagyis a magas értékelésűek vannak többen, akkor a mindenkinek elmaradt haszon alapú kártérítést garantáló rendszer, vagyis a kis kárt szenvedők kiszereződése, okozna kisebb tranzakciós költséget.

Mindemellett a két szabály közötti választásnál még egy elemet figyelembe kell venni: ugyanolyan költséggel jár-e az alacsony, mint a magas költségűek számára szerződésben szabályozni a kártérítést. Lássuk például az összefüggést a kötbérszabályozással, amelyet a következő fejezetben tárgyalunk! Az Egyesült Államokban például a szerződésben szabályozott kártérítés nem lehet magasabb, mint az ex ante várt kárnagyság. Ha a bíróság úgy ítéli meg, hogy a szerződésben kikötött kártérítés túl magas, akkor azt büntetésnek (*penalty*) minősíti, és lecsökkenti. Vagyis, hiába kötnek ki a felek magas kártérítést, mindig megvan az esélye a bírósági tévedésnek, és a kártérítés mérséklésének. A szerződésbe magas kártérítést tehát csak magas tranzakciós költséggel lehet beírni – ezzel szemben alacsonyabb kártérítés esetén nem lépne a bíróság. Más országokban azonban lehet, hogy épp fordított a helyzet (mint majd látjuk, Magyarország is ezek közé tartozik): a kártól elmaradó kötbért emelik a kár szintjére, illetve a felelősségkorlátozás tilalma miatt kockázatos alacsony kártérítést írni a szerződésbe. A bírósági tévedés itt az alacsony kártérítésű szerződéseket fenyegeti.

A Hadley-szabály és az előreláthatóság különbsége. Eddig a fő kérdés az volt, hogy hat-e a kártérítés nagyságának korlátozása arra, hogy a vevő mennyi információt ad át az eladónak. Az előreláthatósági szabály azonban nem csak azokban az esetekben korlátozza a kártérítést, amikor az eladó nem látta, nem láthatta előre az adott kárt, de a vevő igen. Az előreláthatóság nem tesz különbséget aszerint, hogy a vevő tudott-e, tudhatott-e róla. Egyedül az eladó tájékozatlansága (függetlenül a vevő informáltságától) is elegendő ahhoz, hogy mentesüljön a kártérítés alól. Az előreláthatósági elv tehát nemcsak azokat a károkat terheli a vevőre, amelyről ő tudhatott, de az eladó nem, hanem azokat is, amelyekről egyikük sem tudhatott – ezek a szó szoros értelmében vett előreláthatatlan események. (Az 5.1. táblázat foglalja össze azt, hogy a Hadley és az előreláthatósági szabály szerint milyen esetekben kell az eladónak szerződésszegés esetén kártérítést fizetni.) Még ha arra találnánk elegendő érvet is, hogy információs aszimmetria eseteinél korlátozzuk a kártérítés nagyságát (láttuk, hogy ez a megállapítás sem egyértelmű), az már lényegesen nehezebben lenne indokolható, hogy az előre nem látható károkat mindig a vevő viselje.

5.1. táblázat. Információ és az eladó felelőssége

| Informált-e... | | Kell-e az eladónak kártérítést fizetnie? | | |
|----------------|---------|--|----------------|-----------------|
| az eladó? | a vevő? | Teljes kártérítés | Hadley-szabály | Előreláthatóság |
| Igen | Igen | Igen | Igen | Igen |
| Igen | Nem | Igen | Igen | Igen |
| Nem | Igen | Igen | Nem | Nem |
| Nem | Nem | Igen | Igen | Nem |

Forrás: Menyhárd et al. [2006]

Vannak természetesen érvek az előreláthatóság mellett is. A legfontosabbat R. Posner hozza fel: az előre nem látható károk megtérítésével az a legnagyobb baj, hogy gyakorlatilag semmiféle ösztönző hatása nem lesz – vagy csak elhanyagolható mértékű (R. Posner [2011] p. 238). Mivel nem láthatjuk előre így például az elővigyázatosságot, a teljesítést sem fogja ösztönözni. Ilyenkor a kár megtérítése egyszerű transzfer a két fél között, ösztönző hatás nélkül.

Ezt az érvét azonban maga R. Posner is cáfolja: csak akkor teremt ez megfelelő ösztönzést, ha a szabályt szimmetrikusan alkalmaznák, vagyis nemcsak az előreláthatatlanul magas károkat nem térítenék meg, hanem a „túl alacsony” károknál is kompenzálnánk, és a valós kárnál magasabb (előrelátható) szintre emelnénk azt. Amennyiben viszont ez utóbbi elmarad, és csak a magas károk esetében van korlátozás, akkor ez a valóshoz képest alacsonyabb várt kártérítést eredményez. Tehát lehet, hogy előreláthatatlan, de igenis hat az elővigyázatosságra: csökkenti azt (R. Posner [2011] pp. 238-239)

Előreláthatóság nem teljes kártérítés esetén. Az előző, klasszikus Hadley-modellek abból indultak ki, hogy előreláthatósági korlát hiányában a bíróság a teljes valós (közgazdasági értelemben vett) kárt megtéríteti. De mi történik, ha nincs ilyen közgazdasági értelemben vett teljes kártérítés? Ez megváltoztatja az ösztönzőket. Ma eleve egy alacsony kártérítési rendszerrel van dolgunk, amely a magas értékelésűeket (is) arra ösztönzi, hogy szerződésben szabályozzák a kártérítést. Tudjuk, hogy alacsonyabb várható kártérítés esetén a szolgáltató eleve kevésbé lesz elővigyázatos. A kártérítés bármilyen további mesterséges korlátozása csak tovább csökkenti az ő ösztönzőit. Emiatt még több magas (és még kevesebb alacsony) értékelésű fél akar majd kiszerezni. (A teljes kártérítés nem az egyetlen olyan feltevés a modelleknek, amelyeket érdemes feloldani – de a mi mostani szempontunkból kétségkívül ez a legfontosabb. Az 5.4 szövegdobozban mutatunk be további két fontos olyan kiegészítést, amelyeket a *Hadley-szabály* értékelésekor érdemes figyelembe venni.)

5.4. szövegdoboz. A *Hadley-szabály* közgazdasági kiterjesztései

A *Hadley-szabály* eddig bemutatott klasszikus modelljei hallgatólagosan felteszik, hogy (i) a szolgáltatók között tökéletes verseny áll fenn, illetve, hogy (ii) a kár nagysága *ex ante* pontosan ismert a vevő előtt.

Nem versengő iparágak. Ha a *Hadley-szabályt* olyan iparág esetében elemezzük, ahol az eladónak a vásárlókkal szemben erőfölénye van, ott a vásárlókat az információ-feltárásra ösztönző erők gyengébbek lesznek, sőt könnyen lehet, hogy meg sem jelennek. Az erőfölény ugyanis az eladó számára lehetővé teheti, hogy a magas értékelésű vevők számára egészen addig a szintig emelje az árat, amennyit a vevő maximálisan fizetne (amekkora a fizetési hajlandósága). Nyilvánvaló, hogy ezen esély miatt a vevő kevésbé szívesen tárja fel magáról, hogy ő magas értékelésű.

A kép egy kissé bonyolultabbá válik, ha nem a vevők tárják fel a saját értékelésüket, hanem a szolgáltató próbálja szűrni őket. Ezt ahhoz hasonló módon érheti el, mint amelyet már a garanciánál is láttuk: kidolgoz egy „rosszabb, de olcsóbb” szerződést az alacsony értékelésűek számára, amelyben pusztán részleges, vagyis a teljes káruktól elmaradó kártérítést kínál, és egy „jobbat”, magasabb kártérítést tartalmazót a magas értékelésűeknek. A kérdés az egyes szerződések ára. A szűréshez azt kell elérni, hogy a magasabb értékelésűeknek ne érje meg csak azért a rosszabbaknak kitalált szerződést választani, mert az olcsóbb. Johnson mutatja be, hogy erre két lehetősége van. Ha mind a kettőt a valós kockázatok szerint (valós várható költségen árazná), akkor elképzelhető lenne, hogy sok magas értékelésű vevője is az olcsóbbat választaná – nem válna szét a két csoport, kevert egyensúly alakulna ki. Ezzel szemben, ha a rossz szerződéseket kicsit a valós kockázat (a várható kártérítési összeg) felett árazza, vagy a jó szerződést kissé az alatt, akkor a két csoport elkülönül. Bármelyik utat is választja a jó szerződések ár-érték aránya a magas értékelésűek szemében jobb lesz – ezért ők azt fogják választani. A szűrés tehát eredményes. A magas értékelésűek számára a jobb ár-érték arány miatt a magas értékelésűek nyernek. Ezt a nyereséget nevezi Johnson információs járadéknak.¹⁶⁴ (Johnston [1990])

A kár sztochasztikus eloszlása. Az, hogy valaki magasra értékel egy szerződést, magasabb kötbért kötné ki, az nem csak amiatt lehet, mert a szerződésszegés esetén bizonyosan magasabb lesz a kár. Okozhatja az is, hogy a normális nagyságú kár nagyobb valószínűséggel következik be. Nézzünk egy példát! Tegyük fel, hogy az alacsony értékelésű vevő esetén 40% valószínűséggel következik be 500, míg 60% valószínűséggel 1000 kár. Az átlagos kár tehát 800. Ezzel szemben tegyük fel, hogy a magas értékelésű vevő esetén 20% az 500, míg 80% a 2000-es kár esélye – vagyis az ő átlagos kára 1700! Tegyük fel, hogy a bíróság a *Hadley-szabályban* szereplő maximális kártérítést 1000-ban állapítja meg, vagyis az alacsony értékelésű mindenképpen meg-

¹⁶⁴ Amikor a magas értékelésűek aránya viszonylag magas, akkor létezik egy további lehetőség is. Elképzelhető ugyanis, hogy az eladó már abból is elegendő haszonra tesz szert, ha csak a magas értékelésűeket szolgálja ki. Elég, ha csak egyetlen – magas értékelésűeknek szánt – szerződéssel jelenik meg. Sőt ez esetben annak az árat sem kell csökkenteni, ismét a teljes fogyasztói többletet megszerezheti magának – nem lesz információs járadék sem. (Lásd Johnston [1990] és Ayres – Gartner [1992]).

kapja kártérítés formájában a teljes kárát! Ezzel szemben a magas értékelésű esetben a kár egy részét nem fedezi az: 80%-os valószínűséggel 1000 kár (= 2000 – 1000) térítetlen marad. Azonban a magas értékelésű vevő ez esetben kevésbé ösztönzött információ-feltárássra, mint az alapmodellben (ahol a kár nagysága eleve adott). Ha elrejteti, hogy ő magasabb értékeléssel bír, akkor *Hadley-szabály* esetén is csak ugyanakkora árat kell fizetnie, mint az alacsony értékelésűnek, viszont magasabb kártérítésre számíthat. Kár esetén az alacsony értékelésű várhatóan 800-at kap, ezzel szemben a magas értékelésű 900-at (= $0,2 \times 500 + 0,8 \times 1000$). Vagyis, ha a magas értékelésű hallgat, akkor is keresztámogatásban részesül.¹⁶⁵ Ennek a keresztámogatásnak persze az az ára, hogy a kár felét az esetek 80%-ban nem fedezi a kártérítés. (Adler [1999])

5. NEM A KÁRHOZ KÖTŐDŐ KÁRTÉRÍTÉS

A magyar jog szerint a kártérítés fő célja, hogy olyan helyzetet teremtsen, mintha a károkozó esemény be sem következett volna: a kártérítést ezért köti a kár nagyságához és nem pedig a károkozó szubjektív magatartásához. A kártérítés kérdését lezárandó beszélni kell azokról a formákról is, amelyek esetében a cél már nem a károk minél pontosabb becslése. Két ilyen elvet elemzünk itt: a haszonelvonást és a büntető kártérítést.

5.1. Haszonelvonás

A kártérítésnek azt a típusát nevezzük „haszonelvonásnak” (*disgorgement*), amikor a károkozótól éppen a károkozásból származó nyereség összegét vonják el, és azt juttatják a károsultnak. Vegyük a példát: az ingatlant szerződésben 100-ért odaigérik egy vevőnek, aki azt ki is fizeti, de mielőtt az ingatlant átadnák, megjelenik egy másik vevő 130-at ajánlva – és a tulajdonos végül neki adja el az ingatlant! Haszonelvonásról akkor beszélünk, ha a szerződést nem teljesítő eladót nem arra kötelezzük, hogy fizesse meg az eredetileg szabott ár és a vevő értékelése közötti összeget (ez lenne az elmaradt haszon), hanem arra, hogy adja át az új vevőtől kapott vételárat. (Ha az árat még nem fizette ki, akkor a két vételár közötti különbségét ítélnék meg.)

Eltérő szerződésszegési ösztönző. A korábbi kártérítési formák elemzésekor abból indultunk ki, hogy összehasonlítottuk őket a tökéletes kártérítéssel. Ennek az volt

¹⁶⁵ Adler (1999) jelzi, hogy az elemzése eltekint a szórás problémájától. Amennyiben a kár szórása szisztematikusan eltér a magas és az alacsony értékelésű vevők esetén, akkor az eredmények módosulnak. Ha a kár várható értéke és szórása korrelál egymással, akkor korlátozott kártérítés olyan esetekben is ösztönözhet információfeltárássra, amikor a modell ennek az ellenkezőjét jósolja. De a fordított eltérés is felléphet: akkor sem következik az be, ha a modell szerint az információ feltárása lenne előnyös.

az oka, hogy mint az első fejezetben bemutattuk, az egyik legfontosabb ösztönző, amelyre a szerződési jogban vagy a szerződések megkötésekor figyelni kell, a teljesítésről, illetve a szerződésszegésről hozott döntés. Ha a károkozó tökéletes kompenzációt fizet, akkor teljes mértékben számításba veszi (internalizálja) a lépésével a másíknak okozott (externális) költségeket. Épp ezért, csak akkor szegi meg a szerződéses ígértét, ha az hatékony (nagyobb a teljesítés költsége, mint a másíknak okozott kár), de akkor megszegheti. A hatékonyság általában nem a szerződésszegéstől való teljes elrettentést, hanem a döntés szabadságának biztosítását követeli meg. Láttuk a harmadik fejezetben, hogy ez a kilépési opció a jogosult számára is előnyös, ezzel lehet maximálni a szerződésből elérhető hasznát.

A haszonelvonás esetén azonban ez az ösztönző elvész. Nem lesz szerződésszegés, hiszen az definíció szerint semmiféle haszonnal, megtakarítással nem jár. Vagyis, ha csak az anyagi ösztönzők szólnak a szerződésszegés mellett, akkor a szerződő fél nem lesz ösztönzött a szerződés megszegésére. (Más ösztönzői azonban maradhatnak.) Ez tehát csak akkor lehet értelmes, ha a cél a teljes elrettentés, ha mindig meg akarjuk akadályozni a szerződésszegést.

Kapcsolata a természetbeni kikényszerítéssel. A haszonelvonás, hasonlóan a teljesítési kötelezettséghez, hatékony esetekben is megakadályozza a szerződésszegést. Ha tökéletesen működik, vagyis tényleg elvonja a szerződésszegésből elérhető teljes nyereséget, akkor ebben nagyon hasonlít a teljesítési kötelezettséghez. Fontos különbség azonban, hogy míg természetbeni kikényszerítés esetén a vevő csak akkora haszonhoz jut, amennyi a szolgáltatás haszna, addig most azt lényegesen meghaladó összeget is kaphat. Gondoljuk el, ha a fenti példában a vevő a házat csak 110-re értékelte volna (ennyit fizetett volna érte), akkor a haszonelvonás esetén ezt meghaladó összeghez, kártérítéshez jut.

Első ránézésre ez a szabály is újratárgyalásra (és a szerződés megkötésekor erős szelekcióra) ösztönöz. A szerződést megszegni akaró fél ugyanúgy csak akkor szabadulhat a nem hatékony kötelezettsége alól, ha ehhez a társa hozzájárul. Csakhogy itt lényegesen nehezebb az újratárgyalás, mint természetbeni kikényszerítés esetén. Mi ajánlható a vevőnek ahelyett, hogy megkapja az eladó teljes hasznát? Olyan megoldást, szolgáltatást kell találni, amely a vevőnek többet ér, a szolgáltatónak viszont kevesebbe kerül (kevesebbet ér), mint az átadandó összeg. Természetbeni kötelezettségnél azért egyszerűbb a helyzet, mert nem pénz cserél gazdát, hanem szolgáltatás. Szolgáltatás esetén nagyobb az esély arra, hogy az a jogosult számára kevesebbet ér, mint a szolgáltatónak, és ezért van olyan összeg, amely a két értékelés között van. Haszonelvonás esetén azonban pénzről beszélünk, a jogosult (károsult) ugyanannyit kap, amennyit a másíknak fizetnie kell.

Fontos különbség azonban, hogy a haszonelvonás magas tranzakciós költség esetén más végeredménnyel jár. Ha teljesítési kötelezettség lenne, akkor az új vevő akkor juthatna hozzá az ingatlanhoz, ha megtalálja az eredeti vevőt, és

megalkuszik vele. Ezt a haszonelvonás azonban szükségtelenné teszi: az eladó rögtön az új vevőnek teljesít. Azonban, mint a teljesítési kötelezettségnél már láttuk: az, hogy az eredeti vevő kimarad az alkuból olyan helyzetet is eredményezhet, amikor a ház annak ellenére kerül át az új tulajdonoshoz, hogy annak nem ér annyit, amennyi az eredeti vevőnek. Ismét a példánkhoz visszatérve: lehet, hogy az eredeti vevőnek az ingatlan 175-öt is érne, csak ügyesen tartotta az árat alacsonyan, 100-on – ezzel szemben az új vevőnek csak 150-et ér, ebből ígér 130-at. Természetbeni teljesítés esetén a második adás-vétel nem azért nem jön létre, mert a tranzakciós költség magas, hanem azért, mert az nem kölcsönösen előnyös. Ez haszonelvonásnál nem derül ki. A természetbeni kikényszerítés esetén magas tranzakciós költségnél az a veszély, hogy annak ellenére az eredeti vevőnél marad az ingatlan, hogy neki kevesebbet ér, mint az új vevőnek, a haszonelvonás esetén pedig az, hogy annak ellenére nem hozzá kerül, hogy neki ér a legtöbbet hármuk közül.

Mikor alkalmazzák? A kártérítésekkel foglalkozó joggazdaságtani irodalom (például Polinsky – Shavell [2000]) úgy írja le ezt a módszert, mint amelyet akkor szokás alkalmazni, amikor a szerződésszegéstől teljesen el kell rettenteni. Ennyiben a haszonelvonás könnyen párhuzamba állítható a tulajdoni szabállyal. Alkalmazása mellett az egyik klasszikus érv, amelyet például Cooter és Ulen is bemutat (Cooter – Ulen [2005] pp. 270-271), egyben a tulajdoni védelem melletti tipikus érv is: bizonyos kártípusok esetén nagyon bizonytalan a kár értéke. Azért kerül sor ilyenkor a haszonelvonásra, mivel a bíróság attól fél, hogy különben nem megfelelő, pontosabban túl alacsony lenne a kártérítés. Tipikusan ilyenek azok a kapcsolati, bizalmi jelegű szerződések, amikor a szerződés nem azt tartalmazza, hogy a két fél pontos milyen szolgáltatással is tartozik, inkább csak átfogó magatartási elvárásokat. Fő példájuk az, amit az angolszász jog *fiduciáris felelősségnek* nevez: a gazdasági társaság részvényesei és a menedzsment közötti viszony. Ebben a szerződésben a menedzsment általában nem meghatározott hozamot ígér a részvényeseknek, hanem azt, hogy az ő érdekükben fog eljárni. Ha a menedzsment nem lojálisan jár el, és ezért a részvényesek beperlik őket, akkor általában egyszerűbb a menedzsment – például hűtlen kezelésből származó – hasznát becsülni, mint azt a kárt, ami a céget érte. Utóbbihoz azt kellene tudni, hogy milyen hozamot érhetett volna el a cég ugyanezzel a pénzzel.

A másik olyan eset, amikor a haszonelvonás mellett hatékonysági érveket hozhatunk fel az externália: az adott károkozás, szerződésszegés komoly társadalmi ellenérzést szül. A legjobb példa erre talán a sajtóperek esete, amikor valakiről – szűkítsük most erre az esetre a figyelmünket – tudatosan hazugságot terjeszt egy sajtótermék. Itt nem (csak) az a gond, hogy nehéz felperes kárát mérni. Legalább ekkora probléma, hogy azon személyen kívül, akiről az adott

sajtótermék hamis információkat tett közzé, mások is sokat vesztenek. Az olvasók, akiket szándékosan megtévesztenek; a többi sajtótermék, mert a sajtó egészének reputációja romolhat; stb. Éppen ezért az ilyen tudatos hazugságokkal szemben érdemes lehet a haszonelvönás, és ezzel a teljes elrettentés eszközeivel élni. (A szándékosság problémáját a nyolcadik és a kilencedik fejezetben, a megtévesztés és a kényszer kapcsán elemezzük majd részletesen.)

5.2. Büntető kártérítés

A büntető kártérítés lényege, hogy a bíróság tudatosan a „teljes kárnál” nagyobb mértékben állapítja meg a kártérítést.¹⁶⁶ A bíróságnak több oka lehet erre, de mindegyik ugyanarra a problémára vezethető vissza: a kártérítés akkor jelent optimális ösztönzőt, ha a várható kártérítés megfelel a társadalmi kárnak. Láttuk a fejezet elején, hogy az alacsony kártérítés – szolgáltatói felelősség, vagyis magasra tett gondossági elvárásokból kiinduló vétkességi felelősség esetén is – csökkenti az elővigyázatosságot.

Ahhoz hogy a kártérítés ösztönző hatása optimális legyen, annak várható értéke meg kell, hogy egyezzen a kárral. A jogi értelemben vett teljes kártérítés időnként nem elég ehhez. Sőt időnként a közgazdasági értelemben vett teljes kár megtérítése sem. A büntető kártérítés alapfogalma, az ún. *teljeskár-szorzó* (*total damages multiplier*): ez a konkrétan megítélt magasabb kártérítés és a „normális” (normális esetben megítélt) kártérítés aránya.

Alacsony kártérítés. Miért ne lenne elég a jog teljes kártérítése? A bíróság tisztában van azzal, hogy bizonyos kártípusokat nem tud megfelelően értékelni. A legegyszerűbb, ha a bekövetkező kárt két dimenzió szerint felbontjuk. Léteznek anyagi és nem anyagi károk; illetve léteznek átlagos (adott helyzetben az emberek többségénél jelentkező) és idioszinkratikus (az adott károsult speciális helyzetéből fakadó) károk – utóbbiak lehetnek negatív károk is, vagyis lehet, hogy az adott károsult az átlagnál kevesebb kárt szenved el. Ennek alapján a valós kár az 5.2. táblázatban látható négy típusból áll össze. A bíróságok nem tudják mindegyiket egyformán értékelni: vélhetően a legpontosabban az általános anyagi károkat (v_I) tudják becsülni, a legkevésbé az idioszinkratikus nem anyagi (v_{IV}) károkat. Ha a bíróság tisztában van ezekkel a problémákkal, akkor hajlamos lehet arra, hogy az általa becsülnél magasabb kártérítést ítéljen meg.

¹⁶⁶ A büntető kártérítés nem keverendő össze azzal az esettel, amikor a felek állapotnak meg olyan kötbérben, amely meghaladja a kárt. Erről a következő fejezetben a szerződésben kikötött biztosítékok között fogunk beszélni. Büntető kártérítést csak bíróság róhat ki. (Angolul a kárt meghaladó kötbért ugyan büntetésnek (*penalty*) nevezik, de ezt ott is élesen elválasztják a büntető kártérítéstől (*punitive damages*).

A büntető kártérítés akkor optimális, ha éppen annyival emeli meg a várható kártérítést, amennyivel az elmarad a kártól.

Ennek a megközelítésnek azonban komoly problémája, hogy ha a bíróság tudja, hogy alulbecsli a kár egyes elemeit, akkor inkább azok pontosabb becslésére kellene törekedni. A büntető kártérítés számításához tudni kell, hogy mekkora ez az eltérés. Ha viszont ezt az eltérést ismeri, akkor a normális kártérítést is ki tudná vetni – vagy legalábbis jobb becslést adhatna büntető kártérítés nélkül is.

5.2. táblázat. A szerződés értékét meghatározó elemek

| | Vagyoni | Nem vagyoni |
|------------------------------|-----------|-------------|
| Általános | v_I | v_{II} |
| Speciális (idioszinkratikus) | v_{III} | v_{IV} |

Forrás: Menyhárd et al. [2006]

Nem kért kártérítés. A másik érv a *magánkikényszerítés* problémáiból indul ki. A károsult számára nincs ingyen a per. Még akkor sem, ha utólag a bíróság pernyertesként megfizeteti a kiadásait. (Láttuk már, hogy a számviteli költség, a kiadás és a valós költség nem esik egybe. Nem is beszélve az eljárás azon nem anyagi és idioszinkratikus költségeiről, amelyeket a bíróság vélhetően nem térített meg.) Az eljárás és a bizonyítás költségigénye miatt nem minden a szerződésért megszegő féllel szemben fognak bírósági eljárást kezdeményezni; illetve, ami fontosabb: nem mindegyikük fog kártérítést fizetni. Vegyünk két példát!

1. A károkozó rengeteg embernek okoz egyesével roppant kis összegű, de összességében neki hatalmas hasznot (bevételt, vagy megtakarítást) hozó kárt. Egyesével a károsultak nem fognak perelni, ő viszont számolhat azzal, hogy csak az esetek töredékében kell kártérítést fizetnie.
2. A károkozó olyan kárt okoz, amely ugyan jelentős, de a károsultak nem tudják ezt vagy – bár tudják, de – nem tudják bizonyítani, hogy a káruk az ő szerződésszegéséből, például a szolgáltatás rossz minőségéből fakadt. Például egy gyógyszergyárral szemben azt kellene bizonyítani, hogy évtizedek múlva valamilyen betegség az ő készítményének mellékhatása.

Az elmaradt kártérítési igényekkel azonban a károkozó számolhat, tudhatja, hogy nem kell mindig a teljes kárt megfizetnie. A *teljeskár-szorzó* ebben az esetben azon esetek arányából vezethető le – pontosabban azon esetek arányának reciproka –, amelyeket meg is indítanak.¹⁶⁷ Alapesetben: ha csak minden tizedik

¹⁶⁷ Matematikailag a helyzet roppant egyszerű. Ha a valós kár L , a kártérítés várható értéke pedig D , akkor ki tudjuk fejezni, hogy a kettő között milyen arány áll fenn. Legyen ez e , ahol $e = L / D$. A büntető kártérítés (PD), innen: $PD = eD = L$.

esetben kell kártérítést fizetni, akkor a büntető kártérítés a rendes kártérítés tízszerese kellene, hogy legyen.

Ez így azonban még nem teljesen pontos. Elfeledkeztünk ugyanis az ösztönző hatásról: a büntető kártérítés egyben ösztönzi is a perindítást, hiszen magasabb várható kártérítés esetén olyanok is pert indítanak, akik normális kártérítés mellett nem tennék. Erre a hatásra figyelni kell: ha eddig (büntető kártérítés nélkül) csak minden tízedik esetben kellett kártérítést fizetni, abból még nem következik, hogy a szorzó tízszeres legyen. Azt is kell tudni, hogy a magasabb kártérítés lehetősége mennyivel emeli meg a valóban meginduló perek számát is. Ha például kétszeresére, akkor a tízszeres szorzóval számolt büntető kártérítés miatt pontosan a valós kár kétszerese lesz a várható kártérítés. (Viszont az sem igaz, hogy ha tízszeres szorzó mellett kétszer annyi per van, akkor elég az ötszörös szorzó. Ötszörös szorzó esetén ugyanis valahol az eredeti és a kétszeres perszám között leszünk. Az optimális mérték tehát attól függ, hogy milyen erős a kártérítés emelésének perindítást ösztönző hatása.)

Szerződésen belüli és szerződésen kívüli káresetek. A szerződési jogban még azokban a jogrendszerekben is kevésbé elterjedt a büntető kártérítés, ahol pedig a szerződésen kívüli (deliktuális) felelősség körében megengedett. Ennek hatékonysági oka, hogy a károsultak számára sem feltétlenül szerencsés ez a megoldás: ekkor ugyanis nőne az ár, amelyet fizetniük kell.

Természetbeni kikényszerítés. A büntető kártérítés bizonyos értelemben a kártérítés és a természetbeni kikényszerítés között helyezkedik el, utóbbihoz igen közel áll. Láttuk az előző fejezetben, hogy a természetbeni kikényszerítés – különösen szolgáltatások esetén – nem a szerződés tárgyának fizikai elvétele, átadatását jelenti, hanem egyszerűen egy roppant magas büntetéssel való fenyegetést. Olyan magas ez a büntetés, hogy az már ráveszi az adott felet a teljesítésre – a büntetés összege meghaladja a teljesítés költségét. Mivel a teljesítés költsége általában nehezen bizonyítható, így az alapelv inkább az, hogy a kárt haladja meg jelentősen. Ennyiben tehát roppant közel áll egymáshoz a két rendszer.

A két megoldás között különbség azonban, hogy a természetbeni kikényszerítés érdekében alkalmazott büntetés – elvileg – bármilyen nagy lehet, a lényeg, hogy a szolgáltató már inkább a teljesítést válassza. A büntető kártérítés nagysága ugyanakkor nem lehet végtelen, hiszen nagyságát annak alapján kell megszabni, hogy a várható kártérítés épp a valós kárt fedezze. Láttuk a példán, ha a perlési kedv emiatt nő, akkor csökkenteni kell a teljeskár-szorzót.

6. ÖSSZEFOGLALÓ

A fejezetben láthattuk, hogy a magyar jog alapelve a vétkességi felelősség, az elvárható magatartás megkövetelése. Mindez az ún. szolgáltatói felelőssége elve alapján történik: olyan magas elvárható szinten szabja meg a jog az elvárt magatartást, hogy ahhoz a felek valószínűleg nem akarnak alkalmazkodni, vagyis igazából egy objektív felelősségi rendszer alakul ki. Szintén az objektív felelősségnek megfelelő elemeket erősíti a bizonyítási teher magyar jogrendszerre jellemző megfordítása. Kétségtelen, hogy az objektív felelősség egy optimálisan működő (vagyis a jobb kockázatviselő elvén működő) lehetetlenülési szabállyal együtt, megfelelő ösztönzőt jelenthetne.

Egy gyakorlatilag objektív felelősség alapján működő rendszerben különösen veszélyes, ha a jog által elismert kár elmarad a valós kártól. Ebben a fejezetben azonban azt is láttuk, hogy egy-két olyan elem, amely elsőre azt mutatja, hogy a jog kárfogalma szűkebb, mint a közgazdaságtané (a társadalomé) mégis – közgazdaságilag is – igazolható. Ilyen a haszon nem teljes megtérítése (a tiszta gazdasági kár esetén) vagy a nem vagyoni károk visszafogott értékelése (hiszen utóbbiakra nem is biztos, hogy *ex ante* kötne biztosítást a károsult). Láttuk azonban, hogy a rendszerben vannak olyan elemek is, amelyek nem hatékony ösztönzőket jelentenek.

Láthattuk, hogy vannak olyan jogintézmények (például az előreláthatóság, vagy a büntető kártérítés), amelyek egy tökéletes, a valós károkat megtérítő kártérítési rendszer esetén alapvetően más hatásokat okoznak, mint egy olyan rendszerben, ahol a jogilag elismert kár elmarad a valóstól.

Irodalomjegyzék

- Adler, Barry E. [1999], The Questionable Ascent of Hadley v. Baxendale, 51 *Stanford Law Review* 1547
- Ayres, Ian – Robert Gertner [1992], Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules, 101 *Yale Law Journal* 729
- Bebchuk, Lucian Ayre – Steven Shavell [1991], Information and the Scope of Liability for Breach of Contract: The Rule of Hadley v. Baxendale, 7 *Journal of Law, Economics and Organization* 284
- Bishop, William [1982], Economic loss in tort, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2, 1–29.
- Bussani, Mauro – Vernon Palmer – Francesco Parisi [2003], Liability for pure financial loss in Europe: An economic restatement, *American Journal of Comparative Law*, 51, 113–62.
- Clermont Kevin M. – Emily Sherwin [2002], A comparative view of Standard of Proof. 50 *The American Journal of Comparative Law*, pp.243-275
- Coase, Ronald H. [1960/2004], A társadalmi költség problémája. in: Coase: *A vállalat, a piac és a jog*. Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest, 2004
- Cooter, Robert – Thomas Ulen [2005]: *Jog és közgazdaságtan*. Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest
- Craswell, Richard – John E. Calfee [1986], Deterrence and Uncertain Legal Standards, *Journal of Law, Economics and Organization* 2, pp. 279
- Dari-Mattiacci [2005], Errors and Functioning of Tort Liability. 13 *Supreme Court Economic Review*, pp. 165-187.
- Dari-Mattiacci, Giuseppe – Barbara Mangan [2005], Disappearing Defendants v. Judgment Proof Injurers: Upgrading the Theory of Tort Law Failures. *George Mason University Law and Economics Working Paper Series 05-01*
- Dari-Mattiacci, Giuseppe – Hans-Bernd Schaefer [2007], The core of pure economic loss, *International Review of Law and Economics*, 27, 8–28.
- De Mot, Jef [2009], Pure Economic Loss. in: Faure, M. (ed.), *Tort Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing
- Smythe, Donald J. [2011], Impossibility and Impracticability. in: De Geest (ed.): *Contract Law and Economics*. Cheltenham, Edward Elgar
- Farkas József – Kengyel Miklós [2005]: *Bizonyítás a polgári perben*. KJK-Kerszöv, Budapest
- Fuller, Lon – William Perdue [1936a], *The Reliance Interest in Contract Damages: I*, 46 *Yale Law Journal* 52
- Fuller, Lon – William Perdue [1936b], *The Reliance Interest in Contract Damages: II*, 46 *Yale Law Journal* 373
- Garoupa, Nuno – Giuseppe Dari-Mattiacci [2009], Least-Cost Avoidance: The Tragedy of Common Safety, *Journal of Law, Economics, and Organization*, 25,
- Hermalin, Benjamin E. – Katz, Avery W. – Richard Craswell [2007], The Law and Economics of Contracts. in: Mitchell Polinsky and Steven Shavell (eds.), *Handbook of Law and Economics*, Vol. 1, A., Amsterdam: Elsevier, 3-138.

- Johnston, Jason Scott [1990], *Strategic Bargaining and the Economic Theory of Contract Default Rules*, 100 *Yale Law Journal* 615
- Kaplow, Louis [2012], *Burden of Proof*. *Yale Law Journal* (forthcoming)
- Kornhauser, Lewis A. [1982], *An Economic Analysis of the Choice between Enterprise and Personal Liability for Accidents*, *California Law Review*, 70, pp. 1345–92.
- Landes, William M. – Richard A. Posner [1987], *The Economic Structure of Tort Law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press
- Lindenbergh, Siewert D. – Peter P.M. van Kippersluis [2009], *Non pecuniary losses*. in: Faure, M. (ed.), *Tort Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing
- Menyhárd Attila – Károly Mike – Ákos Szalai [2006], *Hadley and the rule of foreseeability under court's error and uncertainty*. *SIDE [Italian Law and Economics Society] Working Paper 2006. no.5*
- Miceli, Thomas J. [1997], *Economics of the Law*. Oxford, New York: Oxford University Press,
- Milgrom, Paul – John Roberts [2005]: *Közgazdaságtan, szervezetelmélet és vállalatirányítás*. Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest
- Petrik Ferenc [1991]: *A kártérítési jog*. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1991. 150. o.
- Posner, Eric A. [2000], *Contact Remedies: Foreseeability, Precaution, Causation and Mitigation*, in: Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume III. The Regulation of Contracts*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000
- Posner, Richard A. [2011], *Economic Analysis of Law*. 8th edition New York: Aspen. 1997.
- Posner, Richard A. – Andrew M. Rosenfield [1977], *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*, 6 *Journal of Legal Studies*, 88 (1977).
- Sanchirico, Chris William [2006], *Introduction in Sanchirico (ed.) Evidence, Procedure, and Litigation*. Edward Elgar Publishing, Cheltham, UK
- Schaefer, Hans-Bernd – Frank Müller-Langer [2009], *Strict Liability versus Negligence*. in: Faure, M. (ed.), *Tort Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing
- Shavell, Steven [1980], *Strict Liability versus Negligence*, *Journal of Legal Studies*, 9, 1–25
- Shavell, Steven [2004], *Foundations of Economic Analysis of Law*, Belknap Press
- Shavell, Steven [2006], *Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis*. *Texas Law Review* 84, pp. 831-876
- Szladits [1941]
- Trebilcock, Michael J. [1993], *The limits of freedom of contract*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Triantis, George G. [1992], *Contractual Allocation of Unknown Risks: A Critique of the Doctrine of Commercial Impracticability*. *University of Toronto Law Journal* 42, pp. 450-483.
- Wonnell, Christopher T. [2000], *Unjust Enrichment & Quasi-Contracts* in: Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume II. Civil Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar,

VI. fejezet

Szerződés-biztosítékok

Az eddig látott kikényszerítési módok vagy jogon kívüli eszközök voltak (emlékezzünk az első fejezetben bemutatott technikákra), vagy a bíróság lépéseihez voltak kötve. Hatásuk attól függött, hogy sikerül-e a bíróságnak kikényszeríteni megfelelő minőségben a szolgáltatást, illetve, hogyan becsli a kárt. Amennyiben a felek nem akarnak ezekre az eszközökre hagyatkozni, akkor maga a (szerződési) jog is kínál számukra néhány alternatívát. Ezeket tekintjük át ebben a fejezetben. Meglehetősen érdekes hibrid eszközök ezek. Van közöttük olyan, amely más jogterületek segítségét kéri: például a zálogjog, amely dologi biztosítékot ad, nagyobb biztonságba helyezve ezzel a jogosult követelését, mint amit a szerződési jog magában nyújtani tud. De találunk olyat is, amely az első fejezetben látott jogon kívüli kikényszerítési technikákat hív segítségül – ezek a személyes biztosítékok, amikor egy másik személy bevonásán keresztül keres nagyobb biztonságot a jogosult: a biztosítékot adó és a kötelezett közötti sokszor nem jogi kapcsolat az, amely miatt nagyobb biztonságban érezheti magát.

Az első fejezetben ugyan láttuk, de itt ismételtén utalni kell rá: a kikényszerítés *ex ante* nem csak a jogosult, hanem a kötelezett érdeke is. Emiatt tud egyáltalán szerződést kötni, ezzel veheti rá a benne nem bízó (öt sokszor nem is ismerő) partnerét az együttműködésre, kooperációra. Amennyiben a szerződési jogban fellelhető alapparanciák nem elegendők a bizalom pótlásához, akkor a kötelezett is érdekelt lehet benne, hogy extra garanciákat adjon. Mindez persze a szerződéskötés előtt igaz csak. Megjelenik ugyanis az *időinkonzisztencia*: míg a szerződéskötés előtt a garancia neki is jó, addig, ha a másik bizalmát már megszerezte, ha a szerződés már elindult – különösen, ha a másik már teljesített –, akkor szívesen csökkentené, vagy akár tüntetné is el teljes egészében abból az öt fenyegető szankciót.

A fejezetben először a szerződésben kikötött kártérítést, a kötbért, és ennek jogrendszerenként erősen eltérő megítélését elemezzük. Ezután tesszük elemzés tárgyává a dologi biztosítékokat (a zálogot, az óvadékot, a vételi vagy visszavásárlási jogot, a biztosítéki célú engedményezést). Látni fogjuk, hogy működésüket főként az befolyásolja, hogy kikényszerítés esetén milyen többletjogosítványokat kap az ilyen fedezettel rendelkező a normál jogosulthoz képest, aki csak a végrehajtási eljárásán keresztül kaphat jogi segítséget. A vég-

rehajtás, a kikényszerítés menetét és esélyét lényegében befolyásolja a csődjog, amely a harmadik alfejezet témája lesz, de itt elemezzük a minden szerződés implicit biztosítékának tekinthető vagyonszámmentési tilalmat is. Az utolsó alfejezetben tekintjük át azt, hogy a személyes biztosítékok (mindenekelőtt a kezesség és a bankgarancia) révén hogyan emeli be a jog a maga kereteibe a nem jogi szankciókat.

1. SZERZŐDÉSBE KIKÖTÖTT KÁRTÉRÍTÉS

Szerződésben kikötött kártérítésről akkor beszélünk, ha a szerződő felek előre megállapodnak abban, hogy szerződésszegés esetén mekkora összegű kártérítést követelnek. Ez az összeg lehet nagyjából akkora, amekkora a kár *ex ante* várható értéke (ezt nevezzük a továbbiakban átalány-kártérítésnek, a *common law*-ban ez a *liquidated damages*), de lehet kisebb vagy nagyobb is nála (ez utóbbi a büntetés [*penalty clause*]). A joggazdaságtani modellekben legtöbbször megjelenő probléma az, hogy kikényszeríthető-e az *ex ante* várt kár szintjét meghaladó kártérítés, az átalány-kártérítést meghaladó büntetés. A magyar jogban, a legtöbb európai joghoz hasonlóan igen. Ezzel szemben a *common law* tiltja ezt.

Az alfejezet a magyar jogi alapszabály ismertetése után először azt vizsgálja, miért éri meg a feleknek a kártérítés nagyságát szerződésben, kötbérikötésként megfogalmazniuk – miért nem bízzák ezt egyszerűen a bíróságra. Ezt követően vizsgáljuk azt, hogy milyen indokok lehetnek arra, amelyet az amerikai jog tilt, míg a magyar (és a legtöbb más) jog enged: a várt kár fölötti kötbért kikötni. Utolsó pontként térünk rá a magyar jog specialitására: a túl alacsony kötbér „megemelésére”, pontosabban a kötbéren felüli kár megtérítésére.

1.1. Magyar jog: kötbér és alternatívái

A felek a magyar jog szerint a szerződés nem teljesítését több módon is szankcionálhatják. A két legfontosabb ezek közül: a kötbér és a foglaló. A kötbér a szerződés nem teljesítése (főkötbér) vagy nem megfelelő teljesítése (fiókkötbér) esetére a szerződésben meghatározott pénzösszeg. Utóbbi jellemző formái a késedelmi kötbér és a hibás teljesítés miatti kötbér, de kötbér mindenféle szerződésszegés esetére kiköthető – a feleknek azonban pontosan definiálniuk kell a szerződésben, hogy milyen szerződésszegéskor, milyen esetben jár ez. A szerződésben szabályozott szankció speciális formája a jogvesztés is, ezért ezt is ebben az pontban elemezzük.

Kötbér és kimentés. A kötbér is csak a szolgáltatói felelősség körében érvényesíthető: csak akkor igényelhető, ha a kötelezett a nem teljesítésért, illetve a késedelmes vagy hibás teljesítésért felelős, felróhatóan járt el. (Zoltán [2007] p. 922)

Kötbér és kár viszonya. A kötbér a szerződésszegés esetén fizetendő minimális összeg. Azt a jogosult akkor is követelheti, ha a kárt nem bizonyítja – sőt akkor is, ha kára nem is merült fel. Ha viszont a kár összege meghaladja a kötbérét, akkor a jogosult igényelheti a különbözetet. Ilyenkor, természetesen, már bizonyítani kell a kár összegét – ekkor a kötbér helyébe a bíróság által megítélt kártérítés lép. Ez utóbbi lehetőség azonban hiányzik a külgazdasági szerződés esetén: ilyenkor a szerződés kötőereje erősebb, és a kötbért meghaladó kár nem érvényesíthető.

Kötbér és egyéb követelések. A kötbér csak a – nála kisebb – kártérítési kötelezettséget váltja ki. A jogosult a kötbérkövetelés mellett a szerződésszegésből eredő egyéb (például szavatossági) jogait is érvényesítheti. És fordítva: az egyéb követeléseit akkor is követelheti, ha a kötbért nem igényelte (Zoltán [2007] p. 928).

A kötbér és a teljesítés követelésének viszonya aszerint alakul, hogy milyen fajta kötbért kötnek ki. Amennyiben a kötbért a teljesítés elmaradása esetére kötötték ki (főkötbér), akkor a jogosultnak választania kell a teljesítés követelése és a kötbér között. A teljesítés követeléséről bármikor áttérhet a kötbér követelésére – fordítva azonban nem: ha a kötbért nem teljesítés miatt követeli, akkor később a teljesítést nem igényelheti. (Zoltán [2007] p. 923) Azonban, ha a szerződéstől eláll, akkor ezzel a kötbérigényét is elveszti. (Lásd Görög [1941] p. 521) Ha hibás teljesítés esetére kötnek ki kötbért (fiókkötbér), akkor hasonló választási kényszer van a pótlás és a hibás teljesítés miatti kötbér között. Ezzel szemben a késedelmi kötbér természetesen ekkor jár.

Bírósági mérséklés. Ha a felek indokolatlanul magas kötbért kötöttek ki, azt a bíróság a felek akarata ellenére is mérsékelheti – igaz, csak kivételesen indokolt esetben. Ilyenkor összemérheti a szolgáltatás értékét a kötbér nagyságával, illetve figyelembe veheti a vétkesség fokát is.

Kötbér formai követelményei. A kötbérikötést írásba kell foglalni. (Tegyük hozzá, hogy a teljesítés az alaki hibát orvosolja, tehát, ha például szóbeli meg egyezés alapján valaki kötbért fizet, azt nem követelheti vissza!) Kötbériként csak pénzüsszeget lehet kikötni, de a szerepét más vagyoni érték is betöltheti. (Zoltán [2007] p. 921)

Mivel a kötbért életbe léptető szerződésszegést a szerződésben pontosan definiálni kell, a kötbérre vonatkozó kikötés nem értelmezhető kiterjesztően: például, ha késedelmi kötbért kötöttek ki, akkor a teljesítés megghiúsulása vagy hibás teljesítés esetén az nem követelhető.

Foglaló. A kötbér és a foglaló között a legfontosabb különbség, hogy a foglalót a szerződés megkötésekor, a „kötelezettségvállalás jeléül” adják. Mindemellett másodlagos szerepe szerint ez is a szerződés biztosítékaként szolgál, hiszen nem teljesítés esetén „elvész”.

A foglaló *reálszerződés*, vagyis annak későbbi adására való kötelezettségvállalás nem érvényes, nem kikényszeríthető. (Kivéve, ha a foglalót banki átutalással teljesítik, ilyenkor az átutalás tekinthető átadásnak.) Amennyiben a foglalót később kellene megfizetni, akkor azt a bíróság értelmezheti kötbérként, átminősítheti azzá – ha úgy tűnik, hogy ez a felek szándékának megfelel. (Zoltán [2007] p. 914)

Az 1959-es kódex szerint foglaló nem csak pénz, hanem bármilyen ingóság vagy értékpapír is lehet. Ezzel szemben – mivel a gyakorlatban amúgy is szinte kizárólag pénzbeli foglaló létezik (Kemenes – Vékás [szerk. 2008] p. 841) – a 2013-as törvénykönyv pénzre korlátozza a foglaló formáját.

Alapszabály szerint a foglaló visszajár, ha a szerződést teljesítik, míg a szerződés megghiúsulásáért felelős személy a foglalónak megfelelő összeggel tartozik. A tranzakciók egyszerűsítése érdekében a jog pontosan szabályozza az egyes eseteket (Zoltán [2007] p. 917):

- (i) A szerződés teljesítése esetén a foglaló sorsa kétféle. Ha a foglaló alkalmas arra, hogy a teljesítésbe (például a vételárba) beszámítsák, akkor azt meg kell tenni. Ha erre nem alkalmas (jogilag: nem minősül lejártnak és a teljesítéssel nem egyenmű), akkor a teljesítéskor a foglalót vissza kell adni.¹⁶⁸
- (ii) Ha a szerződés megszűnéséért *egyik fél sem felelős vagy mindkét fél felelős*, akkor *visszajár*.
- (iii) Ha a szerződés megghiúsulásért az a fél felelős, aki a foglalót adta, akkor ő a foglalót elveszíti, az a másik félnél marad.
- (iv) Ha a megghiúsulás a másik fél hibájából következett be, akkor ő köteles az átvett foglaló összegének kétszeresét visszafizetni. (Ha a foglaló nem pénz volt, akkor a dolgot kell visszaadni és az értékének megfelelő összeget fizetni ezen felül.)¹⁶⁹

A foglalóra is igaz, hogy a kár összegét mindaddig nem kell bizonyítania, amíg az a foglalónál kisebb. Ha annál nagyobb, akkor azonban követelhető a

¹⁶⁸ Visszajár a foglaló, ha a szerződést a felek annak megkötési időpontjára visszaható hatállyal szüntetik meg. Szintén visszajár, ha a szerződés olyan ok miatt szűnik meg, amelyért azért egyik fél sem felelős vagy mindkét fél felelős.

¹⁶⁹ Érdemes felhívni a figyelmet arra, hogy ennek a szabálynak a kapcsán Görög már 1941-ben tulajdonképpen a korlátozott racionalitás problémájára hivatkozik: szerinte a szabály „alig igazolható, a felek intencióinak gyakorlatilag nem felel meg[.] ...a foglalót igénylő és kapó fél önmagát kívánja biztosítani, és az esetek túlnyomó többségében sejtelve sincs arról, hogy a foglaló átvételével önmagát különleges kötelezettségbe sodorja.” (Görög [1941] p. 512)

különbözet – pontosabban az ilyenkor megítélt kártérítés összegébe a foglalt be kell számítani. A teljesítés megghiúsulásáért felelős személy nemcsak a foglaltal felel, hanem ezen túl vele szemben a szerződésszegés egyéb következményei is alkalmazhatók. Szintén azonos a kötbérével az a szabály is, hogy ha valaki lemond a foglaltal kapcsolatos jogairól (nem akarja megtartani, vagy a kétszeres visszakövetelésről mond le), az nem érinti a többi, szerződésszegéshez kötődő jogát. A bíróság a túlzott mértékű foglaltot is mérsékelheti.

A foglaltal kapcsolatban nincs alaki követelmény, azt szóban vagy ráutaló magatartással is ki lehet kötni. Mindemellett a felek megállapodásából világosan és minden kétséget kizáróan ki kell, tűnjön, hogy az átadott dolgot foglaltalnak – és például nem előlegnek – szánták. (Tegyük hozzá, mindegy, hogy azt minek nevezik, ha a foglalt funkcióit látja el! Hiába nevezik előlegnek, amely a vételárba ugyanúgy beszámít, ha az átadás célja „a kötelezettségvállalás jelzése”.) Zoltán kifejezetten kiemeli, hogy „vita esetén a fél figyelmét fel kell hívni az ellenbizonyítás lehetőségére és módjára” (BH 1989/5) (Zoltán [2007] pp. 914-915)

Alternatívák. A foglalt (és a kötbér) kapcsán két alternatívát érdemes felvetni, amelyekkel könnyen összetéveszthetők, amelyekké a bíróság átminősíthet a felek által foglaltalnak vélt összeget. Az egyik a *bánatpénz*. A két megoldás között a fő különbség a választás joga. Foglalt esetén a jogosult választhat a teljesítés követelése és a foglalt megtartása között. A kötelezettnek azonban ilyen joga nincs – szemben a bánatpénzzel, amelynél pont ő választhat a teljesítés vagy a szerződéstől való elállás között: a *bánatpénz veszni hagyása feljogosít a szerződéstől való elállásra*. (Zoltán [2007] p. 918) A másik a *vételárelőleg*. Amennyiben a foglaltot a bíróság túl magasnak ítéli, akkor azt vételárelőleggé minősítheti. Erre is igaz azonban, hogy nem teljesítés vagy nem szerződészerű teljesítés esetén az azt kapó fél megtarthatja – de csak kárai fedezetére, a károkat bizonyítani kell. A vételárelőleg tehát nem kárátalány, és az azt kapó felet nem kötelezi – a kártól független – kétszeres visszatérítésre.

Jogvesztés. A szerződésben szabályozott szankció speciális formája a jogvesztés is. Ennek lényege, hogy a kötelezettségét felróhatóan megszegő fél elveszt valamilyen olyan jogot vagy kedvezményt, amely szerződészerű teljesítés esetén a *szerződés alapján* megilletné. Legtipikusabb formája a részletfizetési kedvezmény megvonása.¹⁷⁰ Jogvesztést a kötbérhez hasonlóan csak írásban lehet kikötni. Szintén a kötbérhez hasonló, hogy a szankció – törvény szerint – a felróható szerződésszegéshez kapcsolódik. Így a jog elvesztéséhez annak bizonyítása is szükséges, hogy a szerződésszegő fél nem úgy járt el, ahogyan

¹⁷⁰ A jogvesztésen belül két formát kell elkülöníteni. Az egyik esetben a ki nem mentett szerződésszegés miatt a jog automatikusan elvész. A másik esetben csak hatalmasságról van szó: a jogosult nyilatkozattal vonhatja meg az adott jogot – de ilyen nyilatkozat hiányában az fennmarad. (Zoltán [2007] p. 945)

az adott helyzetben általában elvárható. Szintén hasonlóság, hogy a bíróság a kötelezettet túlságosan sújtó joghátrányt is mérsékelheti.

1.2. A joggazdaságtani alapl dilemma: szerződési kikötés vagy ex post kármérés

A teljes kár – pontosabban az elmaradt haszon – alapján számított kártérítést meghaladó kötbér engedélyezése vagy tiltása a joggazdaságtani irodalom egyik legtöbbet vitatott kérdése. Onnan érdemes indulni, hogy miért akarnák a felek a kártérítést szerződésben szabályozni, hiszen emiatt jelentősen emelkedik a szerződéskötési, illetve a tranzakciós költség. Miért vállalják ezt fel a szerződést kötő felek? Az egyik legfontosabb érv – mint azt az előző fejezetben láttuk – a félelem: a megítélt kártérítés általában elmarad a kártól.

A bírósági alulértékelés problémái, idioszinkratikus károk. A kötbérirodalom egyik állatorvosi lova (Goetz – Scott [1977] óta) az ún. öregdiák eset: egy egyetem volt hallgatóinak egy csoportja buszt bérel, hogy együtt utazzon megnézni az egyetemi baseballcsapatuk mérkőzését. A szerződésben magas (magasnak tűnő) kártérítési összeget kötnek ki arra az esetre, ha a busz késve érkezne meg a helyszínre. A kártérítési összeg azonban csak ahhoz képest tűnik magasnak, amit a bíróság megítélné. Ez ugyanis vélhetően nem tartalmazza a tényleges kár szubjektív, idioszinkratikus elemeit: azt a veszteséget, amelyet a résztvevők akkor éreznének, ha lekésnék a meccset. A kötbér egyik fő előnye tehát éppen az, hogy részben kezelni lehet vele azok az ösztönzési problémákat, amelyek a túl alacsony kártérítés esetén megjelennek. (Azért csak részben lehet kezelni, mert a szerződéskötést követően felbukkanó információk ebben az esetben elsikkadnak – nincs a szolgáltatót ösztönző hatásuk.)

Első látásra úgy tűnik, hogy a magas kötbér, a *büntetés (penalty) common lawra* jellemző tilalma mellett nehéz hatékonysági érveket találni: ha az emberek racionálisak, akkor az, hogy egy kötbért tartalmazó szerződést elfogadnak, egyben azt is jelzi, hogy ez előnyös a számukra. Ulen szavaival: „*minden okunk megvan azt hinni, hogy a felek az összes tényező figyelembevételével a leghatékonyabb jogorvoslatot választják*”. (Ulen [1984] p. 356) Vagyis a szerződés a magas kártérítéssel, büntetéssel együtt is biztosan nagyobb haszonnal jár a számukra – egyébként nem írták volna alá. A szerződés tehát hatékony. (Lásd még Barton [1972]).

Átalány-kártérítés és teljes kártérítés viszonya. Mindemellett a magas kártérítési kikötés *common law*beli tilalmának elemzésekor mindig szem előtt kell tartani (mert gyakran elsikkad a viták során), hogy az angolszász jog nem akkor tekint büntetésnek valamit, ha az magasabb, mint az *aktuális* kár, hanem csak azt tiltja, hogy az magasabb legyen, mint a *szerződés megkötésének pillanatában*

várható kár. (Rea [1984]) Érdemes tehát megvizsgálni, hogy mi a különbség a nem büntető jellegű, vagyis az *ex ante* várható kárt becsülő átalány-kártérítés és az *ex post* megítélt tökéletes kártérítés között. A fő különbség természetesen abból fakad, hogy az átalány-kártérítés *ex ante* adott, míg a bírósági kártérítés alkalmazkodik az időközben a szerződés értékében beállt változásokhoz. Lényegében az ösztönző- és kockázatmegosztási hatásaik térnek el.

Átalány-kártérítés és elővigyázatosság. Láttuk a harmadik fejezetben, hogy az elővigyázatosságról hozott döntést a szerződésszegés esetén *várhatóan* fizetendő kártérítés határozza meg. Ha tehát az átalány-kártérítés éppen a kár várható értékével egyenlő, akkor az ösztönző hatása – első ránézésre – ugyanaz.

Pontosítsunk azonban! Ez egyrészt csak kockázatmentes szolgáltató esetén igaz. Ha a szolgáltató kicsit is kockázatkerülő, akkor az, hogy a szerződésben rendezték a kártérítés mértékét, vagyis első pillanattól kezdve tudja, hogy mennyit kell fizetnie, és nem utólag derül ki annak pontos összege (tehát a szolgáltató nemcsak a várható értéket, hanem a pontos értéket is ismeri), az az óvintézkedések szintjét is befolyásolja: csökkenti azt – pusztán a kockázat mérséklése miatt nem tesz több óvintézkedést.

Másrészt, kockázatmentes felek esetén is eltérhet a két kártérítés ösztönző hatása. Ha az átalány-kártérítés szintjét valóban a kár várható összegében szabták is meg, ez az egyenlőség csak addig marad fenn, amíg nem bukkan fel új információ a várható kárról. Ha ilyen információk a szolgáltató tudomására jutnak, akkor a két kártérítési rendszer már eltérően hat. Kötbér esetén az új információ nem befolyásolja az óvintézkedések szintjét. Az *ex post*, az elmaradt haszon alapján megállapított kártérítés viszont igen: ha időközben kiderül, hogy a valós kár az *ex ante* várt kárnál nagyobb, akkor az elővigyázatosság nőni fog; ha kiderül, hogy a valós kár kisebb, mint a várt, akkor az elővigyázatosság csökken.

Átalány-kártérítés és szerződésszegés. Ezzel el is jutottunk a szerződésszegéssel kapcsolatos döntéshez. Láttuk, az elmaradt haszon megtérítése hatékony szerződésszegéshez vezet (Birmingham [1970], Shavell [1980]). Az átalány-kártérítés esetében azonban a szerződésszegésről hozott döntés pillanatában is a kötbérhez fog viszonyítani a kötelezett – hiába tudja esetleg már, hogy a valós kár magasabb vagy alacsonyabb a szerződésben szereplőnél (*ex ante* vártnál). Épp ezért az átalány-kártérítés okozhat nem hatékony szerződésszegést és nem hatékony teljesítést is – feltéve persze, hogy nincs emiatt szerződésmódosítás.

Átalány-kártérítés és idioszinkratikus beruházás. Az átalány-kártérítésről általában felteszi az irodalom, hogy ennek révén lényegesen könnyebb optimális (vagyis se túl nagy, se túl alacsony) ösztönzőt teremteni az idioszinkratikus beruházásokra. Emlékezzünk: az ilyen beruházások kapcsán az optimális ösztönzőt a bíróság által megítélt kártérítéssel csak úgy tudnánk teremteni, ha

nem a valós kár lenne a kártérítés alapja, hanem az optimális idioszinkratikus beruházás mellett kialakuló *hipotetikus kár* – ez a *tökéletes kártérítés*. A szerződéskötés előtt azonban a feleknek lehetőségük van – és érdekük is – ezt a problémát kezelni. Mint a harmadik fejezetben az opciós szerződések kapcsán láttuk, a felek érdeke is, hogy a kártérítést ehhez a szinthez igazítsák: ennél magasabb kártérítés, kötbér esetén a szolgáltatás ára jobban nőne, mint a jogosult, kötbér miatt növekvő haszna.¹⁷¹

Átalány-kártérítés és információfeltárás. Az előző fejezetben az átalány-kártérítés központi eleme volt az előreláthatósággal kapcsolatos érvelésnek. Láttuk, hogy az előreláthatóság, illetve a *Hadley-szabály* kapcsán bemutatott modellek mind arra épültek, hogy a vevők, a potenciális károsultak képesek a szerződésben megszabni a kártérítésüket. *Ex ante*, a szerződéskötés előtt éppen ez, vagyis a kötbér teszi lehetővé a hihető információfeltárást, ennek révén mondhatják el, hogy mekkora a várható káruk.

Kissé más a helyzet azonban a szerződéskötés után. A szolgáltatás értékéről, a kár nagyságáról ekkor adott és kapott információk szerződésben rögzített kártérítés esetén nem hatnak. Amennyiben azonban a kártérítés megállapítását *ex post* a bíróságra bizzuk, akkor azonban, mint láttuk, igen.

Átalány-kártérítés és kockázatmegosztás. Az átalány-kártérítés természetesen megváltoztatja a felek kockázatait. Ha a bírósági hibák esélyétől eltekintünk, a szerződési kikötés akkor is csökkenti a szolgáltató kockázatát, míg növeli a vevőét. Az elmaradt haszon alapú, *ex post* a bíróság által megállapított kártérítésnél a szolgáltató viselné a szolgáltatás értékének változásából fakadó kockázatot. *Ex ante* meghatározott tökéletes kártérítés esetén a vevőt nem érintené a költségemelkedésből fakadó kockázat: ha a szolgáltató emiatt megszegi a szerződést, ez az ő hozamát nem befolyásolja.¹⁷² Kötbér esetén ez a szolgáltatás értékének megváltozásából fakadó kockázat azonban a vevőn van – ő viseli a kárnak a kártérítést meghaladó részét, illetve ő részesül a valós kár csökkenése esetén a kárt meghaladó kártérítés hasznából.

Részleges kártérítés esetén azonban már az *ex post* kártérítés is a vevőre telepíti a költségváltozás kockázatának egy részét: ha a költség az alacsonyabb (részleges) kártérítés fölé nő, és partnere ezért megszegi a szerződést, akkor ez neki már veszteséget okoz, hiszen elbukja a szerződésből várt haszon és

¹⁷¹ Amennyiben az idioszinkratikus beruházás nagysága nem befolyásolja a szerződésszegés valószínűségét (mint a harmadik fejezetben Shavell [1999] modelljében láttuk), akkor bármilyen összegben is szabják meg az átalány-kártérítést, az idioszinkratikus beruházások kapcsán az optimális ösztönzöt jelent. A beruházó ugyanis szerződésszegés esetén olyan fix összeget kap, amely nem függ a beruházás nagyságától – tehát az csak akkor térül meg, ha a szerződés teljesül, vagyis a beruházónak számolnia kell a szerződésszegés esélyével is.

¹⁷² Így van ez akkor is, ha nem az aktuális kár, hanem a tökéletes, vagyis az idioszinkratikus beruházások optimális szintje mellett kialakuló kár alapján számítják azt.

a megítélt kártérítés közötti különbséget. Ezt a kockázatot a kötbér némileg csökkenti: előre tudhatja, hogy milyen költségszint fölött és mekkora kárral kell neki számolnia, az nem függ a bírósági döntéstől.

1.3. Kötbér, büntetés: káron felüli kompenzáció

Láttuk az előbb, hogy a kötbér sokszor csak azért tűnik büntetésnek, mert a bíróság rosszul becsli a kárt – ehhez képest magas a kikötött összeg. Vannak azonban olyan esetek, amikor az tényleg magasabb annál, amit a felek előzetesen várnak. A magyar jog ezeket a megállapodásokat hajlandó kikényszeríteni, az amerikai azonban nem. Ez a magas kötbérkikötés ösztönző hatásaiban a természetbeni kikényszerítéshez áll roppant közel: mindkettő a kár tényleges kompenzálásánál súlyosabb terhet ró a kötelezettre. (Ne feledjük: a természetbeni kikényszerítés is sok esetben büntetéssel veszi rá a kötelezettet a teljesítésre!) Ebben a pontban a klasszikus joggazdaságtani alapérvelés mellett elsősorban erre a párhuzamra helyezük a hangsúlyt – már csak azért is, mert a magyar rendszerben alapesetben ezzel, és nem a kártérítéssel áll szemben a kötbér.

A kárt meghaladó kötbér joggazdaságtani alapértelmezése. Cooter – Ulen elemzés szerint a magas (a várt kárnál magasabb) kompenzáció, a kötbér mellett három érvet hozhatunk fel (Cooter – Ulen [2005] pp. 273-274). Először is, az tekinthető kockázatmegosztásnak, biztosításnak: a vevő magas szubjektív értéket tulajdonít a szerződésnek, és a másik fél a legalkalmasabb arra, hogy biztosítást nyújtson az esetleges veszteség ellen. (Kapcsolódik ez természetesen a részleges bírósági kártérítés problémájához is: attól tarthat a jogosult, hogy ezt a szubjektív értéket a bíróság nem tudja pontosan meghatározni; és – ezzel szemben – a partner hajlandó bevállalni a magasabb kötbért szerződésszegés esetére.) Cserébe persze mintegy biztosítási díjként, a vevő is magasabb árat fizet. Másrészt, a kötbér „engedélyezése” mellett szól egy negatív érv is: tiltása esetén viszonylag könnyű lenne megkerülni, átalakítani például teljesítési prémiummá. Prémium esetén nem magas árban és magas késedelmi kötbérben egyeznek meg a felek, hanem egy alacsony árban (amelyet akkor is ki kell fizetni, ha csak késve érkezik a szolgáltatás), és egy magasabb jutalomban arra az esetre, ha a teljesítés határidőre történik. Harmadrészt, a kötbér egyfajta *jelzési mechanizmus* is: az ígértelevő ezzel demonstrálhatja megbízhatóságát – hasonlóan ahhoz, ha valaki hosszabb jótállást, garanciát vállal. (R. Posner [2011] p. 160). Különösen azoknak fontos ez, akik új szereplők valamely piacon és ezért még nem szerezhettek megfelelő hírnevet maguknak. Vagyis a kötbér minőségjelző funkciót is ellát, sőt a piacra lépést is elősegíti.

Kötbér és tranzakciós, adminisztrációs költség. De Geest – Wuyts [2000] érvelése szerint a magas kötbér lényegesen csökkenti a tranzakciós költséget. Persze csak akkor, ha a bíróság nem fenyegeti a feleket a megállapodás negligálásával, ha a kötbér kikényszerítésére annak mértékétől függetlenül hajlandó. Gondoljunk a tömeges szerződéskötés esetére! Ekkor túl költséges lenne minden egyes szerződésben személyre szabottan megállapítani a várható kárt és ezzel egyenlővé tenni az átalány-kártérítést. Megérheti ilyenkor akkora kötbért a szerződésbe írni, amely a legnagyobb lehetséges kárt kompenzálja – az összes többi esetben pedig meghaladja a várható kárt. Ne feledjük, ha a szabványosított szerződésben kikötött kártérítés összege az átlagos jogosult kárával lehetne csak egyenlő, akkor sokan, akiknek magasabb az értékelésük, akiket valóban az átlagnál nagyobb kár fenyeget, nem vásárolnának a termékből!

Ráadásul, ha a kötbért mindig kikényszerítik, ha attól a bíróság sem lefelé, sem felfelé nem térhet el, akkor az bizonyosan csökkenti a jogi tévedés kockázatát is: a kármegállapítás során a bíróság tévedésének lehetősége jórészt kizárt.

Másik oldalról azonban gyakori kritika, hogy a magas kártérítés miatt túl sok per indulhat. Rubin [1981] abból indul ki, hogy a kötbérezádékok nem önkikényszerítők, hanem csak bírósági úton érvényesíthetők. Ha nincs szerződésmódosítás, akkor a jogosult vélhetően nagyobb eséllyel fordul bírósághoz – hiszen nagyobb hasznot hoz számára egy megnyert per. Másik oldalon a teljesítésre kötelezett is a bíróság segítségével próbálhat kibújni a szerződés teljesítése alól – valamilyen érvénytelenségi okra fog hivatkozni (például arra, hogy jogellenes fenyegetéssel, a szükséghelyzetét kihasználva vagy tisztességtelen módszerekkel vették rá a szerződés megkötésére, a kötbérikötés elfogadására; esetleg arra, hogy a szerződés lehetetlenült). Ez a két hatás egyaránt növeli a bírósági eljárás költségét. R. Posner érvelése szerint épp emiatt ellenséges a *common law* a magas kötbérikötéssel szemben: megpróbálja megakadályozni, hogy olyan szerződési feltételeket fogadjanak el, amelyek következtében vélhetően nőne a bírósági eljárás költsége, amely miatt túl gyakran kezdeményeznének pereket (R. Posner [2011] p. 160).

Más kérdés, hogy ha ez a pereskedést fokozó hatás húzódna meg a büntetés tilalma mögött, akkor hasonlóan korlátozni kellene jó néhány olyan megoldás alkalmazását is, amely szintén növeli a perek számát (Rea [1984]). Ráadásul, hasonlóan az objektív és a vétkességi felelősség kapcsán bemutatott összefüggéshez, itt is kétségbe vonható, hogy a több igényből (több kártérítési igényből) több per is lesz-e. Ne feledjük, a felek megegyezhetnek peren kívüli is!

Szerződésszegés. Amennyiben *ex post* (az időközben felszínre került információk birtokában is) igaz, hogy a kötbér magasabb, mint a kár, akkor az sokszor nem hatékony teljesítéshez vezet. A büntetés ki nem kényszerítése mellett R. Posner szerint elsősorban épp az szól, hogy kétoldalú monopóliumot idéz elő: a

szerződés megszegésén gondolkodó fél csak akkor szabadulhat a kötelezettsége alól, ha megegyezik a károsulttal, ha sikeres szerződés módosítási tárgyalásokat folytat. Ez viszont meglehetősen nehéz lehet. Emiatt csökken a megegyezés esélye. (R. Posner [2011] p. 161)

Csődök. Az amerikai irodalomban elterjedt érv a büntetés tiltása mellett, hogy az a csődök számának emelkedéséhez vezetne, amely pedig a csődbe került vállalat üzletfeleinek, munkavállalóinak jelentene meglehetősen nagy terhet (Fauber [1987]). Nem nehéz azonban belátni, hogy létezik fordított hatás is: a büntetés csökkentheti is a csődök számát. A csőd ugyanis nemcsak a szerződést megszegő felet fenyegeti, hanem a partnerét is: ha a szerződésszegés miatt ő nem jut hozzá a szolgáltatáshoz, a fizetéshez, akkor az ő üzletfeleinek, munkavállalóinak kifizetése kerül veszélybe. A kötbér pedig, mint láttuk, erősen ösztönzi a partnert a teljesítésre. Különösen fontos ez akkor, ha a bírósági eljárásban, az *ex post* megítélt kártérítésben, vagy a természetbeni kikényszerítésben nem bíznak a felek.

E két tekintetben (szerződésszegés és csőd) a káron felüli kompenzáció hatása roppant hasonló a természetbeni kikényszerítéshez: mindkettő olyan esetekben is a szerződés teljesítésére ösztönöz, amelyeket pedig jobb lenne megszegni. A fő hasonlóság után érdemes áttekinteni a fő különbségeket is. Ezek (i) az opportunista szerződésszegés ösztönzői, illetve (ii) a minőségjelző funkció.

Káron felüli kompenzáció vagy természetbeni kikényszerítés: opportunista szerződésszegés. Az amerikai jogrendszert vizsgáló joggazdaságtani irodalom éles különbséget lát a büntetés és a természetbeni kikényszerítés között abban, hogy ha a szerződésben kikötött kártérítés *ex post* túl magasnak bizonyul, akkor a károsultnak érdekében állna valamiképpen elérni, hogy a szerződést megszegje a partnere – hiszen ekkor a valós kárát meghaladó kártérítést kapna. Nyer a szerződésszegésen. Bizonyítási problémák esetén megteheti például, hogy maga szegi meg a kötelezettségeit úgy, hogy amiatt a partnere se teljesítsen. Ha csak utóbbi bizonyítható a bíróság előtt, akkor a bíróság ilyenkor a másik felet látja majd szerződésszegőnek, és megfizetteti vele a kötbért.

Ez a különbség azonban nem biztos, hogy valóban jelentkezik. Egyrészt, ha az újratárgyalás lehetséges, akkor a természetbeni kikényszerítés is magasabb kompenzációhoz vezet, mint maga a kár. Láttuk az első és a harmadik fejezetben is, hogy a tárgyalás végeredménye a valós kár fölötti összeg megfizetése lesz. (Hozzátehetjük: az újratárgyalás eredménye jogilag éppen valamiféle szerződésben kikötött kártérítés vagy valamiféle „elállási, felbontási díj” lesz.)

Másrészt, figyelembe kell venni azt is, hogy – mint többször említettük – a természetbeni kikényszerítés fő eszköze is sokszor a büntetés: a kötelezettet magas büntetéssel fenyegetjük. Éppen ezért De Geest – Wuyts [2000] arra hívja fel a figyelmet, hogy nem mindegy, hogy a nem teljesítés szankciójaként

kivetett, a valós kárt meghaladó büntetés kihez folyik be: (i) teljes egészében a bírósághoz, vagy (ii) teljes egészében a károsulthoz, vagy (iii) a károsult csak a kárai fedezetét kapja meg, a fölött pedig a bírósághoz kerül. Nyilvánvaló, hogy amennyiben a károsult megkapja a teljes összeget (mint a negyedik fejezetben láttuk, ilyen a francia *astreinte* rendszere), akkor ez ugyanolyan ösztönzőket hív életre, mint a szerződésben kikötött büntetés – igaz, ennek összegét nem ismerik előre a felek.

Káron felüli kompenzáció vagy természetbeni kikényszerítés: minőségjelző. A kötbér révén – éppen mivel önként vállalt – a kötelezett minőségjelzést küldhet partnerének. A természetbeni kikényszerítés – mivel kötelező – ilyen *jelzőszerepet* nem tud ellátni. Más lenne a helyzet, ha a természetbeni teljesítés valamiképpen szerződésben felvállalható extra kötelezettség lenne, mint például az önként vállalt garancia, szavatosság. Ez már működhetne jelzőként, de egyrészt a kikényszerítési problémák miatt vélhetően kevésbé lenne hihető, mint a kötbér, másrészt az ebben az esetben várhatóan fellépő minőségi viták (vagyis, amikor a jogosult a kapott szolgáltatás minőségét, annak szerződésnek megfelelő voltát vitatja) lényegesen bonyolultabb kérdéseket vetnének fel, mint a kötbér kikényszerítése.

Magas kártérítés: büntető kártérítés helyett? Láttuk az ötödik fejezetben, hogy időnként indokolt lehet, hogy a kártérítés magasabb legyen a kárnál: ez volt a büntető kártérítés esete. Láttuk, hogy ez a megoldás hatékony bizonyos esetekben – kérdés tehát, hogy ha így van, akkor racionális felek miért ne állapodhatnának meg ebben. Amennyiben ugyanis mind a ketten tudják, hogy a szolgáltatás minősége vagy éppen a kötelezett felelőssége nem bizonyítható teljes bizonyossággal, ha elképzelhető, hogy a bíróság téved annak megítélésében, akkor számolniuk kell azzal, hogy a szerződést megszegő fél időnként megússza. A hatékony kártérítés tehát azt követeli, hogy az a kárnál magasabb legyen.

Láttuk, hogy a várható kártérítés alacsonyabb, mint a várható kár, hiszen a bíróság előtt időnként nem sikerül bizonyítani, hogy a szolgáltató megszegte a szerződést – például nem az elvárt minőséget nyújtotta. Ilyenkor a megfelelő ösztönzés azt követeli, hogy a ki nem kényszeríthető károk ellentételezése érdekében *ex ante* a várható kárnál nagyobb kártérítést írjunk bele a szerződésbe. Tegyük azonban hozzá, hogy a bíróság által megállapított büntető (vagyis a valós kárnál magasabb) kártérítés egy szempontból biztosan hatékonyabb lenne a kötbérezadáéknál: a felelősségre vonási arány jobban megítélhető *ex post*, amikor több információ áll rendelkezésre.

1.4. Kártól elmaradó kötbér kiegészítése

Mint láttuk, a magyar jogrendszer ugyanúgy aszimmetrikus, mint a *common law*, csak az aszimmetria fordított: a magas kötbért kifizetteti, viszont alacsony kötbér esetén a kár kötbért meghaladó részét is. Vagyis nem engedi meg, hogy a kötbér túl alacsony legyen – tiltja az alulkompenzáló kötbért. Érdekes ezért végiggondolni, hogy milyen hasznos vagy káros ösztönzőket iktat ki ezzel. Persze észben kell ennek elemzésekor tartani, nemcsak az aszimmetria iránya az eltérés a két rendszer között, hanem az is, hogy az összehasonlítás alapja az amerikai rendszerben az *ex ante* várt kár¹⁷³, a magyarban viszont az *ex post* kár. Pontosabban, a bíróság előtt bizonyított kár, amelyről tudjuk, hogy elmarad a valós kártól.

Ösztönzők. Mindenekelőtt, a valós kártól elmaradó kötbér esetén nyilvánvalóan fenyeget mindaz, ami a túl alacsony kártérítés esetén: például a nem hatékony szerződésszegés, a túl alacsony elővigyázatosság, a túl alacsony idioszinkratikus beruházási szint. A túl alacsony kötbér megemelése, a kár megtérítése ezek ellen véd.

Azonban nem feledkezhetünk el két fontos körülményről. Egyrészt, ezzel a hatással a vevő is tisztában lehet, amikor aláírja a szerződést, vagyis tudatosan vállal fel alacsony kártérítést. Másrészt, ezek ellen nem csak a bíróság védheti meg a jogosultat, tehet ez ellen ő maga is: kezdeményezhet szerződésmódosítást vagy önként megemelheti a szerződés teljesítésekor (és csak akkor) elérhető ellenszolgáltatás értékét. Tegyük fel, hogy a saját ellenszolgáltatásának minőségét emelni tudja! Erre alacsony kötbér esetén ösztönzött is lesz: ha jó minőségű ellenszolgáltatást ígér, akkor partnere kevésbé akar majd – pusztán az alacsony kártérítés miatt – kilépni a szerződésből, hiszen jobb ellenszolgáltatástól esik el.

Mindemellett kifejezetten az alulkompenzáló kötbér előnyeként (vagyis a kár és a kötbér közötti különbség megtéríttetése elleni érvként) említi az irodalom azt is, hogy ilyenkor a jogosult – mivel szerződésszegés esetén nem jut hozzá a teljes kárához – erősen ösztönzött arra, hogy még a szerződéskötés előtt megbizonyosodjon partnere megbízhatóságáról, vagyis hatékonyabb lesz a partnerkeresés, partnerválasztás. Alacsonyabb kártérítés, kötbér mellett jobban megnézzük, hogy kivel szerződünk – csak azzal, akiben kellően megbízunk.

Kockázatmegosztás. Kockázatmegosztás szempontjából, mint fent láttuk, az alulkompenzáló kötbér akkor lehet optimális megoldás, ha mindkét fél kocká-

¹⁷³ Más kérdés, hogy többen (például Rea [1984]) felhívják a figyelmet arra, hogy ez a különbségtétel gyakran az amerikai bíróságok működésében is elsikkad, és ha az összeg *ex post* magas, azt nagyon gyakran elégséges indoknak látják arra, hogy a szerződésben kikötött kártérítést mérsékeljék.

zatkerülő. Ne feledjük, a teljes kártérítés csak akkor optimális, ha a kötelezett teljesen kockázatmentes! Meg kell azonban különböztetni a szolgáltatási és az adásvételi szerződéseket. Adásvétel esetén ugyanis a kockázat elsősorban abból fakad, hogy az eladó jobb ajánlatot kap. Ilyenkor, az alulkompenzáló kötbér a vevő számára igazából egy kockázatos fogadást jelent. Egy fogadás viszont csak annak a számára optimális, aki kifejezetten (az adott esetben) kockázatkedvelő, kockázatkereső (Shavell [2004] pp. 351-352). Nem feledkezhetünk meg itt a korlátozott racionalitás – majd az utolsó fejezetben részletesebben is megvizsgálendő – érvéről sem is: ha feltesszük, hogy a vevő nem kockázatkedvelő, akkor egy adásvételi szerződés esetén a túl alacsony kártérítés valószínűleg az ajánlat nem ismeretének, meg nem értésének köszönhető.

Jogi tévedés veszélye. De Geest – Wuyts [2008] amellett érvel, hogy a jogi tévedés költsége eltér a túl magas és a túl alacsony kártérítés esetén. A sok tévedési lehetőség közül emeljük ki csak egyet! Elképzelhető, hogy a bíróság egy valójában átalány-kártérítésnek számító, vagyis az (*ex ante* várt) kár körül megszabott kártérítést nem kényszerít ki, mert azt (az amerikai rendszerben) túl magasnak, vagy (a magyarban) túl alacsonynak véli. Elvileg mind a kettő előfordulhat, de a veszély a magyar rendszerben kisebb, mint az amerikaiban: mivel a bíróság által érzékelt kár általában elmarad a valóstól, így az attól elmaradó kötbér nagy valószínűséggel távolabb van a valós kártól, mint az azt meghaladó.

Perek száma. Láttuk, hogy az amerikai rendszerben attól tartanak, hogy a magas kötbérikötések esetén a jogosultak nagyobb eséllyel fordulnak bírósághoz, és ezért több per lesz. E logika szerint azonban a magyar rendszer is emeli a bírósági adminisztrációs költséget: akik alacsonyabb kötbér mellett nem fordulnának bírósághoz, a magasabb kompenzáció (vagyis a kötbéren felüli kár megtérítésének) esélye miatt már lehet, hogy megteszik. Hasonlóan az előző fejezetben látott büntető kártérítéshez, akkor igazolható ilyen kártérítés-emelés, ha attól tartunk, hogy – a magas bírósági költségek miatt – túl sok szerződésszegés maradna „megtorlatlanul”: akik alacsony kötbérért nem perelnek, azok a magasabb kártérítésért már lehet, hogy fellépnek. (És persze ne feledkezzünk el a másik ellenérvről sem: a megindított perekből, pontosabban peres fenyegetésekből nem feltétlenül lesz valóban per!)

Csődök. Csőd nemcsak a szerződésszegő felet fenyegetheti, hanem a partnerét is. Ha a jogosult nem kapja meg a neki járó szolgáltatást, akkor ő kerül nehéz helyzetbe – különösen, ha a várt szolgáltatás nélkül is ki kell fizetnie az üzletfeleit, munkavállalóit. A magyar kötbér-szabályozás elsősorban ettől véd.

A fő különbség a magyar és az amerikai elv között az, hogy a magas kötbérnél, amely ellen az amerikai szabály véd, a csődtől fenyegetett szolgáltató minimalizálni tudja a költségét: választhat a kötbér kifizetése és a teljesítés között. Véltetően azt fogja választani, amely számára olcsóbb. Ha azonban

a kötbér alacsony, amely ellen a magyar rendszer véd, akkor a csódtól inkább fenyegetett fél – a jogosult – nincs döntési helyzetben, a szerződésszegésről a partnere dönt.

Az aszimmetria kapcsán De Geest [1994] arra hívja fel a figyelmet, hogy a szerződés megszegése, vagy tipikus esetben késedelmes teljesítése, egyszerűen hitelezői pozícióba kényszeríti a jogosultat; a kötelezett gyakorlatilag a jogosulttól vesz fel hitelt. A kötelezett tehát igazából az intézményi hitelezőtől (pl. banktól) felvett és ezen kikényszerített hitel között is választ. Igaz ugyan, hogy ennek a nem önkéntes hitelezésnek a veszélyét az alacsony kártérítés (és ezzel a magasabb szerződésszegési valószínűség) elfogadásakor a jogosult tudomásul veszi, de nagy kérdés, hogy ezzel a másik fél opportunizmusát, neki szándékosan kárt okozó (őt szándékosan hitelezői pozícióba kényszerítő) lépését is felvállalta-e.

Összefoglalva: ebben a pontban azt láthattuk, hogy nem minden, az amerikai rendszerben a túlzott kötbér ellen felhozott érv ereje marad meg – csak fordított előjellel – a magyar rendszerben, amely a túl alacsony kötbért nem engedi (emeli meg). Ha a bíróság által megítélt kártérítés eleve alacsonyabb, mint a valós kár, akkor az ennél is alacsonyabban kikötött kártérítés nagyobb valószínűséggel utal – a tizenegyedik fejezetben majd részletesebben tárgyalt – racionalitási problémára, mint a magasabb kötbér.

2. DOLOGI BIZTOSÍTÉKOK, ZÁLOG

A zálogjog, és általában a többi dologi biztosítéki forma (például az óvadék, a biztosítéki célú tulajdon-átruházás) két olyan elemet rejtenek, rejthetnek magukban, amelyek miatt a potenciális károsultak, a jogosultak számára vonzóak lehetnek. Egyrészt kielégítési elsőbbséget biztosítanak, másrészt dologi jogként védettek. Mielőtt hozzáfognánk a konkrét elemzéshez, vizsgáljuk meg, hogy mit is jelent ez a két jellemző.!

Prioritás. A dologi hitelbiztosíték kielégítési elsőbbséget nyújt: amennyiben a szerződést megszegő, fél, az adós többeknek tartozna, akkor a biztosított hitelezők azok, akik előbb jutnak a pénzükhöz – kérhetik a biztosítékul adott vagyon kiadását vagy a vagyontárgy elárverezését és a kapott összeg (pontosabban abból a tartozás) átadását. Akkor is pénzükhöz juthatnak így, ha nyilvánvaló, hogy az adós vagyona nem elég az összes hitelező kielégítésére. Kielégítési elsőbbségük van. Erre a kérdésre a következő, csóddal foglalkozó alfejezetben visszatérünk majd.

Dologi jog, abszolút szerkezetű jog. A dologi jog ún. abszolút szerkezetű jogot jelent. A szerződésből csak annak származnak kötelességei, aki a szerződést

köti – ez a relatív jog. Ezzel szemben a dologi jog mindenkire kötelezettséget ró – vagyis abszolút jog. Az abszolút és a relatív szerkezetű jogok közötti különbség megértéséhez vegyünk egy egyszerű esetet. Tegyük fel, hogy valaki azt ígéri nekünk, hogy amennyiben nem képes visszafizetni a neki nyújtott kölcsönt, akkor eladja az autóját, és abból kifizet bennünket. Mi történik, ha ezután – de még a hitel bedőlése előtt – egyszerűen eladja az autóját, és amikor mi szembesülünk azzal, hogy nem fizet, azt látjuk, hogy nincs meg az autója, amelyet fedezetül ígért? Amennyiben a kölcsön felvételekor csak szerződéses ígéretet tett, de az autóját nem adta nekünk zálogba, vagyis csak relatív jogunk van, akkor a szerződésből fakadó kötelezettség az új tulajdonost nem terheli: továbbra is a hitelt felvevőtől követelhetjük a tartozását. A fedezet azonban elveszett mögüle. Amennyiben azonban zálogként lekötötte azt, akkor hiába adta el az autót, az (alapesetben) továbbra is a mi hitelünk fedezete marad, vagyis amennyiben az adós nem fizet, akkor az új tulajdonostól is kérhetjük az autó átadását, elárverezését. A zálog dologi jog, abszolút szerkezetű jog: nemcsak a szerződést aláíró, a hitelfeltevőt, a zálogba adót terheli, hanem mindenkit, aki az autó aktuális tulajdonosa.

Ebben az alfejezetben az ilyen abszolút szerkezetű dologi hitelbiztosítókat elemezzük. Itt elsősorban a zálogjoggal foglalkozunk, de nem tehetjük ezt anélkül, hogy ne térjünk ki a legfontosabb alternatíváira: az óvadékra (amely a pénzügyi eszközökön alapított kézzizálog, amelyből azonban – a zálogtól eltérően – közvetlenül is kielégítést kaphat a jogosult) a tulajdon-átruházásra vagy más jog (mindenekelőtt a vételi jog) biztosítéki célú alapítására. Először áttekintjük a magyar jogi szabályozást. Ez követően először a dologi biztosítékok léte mellett és ellen felhozható legáltalánosabb joggazdaságtani érveket vizsgáljuk meg. Ezután térünk rá azokra a kérdésekre, amelyek napjaink legfontosabb szabályozási kérdéseinek tűnnek. (Armour [2007], Djankov et al. [2007], Doing Business [2010]) A 6.1. táblázat tartalmazza ezeket a kérdéseket – ezek azok, amelyeket a Világbank Doing Business programja¹⁷⁴ a zálogjog kapcsán fontosnak lát. Látszik, hogy ezek a kérdések egyrészt az ingó zálogjog működéséről, másrészt a zálogjog rugalmas alapításáról, harmadrészt a nyilvántartásról, negyedrész a kikényszerítésről szólnak. Ezek közül ebben az alfejezetben három kérdésre koncentrálnak. Ezek: (i) milyen mechanizmuson keresztül kényszerítse ki a

¹⁷⁴ Ez a Világbank azon programja, amely minden évben összeveti azt, hogy a vállalkozásindításhoz, vállalkozások működtetéséhez fontos jogi, intézményrendszer milyen állapotban van az egyes országokban. A helyi jogviszonyokat ismerő ügyvédekkel, tanácsadókkal, vállalati vezetőkkel töltenek ki egy olyan kérdőívet, amelynek kérdései hasonlítanak a 6.1. táblázatban szereplőkhöz – ezek csak a hitelbiztosítékok kérdései, de hasonló kérdéseket, az vállalatindítás nehézségeiről, az adóadminisztrációról, az építéshatósági eljárásról, a csődjog működéséről, a kisbefektetők védelméről, stb. is feltesznek. Az adatai nyilvánosan elérhetők: <http://www.doingbusiness.org/>.

6.1. táblázat. A Doing Business által vizsgált hitelezővédelmi intézmények egyes országokban

| | H | CZ | SK | SLV | PO | RO | AT | D | F | I | E | GB | CH | US |
|--|---|----|----|-----|----|----|----|---|---|---|---|----|----|----|
| Mindenki adhat és fogadhat ingó jelzálogot? | I | I | I | I | I | I | I | I | I | I | I | I | I | I |
| Kategóriaként körülírt zálog – konkrét tárgy megjelölése nélkül? | N | I | I | N | I | I | N | I | I | N | N | I | I | I |
| Vállalatok alapíthatnak zálogot a teljes vagyonaikra? | I | I | I | N | I | I | N | N | I | N | I | I | N | I |
| Jövőben létrejövő, beszerzett a jelenlegi helyébe lépő dologon a zálog fennmarad-e?? | N | N | I | N | I | N | I | I | I | I | N | I | I | I |
| Létezik-e keretzálogjog: meghatározható-e a zálognak csak a maximális értéke? | I | I | I | N | I | I | I | I | I | I | I | I | I | I |
| Létezik-e földrajzilag egységes, átfogó nyilvántartás? | I | N | I | N | I | I | N | N | I | N | I | I | N | N |
| Abszolút prioritás érvényesül-e a csődeljáráson kívül? | I | I | I | I | N | I | I | I | N | N | N | I | I | I |
| Abszolút prioritás érvényesül-e a csődeljárás során? | I | I | I | I | I | I | I | I | N | N | I | I | I | I |
| Reorganizáció során mentesül-e a zálogjogosult a moratórium alól? | N | N | N | I | I | N | I | N | N | N | N | N | I | N |
| Lehetséges-e bíróságon kívüli végrehajtás? | I | N | I | I | I | I | I | I | I | N | I | I | I | I |

Forrás: Doing Business [2010]

garanciákat, a biztosítékokat a jogrendszer, (ii) milyen formában informálják az ilyen biztosítékokról a többieket, például a további hitelezőket, (iii) mi lehessen zálog tárgya. A negyedik fő kérdést a kielégítési (prioritási) sorrend kérdését, a következő csődjogról szóló alfejezetben tárgyaljuk. (A táblázat egyes sorainak jelentésére a fejezet további részében térünk vissza.)

2.1. Magyar jog: zálog, óvadék, fiduciárius hitelbiztosítékok

A zálogjog korlátolt dologi jog, amely kielégítési elsőbbséget biztosít a zálogjogosult számára: ha a kötelezett nem teljesít, a zálogjogosult a zálogtárgyból más hitelezőket megelőzően jogosult a kielégítésre. Fizetéseképtelenségkor az ő kifizetését kizárólag a felszámolási költségek előzik meg. Ha egy zálogtárgyat több követelésre is biztosítékul adtak, akkor a jogosultak követeléseiket a bejegyzés rangsora szerint elégíthetik ki. Mindenképpen ki kell azonban emelni, hogy a zálogjog nem azt jelenti, hogy nem teljesítés esetén a zálogtárgy a jogosult tulajdonába kerül. A törvény elszámolási kötelezettséget ír elő: a zálogtárgy értékesítésének bevétele ugyan a jogosultat illeti meg, de el kell számolnia a kötelezettel. Szemben a kötbérrel és a foglalóval, a zálognak és az óvadéknak nincs kárátalány szerepe: a jogosultnak a tényleges kár összegét bizonyítania kell.

A zálogjog dologi jogi biztosíték, ezért abszolút hatályú: néhány kivételtől eltekintve (például kereskedelmi forgalomban vett dolog) a zálogba adott vagyontárgyon tulajdonjog csak úgy szerezhető, ha a zálogjog fennmarad, vagyis az új tulajdonos is köteles eltérni a kielégítést. (Fontos kivétel ez alól a felszámolási eljárás: ilyenkor az adós vagyontárgyain fennálló zálogjog a vagyontárgy értékesítésével megszűnik, a vevő zálogjogtól mentes tulajdonjogot szerez.) Zálog kapcsán léteznek dologi (zálogjogra vonatkozó) és kötelmi (zálogszerződésre vonatkozó) szabályok. Ezek között azért fontos különbséget tenni, mert az előbbiek kógensek, míg utóbbiak alapesetben csak diszpozitívak.

Zálogjog alapszerkezete. A zálogjogi jogviszonyban három személy vesz részt: a jogosult, a személyes kötelezett és a zálogkötelezett. A személyes kötelezett az, aki a szerződés teljesítésére köteles, míg a zálogkötelezett a zálogtárgy tulajdonosa. A két kötelezett nem feltétlenül egyazon személy.

Alapvető zálogformák: jelzálog. A zálogjog két fő formája a jelzálog és a kézi zálog. (Ingatlant, illetve – a 2013-as kódex szerint – jogot és követelést csak jelzálogjog alapítása útján lehet elzálogosítani.) Jelzálogjog esetén a zálogtárgy a tulajdonos, a zálogkötelezett birtokában marad – ő azonban köteles azt rendeltetésszerűen használni.

A kielégítési jog megnyílása előtt a jogosult csak akkor követelheti a zálogfedezet átadását, ha annak értékcsökkenése reális veszély: a jogosult ilyenkor

kérheti a zálogtárgy helyreállítását, valamint új biztosíték adását, de ha ez nem történik meg, akkor kielégítési joga megnyílik, vagyis követelheti a dolgot. Természetesen nem minden értékcsökkenés esetén léphet így, hanem csak akkor, ha az már a követelés kielégítését veszélyezteti. Ha a kár nem ekkora, akkor a jogosult csak az értékcsökkenéshez vezető magatartást tiltathatja meg, illetve a veszélyelhárítást követelheti.¹⁷⁵

Alapvető zálogformák: kézizálog. Kézizálog esetén a zálogtárgy a jogosult birtokába kerül. Ilyenkor a zálogjogosultat, mint birtokost terheli mindaz az „értékközzési kötelezettség”, ami a jelzálognál a kötelezettet. Ha a kézizálog értékcsökkenésétől tartani lehet, akkor a zálogkötelezett visszakérheti azt – de csak ha azzal egyidejűleg más megfelelő biztosítékot ajánl fel.

A zálogjog érvényesítése. A 2013-as kódex lényegileg megváltoztatja a zálog érvényesítésének szabályozását.

Az 1959-es kódex főszabálya szerint (amely azonban csak diszpozitív) a zálogjogot hatósági bírósági határozat alapján, végrehajtás útján lehet érvényesíteni: a személyes kötelezettel szemben a bíróság marasztaló határozatot hoz, a dologi kötelezettet pedig kötelezi a kielégítés eltűrésére. A végrehajtási eljárást az esetek többségében az önálló bírósági végrehajtók folytatják le.¹⁷⁶

E főszabály mellett azonban a zálogjogi szabályozás széles körben engedi a bírósági végrehajtáson kívüli értékesítést is. Ilyen (i) a felek általi közös értékesítés, (ii) a zálogjogosult értékesítési joga, illetve, (iii) amikor az értékesítésre a zálogjogosult megbízása alapján kerül sor. A közös értékesítés lényege, hogy a felek megállapodnak, hogy a bíróság kihagyásával ők kísérlik meg a zálogtárgy értékesítését. Ilyen megállapodást kizárólag írásban, a zálogtárgy legalacsonyabb eladási árának és a közös értékesítés határidejének meghatározásával köthetnek. Ha a határidő alatt nem sikerül megfelelő vevőt találni, akkor a megállapodás hatályát veszti – bár a felek ismételt megállapodást köthetnek a közös értékesítésről (Zoltán [2007] p. 957). Két esetben a felek (szintén a legalacsonyabb eladási ár és a határidő meghatározásával) megállapodhatnak abban is, hogy a zálogkötelezett közvetlenül a zálogjogosultat bízta meg az értékesítéssel. Az egyik ilyen az, ha a zálogtárgynak hivatalosan jegyzett piaci ára van. A másik, ha a jogosult záloghitel nyújtásával üzletszerűen foglalkozik. (Például hitelintézetek ennek a feltételnek eleget tesz.) Végül a felek abban is megállapodhatnak, hogy a zálogjogosult az értékesítésre olyan személynek vagy

¹⁷⁵ A másik feltétele az ilyen követelésnek, hogy a helyreállításra, a pótlásra felszólító nyilatkozatában a jogosult számára megfelelő határidőt tűzzön ki, és az eredménytelenül teljen el.

¹⁷⁶ Kivételt képez ez alól, egyszerűsíti a végrehajtást az, ha a követelést végrehajtási záradékkal ellátott okiratba foglalják. Ilyenkor a végrehajtás eljárás megindítható a bíróság nélkül, pusztán ezen okirat alapján is – feltéve persze, hogy ennek a feltételei fennállnak. Tudni kell azonban, hogy nem minden jogviszony alkalmas arra, hogy ilyen okiratba foglalják.

szervezetnek ad megbízást, aki záloghitelezéssel, illetve árverés szervezésével üzletszerűen vagy hivatalból foglalkozik (zálogház, jelzálog-hitelintézet, egyéb hitelintézet, bírósági végrehajtó vagy felszámoló) (Zoltán [2007] p. 957). Ha nem is kerül sor közös értékesítésre, a kötelezettet akkor is értesíteni kell az értékesítés módjáról, helyéről és idejéről. Ő innen tudhatja meg a teljesítés végső határidejét (ha az értékesítés időpontjáig teljesíti a kötelezettségét, akkor megakadályozhatja az árverést), illetve így ellenőrizheti az értékesítés menetét.

A 2013-as kódex szerint a zálogjog érvényesítésének módját már a kötelezett választja meg, megszűnnek a bírósági végrehajtáson kívüli formákhoz rendelt törvényi feltételek. A bírósági végrehajtáson kívül három forma között választhat: (a) a zálogtárgyat maga értékesíti; (b) a zálogtárgy tulajdonját maga szerzi meg; vagy (c) az elzálogosított jogot, követelést érvényesíti. A saját értékesítés inntől nem csak bizonyos csoportok számára elérhető, hanem minden zálogjogosult számára. Ehhez természetesen a zálogtárgy kiadása szükséges, amelyet a törvény részletesen szabályoz – például lakóingatlanok esetében ennek határidejét úgy szabja meg, hogy az nem lehet rövidebb, mint három hónap. Az értékesítés során pedig a zálogjogosult a „kereskedelmi ésszerűség követelményei szerint” köteles eljárni (5:133.§ (1) bek.).¹⁷⁷ A zálogtárgy tulajdonjoga csak akkor kerülhet a jogosulthoz, ha erről nem a zálogjog megnyílt előtt, hanem csak utána állapodtak meg. Mindkét esetben érvényben marad azonban az elszámolási kötelezettség.

Lex commissoria tilalma. A nem bírósági végrehajtáson keresztül történő érvényesítés legfontosabb korlátja a *lex commissoria* tilalma: nem lehet a kielégítési jog megnyílása előtt olyan megállapodást kötni, amely szerint a kötelezett nem teljesítése esetén a zálogtárgy tulajdonjoga a jogosultra száll át. Tegyük azonban gyorsan hozzá, hogy a törvény csak eddig az időpontig tiltja a felek ilyen megállapodását, a kielégítési jog megnyílása után már módjuk van ilyet kötni (Zoltán [2007] p. 955)! Hasonló szigorú – szintén a zálogkötelezettet védő – szabály az, amely szerint a felek a zálogjog megszűnése előtt a jogosultat az elszámolási kötelezettség alól nem mentesíthetik (Zoltán [2007] p. 959).¹⁷⁸

Zálogkötelezett jogai. Ha a zálogjogosult nem a személyes kötelezett, hanem más (a zálogkötelezett) tulajdonában álló zálogtárgyból elégíti ki a követelését vagy a zálogkötelezett teljesít a személyi kötelezett helyett (hogy a zálogtárgy értékesítését így akadályozza meg), akkor a továbbiakban a zálogkötelezett

¹⁷⁷ Mindemelllett a kereskedelmi ésszerűség vélelmezi a törvény, ha az értékesítésre (a) tőzsdén (az értékesítés időpontjában érvényes áron); vagy (b) kereskedelmi forgalma során általában alkalmazott, az adott piacon szokásos módon kerül sor. (6: 133. § (2) bek.)

¹⁷⁸ Ezen kívül is számos – és egyre több – módon korlátozza a jog a zálogjogosultak jogait. Például a magyar törvényhozás a lakóingatlan végrehajtását, kiürítését többször moratórium alá vette, korlátozta.

léphet fel a személyi kötelezettel szemben, ő érvényesítheti a követelést. Ha vannak egyéb biztosítékok (például egyéb zálogjog), akkor azok is átszállnak rá.¹⁷⁹ (Zoltán [2007] p. 961)

Zálogjog megszűnése – kielégítéssel kivül. A zálogjog alapesetben a teljesítéssel, illetve a kielégítéssel szűnik meg. Ezekben az esetekben betölti az alapfunkcióját: a jogosult hozzájut a követeléséhez. Akadnak azonban olyan esetek, amikor másképp – a jogosultat fedezet nélkül hagyva – szűnik meg a zálogjog.

Egyrészt, főszabályként azt mondja ki a törvény, hogy a zálogjog megszűnik, ha a zálogtárgy elpusztul. Ha azonban ezért (vagy az értéke csökkenéséért) a zálogkötelezett felelős, akkor új zálogtárgyat vagy további fedezetet lehet követelni. Kivételt képez a zálogjog megszűnésének ezen alapszabálya alól a *surrogatum* is: ha a zálogtárgy pusztulása, értékcsökkenése miatt a kötelezett valamilyen értékhez (például biztosítási vagy kártérítési összeghez) jut, akkor a zálogjog a továbbiakban ezeken marad fenn.

A zálog megszűnésének másik fontos esete a zálogtárgy értékesítése. Az 1959-es kódex szerint ingó jelzálogjog esetén az, ha a zálogtárgyat (i) kereskedelmi forgalomban, vagy (ii) rendes gazdálkodás körében értékesítik¹⁸⁰, vagy (iii) ha az átruházás ugyan nem így történik, de az adásvétel tárgya a mindennapi élet szokásos tárgyai közé tartozik. Azonban ezen esetekben is csak akkor szűnik meg a zálogjog, ha visszterhes átruházás történt, amelyben a szerzőnek jóhiszemű volt, vagyis nem tud, és kellő körültekintés mellett sem kellene tudnia a zálogjogról. (Zoltán [2007] p. 968) A 2013-as törvénykönyv mindezt másképp fogalmazza meg: a zálogjog akkor szűnik meg, ha az értékesítésre (i) kereskedelmi forgalomban került sor és (ii) a vevő jóhiszemű. Mindemellett ez a kódex a zálogjog megszűnésének egy új esetét is bevezeti: ha a zálogtárgy értékesítésére épp a zálogfedezet védelme miatt kerül sor.

A követelést ugyan az elévülés is megszüntetheti, de az 1959-es kódex szerint ilyenkor csak a jelzálogjog szűnik meg, míg a jogosult a nála levő kézizálogot visszaadni nem köteles, abból kielégítést kereshet. Ezt a jogot a 2013-as kódex megszünteti, kimondva, hogy a zálogjog elévüléskor megszűnik. (5:142.§ (1) bek.).

Zálog tárgya. Zálogjog tárgyának – mivel a jogosult kielégítése az annak értékesítésekor befolyt összegből történik – forgalomképesnek kell lennie. (Zoltán [2007] p. 950) Így zálog tárgya dolog, jog és követelés lehet. Mivel a jogok (szemben a birtokba vehető dolgokkal) alapesetben, valamely jogszabály

¹⁷⁹ Tegyük hozzá, ugyanígy a teljesítő félre szállnak át a jogosult jogai akkor is, ha ugyan nem a személyes, de nem is a dologi kötelezett, hanem egy harmadik személy (tipikusan a kezes) elégíti ki a követelést.

¹⁸⁰ A rendes gazdálkodás fogalma nem egyértelmű – csak annyit mondhatunk, hogy akkor lehet róla szó, ha az adásvétel kellő körültekintés mellett, a gazdasági élet követelményeinek megfelelően történt. (Zoltán [2007] p. 969)

külön feljogosító rendelkezése hiányában, nem ruházhatóak át, így azok csak ilyen törvényi rendelkezés esetén lehetnek zálogjog tárgyai.

Dolog kapcsán a forgalomképesség mellett még egy korlát van: zálogjog a dolog egy részén nem alapítható – kivéve, ha a dolog fizikai és jogi értelemben egyaránt osztható (például tulajdoni hányadon igen, de ekkor is csak az adott tulajdonost megillető tulajdoni hányad egészén). Így például az 1999/3. sz. bírói döntés szerint az épület nyílászárói - beépítésük után - az ingatlan részei, így azokat nem lehet külön zálogjoggal terhelni. (Zoltán [2007] p. 950)

Zálog célja. A magyar jog a követelések rendkívül tág körében engedi, hogy azokat záloggal biztosítsák a felek. Igazából csak az a korlát, hogy a bírósági úton nem érvényesíthető szerződés (*naturalis obligatio*) nem védhető ilyen módon. A törvény külön kiemeli, hogy zálogjog feltételes vagy jövőbeli követelésen is alapítható. Mint nemsokára látjuk, lehetséges a főköveteléstől elváló zálogjog alapítása is.

Zálog nagysága. A zálogjog alapesetben járulékos, vagyis annak terjedelme az alapköveteléshez igazodik. Ha utóbbi csökken, akkor a zálogfelelősség is ennek arányában csökken. A zálogkötelezett helytállási kötelezettsége, vagyis az az összeg, amelyet nem kap meg a vételárból, a tőkén kívül a kamatokat, a követelés és a zálogjog érvényesítésének költségeit, és a zálogtárgyra fordított költségeket is magában foglalja. Azonban nincs olyan általános szabály, amely szerint a követelés biztosítására lekötött zálogtárgy értékének arányban kell állnia a biztosított követeléssel. (Zoltán [2007] p. 950)

Formai követelmények. Zálogszerződés csak írásban jöhet létre.¹⁸¹ A zálogkövetelésnek pénzben meghatározhatónak kell lennie: a pénzben meghatározott követelés pontos összege a zálogszerződésből ki kell, hogy tűnjön. Ingatlanok kivételével jelzálogjog csak közjegyzői okiratba foglalva hozható létre. (Zoltán [2007] p. 966)

Zálogjog alapításhoz azonban a szerződésen kívül további lépés is szükséges: kézzzálogjog esetén a birtokbaadás, jelzálogjog esetén – alapesetben – a bejegyzés. Ingatlanok esetén az ingatlan-nyilvántartásba, más esetben (a 2013-as kódex szóhasználatával) hitelbiztosítéki nyilvántartásba kell bejegyeztetni a jelzálogot.

Nyilvántartás. A magyar zálognyilvántartás (az ingatlan-nyilvántartás, illetve a zálogjogi, hitelbiztosítéki nyilvántartás) csak a követelés összegét tartalmazza, azonban ha a követelés – például a főkötelezettség csökkenése miatt – csökken vagy megszűnik, azt nem. A nyilvántartás közhitelessége tehát annyit jelent csak, hogy a jogosult maximum a nyilvántartásban szereplő összegig kereshet kielégítést, viszont szinte soha nem a pontos terhet mutatja.

¹⁸¹ Zálogjog létrejöhet szerződésen kívül jogszabály, bírósági határozat vagy hatósági döntés alapján is.

A zálognyilvántartás szerepe jelenleg viszonylag csekély. Például, ha valaki jóhiszeműen szerzi meg egy záloggal terhelt dolog tulajdonjogát, azzal a jelzálog megszűnik. De a jóhiszeműség nem feltételezi a zálognyilvántartás ellenőrzését – az, hogy oda a zálogjog be van jegyezve, nem zárja ki a vevő jóhiszeműségét. (Zoltán [2007] p. 969, Menyhárd [2007] p. 457) Tegyük hozzá, a nyilvántartásban való keresés, a zálogjog ellenőrzése nem is lenne egyszerű feladat: a nyilvántartás nem tulajdoni tárgyanként, hanem kötelezettenként tartalmazza a zálogjogokat. (Menyhárd [2007] p. 457)

Speciális zálogformák. A két alapformán, az egyedileg meghatározott tárgyakon fennálló jelzálogon és a kézzzálogon kívül a magyar jog több speciális formát is ismer. Az 1959-es kódex szerint ilyen (i) a körülírással meghatározott jelzálog, (ii) a keretbiztosítéki zálogjog, (iii) a vagyont terhelő zálog és (iv) az önálló zálogjog. A 2013-as kódex átalakítja ezt a rendszert megszűnik az önálló zálogjog és a vagyont terhelő zálog, ezzel szemben megjelenik a főköveteléstől különváló zálogjog.

A törvény lehetővé teszi, hogy a zálogtárgyat nem egyedileg megjelölve, hanem *körülírással* határozzák meg – például, ha a zálogjog több zálogtárgyat terhel (egy raktárban levő készletet), vagy ha az egyedi megjelölés nem lehetséges. (Zoltán [2007] p. 967)

Ismeri a magyar jog a *keretbiztosítéki jelzálog* intézményét is. Ez nem meghatározott követelés biztosítására szolgál – kötődik azonban jogviszonyhoz: az adott jogviszonyból származó különböző követeléseket (például az adott banki hitelkeret terhére folyósított különböző hiteleket) biztosítja. Ezért a szerződésben nemcsak azt az összeget kell meghatározni, amelynek erejéig a jogosult kielégítést kereshet, hanem a jogviszonyt is. A zálogtárgy ebben az esetben sem feltétlenül biztosítja az egész követelést, hanem csak a nyilvántartásban feltüntetett összeget. Azonban a nyilvántartásba vétel önmagában még nem feltételez terhelést sem – azt csak a konkrét követelés okoz majd. (Zoltán [2007] p. 973)

A *vagyont terhelő zálog* lényege, hogy egy társaság vagyonának egészén (vagy annak önálló gazdasági egységként működtethető részén) a konkrét zálogtárgyak meghatározása nélkül is alapítható. A zálog a teljes vagyon felett „lebeg” – az angol jogban ezért lebegő zálognak (*floating charge*) hívják. Ez a zálogfajta a később a kötelezett vagyonába kerülő vagyontárgyra is kiterjed – megszűnik azonban mindazon vagyontárgyakon, amelyek a kötelezett vagyonából kikerülnek. Tegyük azonban hozzá: nem egyértelmű, hogy mit kell itt vagyonon érteni – a többségi álláspont szerint ez az aktívákat jelöli! (Menyhárd [2007] p. 461)

A vagyont terhelő zálogjog lényege, hogy ennek révén a folyamatosan változó vagyon felett is zálogjogot lehet adni. Ha ez a zálogforma nem elérhető, akkor csak a hosszabb távon is a társaság tulajdonában álló vagyontárgyakat lehet

elzálogosítani. Vagyont terhelő zálog esetén a kielégítés módja is eltér. A jogosult két megoldás közül választhat: vagy (i) átalakíthatja a vagyont terhelő zálogot egyes vagyontárgyak fölötti zálogjoggá, vagy (ii) a vagyont egyben is értékesíti (a fent látott szabályok szerint), és az így befolyó összegből elégíti ki követelését.

A vagyont terhelő zálog kapcsán ki kell emelni, hogy míg alapesetben a zálogjog nem szűkíti le a potenciális kötelezettek körét (mindenki, aki szerződést köthet, zálogot is adhat), itt azonban fontos korlátozást látunk: kizárólag jogi személy és jogi személyiség nélküli gazdasági társaság alapíthat vagyont terhelő zálogot. (Zoltán [2007] p. 980)

A vagyont terhelő zálog megszüntetését a 2013-as kódex törvényjavaslatához fűzött indoklás szerint az indokolja, hogy a bírói gyakorlatban nem volt világos, hogy mit jelent az „önálló gazdasági egységként működtethető része” kifejezés, illetve, hogy a kielégítés szabályozása sem volt (és az előterjesztők szerint nem is lehetett) megfelelő. Mindenekelőtt a többi hitelező védelmét nem lehetett megoldani abban az esetben, ha a vagyon feletti zálogjogosult érvényesítette a zálogjogát.¹⁸²

Az *önálló zálogjog* esetén a zálog nem mellék-, hanem főkötelezettség: nem kötődik ahhoz, hogy a személyes kötelezett teljesítette-e a kötelezettségét, hanem a jogosult egyszerűen a zálogtárgyból kielégítheti magát. A kielégítés ilyenkor valamelyik (bármelyik) fél felmondása után történik. A felmondási idő diszpozitív szabály szerint hat hónap (Zoltán [2007] p. 987). Mivel nincs mögötte főkövetelés, így az önálló zálogjog átruházható.¹⁸³

A 2013-as kódex egy olyan zálogformát ismer, amely nem járulékos, ez a *különvált zálogjog*. Ez esetben a jelzálogjog átruházható – de szemben az önálló joggal ez nem adásvétel, hanem, a tényleges helyzetnek megfelelően, biztosítéknyújtás. A különvált zálogjog jogosultja és a biztosított követelés jogosultja ugyan más személy, de (i) a zálogjog továbbra is igazodik a követelés terjedelméhez, és (ii) csak ez a követelés érvényesíthető.

Óvadék. Az óvadék egy pénzügyi eszközön létrehozott kézizálog. Mivel pénzügyi eszkről van szó, így az „értékesítése” lényegesen egyszerűbb – a jogosult gyakorlatilag közvetlenül az óvadékból kielégítheti a követeléseit. Az elszámolási kötelezettség azonban itt is fennmarad. Mint a kézizálog esetén, itt is reálszerződésről van szó: az óvadék létrejötte megköveteli az átadást is – ha az

¹⁸² Az indoklás szerint azonban a körülírással meghatározott zálog képes átvenni a vagyont terhelő zálog helyét. Hiszen ez is lehetővé teszi, hogy a zálogtárgyak változzanak. (T/7971. számú törvényjavaslat a Polgári Törvénykönyvről, p. 533.)

¹⁸³ Fontos szerepe van azonban itt a kifogáskorlátozásnak. Ez az aktuális zálogjogosultat védi: ennek segítségével akadályozhatja meg, hogy az eredeti jogosulttal (vagyis akitől a zálogjogot szerzte, származtatja) szemben a kötelezett olyan kifogást támasszon, illetve olyan módon számítson be más követeléseket, hogy ez az ő zálogjogát csökkentse.

nem történik meg, akkor az összeget később óvadékként követelni nem lehet, arra a zálogjog szabályai érvényesek.

Óvadék tárgya pénz, bankszámla-követelés, értékpapír, illetve egyéb, külön törvényben meghatározott pénzügyi eszköz lehet. Ha „óvadékként” a felek más dolgot, például ingatlant neveznek meg, úgy azt zálogtárgynak kell tekinteni, tehát közvetlen kielégítés abból nem lehetséges.

A lehetséges óvadéki tárgyak közül különösen fontos a hitelkövetelés. Ennek sajátos – nem dologi – természete miatt az óvadék tárgyának átadására vonatkozó szigorú követelménytől a szabályozás eltekint: elég a követelés érvényesítéséhez szükséges okiratot rendelkezésre bocsátani. A Ptk. ugyan diszpozitív szabályként tiltja, hogy a jogosult a biztosítékként nála lévő hitelkövetelést a saját követelésének esedékessé válása előtt hasznosítsa, de a felek szabadon megállapodhatnak abban is, hogy a jogosult az óvadéket a kielégítési jog megnyílta előtt is használhatja – ennek azonban feltétele, hogy az ennek megfelelő összeget legkésőbb a követelés esedékessé válásáig „visszafizesse”: köteles azt egyenértékű fedezettel helyettesíteni. Hasonlóképp az óvadéket az adós, a kötelezett is „használhatja”: ha szüksége van a biztosítékul lekötött eszközökre, kicserélheti azokat már egyenértékű eszközökkel.

A felek megállapodhatnak abban is, hogy milyen legyen a kötelezettség és a biztosíték aránya. Ilyen megállapodás esetén, ha az óvadék értéke csökken vagy a követelés nő, akkor a kötelezett kiegészítő biztosítéket köteles nyújtani. Fordított esetben, vagyis ha az óvadék értéke nő, vagy a követelés csökken, akkor a jogosult köteles a túlzott biztosíték kiadására.

Az óvadék kikötése kapcsán alaki követelmény nincs – csak annyi, hogy az óvadék tárgyának átadása szükséges, és ennek, vagyis a rendelkezésre bocsátásnak bizonyíthatónak kell lennie.

Alternatív formák: fiduciárius biztosítékok. Az 1959-es kódex alapján a joggyakorlat bizonytalan abban, hogy a zálogjog és az óvadék részletes szabályozása azt jelenti-e, hogy a jogalkotó ezekkel a dologi hitelbiztosítékok zárt körét hozta-e létre, avagy a zálogjog szabályaitól eltérő hitelbiztosítékokat a felek a szerződési szabadság elve alapján szabadon hozhatnak létre. A 2013-as kódex tiltja ezek alkalmazását abban az esetben, ha pénzkövetelésről van szó – vagyis nem vonatkozik ez a tilalom elvileg az összetett jellegű, például egy projektfinanszírozáshoz kapcsolódó viszonyok esetére.

Az ilyen biztosítéki formák esetén a fő cél az, hogy amennyiben a csőd bekövetkezik, akkor az adott vagyontárgy már a hitelező tulajdonának számítson. Ugyanis csődhelyzet esetén a biztosítékok „bent ragadnak” a cégben, azok nem lesznek azonnal érvényesíthetőek. Ezzel szemben, ha a vagyontárgy nem a csődbe ment adós tulajdona, akkor az nem is a csődvagyon része, és azonnal kiadható a hitelezőnek. Ezeket az eltérő, a szerződési szabadság alapján létrejövő

és – általában – a hitelezőnek tulajdoni jogot adó biztosítéki formákat nevezi a jog fiduciárius biztosítékoknak. Fő formái a biztosítéki célú tulajdon-átruházás és biztosítéki célú engedményezés.

A *biztosítéki tulajdon-átruházás* célja, hogy a hitelező számára a zálogjognál kedvezőbb biztosítékot biztosítson. Jellemző formája a *visszavásárlási joggal kombinált adásvételi szerződés*: a kötelezett visszavásárlási jogát kikötve eladja a biztosíték tárgyát a jogosultnak, majd a kötelezettség teljesítésével (tipikusan a kölcsön törlesztésével) voltaképpen visszavásárolja azt (többnyire ingatlant) (Menyhárd [2007] pp. 480-482). Ha a hitelt nem tudja visszafizetni, a biztosítékul adott dolog a hitelező tulajdona marad. Másik jellemző megoldás a *vételi jog alapítása*: a biztosítékul adott vagyontárgyra a hitelező javára meghatározott (hitel esetén általában a tőketartozással, kamataival, valamint esetleges egyéb járulékaival megegyező) áron a kötelezett vételi jogot enged a jogosultnak.

A *biztosítéki célú engedményezés* lényege, hogy a kötelezett a jogosultra engedményezi a szerződés megkötésekor még nem is létező, a jövőben keletkező követeléseit. (Nagyon fontos biztosítéka ez azoknak a banki hiteleknek, amelyek célja az adós későbbi tevékenységének finanszírozása. Lásd Menyhárd [2007] p. 481)

A fiduciárius biztosítékok kapcsán felmerülő legfontosabb kérdés, hogy nem a zálogszabályozás adósvédelmi intézményeinek (mindenekelőtt a *lex commissorianak* és az elszámolási kötelezettségnek) a megkerülésére irányulnak-e. Felmerülhet ugyanis, hogy a jogosult nagyobb biztosítékhoz jut, mint ami az ő érdekeinek védelméhez szükséges volna.¹⁸⁴ Megoldás lehet ilyenkor a biztosítéki tulajdon-átruházás átértelmezése és zálogjogként való kezelése: a Legfelsőbb Bíróság egy ingatlan tulajdonjogának biztosítéki célú átruházása kapcsán elrendelte a jogosult tulajdonjogának törlését az ingatlan-nyilvántartásból, egyidejűleg felhatalmazva azonban őt arra, hogy az ingatlanra zálogjogot jegyeztessen be. (BH.2006.118)

2.2. A dologi biztosítékok közgazdasági racionalitása

A zálogjog mellett felhozott leggyakoribb érv az, hogy mivel emiatt a jogosult nagyobb biztonságban van, ezért megelégszik kisebb ellenszolgáltatással. Ez azonban, mint mindjárt látni fogjuk, nem evidens, más érveket kell keresnünk a zálogjog mellett. Az egyik az információs aszimmetria oldása, a kontraszelekción elleni küzdelem. A másik az ügynökprobléma: a zálogjog kellő védelmet

¹⁸⁴ A II. világháború előtti magánjog a fiduciárius tulajdonátruházást általában nem fogadta el érvényesnek. A biztosítéki átruházás („tulajdonzálog”), lényegében a mai visszavásárlási joggal biztosított adásvétel érvényességét annyiban ismerték el, amennyiben a szerződés az elzálogosítás mellett más komoly üzleti célt is szolgált.

jelenthet azzal szemben, hogy az adós tudatosan vagy egyszerűen túlzottan kockázatos lépések felvállalásával veszélyeztesse a hitel megtérülését. (Armour [2007], Hart [2000], White [2007])

Kedvezőbb szerződés. A zálog előnye első pillantásra nyilvánvalónak tűnik: a szerződéses partner, a jogosult nagyobb biztonságban tudhatja magát, így kisebb ellenszolgáltatással – pénzhitel esetén alacsonyabb kamattal – is megelégszik. Mivel biztosíték nélkül a másik fél kevésbé ösztönzött a teljesítésre, nagyobb a szerződésszegés esélye, így a jogosult magasabb ellenszolgáltatást (kamatot) kér: az üzletből elvárt hozamot úgy tudja csak elérni, ha a – kevésbé valószínű – teljesítés esetén többet kér. Csakhogy ez a feltevés nem mindig igazolható.

Induljunk ki abból, hogy a zálogtárgy értékesítése mindig nehezebb, mint egy „tiszta” tulajdoné! Ebben érdekelt ugyanis a vevő és a zálogjogosult is. Mindkettő ragaszkodni fog hozzá, hogy a zálog kerüljön le a zálogtárgyról. A vevő első látásra nyilvánvaló módon nem szívesen vesz zálogjoggal terhelt tulajdont. Ennek okát azonban érdemes végiggondolni! Nem az a fő probléma, hogy a zálogtárgyat elvehetik tőle: elveszítheti azt más okból is – például ellopják tőle. Ezt a kockázatot számba veszi, és emiatt vélhetően csökkenti az ajánlott árat. (Hasonló ez ahhoz, mint ha egy autónak rosszabb a védelmi rendszere, és ezért nagyobb az „elvesztés” esélye – ilyenkor a vevő kevesebbet fizet érte.) A zálogjog esetén azonban az elvesztés oka más, a kockázat nem exogén: a kötelezett szerződésszegése. Márpedig, ha már nem a kötelezett tulajdona van veszélyben, akkor kevésbé lehet teljesítésre ösztönözni. (Egy autó ellopásának esélye nem függ attól vagy legalábbis nem ilyen mértékben, hogy ki a korábbi tulajdonos.)

A zálog dologi jellege ugyan azt jelentené, hogy a jogosult ugyanolyan biztonságban van, akárki is a tulajdonos, mégis ő is erősen érdekelt a zálogtárgy átruházásának korlátozásában: elidegenítési tilalmat is ki fog kötni, és ezzel élve új, a korábbi zálogkötelezettel kötődő garancia adásához fogja kötni azt, hogy beleegyeznek-e az átruházásba. Tudja ugyanis ő is, hogy amennyiben más lesz a zálog tulajdonosa, akkor a kötelezettet kevésbé lehet teljesítésre ösztönözi.

Az értékesítés ellen a jogosult persze könnyen védekezhet: kézizálog esetén ez a veszély nem fenyeget, kérhetné, hogy a zálogot adják át, legyen az kézizálog. Ez azonban nem minden esetben szerencsés. Tegyük fel, hogy csak olyan dolgot lehet zálogba adni, amely szükséges lenne a szerződés teljesítéséhez! Lehet, hogy az alfejezet elején látott autó teszi lehetővé az adósnak, hogy munkába járjon vagy az maga a munkaeszköze. Nyilvánvaló, hogy amennyiben azt elvonnánk tőle, akkor ezzel a főkötelezettség teljesítésének a valószínűségét csökkentenénk. Éppen ezt a problémát küszöböli ki a jelzálog intézménye.

A zálog melletti érv úgy szólt, hogy emiatt csökken az elvárt ellenszolgáltatás – például a kamat. A jogosult vélhetően kevesebbel is beéri, ha azt biztosan

megkapja. Azonban ez a kevesebb, amit a hitelező a zálog mellett követel, a záloggal együtt a kötelezettnek már nagyobb terhet is jelenthet, mint a zálog nélküli szerződés esetén kért ellenszolgáltatás. Tegyük fel, hogy a hitelező a garanciák miatt valóban csökkenti a kamatlábat! Ez még nem jelenti azt, hogy a hitel „olcsóbbá” vált; annak teljes költsége ugyanis a főkötelezettség és a biztosíték miatti korlátozások együttes költsége. És utóbbi jelentős költséget is jelenthet. Gondoljunk egy vállalatra, amelynek komoly érdeke fűződik ahhoz, hogy rugalmas legyen, hogy adott esetben megválhasson egy-egy vagyonelemétől – a nehezen forgatható zálogtárgy neki különösen magas költséget jelent! Ez az eseteleges tehernövekedés az ún. *fedezeti paradoxon* (Adler [1999], Armour [2007]).

Kontraszelekció. Ha a zálogjog miatt nem is mindig csökken a zálogot adó fél terhe, más indokai lehetnek a zálog felajánlására. Az egyik ilyen a kontraszelekció elleni küzdelem: hihető jelzés küldése. A kontraszelekció elleni küzdelem lényege, hogy a zálog és a hasonló biztosítékok szűrőként, minőségjelzőként funkcionálhatnak, segíthetnek a partnerkeresésben: segítségükkel szét lehet választani a jó és a rossz partnereket. A joggazdasági irodalom általában felteszi, hogy a jobb partnerek, akik nagyobb valószínűséggel teljesítik a szerződést, akiknek kisebb a szerződésszegési kockázatuk, jobban hajlanak arra, hogy nagyobb biztosítékot adjanak. A szavatosságnál látott logika itt is érvényes: a jobb partnerek számára (a rosszabbakhoz képest!) kevésbé fontos, hogy mekkora a szerződésszegés esetén elvesző biztosíték értéke, mert kisebb eséllyel következik be a szerződésszegés.

A kontraszelekció érve kapcsán két ellenvetést azonban mindenképpen meg kell vizsgálni! Az egyik az, hogy első látásra úgy tűnik, a magyar jog épp ezt a szűrőt gyengíti akkor, amikor elszámolási kötelezettséget ír elő: a zálogkötelezett az értékesítéskor megkapja az adósságot fedező bevétel fölötti összeget. Úgy tűnhet, ennek révén a magyar jog ellehetetleníti a zálog szűrő funkcióját. Tegyük fel, hogy egy, a piacon 10-et érő gépet foglalnak le 4 egységnyi tartozás kiegyenlítése érdekében, és az árveréskor meg is kapják a 10-et! Ebből 4 a hitelezőt illeti, az adós megkapja a maradék 6-ot. Vagyona látszólag nem csökkent: elvesztett ugyan egy 10-et érő gépet, de van 6 készpénze, és 4-gyel kevesebb adóssága. A jó és a rossz adós is ugyanígy jár: az elszámolási kötelezettség (és egyéb adósvédelmi szabályok) miatt igazából nem veszít semmit, vagyis a zálog felajánlásával semmit nem kockáztat. De ez csak látszat, a szűrés továbbra is lehetséges. Mint az első fejezetből tudjuk, aminek az értéke a piacon – és a cég könyvelésében – 10, az a cégnek vélhetően többet ér, mint 10, hiszen ismeri, a termelésben fontos szerepet játszhat, stb. Ha kiesik a vagyonából, akkor többet veszít 10-nél. Ezért nem adta el magától a piacon. Éppen ezért igaz, hogy a zálogtárgy értékesítése mindenképpen veszteséget okoz a zálogkötelezett

számára, vagyis a zálogtárgy megtartása ösztönzi a teljesítésre, illetve ezt a kockázat az vállalja be (inkább), aki nagyobb valószínűséggel teljesít. (Természetesen ne feledkezzünk meg arról sem, hogy ha értékesítésre kerül sor, akkor az sem biztos, hogy ezt a 10-et megkapják a gépért!)

A másik kontraszelekcióval kapcsolatos ellenérv a fent látott fedezeti paradoxon. Mivel a jó partner nagyobb valószínűséggel teljesít, így számára a zálogjoggal összefüggő előbb bemutatott korlátozások is fontosabbak lesznek. Őt jobban zavarja, hogy a vagyontárgy értékesítése megnehezül, őt ez (véltetően) nagyobb valószínűséggel korlátozza majd üzleti döntéseiben. Számára a zálog költségesebb is lehet, mint egy rossz adósnak. Ha tehát a fedezeti paradoxon fellép, akkor a biztosíték nem jelent hatékony védelmet a kontraszelekció ellen – sőt, szélsőséges esetben lehet, hogy még erősíti is azt.

Ügynökprobléma, morális kockázat: kockázatvállalás. Ügynökprobléma kapcsán általában csak azt emelik ki, amit a kedvezőbb szerződési feltételek kapcsán mi is tettünk: a szolgáltató kisebb valószínűséggel szeg szerződést, ha azt ilyen szerződésbiztosítékkal is megtámogatták. Érdeemes azonban kicsit mélyebbre ásni. Az ügynökprobléma igazán nem akkor fontos, amikor a partner már arról dönt, hogy megszegje-e a szerződést, hanem korábban, amikor olyan kockázatokat vállal fel (vagy éppen a kockázat miatt olyan alternatívákat utasít el), amelyek miatt a teljesítés költségei később várhatóan jelentősen megváltoznak. A fő kérdés tehát az előzetes kockázatvállalás – legyen szó elővigyázatosságról vagy idioszinkratikus beruházásokról.

A nem hatékony kockázatvállalás alapja az, hogy a kötelezett aszimmetrikusan értékeli a veszteséget és a nyereséget. Tegyük fel, hogy valaki egy befektetés érdekében kért és kapott kölcsönt! A befektetés kockázatos, előzetesen csak a hozam valószínűségi eloszlását ismerjük – de az adós, a kötelezett tudja azt befolyásolni jobb munkával, jobb döntésekkel, stb. Azonban mivel a hitelt vissza kell fizetni, ezért döntéseinek hozama nem feltétlenül hozzá kerül. Pontosabban: a hozam első része nem hozzá kerül, hanem a hitelezőhöz, hiteltörlesztés formájában. Csak akkor jut az adós is nyereséghez, ha már a hitelt visszafizette. Igaz, innentől minden forint nyereség az övé – amíg azonban a hitelt vissza nem fizeti addig semmi. Tehát amíg a hitelt vissza nem fizeti, biztosíték hiányában elég gyenge az ösztönzője az (egyébként a hitelezőnek jutó) hozam emelésére. Emiatt az adósok hitelből finanszírozott programok esetén túlzottan kockázatos beruházásokba fognak.

Lássuk ezt egy példán! Tegyük fel, hogy egy cég 50 kölcsönt vesz fel egy évre! Egy olyan beruházást szeretne vele indítani, amely, ha sikeres, 80 egységnyi nyereséget hoz, de ha nem, akkor a beszerzett gépeket, nyersanyagot egy év múlva csak 40-ért lehet eladni – ez az ún. *zárási, kilépési érték (salvage value)*. Az egyszerűség kedvéért tegyük fel, hogy a két eset valószínűsége egyforma:

6.2 táblázat. Két alternatíva közötti választás

| | Eredeti beruházás | | | Új lehetőség | | |
|---------------------|-------------------------|----------------------------|-------------------|-------------------------|----------------------------|-------------------|
| | Szerencsés világállapot | Balszerencsés világállapot | Várható kifizetés | Szerencsés világállapot | Balszerencsés világállapot | Várható kifizetés |
| Nincs garancia | | | | | | |
| Adós kifizetése | 30 | 0 | 15 | 40 | 0 | 20 |
| Hitelező kifizetése | 50 | 40 | 45 | 50 | 10 | 30 |
| Összesen | 80 | 40 | 60 | 90 | 10 | 50 |
| Van biztosíték | | | | | | |
| Adós kifizetése | 30 | -10 | 10 | 40 | -30 | 5 |
| Hitelező kifizetése | 50 | 50 | 50 | 50 | 40 | 45 |
| Összesen | 80 | 40 | 60 | 90 | 10 | 50 |

50 egységnyi hitellel elérhető hozam két alternatíva esetén. A siker esélye mindkettőnél 50%. A be nem hajtható adósságot leírják. A garancia 30 egység. Vastaggal szedve az adós választása (azt választja, amelynél a saját várható kifizetése magasabb)

50-50%! A szerződésben nincs garancia – a felek tudják, hogy ha a program sikertelen, a hitelnek a gépek eladásán felüli része behajthatatlan lesz.¹⁸⁵ A hitelt felvevő fél tehát azzal számolhat, hogy egy év múlva mindenképpen megszabadul az adósságától: vagy úgy, hogy visszafizeti azt és megtartja az azon felüli hasznot, 30-at (= 80–50), vagy úgy, hogy a zárási érték fedez 40-et, a maradék 10-et pedig leírják. A várható hozama tehát 15: amikor nem sikeres a program, nem veszít semmit, amikor sikeres, akkor megkapja a 30 egységet (15 = 50% × 30.)

Tegyük most fel, hogy a hitel felvétele után megjelenik egy új lehetőség is, az adott gépeket másra is fel lehet használni, ami gyorsabban amortizálja őket, ezért egy év múlva az értékük csak 10 lesz! Viszont, ha sikeres lesz a program (amelynek továbbra is 50% az esélye), akkor a hozam 90-re nő. Mivel továbbra is igaz, hogy balsiker esetén az adósságától megszabadul, így egy kockázatsemleges cég számára ez az alternatíva vonzóbb lesz, a várható hozama ugyanis 20-ra nő (20 = 50% × 40). Vegyük azonban észre, hogy a hitelező érdekeit is figyelembe véve ez a rosszabb alternatíva: az első esetben egy év múlva a két fél együttes várható haszna 60 lenne (60 = 50% × 80 + 50% × 40), míg a másodiknál csak

¹⁸⁵ Egyes jogok ismerik az ún. továbbvihető (*recourse*) és tovább nem vihető (*non-recourse*) hiteleket, amelyek közül az utóbbi azt jelenti, hogy, ha valaki a zálogtárgyat elvitte, akkor onnantól a tartozás meg is szűnt – függetlenül attól, hogy az abból elérhető bevétel esetleg kisebb, mint a teljes tartozás. Továbbvihető hitelnél a fennmaradó tartozás fedezet nélküli hitelként él tovább.

50 (= $50\% \times 90 + 50\% \times 10$). (A két alternatíva értékelését az 6.2. táblázatban láthatjuk.)

Hogyan segít ezen a problémán a biztosíték? Meg kell különböztetnünk annak direkt és indirekt hatását. *Direkt hatás* az, hogy a biztosíték alacsony jövedelem mellett is növeli az ösztönzést a jobb döntésekre. Tulajdonképpen lejjebb viszi azt a pontot, amikor a hozam emelkedése már érinti a döntéshozó, az adós jólétét is. Tegyük fel, hogy a hitelfelvevő 30 értékű biztosítékot ad! Ez bukáskor megváltoztatja az adós kifizetéseit. Ha az első alternatívát választja, akkor elbukik 10-et – bukáskor értékesítik a gépeket, nyersanyagot 40-ért és (mivel ez nem elegendő az adósság fedezésére) a biztosítékot is 30-ért, de ebből csak 20-at kap meg, a maradék az adósságát fedezi, a hitelezőhöz kerül. Ha tehát nem sikerül az üzlet, akkor a vesztesége 10, ha sikerül, akkor 30 a nyereség – a várható hozam 10-re csökken. A második alternatíva esetén elbukja a 30 értékű biztosítékot (az adósságból be nem hajtható 10-et továbbra is leírják). Ekkor a várható haszna 5 (= $50\% \times 40 - 50\% \times 30$). Vagyis, ha van biztosíték, megfordul a döntés: a döntéshozó már az első (egyébként összességében is hatékonyabb) alternatívát választja.¹⁸⁶

Az irodalom a direkt hatásnál többet foglalkozik a biztosítékok *indirekt hatásaival*. Ennek lényege, hogy – paradox módon – azokkal az eszközökkel, amelyekkel zálogjog, biztosítékok nélkül is felügyelni lehetne a kötelezett döntéseit, erősebben élnek akkor, ha zálog, vagy más dologi biztosíték is létezik.

Lássuk először, hogy milyen eszközökről is beszélünk! Biztosíték, zálog hiányában a hitelező valószínűleg közvetlenül befolyásolná az adós döntését. Például úgy, hogy a szerződésben próbálja korlátozni azt, hogy a hitelt mire lehet felhasználni. Meghatározhatja, mely lépések esetén mondja fel a szerződést és követeli vissza azonnal a hitelt. Ezeket a kikötéseket nevezzük a pénzügyi szerződéseknél kovenánsoknak (*covenant*). Azonban, ha ezeket nem pontosan fogalmazzák meg – például azt kötik ki, hogy csak az eredeti célra használható a hitel, minden változáshoz a hitelező hozzájárulása szükséges –, akkor sok hatékony döntés is megakadhat ezeken. Ráadásul, szemben a mostani egyszerű példánkkal (amikor csak A és B alternatíva között kellett választani), a valóságban általában sokkal több döntést kell meghozni a felhasználás során: a kovenánsoknak a cég tevékenységét nagyon aprólékosan kellene szabályozniuk. Ezért a szerződéses szabályozás, a kovenánsok helyett a hitelezők gyakran hajlanak a közvetlenebb beleszólásra: nem azt mondják meg előre, milyen döntést szabad meghozni, milyen döntéshez kell az ő hozzájárulásuk, hanem folyamatos kontrollt akarnak – például a hitelező delegáltja bekerül az adós

¹⁸⁶ Tegyük hozzá: a biztosíték léte nem garantálja, hogy hatékony lesz a döntés, csak a hatékony döntés esélyét növeli!

ügyvezetésébe. Ahogyan az első fejezetben, Williamson modelljében neveztük: relációs szerződés jön létre, vagy valamilyen közvetlen ellenőrzés alakul ki.

A kovenánsok és egyéb direkt beavatkozási eszközök ismeretében rátérhetünk a biztosítékok indirekt hatására: ha a biztosíték is elérhető, akkor gyakrabban élnek ezekkel az eszközökkel. Látszólag paradox az érvelés, de könnyű belátni az okot. Tegyük fel, hogy az adós vagyont fedezetként lekötik! Ez azt jelenti, hogy ha az adósnak újabb hitelre van szüksége, akkor azt már csak fedezet nélkül tudja felvenni. Emiatt az újabb hitelt nyújtók kénytelenek lesznek erősebben alkalmazni ezeket az ellenőrzési módokat, vagyis erősebben ellenőrzi az adóst, mintha nem lenne a vagyon (legalábbis részben) másoknak lekötve.

Tovább erősíti ezt az indirekt hatást az ún. *kollektív cselekvés problémájának* csökkenése is. Amennyiben a hitelezők egy része zálogot kaphat, akkor a fennmaradó csoport tagjai azok, akik érdekeltek az információgyűjtésben, illetve a menedzsment ellenőrzésében érdekeltek – ők azok, akik biztosíték nélkül üzletelnek az adóssal. A kollektív cselekvés lényege, hogy ugyan a csoport minden tagjának érdeke, hogy ellenőrizze az adós döntéseit, de egyesével egyik tag sem érdekelt abban, hogy épp ő legyen, aki felvállalja az ellenőrzés költségét. Ha a csoport bármelyik másik tagja felvállalja helyette az ellenőrzést, akkor ő a hasznot (a menedzsment rossz döntéseinek megakadályozását) ugyanúgy élvezzi, de az ellenőrzés költségét nem neki kell viselnie. Ezt nevezzük *potyázásnak*. A kollektív cselekvés irodalma – mind közgazdasági modellekre, mind empirikus vizsgálatokra támaszkodva – azonban azt állítja, hogy minél kisebb egy csoport, annál kevésbé valószínű, hogy mindenki potyázzon. A kisebb csoportok (általában azokon belül egy-két tag „önfeláldozásával”) nagyobb valószínűséggel éri el a közös célt, esetünkben a kötelezett ellenőrzését, a morális kockázat csökkentését (Olson [1997]). A zálog éppen ezt éri el: csökkenti azok számát (azok csoportjának a nagyságát), akik közvetlenül ellenőrizni akarják a kötelezett döntéseit.¹⁸⁷

2.3. Jogi problémák

Most, hogy láttuk a dologi hitelbiztosítékok legfontosabb közgazdasági hatásait, érdemes megfontolni a szabályozásuk kapcsán napjainkban leggyakrabban felmerülő, legfontosabb kérdéseket. Most ezek közül kettőt vizsgálunk meg:

¹⁸⁷ Persze ne feledkezzünk meg arról, hogy a biztosítékkal rendelkező hitelezők ellenőrzési ösztönzője viszont csökken. Éppen ezért elképzelhető, hogy ezzel az adós tudatosan él is: az ellenőrzés alól menekülni akaró menedzsment szívesebben ajánl garanciát azoknak a hitelezőknek, akik jobban tudnák ellenőrizni. (pl. Adler [1999])

a kikényszerítés mechanizmusát és az információs rendszert. A következő, 2.4. pont tér ki a harmadik problémára, vagyis arra, hogy mi is legyen zálogba adható.

Kikényszerítés menete. A garanciák talán legfontosabb kérdése (lásd pl. Djankov et al. [2007]), hogy a fedezetként adott vagyontárgyhoz a jogosult milyen mechanizmuson keresztül juthat hozzá. Ennek menetében nagy eltéréseket láthatunk az egyes országok között. A joggazdaságtani irodalomban legtöbbször az amerikai jog roppant egyszerű kikényszerítési technikáját tételezik fel, és ezért tekintik majdhogynem nulla költséggel kikényszeríthetőnek a zálogjogot. Eszerint a zálogjogosult szerződésszegés esetén egyszerűen saját maga lefoglalhatja (a seriffel lefoglaltathatja) a vagyontárgyat. Mint láttuk, az eljárás a magyar jog szerint alapesetben lényegesen körülményesebb: az 1959-es kódex szerint zálogtárgy lefoglalásához is végrehajtási eljárásra van szükség – a bírósági eljárás alól a közjegyzői okirat jelenthet felmentést. Ebben a tekintetben tehát a dologi biztosítékkal rendelkező adósok nincsenek jobb helyzetben, mint az ilyennel nem rendelkezők. Láttuk azonban, hogy ez a bírósági út a zálogjog esetén csak diszpozitív szabály: a felek, ha akarnak, megállapodhatnak (i) együttes értékesítésben, (ii) abban, hogy (bizonyos feltételek esetén) a zálogjogosult maga értékesíti a zálogtárgyat, illetve (iii) abban, hogy a zálogjogosult megbízása alapján más értékesítheti azt. A 2013-as törvénykönyv ugyan megszünteti ezt a diszpozitív szabályt, viszont a bíróságnak egy utólagos ellenőrzési funkciót ad, amikor a „kereskedelmi ésszerűséget” követeli meg akkor, ha a zálogjogosult maga értékesíti a vagyontárgyat.

De miért fontos a bíróság ilyen – minimális ellenőrző – szerepe? Mindenekelőtt ettől (és néhány a zálogjogban szereplő szabálytól – mindenekelőtt a *lex commissoriatól*) várjuk, hogy a vagyontárgy értékesítése a legmagasabb reálisan elvárható áron történjen. A magas ár elérése költségekkel jár: várni kell, kellően széles potenciális vevőkört kell elérni, stb. Ezek a költségek ugyan növelik a várható árat, csakhogy az eladó, a hitelező ebben nem érdekelt. Éppen fordított a helyzet, mint amit az előbb az ügynökproblémánál láttunk: a hitelezőt az áremelkedés csak addig a pontig érdekli, amíg az el nem éri a tartozás összegét. Az afölötti összeg, vagyis a tartozás és a vagyomból származó bevétel közötti különbség az adóshoz kerül. Ha a hitelező minden ellenőrzés nélkül hozzájuthatna a vagyonhoz, értékesíthetné azt, de a különbözetet vissza kellene szolgáltatnia, akkor ő nyilvánvalóan a minél gyorsabb (és ebből következően a vélhetően minél olcsóbb, de az adósságot még éppen fedező) értékesítésben (*fire sale*) lenne érdekelt, csökkentve ezzel a zálogkötelezettnek megmaradó összeget. Az ügynökprobléma kapcsán persze feltehető az a kérdés is: miért védjük ez ellen a kötelezettet? Ő szegte meg a szerződést – miért ne veszítsen többet? Ez kétségtelenül erősebb ösztönzőt jelentene.

Az adósvédelem melletti legfontosabb joggazdaságtani érv annak kvázi-biztosítási funkciója. Ha az adós nem teljesítés, nem fizetés esetén túlzottan nagy költséggel, veszteséggel szembesülne (vagyis tartania kellene attól, hogy nemcsak a tartozását, hanem az alacsony ár miatt a vagyonának egy nagyobb részét is elveszítheti), akkor ez visszatarthatja a kockázatvállalástól. Ha elfogadjuk, hogy a megfontolt kockázatvállalás társadalmilag hasznos, ha elfogadjuk, hogy a kockázatkerülés miatt gyakran ésszerű kockázatoktól is tartózkodnak az emberek, akkor nem érdemes egy ilyen büntetéssel még további elrettentő elemeket a jogrendszerbe építeni.¹⁸⁸

Nyilvántartás. A dologi biztosíték elfogadásának előfeltétele, hogy ez a dologi jog és a többiek esetleg az adott dolgot terhelő jogai megismerhetőek legyenek. Gondoljuk el, ha a dologi jog nem lenne megismerhető (például a felek közötti szerződésben jelenne csak meg), akkor az általunk vásárolt vagy fedezetként elfogadott vagyontárgyra egyszer csak valaki bejelenthetné az igényét! Ez a lépés vélhetően jelentősen megváltoztatná sokak vételi szándékát. Az árak esnének a nagyobb kockázat miatt, illetve a kockázat kivédése érdekében növelni kellene az előzetes ellenőrzést, nőne a tranzakciós költség. A dologi jogok esetén a tranzakciós költségek csökkentésének egyik legegyszerűbb módja a nyilvántartás.¹⁸⁹ Ha a későbbi hitelezők erről nem kaphatnának hiteles információt, akkor hiába lenne elvi lehetőség a biztosítékadásra, az vélhetően csak kézizálogként funkcionálhatna (Dam [2006]).

A harmadik felet, például az újabb hitelezőt a legtöbb jogrendszer védi attól, hogy később derüljön ki, hogy biztosítékokkal terhelt dolgot vásárolt, ezért olyan kötelezettségért kelljen a tulajdonába került dologgal helyállnia, amelyekről a szerződéskötés pillanatában nem tudhatott. Abban azonban, hogy miképpen kell neki információt adni, már nem egységesek a különböző jogrendszerek. Léteznek ún. *specifikus nyilvántartást* fenntartó rendszerek, amelyekben egyértelműen meghatározzák, hogy milyen hitelgarancia-formák léteznek: a hitelezők egy meghatározott menüből válogathatnak. Ezek a nyilvántartások tartalmazzák mind azt, hogy kit illet jog az adott vagyontárgy esetén, mind pedig azt, hogy

¹⁸⁸ Érdekes ezzel kapcsolatban R. Posner véleménye. (R. Posner [2011] pp. 162-163) Az angolszász jog ugyanis bizonyos esetekben megengedi, hogy a vagyontárgyból fakadó teljes bevétel a hitelezőhöz kerüljön. Érdemes szembeállítani ezt a büntetési funkciót azzal, hogy a kötbérikötést viszont nem hajlandó a *common law* kikényszeríteni. Az ellentmondás feloldására két magyarázatot érdemes kiemelni. Egyrészt, a biztosítékból való kielégítés az angolszász jogban nem növeli bírósági eljárás költségét – szemben a kötbérikötéssel, amely miatt nőhet a bírósági eljárások száma. Másrészt, ez a megoldás kevésbé fenyeget csöddel, mint a magas kötbér. Az elvesztett vagyon ugyanis nem haladhatja meg a kötelezett vagyonát – hiszen már eleve is megvolt, megvan – ezért lehet megterhelni azt. A kötbér viszont a vagyont meghaladó kötelezettséget is jelenthet.

¹⁸⁹ Nem minden esetben ez a legegyszerűbb persze: például kis értékű vagyontárgyak vagy speciális termékek esetén nem az. (Lásd például Shavell [2005] pp. 50-51)

mi ez a jog. Ilyen rendszer a magyar is. Léteznek azonban *szabadabb rendszerek* is, amelyek alapja az adós és a hitelező szabad megállapodása: ezek minden olyan garanciát hajlandók kikényszeríteni, amely viszonylag alacsony költséggel felderíthető lett volna harmadik fél számára. Ezek a nyilvántartások csak azt tartalmazzák, hogy a dolog valakinek biztosítékként le van kötve, de azt nem, hogy a biztosíték tartalma pontosan mi. A felek nem néhány biztosítéki forma közül választhatnak, hanem szabadon hozhatnak létre másokat is. Harmadik fél csak akkor tudhatja meg, hogy pontosan mit is takar a vagyoni garancia, hogy pontosan mit tehet meg az adott vagyontárggyal a tulajdonos és mihez nem kell a zálogjogosult hozzájárulása, ha megtekinti a két fél közötti szerződést. Itt értelemszerűen nagyobb az új hitelező információs költsége. Nagyobb ugyan, de ne feledjük, a specifikus rendszerek nyilvántartása sem szolgáltat minden információt! Mint az alfejezet elején láttuk, a magyar specifikus nyilvántartásból is elég nehéz megtudni, hogy fennáll-e valamilyen jog az adott dologon – hiszen az nem zálogtárgyanként, hanem kötelezettenként tartalmazza az adatokat. És ha meg is találjuk, hogy az adott dologon valamilyen specifikus jog fennáll, akkor sem tudunk meg többet, mint hogy az adott dolgot (i) jelzálog terheli, illetve hogy (ii) mekkora a fedezet maximális összege. Az nem derül ki, hogy a teher az adott pillanatban éppen mekkora is, vagyis, hogy az új tulajdonos gond esetén annak értékéből mekkora megtérülésre számíthat (Armour [2007]). Ezek kiderítéséhez ugyanúgy a két fél közötti főkötelezettség, szerződés ismerete szükséges, mint a szabadabb biztosítéki rendszer nyilvántartása esetén.

2.4. A zálog formái, zálogba adható dolgok

A legtöbb empirikus vizsgálat egyértelműen alátámasztja a dologi biztosítékok (mindenekelőtt a birtokbaadással nem járó zálogjog) fontosságát: a hitelpiac fejlődését meghatározza, hogy milyen vagyontárgyakat lehet zálogba adni.¹⁹⁰ Az egyik legismertebb elemzés erről a mezőgazdasági, pontosabban az állattenyésztésbe érkező beruházások nagyságát vezeti vissza arra, hogy az állatállomány zálogba adható-e, illetve milyen módszerrel lehet ezt megtenni. Fleisig állítása szerint miközben Uruguay és Kansas adottságai nagyrészt hasonlóak

¹⁹⁰ Közép-európai vizsgálatokért lásd Haselmann et al. [2006] és Safavian – Sharma [2007]. Előbbi 12 közép- és kelet-európai országban (köztük Magyarországon) vizsgálta, hogy milyen hatással van a hitelgaranciák, illetve a csődjog megváltozása a hitel mennyiségére. Eredményeik szerint a hitelgaranciák erősítése növeli a hitelmennyiséget – a hatásuk kifejezetten erősebb, mint a csődjogé. Safavian – Sharma [2007] 27 országban vizsgálja a hitelgaranciák szerepét abban, hogy a vállalatok új beruházásaikat bankhitelből valósítják-e meg (mekkora részét valósítják meg ebből a forrásból). A teljes mintán egyértelmű pozitív összefüggést találnak a hitelezővédelem és a bankhitel nagysága között.

a marhatenyésztés szempontjából, utóbbiban, mivel a bankok a csordákat hajlandók voltak fedezetként elfogadni, több hitel érkezett ebbe az ágazatba, ezért jobb eredményeket is értek el (Fleisig [1996] p. 45).

Azonban minden jogrendszer tiltja bizonyos zálogformák működését, bizonyos dolgok, jogok, kötelezettségek elzálogosítását. Most ezek közül a tilalmak közül tekintünk át ötöt: (i) a személyes tárgyak, (ii) a későbbi bérek és juttatások elzálogosítását, (iii) a nem konkrét tárgyakon alapított zálogot, (iv) a keretzálogot és (v) a teljes vagyont terhelő lebegő zálogot.

Személyes tárgyak. Több országban tiltják, hogy a személyes használati tárgyakat zálogba adják. A hatékonyságot kereső joggazdaságtani elemzés szerint itt nem a használati tárgyakon, hanem a *személyes* tárgyakon van a hangsúly. Azokról a tárgyakról van szó, amelyeket idioszinkratikus értékük miatt vélhetően jelentősen eltérően értékel a zálogba adó és a zálogba vevő. A jogosult számára a piacon elérhető legmagasabb ár adja a zálog értékét, annak érvényesítése esetén azonban a zálogkötelezett ennél lényegesen többet veszít. Elveszít valamit, amelyhez lehet, hogy érzelmileg is kötődik, amely miatt lehet, hogy a többi, megmaradó vagyontárgyának értéke is csökken (például ennek hiányában azokat sem tudja ugyanúgy, ugyanolyan élvezettel használni, stb.). A fentiek értelmében ilyenkor, személyes tárgyak esetén különösen fontos lenne, hogy megakadályozzuk a túl gyors és túl olcsó eladást. Mivel azonban a gyors értékesítés akadályozásával is csak azt lehet elérni, hogy a piaci árhoz közeli ár alakuljon ki, a zálogba adó számára afölötti (előszereteti) értéket is fedező ár nem biztosítható, így egyszerűbbnek látszik az értékesítés kontrollálja helyett inkább magát a zálogba adást tiltani.

Az érvelést annyiban kell pontosítani, hogy tudjuk: vélhetően minden tárgy, ami valakinek a birtokából kikerül, többet ér az ő számára, mint annak piaci értéke. Ne feledjük, maga a zálog is éppen ezért hatékony eszköz – láttuk ezt a kontraszelekció kapcsán is: ha a zálogkötelezett megkapná azt az értéket, amelyet a zálogtárgy neki valójában ér, akkor annak nem sok ösztönző hatása lenne. Tiltást igénylő probléma ezért csak akkor merül fel, ha (i) ez az idioszinkratikus érték jelentősen meghaladja a piaci értéket, illetve (ii) olyan (tipikusan kisebb értékű) vagyontárgyról van szó, amelyek esetében az adósvédelem más formái túl költségesek.

Jövőbeni bér, és szociális juttatás. A legtöbb jogrendszer szintén tiltja, hogy a kötelezett a jövőbeni bérből vagy állami juttatásból származó bevételeit elzalogosítsa.¹⁹¹ Az érvek itt két fontos kérdésre koncentrálnak. Az egyik a morális

¹⁹¹ Sokszor a végrehajtás alól is mentesítik ezeket vagy ezek nagyobb részét. A végrehajtás és a zálog között e tekintetben nincsen más különbség, mint hogy a zálog esetében előre megállapodhatnak a felek, míg végrehajtás esetében *ex post* döntheti el az adós vagy a végrehajtó, hogy milyen fedezetet is akar a tartozás rendezésére igénybe venni.

kockázat, a másik az extern hatás. (Gyakran elhangzó érv a bér és a szociális juttatások elzálogosítása ellen, hogy ezeket nagyon gyakran – igaz nem mindig – kényszer hatására vagy a feltételeket át nem gondolva adja zálogba az adós. Ezzel az érveléssel most nem foglalkozunk, a későbbiekben a szerződéskötés feltételei között fogunk rá kitérni.)

Morális kockázat elsősorban a bér esetén bukkan fel, pontosabban, minden olyan esetben, amikor a bevétel függ a zálogba adó döntéseitől, erőfeszítésétől. Amennyiben a bér jelentős részét elzálogosítják, akkor ez csökkenteni fogja az erőfeszítések hozamát: hiába dolgozik valaki többet, nem jut extra jövedelemhez, az csak az adósságát csökkenti. Emiatt visszafoghatja a teljesítményét. Ez persze nagyon leegyszerűsített kép, amely két kiegészítést mindenképpen igényel. Egyrészt, egy racionális döntéshozó nem biztos, hogy mindezt a hozam csökkenéseként fogja fel: bár a folyó jövedelme alacsonyabb lesz meghatározott ideig, de egyben a tartozása is csökken. Miért különbözne ez attól, hogy köt egy olyan megállapodást, amely szerint a tartozás fejében átadja jövedelme meghatározott részét mindaddig, amíg az ilyen módon átadott összeg nem fedezi az adósságot (és a kamatait)? Az utóbbit viszont a legtöbb jogrendszer megengedi – a magyar diákhitel például ebben a formában működik. Másrészt, arról sem feledkezhetünk meg, hogy az elvonás akár fokozhatja is az erőfeszítéseket. Az elzálogosítás miatt jövedelemcsökkenés következik ugyan be, de jövedelemcsökkenés esetén két hatást kell megkülönböztetni: az ún. helyettesítési és a jövedelmi hatást. A *helyettesítési hatás* azt eredményezi, hogy elvonás esetén csökken az erőfeszítés, a munkával töltött idő. Ez az előző „hozamérvelés”: kevésbé éri meg a munka. Ezzel viszont szemben áll a *jövedelmi hatás*: ugyanakkor a jövedelmi szintnek a fenntartásához magasabb erőfeszítés szükséges. Ha nő az erőfeszítés, akkor ezzel a zálogjogosult megtérülése is gyorsabb lesz.

Ha a jövőbeli bér elzálogosítása ellen a morális kockázat alapján akarunk érvelni, akkor még egy fontos problémára válaszolni kell: ha ez az ellenőrzőtönző hatás ilyen erős, akkor miért fogadná el zálogként azt a hitelező? Vagy ő nincs ezzel tisztában? Ha tisztában van vele, akkor vélhetően számol is vele, nem szükséges őt a morális kockázattól megvédeni. Ne feledjük, a morális kockázat érvelés a zálogjogosultat védi! Mindezek alapján úgy tűnik, hogy ez az érv gyenge lábakon áll – emiatt felesleges tiltani a jövedelem elzálogosítását.

A másik érv, az extern hatás elsősorban a szociális kiadások kapcsán merül fel, de részben a munkabér-zálog esetén is jelentkezik. A probléma az, hogy amennyiben a zálog fejében ezeket a jövedelmeket elviszlik, akkor a napjainkban működő szociális rendszer kénytelen lesz azokat valamilyen mértékben kipótolni. A szociálpolitika mai felfogása szerint a társadalom nem engedheti meg magának, hogy valaki jövedelem nélkül maradjon – még akkor sem, ha

azt esetleg maga idézte elő.¹⁹² Vagyis a szociálpolitika úgyszólván kiegészítené a jövedelmüket. A zálog tehát végső soron nemcsak a zálogba adót, hanem, legalábbis részben, az államot, a társadalombiztosítást – az adófizetőket – is terheli. Közgazdaságilag kevésbé fontos, de gyakran elhangzó érv az is, hogy az ilyen zálog nemcsak a kötelezettet (és az államháztartást), hanem a kötelezett hozzátartozóit is érinti: ez a későbbi jövedelemcsökkenés az ő életüket is nehezebbé teszi. Közgazdaságilag az érv azért kevésbé fontos, mert nincs, pontosabban csak gyenge az aszimmetria: a mostani extra jövedelem, a hitel, a megbízás miatt elérhető magasabb jólét vélhetően ugyanúgy érinti őket, mint a későbbi jövedelemcsökkenés. Ha tiltjuk a zálogot, akkor ugyanők nem jutnak most magasabb jövedelemhez sem.

Nem azonosítható zálogtárgy. A zálog alapítása után, mint láttuk, az egyik legfontosabb probléma, hogy az adott vagyontárggyal a gazdálkodás nehezebb lesz, értékesítésekor jelentős egyeztetésre, adminisztrációra lehet szükség. Ezt a problémát csökkenti az a megoldás, ha nem kell pontosan megjelölni, hogy melyik vagyontárggyal van szó, hanem elég, ha csak fajta és mennyiség szerint határozzák azt meg (például az adott csordából való x darab meghatározott életkorú, egészséges, stb. tehén). Ez a *körülírással megjelölt zálog*. Ha ragaszkodnánk a pontos megjelöléshez, akkor bizonyos dolgokat kizárnánk a zálog köréből vagy roppant költségessé tennénk a zálogjogot. Gondoljunk arra, ha valaki meghatározott mennyiségű búzát szeretne zálogba adni! Itt a pontos megjelölés legalábbis valamiképpen elkülönített tárolást követelne. A zálogtárgy körülírása tehát a szerződéskötés költségét csökkenti. De csökkenti a tranzakciós költséget is: ha a jelzálogot a birtokában tartó tulajdonos azzal gazdálkodni szeretne, akkor azt egyszerűbben – a zálogszerződés módosítása nélkül – megteheti. Másik oldalról viszont a körülírással meghatározott zálogjog utólagos vitákhoz vezethet arról, hogy mi is volt a zálogtárggyal szemben elvárt minőség, mi történjen, ha a zálogtárgy valamilyen szerencsétlen esemény

¹⁹² A szociálpolitika ezen elvének hatékonysági következményeiről komoly közgazdasági viták folynak. A zálogba adás tiltását hatékonysági szempontból kritizáló érv elsősorban az *ex ante* ösztönzőkre, vagyis a fent látott morális kockázatra hivatkozik: ha megvédjük (részben) a rossz döntések következményeitől a döntéshozókat, akkor több rossz döntés fog születni. Ha kisebb lenne a munka nélkül elérhető jövedelem, többet tennének azért, hogy munkát találjanak – szól az érv.

Akik ezzel nem értenek egyet, azok két ellenérvet hoznak fel. Az egyik arra hivatkozik, hogy ezzel viszont az *ex post* lehetőségeket korlátozzuk: a kötelezett jövedelem nélkül nem tudja fenntartani a humántőkéjét (egészségét, fizikai-pszichikai állapotát, szakértelmét, stb.), és emiatt lehetetlenné válik, hogy valaha is kiszabaduljon az aktuális állapotából. A másik ellenérv arra támaszkodik, hogy maguk a rá nem szorulóak sem szeretnék, hogy környezetükben jövedelem nélküli emberek legyenek: ők maguk is hajlandók a jövedelmük egy részét az ilyen szegénység eltüntetésére érdekében feláldozni. (Az érvek részletesebb bemutatását lásd Barr [2009])

miatt időközben megsemmisül? A körülírással meghatározott zálog a megsemmisülés kockázatát másképpen osztja meg a felek között, mint a jelzálog: amíg van a kielégítéshez elegendő mennyiség, addig a zálog nem semmisülhet meg, a zálogkötelezett köteles azt pótolni. Vagyis a zálogkötelezett több kockázatot visel, és ezzel nagyobb óvintézkedésekre ösztönözzük.

Keretzálog. Hasonlóan a szerződéskötést egyszerűsíti a *keretzálog intézménye* is. Egyszerűsíti hiszen csökkenti a szerződéskötéssel, zálogalapítási adminisztrációval (bejegyeztetéssel) járó költséget. Elég egyszer egy nagyobb összegre zálogot alapítani, nem kell minden esetben külön-külön megtenni. Azonban arról sem feledkezhetünk meg, hogy – első látásra – a többiek tranzakciós költségeit viszont emeli ez: az adott vagyontárgyakat a jövőben megterhelni kívánó hitelező nem tudhatja, hogy a keretzáloggal védett hitelkeretből mennyit hívtak le. De ez a probléma csak látszólagos, hiszen ugyanúgy fennáll akkor is, ha nem keretbiztosítéki, hanem sima jelzálog van: akkor ugyan az nem lesz kérdés, hogy mekkora kölcsönt hívtak le, de az igen, hogy a lehívott kölcsönből mennyit fizettek vissza. Mint tudjuk, az aktuális zálogteher nem a keretösszegtől, illetve az eredetileg kapott hiteltől, hanem az éppen fennálló adósságtól függ – ez pedig csak a főkötelezettség, vagyis az aktuális tartozás ismeretében tudható meg.

Teljes vagyon. Az utóbbi időben a legnagyobb vita talán az ún. *teljes vagyont terhelő zálogjog (floating charge)* körül alakult ki. Mivel ilyenkor nem teljesítés esetén a hitelező a vagyon bármelyik elemét, vagy éppen a teljes vagyont egyben is értékesítheti, így ennek természetes következménye, hogy ő lesz az egyetlen fedezettel rendelkező hitelező, más nem fog fedezett hitelt adni. Mivel egy hitelező csak olyan vagyontárgyat hajlandó biztosítékként elfogadni, amelynek könnyen fel tudja mérni a piaci árát, vagy az alternatív felhasználási lehetőségeit, így a teljes vagyont terhelő zálogot csak azon zálogjogosult fogadja el, aki a teljes vállalat alternatív működéséről is véleményt tud alkotni. A teljes vagyont terhelő zálog tehát erősen ösztönzi a jogosultat a vállalat-specifikus információk gyűjtésére. Ha a hitelező erre vállalkozik, akkor lényegesen alaposabban ellenőrizheti a vállalat döntéseit, vagyis az egyetlen fedezett hitelező végső soron a többi hitelező „megbízott ellenőreként” jár el (Diamond [1993]): elvonhatja ugyan a vagyont a többiek elől, de jelentősen csökkentheti is a hitel bedőlésének kockázatát.¹⁹³

¹⁹³ Davydenko – Franks [2008] eredményei szerint például Nagy-Britanniában, ahol erős prioritási sorrend alakult ki, sőt 2003-ig a teljes vagyont terhelő zálogjogot is elismerték, kevesebbszer került sor formális csődeljárásra, különösen felszámolásra, mint a két nagy kontinentális jogrendszerben, Franciaországban és Németországban. Az ilyen teljes vagyon biztosítékul kapó hitelezőnek ugyanis érdeke a leghatékonyabb megoldást megtalálni. Őt könnyebb rávenni a tárgyalásokra, a további működtetésre, ha valóban az a kölcsönösen előnyös megoldás.

3. PRIORITÁS: CSŐDJOG ÉS VAGYONELVONÁS

A dologi biztosítékok kapcsán láttuk, hogy az egyik legfontosabb kérdés a prioritásé. Ez nem vizsgálható a csődjog érintése nélkül.

A dologi hitelbiztosítékok ereje akkor látszik igazán, ha az adós fizetéképtelen, ha az adóssal szemben végrehajtást rendelnek el, illetve, ha a vagyónára felszámolást vezetnek. Amennyiben az adós csődbe megy, akkor a biztosítékul lekötött vagyon a csődvagyon része lesz, a hitelező nem juthat hozzá azon az úton, amelyet az előbb tárgyaltunk – csak a csődeljárás keretében. A csődeljárás szabályozása éppen azért fontos, mert ettől függ, hogy kik, mikor és a követelésük mekkora részét kaphatják meg.

Kivételt a csődeljárás alól a fiduciárius biztosítékok képeznek – ez teremti meg a népszerűségüket. Ezek ugyanis a hitelező vagyonának számítanak, ezért – lévén nem az adóséi – nem képezik a csődvagyon részét, a hitelezői igények kielégítését megelőzően ki kell adni azokat a tulajdonosnak. A végrehajtási, illetve csődjogi szabályok határozzák meg, hogy mekkora a fiduciárius biztosítékok előnye, illetve a zálogjog hátránya.¹⁹⁴ (Menyhárd [2007] p. 479)

E könyvnek nem feladata a csőd joggazdaságtanának részletes áttekintése, de néhány lényeges kérdést meg kell válaszolni ahhoz, hogy megértsük a biztosítékok és a prioritási rendszer fő összefüggéseit. A csőd mellett pedig szólni kell az általános hitelezővédelem legfontosabb eszközéről is: az opportunistá vágyonkimentéssel szembeni garanciákról. Ebben az alfejezetben ezt a két témát vizsgáljuk.

3.1. Csődeljárás

A hitelezővédelemnek két formáját különítjük el: a hitelezők egyéni és csoportos védelemét. Egyéni védelem a fedezet mellett nyújtott, tipikusan jelzálogjoggal védett hitel. A csoportos hitelezővédelem tipikus formája pedig a csőd. Mint láttuk, egyéni hitelezővédelem esetén a vagyontárgy átadása, illetve sikeres értékesítése (és a folyamat gyorsasága) a kérdés. A csődeljárásban már több egyéb cél is megjelenik. Itt dönteni kell arról is, hogy (i) érdemes-e a vagyont egyben tartani, és annak későbbi hozamaiból elégíteni ki a hitelezőket (reorga-

¹⁹⁴ Biztosítéki célú engedményezés esetén komoly érdekkonfliktus alakulhat ki az összes bevételre igényt tartó biztosítéki engedményes és a többi hitelező között. A konfliktust a Legfelsőbb Bíróság 2001-ben (BH.2001.489) úgy oldotta meg, hogy kimondta: „a biztosítéki célú engedmény osztozik a többi biztosíték jogi sorsában, így ha a hitelező az engedményen alapuló követelést a felszámolás kezdő időpontjáig nem szedte be a kötelezettől, azzal már nem rendelkezhet; az adós által meghatározott célból nyújtott biztosíték a felszámolás körébe tartozó vagyon részét képezi.”

nizáció vagy felszámolás történjen-e), illetve, hogy (ii) kik és milyen sorrendben jussanak a pénzükhöz.

A két hitelezővédelmi rendszer között fontos különbség, hogy – mint láttuk – az egyéni hitelbiztosíték működhet ugyan diszpozitív szabályokkal is, de csőd esetében általában kógens rendelkezéseket találunk. Ennek fő oka, hogy míg a hitelezők és az adós köthetnek egyesével szerződést, de meglehetősen valószínűtlen, hogy a hitelezők egymással is meg tudnák ezt tenni (például a csőd eljárás menetéről).¹⁹⁵

A csődjog céljai: az ex post morális kockázat kezelése. Fent egységesen kezeltük a morális kockázatot: azt vizsgáltuk, hogy a döntéshozó milyen kockázatokat vállal fel. Most azonban ezen belül érdemes megkülönböztetni két típust: az *ex ante* és az *ex post* ügynökproblémát. (Hart [2000]) Az *ex ante* probléma lényege, hogy a kötelezett megtesz-e minden hatékony óvintézkedést, illetve nem vállal-e fel túl sok kockázatot, túlzottan is veszélyeztetve ezzel a szerződés teljesítését. (Az előző alfejezetben elsősorban ezt az *ex ante* problémát elemeztük.) Az *ex post* probléma ezzel szemben akkor jelentkezik, amikor már nagyon közel került a szerződésszegéshez, a csödhöz a kötelezett. Az *ex post* ügynökprobléma alapja az, hogy ő – a majdnem biztos bukás tudatában – újabb kockázatos projektekbe kezd: vesztenivalója már nem nagyon van. Ha tovább nő a vesztesége, azt ő nem viseli, az a hitelezők költsége – az ő megtérülésük csökken a bukás miatt. Ha viszont szerencsésen alakulnak a körülmények és a program sikeres, akkor a (hitelezők kifizetésén felüli) hozam az övé. A kockázat felvállalásával nem veszíthet – viszont nyerhet. Míg az *ex ante* problémára (egyebek mellett) a biztosítékok megoldást jelentenek, addig az *ex post* morális kockázat fő kezelési módja már a megfelelően kialakított csődjog. Például, ha a csődjog korlátozza a fizetéképtelen helyzetbe vagy ahhoz közel került kötelezett döntési jogait (például döntései végrehajtását egy csődgondnok egyetértéséhez köti), akkor ezzel a hitelezők, jogosultak érdekeit figyelmen kívül hagyó döntések, az *ex post* morális kockázat veszélye lényegesen csökkenthető.

A csődjog céljai: a káros versengés csökkentése. A csödközelbe került vállalatok esetében a kockázatot nem csak a kötelezett rossz döntései, túlzott kockázatvállalása jelentik, hanem maguk a hitelezők is okozhatnak gondot. Tipikus példája ennek a *káros versengés*: a jogosultak a minél gyorsabb lefoglalásban, végrehajtásban érdekeltek, hiszen ha kívárnak, akkor azt kockáztatják, hogy a többiek elviszik előlük a vagyont. Mindenki a minél gyorsabb végrehajtásban érdekelt, amely összességében tovább rontja annak az esélyét, hogy a kötelezett teljesíteni tudjon. Láttuk, a hitelbiztosítékok rendszere véd, védhet ez ellen:

¹⁹⁵ Elvileg elképzelhető az is, hogy a csőd eljárás módját ne kógens jogszabály, hanem az egyes vállalatok alapszabálya írja elő (például egy diszpozitív csödtörvénnyel megtámogatva). Ennek az érdekes lehetőségnek az elemzésétől itt eltekintünk. (Lásd White [2007].)

a dologi biztosítékokkal rendelkezők nem érdekeltek a gyors végrehajtásban, hiszen a dologi jogaik megmaradnak, kielégítésük esélye nem csökken jelentősen, a biztosítékul lekötött vagyont nem (nagyon) lehet elvinni előlük. Ha a csődszabályozás egyértelművé teszi a kielégítési sorrendet, akkor ez csökkenti a sietség, a káros versengés értelmét: hiába siet valaki, ha a csődeljárásban ügysem kaphatja meg annál korábban a tartozását, mint amit a törvény előír.¹⁹⁶

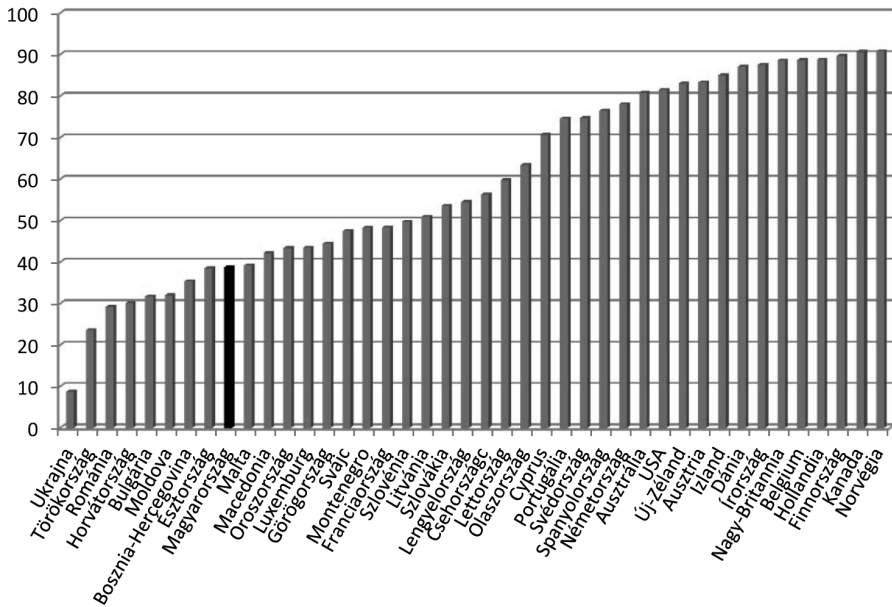
A csődeljárás céljai: kvázi-biztosítási funkció. A csődeljárás harmadik fontos célja a fent már bemutatott implicit biztosítás lehet (White [2007]) – igaz, abban, hogy ez fontos cél-e, már nincs teljes egyetértés. Ha a csődeljárás valóban korlátozza a káros versenyt, azzal nemcsak a jogosultak megtérülését, hanem a kötelezett vagyonának értékét is emeli, kevesebbet veszít egy csőd esetén. Viszont a bukás esetén várható veszteség csökkenése miatt nagyobb valószínűséggel vág bele kockázatosabb projektekbe. A biztosítási funkció lényege épp az, hogy kockázatvállalásra ösztönözzön. Kérdés azonban, hogy akarjuk-e a kötelezettet kockázatvállalásra ösztönözni. Ne feledjük, hogy mind az *ex ante*, mind az *ex post* ügynökprobléma épp arra utal, hogy a kötelezett az aszimmetrikus kifizetések miatt eleve túl magas kockázatot vállal.

A csődeljárás kérdései. A fenti céloknak megfelelni akaró csődeljárás kiépítésekor több fontos kérdést kell megválaszolni. Az egyik legfontosabb a kötelezett sorsa: például választani kell a felszámolás és reorganizáció, az életben tartás között. A közgazdaságtan állítása szerint a hatékony döntés attól függ, hogy a vagyon egyben tartása maximálja a vagyon értékét és a foglalkoztatottak, beszállítók hasznát vagy a vagyon feldarabolása és értékesítése (vagyis a válalat felszámolása). Azonban sok csődjogi rendszer nem ezt mérlegeli, hanem eleve erősen elkötelezett az ún. *továbbműködtetési cél mellett*. Ezen rendszerekben a szabályok a menedzsment, a beszállítók, a munkavállalók rövidtávú veszteségeinek csökkentése érdekében akkor is akadályozzák a kötelezett felszámolását, ha annak vagyonelemeit jobb lenne más formában hasznosítani, ha a munkavállalók, beszállítók is képesek lennének (rövidebb-hosszabb idő alatt) jobb megbízót, munkaadót, értelmesebb, jövedelmezőbb tevékenységet találni maguknak. (A csődjog kialakításakor megválaszolendő kérdések közül a legfontosabbakat a 6.1. szövegdoboz tartalmazza.)

De nem kell a továbbműködtetést prioritásként megfogalmazni ahhoz, hogy a csődjog hatékony működése lehetetlenné váljon – elég, ha a fenti három cél között nem találunk megfelelő egyensúlyt. Ha például csak a káros versengés megakadályozására figyelünk, és nagyobb biztonságot akarunk adni a kö-

¹⁹⁶ Az irodalomban a csődvagyon felosztása gyakran csak, mint méltányossági kérdés merül fel. Elvileg egy meglévő vagyon felosztása valóban méltányossági kérdés csupán. Csakhogy itt más a helyzet. Ugyanis amennyiben a felosztás szabályai nem tiszták, megindulhat a káros versengés.

6.1. ábra. A csődeljárás megtérülése európai és észak-amerikai országokban, 2010



Forrás: Doing Business [2012]

telezettnek, akkor félő, hogy roppant költséges csődeljárást alakítunk ki.¹⁹⁷ Amennyiben viszont a csődeljárás drága, csőd esetén a hitelezők megtérülése alacsony, az a szerződéskötést bizonytalanná teszi (olyan, mintha a jogrendszer kisebb valószínűséggel kényszerítené ki a szerződéseket), a hitelezést nehezíti. Ráadásul ezek a nem hatékony eljárások akadályozzák, hogy a nem hatékony vállalatokat a csődeljárás kiszoríthassa a piacról (Dam [2006]). A magyar csődeljárás, mint azt a 6.1. ábrán is láthatjuk, ilyen: a nemzetközi vizsgálatok

¹⁹⁷ Djankov et al. [2006] szerint nemzetközi összehasonlításban a hatékony megoldást nagyobb eséllyel választják ki azok a jogrendszerek, (i) ahol a bírósági eljáráson kívüli lefoglalás, értékesítés lehetséges, (ii) amelyek engedik, hogy a teljes vagyont biztosítékként használják, (iii) ahol a csődeljárás során a fellebbezést ugyanaz a bíróság ítéli meg, illetve, (iv) ahol a reorganizációhoz szükség van a bíróságtól a biztosított hitellel rendelkezők közvetlenül szavaznak. Ezzel szemben nyilvánvalóan rontja a hatékony döntés esélyét, (a) ha a cégnek kötelezően fel kell függesztenie a tevékenységét a csődeljárás során, (b) ha a partnerek szabadon felmondhatják a szerződéseiket, illetve, (c) ha a biztosított hitelezők nevezik meg vagy vétőzhatják meg a csődbiztost (adminisztrátort). Érdemes felhívni a figyelmet arra is, hogy egy-két elem – talán a várakozások ellenére – nem hat: ilyen például az, ha befagyaszttják a biztosított hiteleket; ha hivatalban maradhat a menedzsmnt, illetve ha a csődjog ismeri a kötelező öncső intézményét.

az európai országok között viszonylag drágának, a belőle várható megtérülést pedig alacsonynak ítélik.¹⁹⁸

6.1. szövegdoboz. A csődeljárás kialakítása során megválaszolandó kérdések

A csődeljárást – a megtérülésen túl – Djankov et al. [2006], illetve Davydenko – Franks [2008] alapján hét szempont segítségével értékelhetjük:

1. Ki indíthat csődeljárást? (Pontosabban van-e csődindítási kötelezettsége a cégnek vagy éppen a hitelező kifejezetten megakadályozhatja-e a csőd indítását?)
2. Ki felügyeli a csődeljárást: milyen szerepet játszanak ebben a biztosítékkal rendelkező hitelezők, a bíróság? (Ki nevez ki csődgondnokot, kinek kell hozzájárulnia a reorganizációs tervhez, milyen a szavazási sorrend?)
3. Kifizethetők-e a biztosított hitelek a csődeljárás alatt?
4. Funkcióban maradhat-e a vállalat menedzsmentje; esetleg ő is készíti elő a reorganizációs tervet?
5. Milyen szabadságot kap a vállalat korábbi szerződési felülvizsgálatában (például kiléphet-e azokból azzal a feltétellel, hogy ezzel azok ki nem fizetett része nem biztosított hitellé alakul)?
6. A vállalat partnerei felmondhatják-e szerződéseiket a csődre hivatkozva?
7. Milyen a bírósági eljárás (van-e külön a csődesetekre specializált bíróság), van-e lehetőség fellebbezésre, milyen gyors az elbírálása, más bíróság elé kerül vagy ugyanaz bírálja el a fellebbezést is?

Prioritás. Amennyiben a hitelező nem tud – például fiduciárius biztosítékok miatt – tulajdoni igényrel fellépni, akkor a kielégítés azon túl, hogy mekkora lesz a hitelezők kielégítését szolgáló vagyon azon múlik, hogy hol áll a prioritási rangsorban. A prioritási lista adja meg, hogy mikor (mely hitelezők kielégítése után maradó vagyonból) kapja meg a követelését. A legtöbb jogrendszer az abszolút prioritás szabályán nyugszik. E szabály két fontos eleme:

- (i) az alacsonyabban rangsorolt hitelezők csak az előrébb sorolt hitelezők teljes kielégítése után juthatnak forráshoz; és
- (ii) a biztosított követelések (ha esetleg felfüggesztik is őket a csődeljárás

¹⁹⁸ A nemzetközi összehasonlításokkal azonban óvatosan kell bánni. Djankov et al. [2006], illetve a Doing Business [2010] is egy hipotetikus esetből indul ki. Erről kérdezi a különböző országok jogszabályait, majd értékeli az általuk becsült végeredményt, idő- és erőforrásigényt. Az eset azonban túlzottan is leegyszerűsítettnek tűnik. A csődön kívüli megegyezés esélyével például nem is számol. Egyetlen hitelezőt feltételez, vagyis a hitelezők közötti konfliktustól eltekint – holott a csődjogi szabályozásnak ez az egyik alapproblémája. A hitel konvertálása (például részvényre, tulajdonná) fel sem merül. Az összes fél ismeri kezdetül, hogy mi a hatékony megoldás (attól csak azért térhetnek el, mert saját egyéni szándékaik nem esnek azzal egybe). A reorganizációhoz nem kell bevonnai új forrást (holott a csődeljárás során felvett új hitelek kielégítési besorolása a csődjogi szabályozás egy másik alapkérdése).

során) mindenképpen megelőznek minden más igényt – kivéve esetleg a végrehajtási költségeket.

Közgazdasági értelemben az abszolút prioritási szabály lényege az, hogy *reziduális jogosultat* teremt, és ezzel hozzájárul mind az *ex ante*, mind az *ex post* ügynökprobléma csökkentéséhez. Reziduális jogosulton a közgazdaságtan azt az embert (vagy csoportot) érti, aki miután a többiek – vagy esetünkben a rangsorban előtte állók – követeléseit már kielégítették, a fennmaradó jövedelemre, vagyonra jogosult. Csőd esetén a reziduális jogosult az a csoport, akinek a kielégítése a kötelezett vagyonából már épp megkezdhető, de teljes kielégítést még nem nyer. (Ha teljesen ki lehetne elégíteni, akkor a rangsorban eggyel mögöttük álló csoport lenne a reziduális jogosult.) Az, hogy kik lesznek épp ebben a pozícióban attól függ, hogy a vállalat vagyona hogyan viszonyul a teljes tartozásához.

A reziduális jogosult mindig érdekelt abban, hogy csak olyan döntések születhessenek meg, amelyek a vállalat nyereségét, és ezért az ő kifizetésüket is növelik. Láttuk fenn, hogy komoly problémát okozhat a kollektív fellépés. Ha például az lenne a szabály, hogy mindenki a követelésének ugyanakkora részét kapná meg (nem lenne prioritás), akkor ugyan mindenki érdekelt lenne a jó döntésekben – hiszen mindenki vagyonát érintenék –, de vélhetően majd mindenki potyázna is, vagyis majd mindenki arra várna, hogy a többiek lépjenek fel a rossz döntések ellen. Mint láttuk, minél nagyobb az a csoport, aki érdekelt lenne a menedzsment (és a csődgondnok) ellenőrzésében, annál nagyobb az esélye, hogy mindenki potyázni fog. Ha csökkentjük a reziduális jogosultak körét, akkor a potyázás esélye csökken – kisebb csoportban nagyobb valószínűséggel lesznek olyanok, akik a többiek helyett is megteszik a csoport érdekében álló lépéseket (esetünkben: ők fogják ellenőrizni a vagyont érintő döntéseket).¹⁹⁹

A kielégítési sorrend kapcsán általában *méltányossági problémák* kerülnek az érdeklődés homlokterébe: miért nem jutnak a munkavállalók, a beszállítók stb. pénzhez, miközben a bankok (a biztosított hitelezők) igen? Miért a hitelezőket, miért azokat védi a prioritás, akik képesek lettek volna felmérni az adós helyzetét? Nem inkább a különböző a csődbe ment vállalattal szerződésben nem álló károsultak (és a nem biztosított hitelezőknek) az előbbre sorolása lenne indokolt? Ha közgazdaságtani választ keresünk, akkor abból kell kiindulnunk,

¹⁹⁹ Fel kell azonban hívni a figyelmet arra is, hogy a bonyolultabb modellek szerint már nem biztos, hogy az abszolút prioritási szabály minden tekintetben kielégítő eredményt hoz. Az ilyen összetettebb modellek általában azt a helyzetet próbálják elemezni, amikor a hitelezők nem tudnak kellő mennyiségű információt gyűjteni, nem tudják megfigyelni a kötelezett helyzetét, hanem az adós, illetve annak menedzsmentjének tájékoztatására szorulnak. Ilyenkor belátható, hogy az abszolút prioritás szabálya sem véd meg az adós túlzott kockázatvállalása, a csődhelyzet bejelentésének halogatása vagy éppen az információk visszatartása ellen. (White [2007])

hogy a különböző csődben érintett csoportok között éles különbség van. Van-
nak közöttük a céggel szerződéses viszonyban állók és olyanok, akik nem.
A prioritási sorrendnek a nem biztosított hitelezők, a beszállítók, munkavállalók
érdekeiben történő módosítása azért vonható kétségbe, mert nem lehetünk
biztosak abban, hogy ezek a céggel szerződéses viszonyban (tranzakciókban)
álló partnerek nem kaptak-e implicit kompenzációt a csőd esetén várható ala-
acsonyabb megtérülésükért. Például, abból, hogy egy szerződést, egy hitelt nem
védték dologi biztosítékokkal, még nem következik, hogy más módon – például
magasabb kamattal, ellenszolgáltatással, munkabérrel – sem kompenzálták a
jogosultakat a kockázatért.

A kártérítési esetek károsultjainak problémája már komolyabb dilemmát
okoz. Ők szerződéses módszerekkel nem védekezhettek. Több joggazdasági
modell (a legismertebb Bebchuk – Fried [1996]) is arra következtetésre jut, hogy
a biztosított hitelek magasabb prioritása gyakorlatilag azt eredményezi, hogy
ezen csoportok kompenzálása elől viszik el a fedezetet. Az abszolút prioritás
melletti joggazdaságtani érvek két választ kínálnak erre a kritikára. Az elmé-
leti modellek azt hangsúlyozzák, hogy a prioritás megváltoztatása egyszerűen
megdrágítaná a hiteleket, amely végső soron a fogyasztói árak emelkedésében
jelenne meg. Vagyis a kérdés igazából nem az, hogy a károsultak vagy a *bizto-
sított hitelező* viselje-e a csőd kockázatát, hanem az, hogy azt a károsultakra
vagy a *fogyasztókra* terheljük-e. Arról kell állást foglalni, hogy ki a jobb kocká-
zatviselő: a fogyasztó vagy a végső károsult. És erre már – figyelembe véve a
fogyasztók korlátozott racionalitását is, amelyet majd a tizenegyedik fejezetben
elemzünk – nem világos a felelet. A másik válasz empirikus. Listokin [2008]
azt vizsgálta, hogy magas szerződésen kívüli várható kártérítés esetén nő-e
a fedezetet követelő hitelezők aránya – más szóval: igaz-e, hogy a hitelezők
ilyen esetekben csak akkor hajlandók hitelt adni, ha biztosítják nekik a meg-
térülést. Listokin vizsgálatának tárgya az amerikai dohánysektor volt, ahol a
hatalmas kártérítési összegek miatt felmerülhetne, hogy a hitelezők a fedezet
megkövetelésével védik magukat a kártérítési igénnyel jelentkezőkkel szemben.
A kritikával szemben azonban azt találta, hogy éppen a szektorban kifejezetten
alacsony a biztosított hitelek aránya.

3.2. Vagyonkimentés

A fentiekben azt írtuk, hogy a jogosult azért akar fedezetet szerezni, mert ezzel
tudja biztosítani a megtérülését. Ez igaz is – a fedezet nagyobb biztonságot
ad. De a jogosult e nélkül sem teljesen védtelen: a jog akkor is védi, ha nincs
biztosítéka.

Az előbb az *ex post* morális kockázat kapcsán a túlzott kockázatvállalást tárgyaltuk. Van azonban ennek egy lényegesen egyszerűbb, nyilvánvalóbb és szélsőséges formája is: a tudatos vagyonszivattyúzás. Tipikus esetben ez azt jelenti, hogy a csőd közelben levő kötelezett a végrehajtás alá vonható vagyonát áron alul eladja. Teszi ezt általában azért, mert a vagyon vevője valamilyen, a jogosult számára el nem érhető ellenszolgáltatást nyújt neki. Az ár ugyanis a csődvagyon része lesz, de ezek az extra juttatások már nem. Az ilyen ellenszolgáltatás lehet akár anyagi (nem hivatalos vételárként kifizetett összeg), akár immateriális is (például valamilyen barát vagy családtag jóléte – különösen, ha maga a vevő ez a barát, vagy családtag).

Magyar szabályozás. Az ilyen csődvagyont csökkentő lépések ellen a magyar Ptk. elsősorban a fedezetelvonó szerződések szabályozásával védekezik. Egy szerződés akkor fedezetelvonó, ha azzal (i) harmadik személy igényének kielégítési alapját részben vagy egészben elvonják, úgy, hogy (ii) a vagyon új tulajdonosa a vagyon fedezeti jellegéről, a fedezet csökkenéséről vagy tudott (tudnia kellett), és ezért rosszhiszemű volt, vagy (iii) a szerződésből ő ellenszolgáltatás nélküli, ingyenes előnyhöz jutott. (Benedek – Gárdos [2007] p. 736) Az ilyen szerződések érvényesek ugyan, de a jogi szaknyelv szerint csak „viszonylagosan”: a harmadik személy és az adós (kötelezett) viszonyában úgy kell tekinteni, mintha a vagyonszivattyúzás szerződést meg sem kötötték volna, vagyis a szerződéssel átruházott vagyontárgy a kötelezettség fedezete marad.

A bírói gyakorlat szerint egy adott szerződés csak akkor lehet fedezetelvonó, ha több feltétel egyszerre fennáll. Ezek:

1. a fedezetelvonó szerződés megkötésének időpontjában már élt a harmadik személy igénye,
2. a szerződés tárgya fedezetül szolgált volna, és
3. annak elvonása miatt annak teljesítése részben vagy egészben lehetetlenné vált – vagyis, ha a kötelezettnek maradt olyan vagyona, jövedelme, amely kellő fedezetül szolgál, akkor nem beszélhetünk fedezetelvonásról.

Ingyenesség esetén az alapszabály szerint a rosszhiszeműséget nem kell vizsgálni: az előző három feltétel esetén adott ajándékot vissza lehet követelni fedezetelvonás címén, akkor is, ha a megajándékozott jóhiszemű volt. Mivel így rá ugyanazok a jogkövetkezmények vonatkoznak, mint a rosszhiszemű vevőre, így a jog is speciális szabályokat alkot ingyenesség esetére. Ilyen az, hogy amennyiben az új tulajdonos a dolgot felhasználta, elajándékozta vagy az megsemmisült, akkor ő mentesül a felelősség alól – ha viszont a megajándékozott rosszhiszemű, akkor ezek a kivételek nem állnak, vagyis a jog ugyanúgy kezeli, mint a rosszhiszemű vásárlót. (Benedek – Gárdos [2007] p. 737)

A magyar jog bizonyos esetekben kifejezetten megfordítja a bizonyítási terhet: vélelmezi a szerződés ingyenességét, illetve a szerző fél rosszhiszeműségét.

A vevőnek kell bizonyítani a jóhiszeműségét, ha a szerződést két összefonódó gazdálkodó szervezet köti; ha a kötelezett gazdálkodó szervezet a saját tagjával, vezető tisztségviselőjével vagy az ő hozzátartozójukkal köt ilyen szerződést; ha valaki olyan jogi személlyel köt szerződést, amelyben többségi befolyása van. (Benedek – Gárdos [2007] p. 737)

Ki kell emelni, hogy a magyar jog a fedezetelvonó szerződésekről nemcsak a polgári törvénykönyvben, hanem a csődtörvényben is rendelkezik. A csődötvény elsősorban abban tér el a Ptk. szabályozásától, hogy (i) a szerződés akkor is megtámadható, ha egyik fél sem rosszhiszemű, és (ii) a vagyontárgyat megszerző fél nem csak arra kötelezhető, hogy tűrje a kielégítést, hanem a vagyoncsődvagyona történő visszaszolgáltatására is (Benedek – Gárdos [2007] p. 741).

Joggazdaságtani alapkérdések. A vagyonkimentés joggazdaságtani elemzése két elemre koncentrál, mivel a legtöbb ország szabályozásában ez a két fő probléma: mit jelent (i) az elégtelen ellenérték, és (ii) a csődhelyzet? Ne feledjük, a vagyontárgy értékesítésekor az ellenérték a vagyon része lesz, vagyis a vagyon csak akkor csökkenhet, ha az ellenérték elmarad a vagyontárgy piaci értékétől!

Első ránézésre is nyilvánvaló, hogy miért van szükség e két elem vizsgálatára. Az ellenérték aránytalanságának, az értékegyensúlynak a vizsgálata azért fontos, mert ha ezt nem vizsgálánk, és minden adásvételt – a közel egyenértékű cserét is – vagyonkimentésnek minősítenénk csőd közeli helyzetben, akkor ezzel a gazdálkodást tennénk lehetetlenné. Ez pedig a hatékony döntések végrehajtását, és ezzel épp a tartozások magasabb megtérülését akadályozná. A kötelezett helyzetének vizsgálata pedig azért szükséges, mert ha minden ilyen vagyonsökkenéssel járó adásvételt meg lehetne támadni a csőd közeli helyzeten kívül is, akkor minden – még a jó gazdálkodás idején adott – ajándékot, adományt is vagyonkimentésként kéne kezelni.²⁰⁰

Ellenérték. A szabályozás igazi érdekessége nem az, hogy a hitelezők helyzetével visszaélő adósok lépései ellen fellép a jog, hanem az, hogy ezt az ellenérték nagyságához köti. Miért furcsa ez? Mert a vagyonkimentést csalásnak is tekinthetnénk, akként is szankcionálhatnánk! Csak akkor bonyolultabb bizonyításra lenne szükség. Baird [1999] érvelése éppen erre alapul: a vagyonkimentés külön szabályozásának az alapja éppen a csalás vélelme. Adott helyzetben az alacsony ellenértéket hozó értékesítés olyan egyértelműen utal a csalásra, hogy a jog nem várja el annak további bizonyítását, hanem pusztán emiatt is hajlandó azt vélelmezni. A különböző jogrendek eltérnek abban, hogy ez a vélelem megdönthetetlen-e, vagyis pusztán az ellenérték alacsony

²⁰⁰ Amerikában a *Christians v Crystal Evangelical Free Church (In re Young)*, 82 F.3d 1407, 1420 (8th Cir. 1996) eset hívta fel erre igen élesen a figyelmet. Amikor az egyébként csőd közelben levő adós adományt adott az egyháznak, akkor – mivel annak piaci ellenértéket nem kapta meg – vagyonkimentésnek minősítették.

volta elég a vagyonkimentés kimondásához, vagy megdönthető, amikor a felek bizonyíthatják az ellenkezőjét.

A vagyon értékelésével később, az egyenértékűség vizsgálata kapcsán, a kilencedik fejezetben foglalkozunk majd. Itt csak egy alapvető problémára kell felhívni a figyelmet: a vagyon valós értékét a piaci ár nem mindig jelzi pontosan. Az (átlagos) piaci ár ugyanis csak a piacon megjelenő átlagos minőségű, átlagos kockázatokat tartalmazó szerződés esetén pontos. Ezzel szemben, ha a konkrét vagyontárgy jobb vagy rosszabb a piaci átlagnál, illetve több vagy kevesebb kockázatot tartalmaz, akkor a piaci ár rossz jelzőszám.

Nézzünk erre egy példát! Egy cég 100-ért felvásárol egy másik céget, amelynek a vagyona 10 és van egy olyan bányászati, kutatási jogosítványa, amely, ha a kutatás sikeres, 1000-et hoz, ha nem, akkor értéktelen. Az, hogy az ellenérték túl magas vagy túl alacsony-e, nyilvánvalóan attól függ, hogy mekkora a kutatás sikerének esélye. Ha nagyobb, mint 9% ($100 = 10 + 9\% \times 1000$), akkor az ár egy kockázatsemleges vevő számára alacsonyabb, mint a vállalat értéke (vagyis a vállalatot áron alul adták el – a vállalat korábbi tulajdonosai esetében felmerülhet a vagyonkimentés), viszont, ha 9% alatt van, akkor magasabb (vagyis ekkor a vevő oldalán merülhetne fel vagyonkimentés). A vagyonkimentés vizsgálatakor tehát vizsgálni kellene a kockázatokat is – amely nem könnyű feladat, mert nincs „piaci valószínűség”: a konkrét projekt sikerének valószínűségét a piaci árból nem ismerhetjük meg. Tovább bonyolítja a képet, ha a vevő nem kockázatsemleges. Ilyenkor fontos, hogy a vevő egy biztos vagyonelemet (100 pénzt) kockázatos vagyontárgyra cserélt. Kockázatkerülő személy esetén az egyenértékűséget magasabb megtérülés biztosítja csak. De hogy mennyivel magasabb, a 9%-ot mennyivel meghaladó megtérülés kell ehhez, az nem mondható meg piaci elemzések alapján, mert a vevő (illetve az eladó) kockázatviselési hajlandóságától, a *biztos egyenértékűségtől* is függ.

Az ellenérték összemérésének problémája talán legélesebben akkor merül fel, amikor a csőd közelben levő adós valamely tartozását rendezzi. Itt az ellenérték elmaradása általában nem kérdéses: a hitelező pontosan akkora tartozást enged el, amekkora kiadást az adós teljesít. Mégis felmerülhet, hogy az ilyen eseteket is vagyonkimentésnek kellene minősíteni. Azzal ugyanis, hogy a kötelezett a vagyonából az adott hitelezőt kielégíti, a többiek számára elérhető vagyont csökkenti. Ha alternatív megoldásként azt vesszük, hogy a csőd eljárásban az adott jogosult is csak a követelése ugyanakkora részét kapná meg, mint a többi hasonló besorolású hitelező, akkor az ezt meghaladó összeget végső soron elvonja a többiek elől. De fellépünk-e egyáltalán az ilyen törlesztések ellen? Baird [1999] ezen eset kapcsán arra utal, hogy a gyakorlatban, amikor a bíróság az egyenértékűséget vizsgálja, akkor nem is elsősorban az értékeltérést akarja megállapítani, hanem arra keresi a választ, hogy az ilyen

törlesztés megengedhető-e. Végül majd az egyenértékűsége fog hivatkozni, de igazából csak azokban az esetekben él majd ezzel a hivatkozással, amelyeket megengedhetetlennek tart. A „megengedhetőség” közgazdasági megítéléséhez induljunk ki abból, hogy amennyiben az adós választja ki, hogy kit elégít ki és kit nem, azzal ő csoportosít át vagyont a hitelezők között: az egyikük megkapja a neki járó összeget, a másik nem! Társadalmi szempontból egyszerű transzfer történik, és ezért közömbös, hogy melyikük jut pénzéhez. Ez azonban csak addig igaz, amíg nem indul meg a verseny, a *járadékvadász tevékenység* ezért az „előtörlesztésért”. Amint azonban a törlesztésért cserébe valami ellenszolgáltatást is kap a kötelezett (amely természetesen nem érhető el a többi jogosult számára), akkor az már járadékvadászat, káros versengés, tehát ilyen esetben a törlesztés is akadályozandó. Baird elemzése szerint a bíróságoknak ezt kellene mérlegelniük, és az ellenérték elégtelenségére csak ezekben az esetekben kellene hivatkozni.

Csőd közeli helyzet. Csőd közeli helyzetnek közgazdasági értelemben azt nevezzük, amikor egy vállalat eszközeinek értéke elmarad a tartozásainak összegétől. Miért kell a csőd közeli helyzetet másképp kezelni? Miért nem baj, ha valaki évekkal korábban tett olyan lépést, amely csökkentette a vagyont? Miért ne kérhessük a korábban „gazdagodó” felet is arra, hogy térítse meg a gazdagodását? A probléma joggazdaságtani megoldása nem az, hogy a döntéshozó adományozási jogát elismerjük az egyik és korlátozzuk a másik esetben. Ha így tennénk, fennmaradna a kérdés: miért? A joggazdaságtan az eltérő ösztönzőben látja a legfontosabb különbséget. Amíg a cég vagyona nagyobb, mint a tartozása, addig a *reziduális jogosult* maga a döntéshozó (cég esetén a tulajdonos vagy a menedzser). Minden olyan döntés, ami növeli, vagy csökkenti a vagyont, a saját vagyont növeli vagy csökkenti. Ezzel szemben, ha a tartozás meghaladja a vagyont, akkor a reziduális jogosult, akinek a vagyont, megtérülését a döntés érinti, már a hitelező. Mondhatnánk, hogy ekkor a cég már más vagyont adományozza el.

De egyértelmű-e az, hogy mikor van csődhelyzet? A probléma nagyon hasonló az előző árazási példához. Tegyük fel, hogy egy cég likvid vagyona 5! Ez készpénzben, illetve gyorsan értékesíthető eszközökben áll rendelkezésre. Ezen kívül egy perben nagy valószínűséggel nyer 20-at, a cég tartozása pedig 10. A készpénzvagyont felhasználva, a likvid vagyont értékesítve, illetve arra további 2 hitelt felvéve kifizet a tulajdonosoknak 5-öt osztalékként. Vagyis a cég vagyona 2-re esett vissza (5 eredeti vagyon + 2 hitel – 5 osztalék), amellyel szemben áll most 12 hitel. Tegyük fel, hogy a pert végül nem nyeri meg a cég, és az eredeti hitelező vagyonkimentésre hivatkozva kéri a tulajdonosoktól az osztalékként kapott vagyon visszajuttatását. Ha a bíróság *ex post* abból indul ki, hogy a cég 5-öt fizetett a tulajdonosoknak akkor, amikor 10 hitele is volt – sőt

azt további 2-vel növelte is –, akkor a csődhelyzet fennállni látszik. Viszont ha figyelembe veszi, hogy a 20-ról az osztalékfizetéskor úgy tűnt, hogy nagy valószínűséggel be fog folyni, akkor a tulajdonosok nem vonták el a (most már) 12-re rúgó adósság megtérülésének alapját.

4. SZEMÉLYES BIZTOSÍTÉKOK, KEZESSÉG

A személyi biztosíték lényege, hogy a biztosítékadó vállalja, hogy az eredeti kötelezett nem teljesítése esetén maga fog teljesíteni. Ezzel a szerződés, pontosabban a kártérítés mögötti anyagi fedezet nő meg: az adós teljes vagyonán kívül a kezes teljes vagyona is fedezetül szolgál a jogosult részére. Ebben az alfejezetben a két legfontosabb személyes biztosítéki formát: a kezességet és a bankgaranciát elemezzük – röviden. Tényleg röviden, ugyanis az ennek megértéséhez szüksége magyarázatokkal, modellekkel korábban már találkoztunk. Az alapprobléma ugyanis itt is a *morális kockázat*: valaki (a kötelezett) lépései miatt valaki más (a kezes) vállalja a költségeket.

4.1. Magyar jog

A kezesség alapesetben szerződésen alapul. (De kimondhatja jogszabály is: maga a Ptk. is több esetben ír elő kezesi felelősséget.) A kezesi szerződés több pontját diszpozitívan szabályozza a jog, de sok esetben találkozunk kógens szabályokkal is.

Kezesi szerződés és a kezes és kötelezett közötti szerződés. A kezesi szerződést a kezes és a jogosult köti – a kötelezett, és a kezes csak abban állapodhat meg, hogy a kezes szerződési ajánlatot tesz a jogosultnak. Amennyiben ezt nem teszi meg vagy a jogosult nem köti meg a szerződést, akkor a kettejük közötti megállapodás alapján a kötelezett csak azt követelheti, hogy a kezes a követelés lejártakor vagy teljesítsen helyette, vagy hozza őt olyan helyzetbe, hogy a jogosult részére teljesíthessen. (Zoltán [2007] p. 994)

Alapelv, hogy a kezes kötelezettsége nem válhat terhesebbé, mint amilyen elvállalásakor volt. Zoltán ide sorolja, hogy a kezesség nem terjed ki a szerződésszegéssel (például késedelemmel) okozott kár megfizetésére. Ilyen igénnyel a kezesnek ugyanis általában nem kell számolnia a kezesség elvállalásakor (Zoltán [2007] p. 998). Ez azonban nem vonatkozik a mellékkötelezettségekre: a kezes a késedelmi kamatok megfizetéséért is felelős. Nem terjed azonban ki az olyan mellékkötelezettségekre, amelyek a kezesség elvállalásának időpontjáig már esedékessé váltak. (Annak azonban természetesen nincs akadálya, hogy

a kezességi szerződést módosítsák, és a helytállást új elemekre is kiterjesszék.) (Zoltán [2007] p. 996) Az tehát, hogy a kötelezettség nem válhat terhesebbé nem azt jelenti, hogy annak összege ne nőhetne. A kötelezettség növekedésével a 2013-as Ptk. expliciten is számol, amikor tájékoztatási kötelezettséget ír elő arra az esetre, ha a biztosított kötelezettség mértéke 20%-kal nő a kezességvállaláskor számított, illetve az utolsó értesítéskor tudott értékhez képest (6:418.§ (2) bek.)

Azonban nemcsak a már fennálló, hanem feltételes vagy jövőbeni követelésre is lehet kezességet vállalni. (Zoltán [2007] p. 995) A kezes nyilatkozatát írásba kell foglalni, de annak elfogadása akár szóban, akár ráutaló magatartással is történhet.²⁰¹

A kezes felelőssége. A kezességnek két fajtája van: az egyszerű és a készfizető kezesség. *Egyszerű kezesség* esetén sortartási kötelezettség van: a kezes kérheti, hogy a jogosult először az adóssal, illetve azokkal a kezesekkel szemben lépjen fel, akik őt megelőzően, rá tekintet nélkül vállaltak kezességet. (Például bár lehet az ilyen kezeset a kötelezettel vagy a sorban előrébb álló kezesekkel együtt perelni, de a bíróság őket egyetemlegesen nem marasztalhatja, csak az adóst kötelezheti meghatározott teljesítési határidő megszabásával teljesítésre – a kezeset csak arra kötelezi ebben a perben, hogy ha a jogosult később igazolja, hogy a követelés behajthatatlan, akkor teljesítsen.) Az egyszerű kezesség esetén fontos kérdés, hogy mit értsünk behajthatatlanságon. Zoltán kiemeli, hogy a bírói gyakorlat szerint az a követelés *behajthatatlan*, amelyhez „a jogosult nem juthat hozzá *olyan feltételek mellett*, amelyeket a felek a szerződés megkötésekor szem előtt tartottak.” (Zoltán [2007] p. 1000) A teszt tehát nem azt jelenti, hogy a csődeljárásban (annak végigvárása után) nem hajtható be – a kezesség érvényesítése nem követeli meg azt, hogy a jogosult a csődeljárást is megindítsa követelése teljesítése érdekében. Ezt egyértelművé teszi a 2013-as törvénykönyv annyiban, amennyiben külön kezességi formaként nevesíti a *kártalanító* kezességet (6:421.§), amikor a kezes kifejezetten csak a be nem hajtható kötelezettségekre vállal kezességet – vagyis mielőtt a kezeshez fordulna a jogosult, előbb végrehajtást kell indítania a kötelezett ellen, és annak eredménytelenül kell zárulnia.

Készfizető kezeset ezzel szemben sortartási kifogás nem illet meg: ő a kötelezettel egyetemlegesen felelős. Ilyenkor a jogosultnak nagyobb választási lehetősége van: követelhet mindkét személytől vagy csak egyiküktől. Még jogerős ítélet esetén is döntési joga van, hogy kivel szemben lép fel, kivel szemben kér

²⁰¹ A Legfelsőbb Bíróság a BH 1998/6. sz. ítéletében úgy érvel, hogy a Polgári törvénykönyv csak a bizonyítási nehézségek elkerülése érdekében köti a kezességvállalást írásbeli alakhoz. Az nem a kezességi szerződés írásba foglalásáról szól, hanem csak a kezességvállalást köti írásbeliséghez. Ebből következően az elfogadása más módon, így szóban vagy ráutaló magatartással is történhet. (Zoltán [2007] p. 996).

végrehajtást. Mivel a készfizető kezesség a kezesre nézve hátrányosabb, mint a sortartó (egyszerű) kezesség, ezért arról a feleknek kifejezett rendelkezniük kell a szerződésben. Az 1959-es Polgári törvénykönyv szerint ezen kívül csak két esetben jön létre készfizető kezesség: ha a kezességvállaló bank, illetve, ha a kezességet kifejezetten kár megtérítéséért vállalták.²⁰² Ezen esetkör megváltozik a 2013-as törvénykönyvben. A banki kezesség nem lesz diszpozitív szabály szerint készfizető, a kártalanító kezességet pedig külön szabályozza. Készfizető kezesség akkor alakul ki, ha (a) a követelés behajtása a kötelezett lakó-, telep-, illetve székhelyének változása miatt lényegesen nehezebbé válik; (b) ha a jogosultnak a kötelezettel szembeni egyéb követelése a végrehajtás során sem volt behajtható; és (c) a kötelezett csőd eljárásban fizetési haladékot kap, illetve ellene felszámolás indul. (6:420.§)

A kezesség akkor szűnik meg, ha (i) a jogosultat kielégítik, ha (ii) a jogosult lemond a követelést biztosító olyan jogról, amelynek alapján kielégítést kaphatott volna, ha (iii) a követelés a jogosult hibájából egyébként behajthatatlanná válik, illetve, ha (iv) a jogosult a kezességet elengedi. Alapesetben – hacsak a felek másképp nem állapodtak meg – fennmarad a kezesség engedményezéskor is. Ugyan megszűnik a kezesség, ha a tartozást más személy vállalja át, de nem szűnik meg a kötelezett halálával: a főkötelezett az örökös lesz és a kezesi felelősség megmarad. Sőt, ha ilyenkor a hagyaték nem nyújt fedezetet a tartozásra, akkor az örökös nem is lesz teljes vagyonával felelős, őt a kötelezettség csak a hagyaték erejéig terheli, viszont a kezes teljes vagyoni felelőssége megmarad. (Zoltán [2007] p. 998)

Kezes és kötelezett viszonya. Ha a kezes a kötelezett tartozását megfizeti a jogosultnak, akkor annak megtérítése érdekében a kötelezethez fordulhat: az általa teljesített szolgáltatást, annak értékét követelheti. A 2013-as kódex megfogalmazása szerint: a jogosult köteles „késedelem nélkül” átadni neki minden olyan okiratot és tájékoztatást, amely az ő igényérvényesítéséhez szükséges. (6:422.§ (4) bek.)

Villányi külön kiemeli, hogy a kezességet nem érinti az sem, ha a főadós saját vagyoni viszonyainak megromlása miatt megtagadhatja a teljesítést: a kezes ilyenkor is helytállni köteles, függetlenül attól, hogy a kötelezettől később ő sem várhat kompenzációt (Villányi [1941] p. 97).

A kezesség járulékos jellege. A kezesség járulékos jellegű, amelyből következik, hogy a kezes kötelezettsége ahhoz a kötelezettséghez igazodik, amelyért a kezességet vállalta: ha a főkötelezettség csökken, a kezes felelőssége is csökken. Hasonlóképp a járulékoság következménye, hogy érvénytelen szerződés vagy bírósági úton nem érvényesíthető követelés kezességgel nem biztosítható.

²⁰² Ez az ún. kártalanítási kezesség, vagyis amikor a kezességet épp a főkötelezettől be nem hajtható követelésért vállalt valaki kezességet, nem a teljesítésért.

Ugyanebből az alapelvből fakad, hogy a kezes érvényesítheti mindazokat a kifogásokat, amelyeket a kötelezett is érvényesíthetne a jogosulttal szemben. Zoltán kiemeli: „a kötelezett kifogásai tekintetében fennálló érvényesítési joga nem szűnik meg azzal, hogy a kötelezett a kezesség elvállalását követően lemondott a kifogásokról” (Zoltán [2007] p. 998).

Garanciaszerződés. Joggazdaságtani szempontból a garancia speciális személyes biztosíték, a banki kezességvállalás közeli helyettesítője. Az 1959-es kódex még csak bankgaranciáról, a 2013-as már garanciaszerződésről beszél.

A garanciaadó jogai némileg eltérnek a kezestől. Jogilag itt is két szerződés kapcsolódik össze: a kötelezett és a jogosult közötti főkötelezettséget megállapító szerződés és maga a bankgarancia-szerződés, amely a kötelezett és a garanciaadó (vagyis nem a jogosult és a garanciaadó) között jön létre. A két szerződés alapján a jogosult közvetlenül a garanciaadótól kérheti igényeinek kielégítését, pontosabban azt, hogy a meghatározott helyzetben (tipikusan a kötelezett nem teljesítése esetén) megfelelő összeget neki fizesse meg. A szerződésben a garanciaadó azonban önálló kötelezettséget vállal, tehát az nem járulékos jellegű biztosíték – viszont ugyanúgy mellékkötelezettség. Ez tükröződik a BH 1999/6. sz. ítéletben is: „a garantőr csak a főadós által már kifizetett díjrészletek levonása után fennmaradó összeget köteles – az adós teljesítésének elmaradása esetén – megfizetni.” (idézi: Zoltán [2007] p. 945) Főszabály szerint a garantőrnek a formai feltételeknek megfelelő felhívásra teljesítenie kell, kivéve, ha a felhívás nyilvánvalóan rosszhiszemű és visszaélésszerű. A kezességhez hasonlóan itt is igaz, hogy amennyiben a kötelezett helyett a garantőr teljesít, akkor innentől a kötelezettel szemben ő léphet fel.

4.2. Joggazdaságtani elemzés

A személyi biztosítékokat két eddig megismert modellel könnyedén értelmezhetjük. Egyrészt a személyi biztosíték jogon kívüli eszközöket emel be a szerződések kikényszerítésébe: a biztosítékot adóról azt gondoljuk, hogy valamiért erősebben tudja nem jogi eszközökkel ösztönözni a kötelezettet, mint a jogosult, a számára elérhető jogi eszközökkel. Másrészt, a kezesség egy speciális biztosítási szerződést jelent a jogosult és a kezes között: a kezes belép a kötelezett helyébe, amennyiben az nem tud teljesíteni, vagyis átvállalja a nem teljesítés (és a kártérítés elmaradásának) kockázatát.

Jogon kívüli eszközök a morális kockázat kezelésére. A kezes, vagy a garanciaadó és a kötelezett közötti megállapodás alapja az, hogy a kötelezettet a kezes, vagy garanciaadó részéről fenyegető, nem jogi szankciók miatt nem éri meg neki a (jogosultnak tett) ígéretét megszegni, és ezzel a kötelezettséget – megfelelő, hatékony indok nélkül – a biztosítékot adóra hárítani. Azt, hogy ez a nagyobb

befolyás miből származhat, az első fejezetben elemeztük. Ott láttuk, hogy a kikényszerítésnek milyen jogon kívüli eszközei vannak. Például, ha a kezességet családtag vállalja, akkor a legfontosabb motiváció vélhetően az erkölcsi költség lesz: a családtagját hozta nehéz helyzetbe. Ha bank ad garanciát vagy vállal kezességet, akkor az ismétlődő játék (illetve a reputáció) erősebb ösztönző: ha a garanciát le kell hívni, az a bank és az ügyfele későbbi kapcsolatában éreztetni fogja a hatását, például a későbbi hitelkérelmeket várhatóan elutasítják majd. Ha a bankok között – például az adólisták révén – kielégítő az információáramlás, akkor könnyen lehet, hogy az adott szerződés megszegése miatt más banktól is csak nehezebben, lényegesen rosszabb kondíciókkal lehet majd hitelhez jutni.

A kezes és a kötelezett közötti viszony a fő oka annak, hogy a morális kockázatot a kezességen keresztül csökkenteni lehet. A jog persze, a nem jogi szankciókon túl, a maga eszközeivel is segíti a kezeset a kötelezett ösztönzésében, a morális kockázat kontrollálásában. Ilyen eszköz az, hogy a biztosítékok a törvény erejénél fogva rá szállnak. Ide sorolható az is, hogy – mint Villányi külön hangsúlyozza (Villányi [1941] p. 101) – a kezes a főkötelezettől már a lejárat előtt is biztosítékot követelhet.

Feltételes szerződés: kockázatmegosztás. A kezes és a jogosult viszonyának legfontosabb eleme a közöttük fennálló kapcsolat – a főkötelezett teljesítésétől függő – feltételes jellege: a kezes akkor lép be a szerződésbe, ha a főkötelezett megszegi a szerződést. A kezességet adó felelősségbiztosítást nyújt a főkötelezett nem teljesítése esetére. Ha megvizsgáljuk, hogy milyen konkrét esetekben lehet, és melyekben nem a kezeshez fordulni, akkor meglepően sok hasonlóságot látunk azzal, hogy egy normális biztosítási viszonyban a felelősségbiztosítás mikor téríti meg a károsult kárát.

Mivel kockázátvállalásról van szó, így felmerül a jobb kockázatviselő tesztje: igaz-e, hogy a kezes jobban képes a kockázatot kezelni. Közgazdaságtanilag két esetet kell elkülöníteni: amikor a szerződészegés endogén, vagyis a kötelezett döntésétől függ, és amikor rajta kívülálló, exogén tényezők okozzák. Ha az előző nem jogi kikényszerítési mechanizmusok valóban elérhetőek, akkor az *endogén kockázatról* nyugodtan feltehetjük, hogy azokat valóban a kezes ismerheti és előzheti meg jobban. Az *exogén kockázat* (gondoljunk például arra, hogy a magyar jog szerint a kötelezett halálának kockázata is a kezesen van) esetén már nem egyértelmű ez. Alapesetben természetesen mondhatjuk: az, hogy a kezes a szerződést aláírta, bizonyítja, hogy hajlandó a kockázatok viselésére – vélhetően az adóstól kapott valamilyen anyagi vagy más haszonért cserébe (például egyszerűen örül annak, hogy a kötelezett hitelhez jut). A kockázátvállalási szerződés tehát számára előnyös. Csakhogy mivel itt komoly kockázatokról van szó, így óhatatlanul felmerül, hogy a kezes nem feltétlenül tudja azokat értelmezni, nem feltétlenül tud azokról racionális döntést hozni. (Mint a kó-

gens szabályok elemzésekor majd látjuk, majd minden jogrend a jó erkölcsbe ütközés egyik speciális eseteként kezeli azokat a szerződéseket, amikor a kezes és a kötelezett között olyan érzelmi viszony áll fenn, amely valószínűvé teszi, hogy a kezes nem racionális mérlegelés alapján vállalja a kezességet.)

A kezesség általános szabályozása úgy próbálja a megfontolatlanság problémáját kezelni, hogy írásbeliséget ír elő. Ez elvileg csökkenti a korlátozott racionalitás esélyét. Látjuk majd a következő fejezetben, hogy sok esetben az írásba foglalás megkövetelése a jog válasza, amikor fenyeget, hogy az egyik fél nem racionálisan jár el. Az írásbeliség ugyanis emeli a szerződéskötés költségeit, lassítja a szerződéskötést, időt, lehetőséget – és néha információt is – adva ahhoz, hogy a kötelezettséget vállaló fél átgondolhassa a döntését. (Ezzel a megoldással él a jog például a nem üzleti alapon vállalt kezességhez közgazdaságilag nagyon közel álló ajándékozás esetén is.)

A kockázatmegosztás speciális esete az, amikor a szerződésszegés, pontosabban a kezes végső megtérülésének kockázata ugyan nem exogén, de nem is a kötelezett, hanem a jogosult lépései miatt nő. Ilyenkor nyilvánvaló, hogy a jogosult a jobb kockázatviselő, hiszen maga idézi elő, növeli a kockázatot, tehát ilyenkor mentesíteni kell a kezeset a kockázat alól. Ha áttekintjük azokat az eseteket, amelyeknél a magyar jog szerint a kezesség teljesítés nélkül megszűnik, akkor azok között ilyen eseteket találunk. Ide sorolható az a szabály is, hogy a főadós a jogosulttal szemben fennálló – a kezeset is érintő jogairól – nem mondhat le, vagyis, hogy a kötelezettség emiatt terhesebbé nem válhat: ezen kockázat ellen a kezes kevésbé tud védekezni, mint a joglemondásról döntő jogosult. Ellenben, ha a főkötelezett tartozása egyedül a kötelezett döntése miatt nő meg (például késedelmes teljesítés), akkor azért már a kezes felelős.

A jobb kockázatviselő elve támaszthatja alá azt a szabályt is, amely szerint amennyiben a kezes a teljesítéskor bizonyos, egyébként érvényesíthető kifogásokat nem hozott fel, akkor emiatt a főkötelezettel szemben nem az egész teljesítést követelheti, hanem csak azt a részét, amelyet a kifogások érvényesítése esetén kellett volna teljesítenie. Ez ellen a költség-kockázat ellen ő volt a jobb kockázatviselő, és nem a kötelezett.

Bankok. A bankok kapcsán a magyar jog több különbséget is tesz. Külön szabály vonatkozik rájuk, mint kezesekre, illetve létezik külön a bankgarancia intézménye is. A megkülönböztetett kezelés – természetesen a bankokkal szembeni magasabb társadalmi elvárások mellett – magyarázható a fenti két kérdéssel is. A bankoknak, mivel általában ügyfeleikért vállalnak garanciát, a szerződésszegés szankcionálására több eszköz áll rendelkezésükre, mint egy átlagos kezesnek: esetükben az ismétlődés és a reputáció is jól működő eszköz. A kockázatkezelés kapcsán is nyugodtan fogalmazhatunk meg erősebb elvárásokat: mivel eleve, a normális banki működés kapcsán is roppant fontos a kockázatkezelés (a hitelek,

befektetések megtérülési esélyének értékelése), ezért nyugodtan elvárhatjuk tőlük, hogy amennyiben ilyen garanciát vállalnak, akkor azok kockázatait is pontosabban mérjék fel – vagyis a jobb kockázatviselő képességük miatt több kockázatot vállaljanak fel, több esetben álljanak helyt kezesként, mint a többi kezes.

5. ÖSSZEFOGLALÓ

Amennyiben a felek nem elégedettek a klasszikus kikényszerítési eszközökkel (természetbeni kikényszerítés, *ex post* a bíróság által megállapított kártérítés), akkor a jog több olyan eszközt is a kezükbe ad, amelynek segítségével többlet-szankciókat köthetnek ki. Ebben a fejezetben ezeket tekintettük át. Láttuk, hogy ez miért érheti meg nekik. Egy nem tökéletesen működő kártérítési rendszerben a bíróság tévedése ellen védhet a – várható kár nagyságának megfelelő – kötbér; egy nem tökéletes szerződésjogi kikényszerítés esetén segítségül hívhatnak más jogterületeket, például a dologi jogot a zálog esetén. A nagyobb kötelezettség, az erősebb szankció az azt felvállaló érdeke is lehet, ha ezen keresztül vállalhatja át a másik féltől – a nála rosszabb kockázatviselőtől – a kockázatot, ha ezzel győzheti meg őt a szolgáltatása jó minőségéről. Az ilyen extra szankciók segíthetnek a kontraszelekciónak csökkentésében, vagyis a jó és rossz partnerek szétválogatásában, a morális kockázat (mindenekelőtt a nem hatékony kockázatvállalás) kezelésében.

Ezek az eszközök sem költségmentesek természetesen. Láttuk, hogy a túl erős kikényszerítés, a kötelezettet túl erős szankciókkal fenyegető eszközök visszafelé is elsülhetnek: túl sok kockázatot róhatnak a kötelezettre, túl alacsonyra is csökkenthetik ezzel a kockázatvállalását. Láttuk, hogy az előre kikötött szankciók időnként az információgyűjtés ellen hatnak – és ezzel az ösztönzők hatékonyságát rontják. Elsősorban a teljesítésről szóló döntést torzíthatják.

Láttuk, hogy azok az elemek, amelyekben a magyar jog eltér a joggazdaságtani irodalomban elsősorban elemzett angolszász rendszertől, bizonyos esetekben hatékonyak lehetnek. Például a kötbér lefelé korlátozása (mármint, hogy a kompenzáció nem maradhat el a kártól) indokoltabb lehet akkor, ha a bíróság inkább a valós kártól elmaradó kártérítéseket ítél meg.

A fejezetben különös figyelmet kapott, többször felbukkant a kollektív cselekvés problémája. Ha túl sok jogosultnak kellene egyszerre lépnie, akkor könnyen lehet, hogy egymásra várnának, potyázni próbálnak, ezért az itt elemzett jogintézmények egyik fő célja az „érdek-elkülönítés” volt: minél szűkebb csoportokba osztani a jogosultakat, mert minél kisebb a hasonló érdekű csoport (a reziduális jogosultaké különösen), annál valószínűbb, hogy élnek a lehetőségeikkel – például a döntéshozók ellenőrzésével.

Irodalomjegyzék

- Adler, Barry E [1999]: Secured Credit Contracts, in: *The New Palgrave. Dictionary of Economics and the Law* Macmillan
- Armour, John [2007]: The Law and Economics Debate About Secured Lending: Lessons for European Lawmaking? *European Company and Financial Law Review*, Vol. 5. [Online:] <http://ssrn.com/abstract=1118030>
- Baird, Douglas G. [1999], Fraudulent conveyance. in: Newman (ed.), *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. London: Macmillan Press
- Barr, Nicholas [2009]: A jóléti állam gazdaságtana. Akadémiai, Budapest
- Barton, John H. [1972], The Economic Basis of Damages for Breach of Contract, 1 *Journal of Legal Studies*, 277-304.
- Bebchuk Lucian and Jesse Fried [1996], The Uneasy Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy. 105 *The Yale Law Journal* pp. 857-934
- Benedek Károly – Gárdos Péter [2007]: XVII fejezet: Általános szabályok. in Gellért György (szerk): *A polgári törvénykönyv magyarázata*. Complex, Budapest
- Birmingham, Robert L. [1970], Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency, 24 *Rutgers Law Review*, 273-292.
- Cooter, Robert – Thomas Ulen [2005]: *Jog és Közgazdaságtan*. Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest, 2005
- Dam, Kenneth W. [2006]: Credit Markets, Creditors' Rights and Economic Development. *University of Chicago Law and Economics Olin Working Paper No. 281*. [Online:] <http://ssrn.com/abstract=885198>
- Davydenko, Sergei, and Julian Franks [2008]: Do Bankruptcy Codes Matter? A Study of Defaults in France, Germany and the UK. *Journal of Finance* 63,
- De Geest Gerrit and Filip Wuyts [2000], Penalty Clauses and Liquidated Damages. in Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit [eds. 2000], *Encyclopedia of Law and Economics, Volume II. Civil Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar
- De Geest, Gerrit (1994), *Economische Analyse van het Contracten- en Quasi-Contractenrecht: een Onderzoek naar de Wetenschappelijke Waarde van de Rechtseconomie*, Antwerpen, Maklu, 568 p.
- Diamond, Douglas W. [1993]: Seniority and Maturity of Debt Contracts. *Journal of Financial Economics* 33 pp. 341–368
- Djankov, Simeon, Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer [2008]: The law and economics of self-dealing. *Journal of Financial Economics*.
- Doing Business [2010]: *Doing Business 2011* Washington, D.C.: World Bank, 2010. www.doingbusiness.org
- Farber, Daniel A. [1983], Contract Law and Modern Economic Theory, 78 *Northwestern University Law Review*, 303-339.
- Fleisig, Heywood. [1996], Secured Transactions: The Power of Collateral. *Finance and Development* 33(2): 44–46.
- Goetz, Charles J. and Scott, Robert E. [1977], Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Mode and a Theory of Efficient Breach, 77 *Columbia Law Review*, 554-594. Goetz – Scott [1977]

- Görög Frigyes [1941]: A kötelem megerősítése. in Szladits Károly (szerk.): *Kötelmi jog – Általános rész*. Grill Károly Kiadóvállalata, Budapest
- Hart, Oliver [2000]: Different Approaches to Bankruptcy. *Harvard Institute of Economic Research Discussion Paper 1903*
- Haselmann, Rainer, Katharina Pistor, and Vikrant Vig [2006]: How Law Affects Lending, Columbia Law and Economics Working Paper No. 285.
- Listokin, Yair [2008], Is Secured Debt Used to Redistribute Value from Tort Claimants in Bankruptcy? An Empirical Analysis', *Duke Law Journal* 58 pp. 1037–1079
- Menyhárd Attila [2007]: Dologi jog. Osiris, Budapest
- Muris, Timothy J. [1984], Opportunistic Behavior and the Law of Contracts, 65 *Minnesota Law Review*, 521-590.
- Olson, Mancur [1997]: *A kollektív cselekvés logikája*. Osiris, Budapest
- Posner, Richard A. [1997], *Economic Analysis of Law* (5th edition). New York: Aspen. 1997.
- Rae, Samuel A., Jr. [1984], Efficiency Implications of Penalties and Liquidated Damages, 13 *Journal of Legal Studies*, 147-167.
- Rubin, Paul H. [1981], Unenforceable Contracts: Penalty Clauses and Specific Performance, 10 *Journal of Legal Studies*, 237-247.
- Safavian, Mehnaz, and Siddharth Sharma [2007]: When Do Creditor Rights Work? *World Bank Policy Research Working Paper* No. 4296
- Shavell, Steven [1980], Damage Measures for Breach of Contract, 11 *Bell Journal of Economics*, 466-490.
- Shavell, Steven [1999], Contracts. in: Newman (ed.), *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. London: Macmillan Press
- Shavell, Steven [2004], Foundations of Economic Analysis of Law, Belknap Press
- Shavell, Steven [2005], Contracts, Holdup, and Legal Intervention. *Harvard Law and Economics Discussion Paper* No. 508. [Online:] <http://ssrn.com/abstract=716901>
- Ulen, Thomas S. [1984], The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies, 83 *Michigan Law Review*, 341-403.
- Vékás Lajos [szerk. 2008]: *Szakértői javaslat az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez*. Budapest, Complex
- Villányi László [1941]: A kötelem alanyai. in Szladits Károly (szerk.): *Kötelmi jog – Általános rész*. Grill Károly Kiadóvállalata, Budapest
- White, Michelle J. [2007]: Bankruptcy Law. in: A.M. Polinsky and Steven Shavell (2007 eds.): *Handbook of Law and Economics*. Elsevier.
- Zoltán Ödön [2007]: XXIII. fejezet: A szerződést biztosító mellékkötelezettségek. in Gellért György (szerk.): *A polgári törvénykönyv magyarázata*. Complex, Budapest

VII. fejezet

Szerződéskötés: A nagy átalakulás

O.E. Williamson úgy fogalmaz, hogy a szerződés megkötésével „nagy átalakulás” (*great transformation*) következik be. Szerződéskötés előtt a különböző vevők versenyeznek egymással azért, hogy ki kössön közülük szerződést a szolgáltatóval; és fordítva: a különböző szolgáltatók is versenyeznek egymással a vevők, a megrendelők kegyeiért. A szerződés megkötésével azonban a piaci verseny eltűnik és a két fél között – közgazdasági kifejezéssel – kétoldalú monopólium alakul ki. Ha szerződés kötelez minket arra, hogy valakitől meghatározott árért egy szolgáltatást átvegyünk, akkor ezt követően hiába találunk olyan partnert, aki jobb kondíciókat kínál. Ha nem lenne szerződés, ha még tiszta piaci verseny lenne, versenyeznének egymással a szolgáltatók, akkor nyilvánvalóan az új partnert választanánk. Azonban ha szerződés köt minket, akkor ezt nem tehetjük – csak akkor, ha a másik hozzájárul a szerződésbontáshoz, kifizetjük a kárát.

Más ismert modellel is elmondhatjuk, hogy a szerződéskötés miatt „nagy átalakulás”: szerződéskötés után más eszközeink vannak arra, hogy kifejezzük az elégedetlenségünket. Hirschman [1970/1995] szerint a partnerével elégedetlen fél két dolgot tehet: kivonul vagy tiltakozik. A kivonulás a szerződés előtt, a szerződésen kívül, versenyszituációban elérhető eszköz, a tiltakozás a szerződéses viszonyok jellemzője. *Kivonulás* esetén otthagyjuk az adott partnert, átme gyünk a versenytársához. *Tiltakozáskor* kapcsolatban maradunk vele, de megpróbáljuk elérni, hogy eltűnjenek a problémák: javuljon a kapott szolgáltatás minősége, csökkenjen az általunk adott ellenszolgáltatás. Mindemellett, mint arra Hirschman utal is, a két alternatíva ki is egészítheti, erősítheti is egymást – pontosabban: a kivonulás, a további kereséssel való fenyegetés emeli a tárgyalási erőt, a tiltakozás hatásosságát.

Közgazdasági értelemben, amikor szerződéskötésről beszélünk, akkor – egyebek mellett – azt kérdezzük, hogy mikor és milyen feltételek között jön létre a szerződés kötőereje, mikor emeli ki az a feleket a piaci viszonyok közül, mikor lép a kivonulás helyébe a tiltakozás. Mindenekelőtt tehát azt kell áttekinteni, hogy milyen hátrányokkal jár az, hogy a szerződő felek megkötik egymás kezét, korlátozzák a versenyt. Ezzel foglalkozik az első rész. Ez erősen elméleti fejezet, ezért ebben nem a mai magyar gyakorlat, hanem a joggazdaságtan által felvetett

különböző tesztek vizsgáljuk: mikor kelljen valakinek felelősséget vállalnia az ígéretéért, mikor kelljen egy ajánlat módosításáért, visszavonásáért valamiféle következménnyel számolnia.

A szerződés létrejötte, érvényessége utólag több ok miatt vonható kétségbe. Ezeket az okokat formai, procedurális és szubsztantív kategóriákba sorolhatjuk (Hermalin et al. [2007] pp. 48-57). Formai okok az ajánlat és az elfogadás eltérése, az ellenszolgáltatás hiánya, az írásbeliség követelményének sérelme, a képviselő problémái. Ezekkel az okokkal foglalkozik a fejezet további része. (A következő két fejezetben a procedurális érvénytelenségi okok legfontosabbjaival foglalkozunk majd, míg a szubsztantív okokkal az azt követő kettőben találkozhatunk.)

1. SZERZŐDÉSKÖTÉS: FOGLELUL EJTÉS

A szerződések versenykorlátozó jellege vitathatatlan. Napjainkban ez a probléma sok éles közgazdasági, versenyjogi vitát szül. Megengedhető-e, hogy a bankok magas előtörlesztési díjakat rójanak a hitelüket – például egy más banktól kapott kölcsönből – előbb törlesztő ügyfeleikre? Megengedhető-e, hogy a repülőtársaságok olyan szerződési ajánlatokat tegyenek, amely szerint, ha valaki sokat utazik velük, akkor egy idő után különböző kedvezményekben részesül?²⁰³ Megengedhető-e, hogy ún. kizárólagos szerződések jöjjenek létre, amelyben valamelyik fél vállalja, hogy hasonló szerződést csak a partnerével köt (például ez a helyzet, amikor egy gyártó kizárólagos kereskedelmi jogot ad egyes kereskedőknek)? Megengedhető-e az ún. legnagyobb kedvezmény elve, amikor a szerződés ugyan nem korlátozza azt, hogy a felek kivel és milyen feltételekkel szerződhetnek, de kiköti, hogy amennyiben egy másik szerződésben az aktuális feltételeknél kedvezőbb szerepelne, akkor az automatikusan ennek is részévé válik? Azonban természetesen adódik az ellenérv is: miért kellene fennmaradnia a versenynek azután, ha valaki már elkötelezte magát valamelyik szolgáltató mellett? Miért kellene szabaddá tenni a versenyt, magyaráz a kilépést, ha valaki felvállalta a szerződéssel járó korlátozásokat (például azt, hogy nem mással köt szerződést) – vélhetően a kapott ellenszolgáltatásokért (például az alacsonyabb árért) cserébe?

A szerződések létrejöttékor az egyik legfontosabb probléma, mint az első fejezetben már láttuk, az idioszinkratikus beruházások ösztönzése, illetve az ezek visszatartásából fakadó, ún. *akadályozási probléma (hold up)*. Amikortól a

²⁰³ Ha sok utazás után akar valaki légitársaságot váltani, pontosabban az aktuális útjait más járatával megtenni, akkor ugyanúgy büntetéssel néz szembe, mintha a bank ügyfele akarna bankot váltani – a büntetés itt abban áll, hogy árkedvezménytől esik el.

szerződés kötőerejét elismeri a jog, onnantól elviekben védi, ösztönzi (de, mint például a harmadik fejezetben láttuk, lehet, hogy túlzottan is ösztönzi) az ilyen beruházásokat. Szerződés nélkül ezek hozamát a másik fél mindig viszonylag könnyen megszerezheti: tudva, hogy partnerének most már többet ér a kapcsolat, módosítja az ajánlatát, csökkenti az általa kínált szolgáltatást, növeli a kért ellenszolgáltatást – a szerződéstől épp az idioszinkratikus beruházás miatt várt nagyobb relatív hozam (magasabb kvázijáradék) miatt ezt a partnere el is fogja fogadni. Ha már létezik a kötőerő, akkor a másik fél csak a szerződés megszegése vagy szerződésmódosítás révén szerezheti meg az ilyen hozam egy részét. Ezt az ösztönzési problémát a jog nem egyetlen intézménnyel kezeli – keverednek itt a polgári és a versenyjogi elemek is –, így szerencsés, ha ennek tárgyalását először a kezelendő joggazdaságtani probléma felírásával kezdjük, majd ezután térünk át az arra adott jogi válaszokra.

1.1. Joggazdasági probléma

A szerződéskötés *szükséges és elégséges* az ígéret kikényszerítéséhez. Ha a szerződés létrejött, akkor onnantól azt ki is kényszerítik, vagyis onnantól a szerződés miatti beruházásainkat, a kvázijáradékot biztonságban tudjuk – nyugodtan beruházhatunk, a másik fél *opportunistá módon* nem veheti el tőlünk annak hasznát. Ha ez nem így lenne, akkor az ígéretben bízva beruházó, más lehetőségeket visszautasító fél komoly veszteséget szenvedne. De ha egy szerződést megkötöttünk, onnantól az nem csak a partnerünk köti, nemcsak a mi szerződés-specifikus beruházásaink vannak védve, hanem egyúttal a mi kezünk is meg van kötve. Hiába kapunk jobb ajánlatot mástól, nem fogadhatjuk azt el – vagy csak akkor, az aktuális szerződésünket felmondjuk (ha erre lehetőség van), és kifizetjük a másik kárát.

A versenykorlátozás alapproblémája. A piacszerkezeti irodalomban külön rész foglalkozik az ún. váltási költségek (*switching cost*) problémájával: ha valaki egy adott féllel már kapcsolatban áll, akkor a következő szerződés megkötésénél ez a fél újra előnyben lesz. Gondoljunk például arra, hogy ha partnert akarunk váltani, akkor az új szolgáltatás nem lesz teljesen kompatibilis az első szerződésből származóval. De a váltási költségek közül talán a leggyakoribb a tanulás: a régi partnerrel ismerjük egymást, míg az újjal új problémák merülnek fel, amelyeket közösen meg kell oldanunk, meg kell tanulnunk az együttműködés módját vele. Az új szerződés az első érdekében felvállalt idioszinkratikus beruházásokat leértékeli.

A piacszerkezeti irodalom a váltási költségek problémáját általában olyan esetekre alkalmazza, amikor egy lejárt szerződést kell meghosszabbítani.

Találkozhatunk azonban olyan elemzéssel is, amely a váltási költséget egy hosszabb távú szerződés esetére alkalmazza: ilyenkor a váltási költségek a hatékony szerződésszegést, és ezzel a hatékony partnerváltást akadályozhatja meg (Farell – Klemperer [2007]). Ez utóbbi az ún. *foglyul ejtés* (*lock-in*). Tipikus eszköze ennek az előző fejezetben elemzett, szerződésben kikötött kártérítés, a valós kárt meghaladó kötbér, vagyis büntetés. Mivel ezt már elemeztük, így most azt mutatjuk be, hogy ez a probléma „normális” – elvileg elmaradt haszon alapján megítélt, sőt attól elmaradó – kártérítés esetén is jelentkezik.

Lássuk újra a harmadik fejezetben látott példát: valaki száz darab gépet rendel darabonként 100-ért. Ezt követően kap egy másik ajánlatot, amelyben 20-at ajánlanak neki eladásra. A szerződés teljesítése érdekében a gyártó 1000 beruházást tett. Az egyes darabok legyártása ezek után 60-ba kerül. Ha a megrendelő lemondja a megrendelést 20 darabról, akkor a tökéletes kártérítés 800. Ebben az esetben a vevő a másik ajánlatot csak akkor fogadná el, ha egy-egy gép ára nem haladná meg a 60-at, hiszen éppen 60-nál lenne a teljes költsége pontosan 2000, vagyis amennyibe az eredeti szerződés szerint a 20 darab kerülne. Az új árnak annyival kell elmaradnia az eredeti ártól, hogy abból a megtakarításból a 800 kártérítés is kifizethető legyen. ($2000 = 800 + 20 \times 60$.)

Vegyük észre, hogy az új versenytárs csak akkor tud bennünket rávenni a szerződésszegésre, ha olcsóbb szerződést tud kínálni, mint a jelenlegi partnerünk mostani változó költsége (vagyis annyi, amennyit a beruházás után még egy-egy darab legyártására fordítani kell). Lássuk be: ha az új versenytárs azért nem olcsóbb, mint a mostani partnerünk, mert neki még ilyen beruházásra is szüksége van, akkor a szerződésszegés sem lehet mindenki (mind a három fél) számára előnyös. A hatékonyság tehát azt követeli, hogy ne is akarjuk leváltani, kiszorítani a jelenlegi partnerünket, megismételtetni az újjal ugyanazt a beruházást – függetlenül attól, hogy az ár 100-ról, mondjuk, 70-re csökkenne. Persze ha az új partnernek ilyen beruházásra nincs szüksége vagy ő ezzel együtt is olcsóbb, akkor ez a hatékony szerződésszegés esete.

Nem nehéz azonban belátni, hogyha feladjuk a tökéletes kártérítés feltételezését, akkor a szerződés már túlzottan is elriaszthat a kilépéstől – ez a foglyul ejtés. Kezdjük azzal a helyzettel, amikor az elmaradt hasznot meghaladja a kötbér. Ez nehezíti a hatékony kilépést a szerződésből. Láttuk az előző fejezetben, hogy a valós kár feletti kötbér akadályozza a hatékony szerződésszegést – jelen esetben azt, hogy a vevő a mostani eladóról olyanra váltson, akinek a költsége alacsonyabb, mint a mostani változó költség. Például, ha a kötbér miatt húsz darab esetén 1000-et kellene fizetni, akkor a vevő már csak maximum 50-es árért kötné meg az új szerződést. A kötbéres szerződés tehát itt akadályozza a hatékony szolgáltatóváltást. A versenyjog úgy fogalmazna: akadályozza a piac hatékony működését.

Azonban nemcsak a túl magas, hanem a túl alacsony kártérítésnek is lehet versenykorlátozó szerepe – feltéve, hogy annak összegét a gyártó befolyásolni tudja. Ehhez csak annyi kell, hogy az idioszinkratikus beruházás nagysága a gyártó döntésétől függjön. Ha így van, és a szerződésszegésen ő veszít, akkor olyan stratégiai döntéseket fog hozni, amelyek növelik a kártérítés mértékét, és így csökkentik a szolgáltatóváltást, illetve az alternatív szolgáltató piacra lépési esélyét. Tegyük fel például, hogy a szállító két úton is elérheti a 70 átlagköltséget: (i) úgy, mint a fenti példában (1000 beruházás és 60 egységköltség), illetve (ii) úgy, hogy kisebb beruházást tesz (mondjuk 500 értékben) és több munkással, alapanyaggal, nagyobb energiaigénnyel stb. dolgozik – nő a változó költsége (65 darabonként)! Amíg a gyártó megkapja a teljes kártérítést, addig mindegy számára, hogy melyik megoldást választja – mindegy neki, hogy teljesítik vagy megszegik a szerződést. Amint azonban nem mindegy neki, hogy megszegik-e a szerződést, mert a kártérítés nem kompenzálja teljesen, akkor ő érdekelt lesz a kártérítés növelésében – hiszen ezzel csökkentheti a szerződésszegés esélyét. Ha feltesszük, hogy a kártérítés magasabb, ha magasabb a beruházási szint (de mindenképpen elmarad a valós kártól), akkor a fenti két alternatíva közül a magasabb idioszinkratikus beruházást fogja választani – ezzel ugyanis megnehezíti a kilépést, növeli annak költségét. A kilépés ára nő, vagyis partnere csak alacsonyabb új ajánlat mellett lép ki. Másképp: a nagyobb beruházás miatt magasabb a kártérítés, és emiatt csökken a szerződésszegés esélye – és ezzel nő azé, hogy megkapja a várt hasznot.

Fisher Body példa. Amennyiben tehát túllépünk a tökéletes kompenzáció, a teljes kártérítés modelljén, akkor a szerződés könnyen túlzottan is versenykorlátozó lehet. Lássuk ezt a versenykorlátozó jelleget és a belőle fakadó problémát a jogi, joggazdaságtani irodalom állatorvosi lován, a General Motors és a Fisher Body közötti kapcsolaton! A Fisher Body, mint a Ford T-modelljének karosszériagyártója idioszinkratikus beruházásokat tett, hogy kielégítse a GM speciális igényeit. Mivel a beruházás, a szerződés sokat vesztett volna az értékéből, ha árcsökkentés kizárolása érdekében a GM csökkenti a megrendeléseit, ezért a szerződés tartalmazta az ún. kizárolagossági feltételt és egy árképletet. A kizárolagosság azt jelentette, hogy tíz évig a GM csak a Fishertől szerezheti be a zárt kocsik karosszériáját. Ez védte a beszállítót a GM potenciális zsárolása ellen, hiszen az csak akkor csökkenthette volna le a megrendelést, ha cserébe a zárt karosszériával gyártott kocsik mennyiségét is csökkenti. A kizárolagosság miatt azonban a helyzet megfordult: mostantól a beszállító zsárolhatott volna. Ezért az árat is rögzítették, a gyártó változó költségeit 17,6 százalékkal meghaladó összegben. A problémát az okozta, hogy hirtelen megnőtt a zárt karosszériájú autók iránti kereslet. A megnövekedett keresletet a Fisher nem a leghatékonyabb módon, nem egyszerű eszközberuházással, hanem munka-

erő-felvétellel elégítette ki. Ráadásul elköltöztette a gyárát a GM közeléből (a fejlesztéseket nem ott hajtotta végre), jelentős fuvarozási költséget okozva ezzel. Azért járt el így, mert az árképlet szerint a költségeinek növekedése biztosan megtérült – sőt minél nagyobb költséggel termelt, annál nagyobb összegre tehetta rá a 17,6%-os profitot.

Vegyük észre, a probléma ugyan hasonló az előzőhöz, de nem a szerződészségsből fakadt, hanem éppen abból, hogy az egyik fél nem volt hajlandó módosítani a szerződést! Egyes közgazdászok (pl. Klein [1999]) értékelése szerint ezzel a Fisher ugyanúgy elkövette a zsarolást, mintha valaki szerződészmódosítást kezdeményezne. A cél itt is ugyanaz: megszerezni a másik kvázijáradékát – a szerződés miatt a GM nem cserélhette le a Fisher Body-t egy hatékonyabb versenytársára. Emlékezzünk, közgazdasági szempontból egy szerződés akkor nem teljes, ha van olyan helyzet, amikor mindkét fél jobban járna, ha nem kényszerítenék ki azt! Itt ez a helyzet. A zsarolás abban állt, hogy a Fisher Body egy nem teljes és meglehetősen rugalmatlan szerződést kényszeríthet ki – egy olyan szerződést, amelyet a felek nem kötöttek volna meg, ha tisztában vannak a kereslet megugrásának lehetőségével.

Foglyul ejtés technikái. A Fisher Body esetében a kereslet hirtelen megugrása okozta – egy olyan körülmény, amelyre a felek a szerződésalkötéskor láthatóan nem készültek fel. A probléma azonban tovább fokozható. Elképzelhető, hogy a szerződésalkötéskor a felek valamelyike tudatosan számol valamilyen lehetőséggel, és tudatosan „bezárja” partnerét. Az egyik ilyen technika a magas kötbér. Hasonló a hatása annak, ha a partnerünket jelentős idioszinkratikus beruházásokra sikerül rávenni. A partnerváltás költsége nem csak annyi, hogy ki kell fizetni az eredeti szolgáltatónak a kártérítést, hanem ezen túl vélhetően egyéb költségekkel is számolni kell. A legfontosabb talán a tanulás, az információcsere: az eredeti partnerek valószínűleg olyan ismereteket szereztek már egymásról, amelyek a kilépéskor elvesznek, és amelyeket a szerződészségő félnek az új partnerétől ismételtelen be kell gyűjteni, illetve a saját magáról szólókat meg kell osztania vele. Amennyiben a gyártó rá tudja venni a vevőt, hogy túlzott idioszinkratikus beruházásokba fogjon, akkor azzal szintén foglyul ejtethi.

Ráadásul ez a foglyul ejtés – paradoxnak tűnő módon – időnként a foglyul ejtett félnek is érdeke. Induljunk ki abból a helyzetből, amikor a szerződést szegő félnek tökéletes kártérítést kell fizetnie! Tegyük fel, hogy ebben a helyzetben megjelenik egy másik szolgáltató, aki olcsóbban termel, mint az eddigi partner! Vagyis, ha olyan árat kér, amely mellett a megrendelő éppen váltana – fenti példánkban kicsit 60 alá megy –, akkor ezen neki gazdasági profitja keletkezik. Nem járna-e jobban a két eredeti szerződő fél, ha magasabb lenne a kötbér, a kilépési, a váltási költség? Ha az magasabb, akkor az újonnan belépő alacsonyabb árat kell, hogy kínálja – amíg ez az ár magasabb, mint a költsége, addig ezt

meg is tudja tenni. Igaz a profitja csökken. Amennyivel az ő profitja csökken, annival nő a két eredeti szerződő fél haszna: a megrendelőé az alacsonyabb ár, az eredeti szolgáltatóé pedig a magasabb kártérítési összeg miatt. Ebben az esetben tehát, bár az eredeti szerződésbe komoly kilépési korlátokat építettek, vagyis a megrendelőt az eredeti szolgáltató foglyul ejtette, de éppen ezzel hozta olyan helyzetbe, hogy nagyobb árengedményt érhetett el az új szerződésben. (A modellt részletesen lásd a 7.1. szövegdobozban!)

7.1. szövegdoboz. Váltási költségek, kötbérikötések és a versenyhelyzet

A kártérítések externális hatásairól először Diamond – Maskin [1979] és Aghion – Bolton [1987] írt. Modelljeikben a vevők valaminek az előállítására keresnek partnert és kötnek velük szerződést. A szerződéskötés után dönthetnek úgy, hogy megszegik a szerződést, és mégis inkább mástól vásárolnak. Mivel az új szerződés által elérhető többlet nagyban függ attól, hogy mekkora kártérítést kell fizetni, a kártérítés az új eladóra is hatással van. Ezáltal a szerződő felek kompenzáló átalánykártérítés kikötésével bizonyos fokú monopolerőt érvényesíthetnek a potenciális partnerekkel szemben. Egy olyan szerződés, amely tartalmazza a vételárat és a kártérítés nagyságát is „közös monopolerőt” biztosít az eredeti szerződést megkötő felek számára a potenciális belépőkkel, új ajánlatot tevőkkel szemben. A vevő nem fog szerződésszegést elkövetni és új belépővel szerződni, hacsak az utóbbi nem téríti meg neki azt a kártérítést, amellyel ő az eredeti eladónak tartozik. A kártérítés így egyfajta belépési díjként funkcionál, amely a szerződő feleknek juttatja a piacra belépő, hatékonyabb termelő többletének egy részét. Emiatt a belépési díj miatt elmaradhat a jólétnövelő belépés, és a szerződés társadalmi költséget jelent.

Chung [1992] és Spier – Whinston [1995] fejlesztette tovább a modellt. (Spier és Whinston modelljében a szerződésszegést a vevő követheti el, azzal, hogy új, olcsóbb partnertől vásárol – az idioszinkratikus beruházást pedig az eladó teszi; Chung modelljében a harmadik fél egy új vevő, aki az eredeti partnernél többre értékeli a jószágot.) Mindketten bemutatják, hogy amennyiben a beruházás nagysága adott, akkor a belépés korlátozásából fakadó hatékonyságvesztés kiküszöbölhető. Azonban, ha valamelyik fél dönt az idioszinkratikus beruházás nagyságáról, akkor túlságosan nagyra nő ennek szintje. Lássuk Spier és Whinston modelljét!

Abból indulnak ki, hogy az idioszinkratikus beruházás a közösség szempontjából csak akkor hasznos, ha a szerződést teljesítik. Azt a beruházást érdemes tehát megtenni, amelynek a határköltsége kisebb, mint annak várható határhaszna: a költségcsökkenés szorozva a szerződés teljesülésének valószínűségével. Ha a szerződést megszegik, akkor a beruházásnak társadalmi haszna nincs. Ez azonban nem jelenti azt, hogy ha előre tudnánk, hogy a szerződést megszegik, akkor ne tennénk ilyen beruházásokat. A beruházó számára ez ekkor is hasznos lehet, hiszen emiatt lehet, hogy nagyobb kártérítést kap. (Ezt láttuk már az első fejezetben is: ez volt a kompenzációs paradoxon alapja.) A mostani modellek újdonsága, hogy megmutatják: mindkét fél, vagyis nemcsak a beruházó, hanem maga a szerződésszegő fél is nyerhet ezen.

Legyen r a beruházás szintje, $c_s(r)$ a szolgáltató költség szintje r beruházás mellett (minél nagyobb r , c_s annál kisebb)! Legyen $F(x)$ annak a valószínűsége, hogy x -nél olcsóbban termelő új partner jelentkezik! Mivel az idioszinkratikus beruházásoknak csak akkor van haszna, ha a szerződés teljesül, így az ilyen beruházások társadalmilag optimális szintje azon r beruházási szint, amelynél

$$-c'_s(r)[1 - F(c_s(r))] = 1,$$

a jobb oldal a beruházás növelésének költsége, a bal oldal ugyanezen extra beruházás miatti várható költségcsökkenés, ahol a költségcsökkenést csak akkor vesszük figyelembe, ha a szerződést nem hatékony megszegni, vagyis aminek $(1 - F(c_s))$ a valószínűsége.

Spier és Whinston modellje arra a feltevésre épül, hogy a játékosok azt a megoldást fogják választani, amelyből az összhaszruk maximális. Ilyen feltételek mellett könnyen belátható, hogy minden olyan esetben szerződést fognak szegni, amikor az új ajánlat (p_U) alacsonyabb, mint az eredeti szolgáltató költsége – legyen ez $c_E(r)$. A két fél olyan szerződésmódot állapodik majd meg, amely szerint egy adott, t összeg megfizetése mellett a vevő az új szolgáltatót választja. Ennek összege nagyobb vagy egyenlő kell legyen, mint az a haszon, amit a szolgáltató a szerződés teljesítése esetén kapna, vagyis az ár, p_E és a költség $c_E(r)$ különbsége, de kisebb vagy egyenlő, mint a két ár különbsége, $p_E - p_U$, amennyit a vevő az új szerződésen nyer. Vagyis $p_E - c_E \leq t \leq p_E - p_U$.

Vizsgáljuk meg ezek után, hogy mi a helyzet, ha az új ajánlatot tevő képes a költségeit meghaladó árat kérni! Egyrészt nyilvánvaló, hogy ha a költsége kisebb, mint a korábbi szerződés teljesítésének költsége, akkor megpróbálja az árat épp az eredeti költség szinthez kötni, pontosabban minimális mértékben az alatt maradni. Ez viszont azt jelenti, hogy a két eredeti szerződő fél haszna mindenképpen a vevő értékelése és az *eredeti szerződés* teljesítésének költsége közötti különbség. Ha teljesül a szerződés (nincs új ajánlat), akkor azért, mert a teljesítésnek ekkora a költsége. Ha jobb ajánlat érkezik, akkor pedig azért, mert az új ár megegyezik majd a korábbi szolgáltató költségével (minimálisan marad csak el tőle). A beruházás értékelésekor tehát a felek úgy számolhatnak, hogy annak hozama biztos. Vagyis a két fél összhasznát úgy tudjuk maximálni, ha minden olyan idioszinkratikus beruházást megtesz az erről döntő fél, amely jobban csökkenti a teljesítés költségét, mint amennyibe a beruházás kerül. Az optimum azon r idioszinkratikus beruházási szint lesz, ahol

$$-c'_s(r) = 1.$$

Vagyis az előzőhöz képest kiesik a szerződés teljesítésének valószínűsége, ezért az optimális beruházási szint – újratárgyalás mellett – mindig magasabb lesz, mint a társadalmilag optimális.

1.2. Jogi válaszok

A szerződés versenykorlátozó jellege a magyar jogban sem ismeretlen. A polgári jog is szembesül azzal, hogy a szerződésben a felek saját gazdasági szabadságukat korlátozzák – elvileg felmerülhet ennek kapcsán, hogy megengedhető-e ez vagy több más önkéntes jogkorlátozáshoz hasonlóan ezt is tiltani kellene.

Polgári jogi alapelv. Az, hogy egy szerződés valamelyik fél gazdasági cselekvési szabadságát korlátozza, önmagában nyilvánvalóan nem teszi azt érvénytelenné. Mindemellett majdnem minden jogrend – legalább – jóerkölcsbe, illetve közrendbe ütköző szerződésnek minősíti azokat a megállapodásokat, amelyeknél fennáll „a másik fél cselekvési szabadságának oly mértékű korlátozása, amely őt egzisztenciálisan ellehetetleníti vagy a gazdasági versenyben való részvételét kizárja, a köz számára hátrányos” (lásd Menyhárd [2004] p. 127). A német jog alapelve e tekintetben például az, hogy senki nem törekedhet a másik fél gazdasági egzisztenciájának megsemmisítésére, illetve nem köthető a közjával ellentétes ügylet. Az angol jog híres esetében – az 1414-es Dyer’s case – a bíróság szintén (véltetően) azért minősítette azt a szerződést érvénytelennek, amelyben az egyik fél azt vállalta, hogy fél évig nem lesz kelmefestő egy bizonyos városban, mert ezzel gyakorlatilag a munkalehetőségtől fosztotta volna meg önmagát. (Ne feledjük, a céhrendszer idején vagyunk, amikor más foglalkoztatás folytatása képzettség hiányában lehetetlen volt számára!) Ezzel szemben például a XIX. században a szabadabb munkavállalás idején a hasonló kikötések már nem tesznek érvénytelenné egy szerződést.²⁰⁴ Menyhárd idéz egy hasonló magyar esetet, amikor a szerződést, amelyben valaki azt vállalta, hogy Cegléden nem működik mészárosként, azért nem minősítette érvénytelennek a Curia, mert „az alperes a ki egyébként mészárszéki üzletet *bárhol nyithatott és folytathatott*, [csak] Cegléden gyakorolt mészáros iparának, vagyis *kizárólag egy meghatározott iparágnak abbahagyására* kötelezte magát...”. (Menyhárd [2004] p. 167 – kiemelés Sz.Á)

A versenyt korlátozó hatás miatt – kartell-megállapodásokon kívül, amelyeket most nem tárgyalunk – a magánjog napjainkban elsősorban (i) az ún. versenykorlátozó kikötések, illetve (ii) a kizárólagos szerződési kikötések esetében tagadja meg ilyen okok miatt a jogi kikényszerítést.

Versenykorlátozó kikötés és az ésszerűségi teszt. Versenykorlátozó az a megállapodás, amikor valaki azt vállalja egy szerződésben, hogy szerződési partnere versenytársaként – általában meghatározott helyen, meghatározott ideig – nem lép fel. Ilyen eset az, amikor valaki elad egy társasági részesedést, ügyvédi, orvosi praxist, illetve menedzseri pozícióját, munkaviszonyát feladja, és ezzel

²⁰⁴ További német, svájci és angol példákért lásd Menyhárd [2004] pp. 128-137.

egy időben vállalja, hogy nem indít a vevőjének, korábbi munkáltatójának konkurenciát jelentő vállalkozást, nem helyezkedik el a konkurenciánál.

Versenykorlátozás és ésszerűség. A *common law* döntési tesztje ebben a tekintetben az „ésszerűség”, amelyet az ún. Nordenfelt-ügyből²⁰⁵ vezetnek le. Itt a felperes, aki fegyverek és hadianyagok gyártására vonatkozó szabadalmak birtokosa volt, és ezeket saját vállalkozásában hasznosította, a cég eladásakor azt vállalta, hogy huszonöt évig sem közvetlenül, sem közvetve nem fog a vevő versenytársaként megjelenni a fegyver- és hadianyag-kereskedelemben. Az ítéletben a House of Lords kimondta: az alapszabály az, hogy a versenytilalmi kikötések semmiesek. Azonban: „A versenyt korlátozó kikötés jogszerűségé[hez] elegendő [...], ha a korlátozás adott esetben ésszerű. A korlátozásnak *mind a felek érdekeinek* figyelembevételre, *mind pedig a közérdek szempontjából* ésszerűnek kell lennie, mégpedig akként, hogy megfelelő védelmet nyújtson annak a félnek, akinek az érdekében azt kikötik, ugyanakkor pedig nem sérelmes a közérdekre sem.” (Menyhárd [2004] p. 139 – kiemelés Sz.Á)²⁰⁶

Az ésszerűségi teszt kezdetben viszonylag széles védelmet nyújtott az ilyen kikötéseknek. Trebilcock jellemzése szerint munkaszerződések esetén például kezdetben a munkaadó bármilyen kereskedelmi érdeke megalapozhatta ezt a korlátozást, azonban napjainkban már csak kifejezetten a tulajdoni jellegű (elsősorban információs, például *know-how*t, üzleti titkot érintő) érdek lehet „ésszerű” (Trebilcock [1986] p. 67 – idézi Menyhárd [2004] pp. 159-160).

Érdemes kiemelni azt is, hogy, mint az talán várható is, az ilyen eseteket a versenyjog látszólag szigorúbban ítéli meg. A Európai Közösségek Bírósága egy ügyben²⁰⁷ kimondta, hogy a vállalkozások átruházásakor kötött ilyen megállapodások kartelljogi szempontból relevánsak, és megítélésük során elsősorban azt kell vizsgálni, hogy a szerződő felek a kikötés nélkül egymás versenytársai lennének-e: minden olyan versenytilalmi kikötés érvénytelen, amikor azok lennének. A bíróság által követett gondolatmenet szerint azonban az ilyen kikötéseknek legitim célja lehet annak megakadályozása, hogy az eladó új vállalkozást indítva a vevő által most megvett vállalkozást kiszorítsa a piacról. Vagyis, a Bíróság érvelése szerint, az ilyen versenytilalmi kikötés

²⁰⁵ Thorsten Nordenfelt v. The Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Company Ltd. [1894] AC 535.

²⁰⁶ Adott ítélet megállapította, hogy a szerződésben foglalt versenykorlátozó kikötés – térbeli korlátlanúsága ellenére is – érvényes, hiszen a lehetséges szerződéses partnerek (nagyreszt kormányok) korlátozott körére tekintettel ésszerű. Általában a térbeli és időbeli határ nélkül vállalt versenykorlátozást a legtöbb jogrendszer ésszerűtlennek és ezért – egyéb kikötés hiányában – a jóhiszeműség és tisztességesség követelményébe vagy jóerkölcsbe ütközőnek találja. (Menyhárd [2004] p. 138)

²⁰⁷ Remia BV and others v. Commission of the European Communities (Case 42/84, ECR 1985, 2545)

paradox módon – amennyiben ezt a célt szolgálja – valójában nem korlátozza, hanem éppen élénkíti a versenyt.

Ezzel szemben létezik a korlátozással tökéletesen ellentétes jogi értelmezés is, amikor a versenytilalmi kikötést annak ellenére vélelmezi és védi a jog, hogy arról a felek nem is állapodtak meg. Ilyen a törvény erejénél fogva létező versenytilalom, vagyis amikor az eladó nem léphet vissza az adott piacra. (A német jogban például kifejezetten ez az orvosi és az ügyvédi praxisok eladásakor elvárt magatartás. Más kérdés, hogy ilyenkor az ésszerűségi teszt második felét, vagyis a közérdekbe ütközést is figyelembe veszi a német jog is: így például azt, hogy az ügyvédek egyben az igazságszolgáltatás fontos szereplői is, vagy éppen azt, hogy az orvosi praxisok adás-vételével a betegekről érzékeny információk is gazdát cserélnek.) De törvényben kifejezetten engedélyezett versenytilalmat ismer a magyar munkajog is, kimondja, hogy maximum kétéves időtartamra – és megfelelő ellentételezés fejében – kiköthető, hogy a munkavállaló „nem tanúsíthat olyan magatartást, amellyel munkáltatója jogos gazdasági érdekét sértené vagy veszélyeztetné” (2012. évi I. törvény 228.§ (1) bek.)

Kizárólagosság. Kizárólagos szerződésről akkor beszélünk, amikor az egyik fél szerződésben vállalja, hogy partnerén kívül mással nem üzletel, például másnak nem ad kereskedési jogot adott területen. A kizárólagos szerződések értékelése ma jelentős közgazdasági viták tárgya. Két fontos iskolát különböztethetünk meg: a chicagóit, amely az ilyen szerződésekben nem lát versenykorlátozást, illetve a poszt-chicagóit, amely *bizonyos körülmények között* igen. Sőt, a chicagói megközelítés szerint ezek a kizárólagos szerződések kifejezetten elő is segítik a hatékonyság kialakulását: jobb koordinációra, az ellenőrzési költségek csökkentésére adnak lehetőséget. Például, ha kizárólagos szerződéssel elérjük, hogy adott körzetben csak egyetlen kereskedő tevékenykedik, akkor annak teljesítménye viszonylag könnyen ellenőrizhető: ha rosszabbak az eladási adatok, mint máshol, akkor az bizonyosan neki köszönhető. Ezzel szemben, ha a kereskedési jog nem lenne kizárólagos, hanem több cég is lenne az adott régióban, akkor kevésbé lenne nyilvánvaló, hogy mennyire dolgozik jól egy-egy partner. Ilyenkor ugyanis, ha az egyikük valamilyen fogyasztók számára kedvező szolgáltatást vezet be (tanácsadás, szerviz, stb.), akkor az a termék értékét megemeli, és ezért minden kereskedőnél, így azoknál is, akik ilyen lépést nem tettek, megemeli a keresletet. De a kizárólagos szerződések hatékonyság-javító hatása nemcsak a jobb ellenőrzésből származik, hanem – az előző érvelés fordítottjaként – abból is, hogy ilyenkor az ilyen fogyasztóbarát beruházásokra is nagyobb az ösztönzés: ha valaki ilyen beruházásokba fog, akkor annak hasznait nem viheti el a többi kereskedő. Tegyük hozzá, az ilyen szerződések esetén a chicagói iskola szerint fel sem merül a versenykorlátozás: nem akadályozzák, hogy más, versenytársak termékei piacra kerüljenek!

Ezzel szemben a poszt-chicagói iskola egyik érve éppen az, hogy az ilyen szerződések növelhetik a versenytársak költségét. Amennyiben a kizárólagossá-
gért cserébe a kereskedő is kedvezményeket ad a cégnek, és az adott kereskedőn kívül nincs sok potenciális értékesítési lehetőség a piacon, akkor egy-egy ilyen szerződés igenis akár az egész helyi piactól is elzárhatja a többi szolgáltatót. Másik érvük az, hogy az ilyen szerződések növelik a horizontális kartellek kialakulásának esélyét is: ha a kizárólagos helyzetben levő kereskedő be is fogadja más versenytárs termelők termékeit, akkor is fennáll a veszély, hogy ennek révén olyan információkat szerezhet meg és oszthat meg a partnerével, amelyet a szolgáltató akár kartell szervezésére is használhat.

Legnagyobb kedvezmények elvét garantáló szerződések. A kizárólagos szerződésekkel kapcsolatos versenyjogi vitához hasonló zajlik egy másik gyakori szerződési kitételről: a *legkedvezőbb feltételeket elvéről*. Az ilyen kikötések lényege, hogy a szerződő felek vállalják, hogy amennyiben az adott szerződésnél jobbat kötnek valaki mással, akkor az abban szereplő a mostaninál kedvezőbb pontok, feltételek automatikusan a mostani részévé is válnak. A foglyul ejtés, a versenykorlátozás azért jelentkezik, mert ezek révén szintén növelni lehet a versenytársak költségeit: amennyiben egy nagy vásárló köt ilyen szerződést, akkor ezzel gyakorlatilag kizárja, hogy az eladók a többi vevőnek ennél kedvezőbb feltételekkel ajánljanak szerződést. Ha megtenné, akkor ennek a nagy vevőnek is meg kellene adni ugyanazt a kedvezményt.

Az ilyen szerződések versenykorlátozó jellegét a chicagói iskola szintén vitatja, sőt ezek kapcsán is inkább a versenyerősítő, árcsökkenő hatásokat emeli ki: ha az eladó képes jobb feltételekre, akkor az automatikusan elérhetővé válik minden vevőnek, a vevők közötti versenypozíciót egy kedvezőbb szerződési kikötés révén nem tudja az eladó befolyásolni. Ezzel szemben a poszt-chicagói kritika a potenciális versenykorlátozó hatást emeli ki: amennyiben valamelyik fél árkedvezményt ajánl egy másik szerződésben, akkor ezt az adott partnerének is meg kell adnia, és emiatt lehet, hogy inkább nem is kínál jobb kondíciókat senkinek. Ráadásul a legkedvezőbb feltételeket garantáló szerződés a vevő oldalán is csökkenti az ösztönzést: nem kell a lehető legjobb feltételek eléréséig folytatni a keresést vagy a tárgyalást, hiszen azokat érvényesíteni lehet akkor is, ha valaki más harcolja ki azokat. Ez viszont a fent többször látott *kollektív cselekvési problémához*, potyázáshoz vezethet: minden vevő a másakra várhat, és emiatt egyikük sem éri el a legkedvezőbb feltételt.

Foglyul ejtés és a szerződésmódosítás. A kizárólagos szerződésekkel és a legnagyobb kedvezmény elvével kapcsolatos fenti vita elsősorban a versenyjogi irodalomban jelenik meg. A klasszikus magánjogi irodalomban ennek közeli megfelelője a szerződésmódosítás problémája: milyen szerződésmódosításra kötelezhető a megváltozó körülmények miatt valamelyik fél. Tankönyvi példája

ennek azon esetkör, amikor egy kezdő zenész és a kiadója, menedzsere szerződik egymással, de ebből a zenész, amikor sikeres lesz, és a kezdeti árnál, a kezdeti feltételeknél jobbat is el tudna már érni, megpróbál kilépni.²⁰⁸

Érdemes azonban felhívni a figyelmet arra is, hogy ezen esetek elbírálásakor, fenti érvelésünkkel szemben, a bíróság ritkán tér ki arra, hogy az ilyen korlátozások a harmadik fél – vagyis a potenciális új menedzser, kiadó – érdekeit miképpen sértik. Általában a magánjog csak azt vizsgálja, hogy a szerződést vélhetően azért kötötte-e csak meg a felperes, mert (i) nem voltak kellő információi, vagy, mert (ii) túlzottan is gyenge alkupozícióban volt. Viszonylag gyakori, hogy nem is csak az alacsony díjazás, hanem bizonyos döntési jogok „egyenlőtlen” elosztása lesz a döntés indoka. Ilyen lehet az, ha a szerződésben a díjazás olyan módon határozódik meg, hogy a felperes (a zenész) bevétele a befolyó jogdíjaktól függ, de a menedzsernek, kiadónak joga van a kapott zenét visszatartani, ki sem adni.²⁰⁹

Bár a bírósági mérlegelésben a felperes és nem a harmadik fél érdekeinek védelme kerül előtérbe, de ez az esetek többségében téves érv. Kiindulópontként lássunk egy nagyon leegyszerűsített intuitív választ, amelyet a következő fejezetekben pontosítunk majd! Miért kötötte meg a felperes a szerződést? Két válasz lehetséges. Egyrészt elképzelhető, hogy *ex ante* a felperes a kockázatok ismeretében fogadta el az ajánlatot, vagyis *ex ante* számára elfogadható volt a szerződés. Tudta, felmérte, hogy a projekt sikeres is lehet – a sikertelenség esetén elérhető magasabb kifizetésért cserébe elfogadta, hogy ha *esetleg* sikeres lesz, akkor kevesebbet fog kapni, mint amennyit akkor kaphatna, ha nem köti le magát, nem biztosítja be magát hosszabb időre. Itt egyszerű kockázatmegosztásról van szó: a kiadó, a menedzser gyakorlatilag egy biztosítást nyújt a zenész számára – csökkenti a kockázatát. Másrészt persze lehetséges, hogy a felperes nem mérte fel, nem ismerte a potenciális nyereség lehetőségét (ami adott esetben elég furcsán hangzana). De ekkor a szerződés megtámadására a későbbiekben tárgyalt tévedés vagy megtévesztés doktrínája is kellő alapot nyújt.

Bár az előzőek alapján világos lehet, de nem árt kiemelni: a foglyul ejtés, ha valami miatt, akkor elsősorban a versenykorlátozás és nem a foglyul ejtett fél

²⁰⁸ A *common law*ban nagy viták folynak arról, hogy az ilyen szerződések tekinthetők-e versenykorlátozásnak (ellentétesek-e a *restraint of trade* tilalmával). Menyhárd [2004] idéz két gyakorlatilag egymás után született döntést, amelyek egyaránt a zenésznek adtak igazat, de az egyik (*Schroeder Music Publishing Co. Ltd. v. Macaulay* [1973] 3 All ER (HL) 616, vagy 1974 1 WLR (HL) 1308) kifejezetten a *restraint of trade* doktrína megsértését mondta ki, míg a másik (*Clifford Davis Management Ltd v. WEA Records Ltd. and another* [1975] 1 All ER (CA) 237) kifejezetten elutasította a versenykorlátozás-doktrína alkalmazását – viszont a felek „egyenlőtlen pozíciója” miatt a felperest felmentette a szerződésben vállalt kötelezettségei alól.

²⁰⁹ A problémáról részletesebben lásd Menyhárd [2004] pp. 141-146)

sérelmei miatt jelent hatékonysági problémát. A foglyul ejtés veszélyét ugyanis a bezárt fél érzékelheti a szerződés megkötésekor, és ezért kedvezőbb feltételeket (vevőként alacsonyabb árat) kérhet. De tovább is léphetünk: sok esetben nem is kell, hogy maga a későbbi fogoly érzékelje ezt a veszélyt: időnként maga a verseny kényszerítheti ki azt, hogy a partnere a későbbi magasabb váltási, kilépési költségekért más kondíciókban, például az árban kompenzálja. Amennyiben ugyanis ezt nem teszi meg, akkor azt veszélyezteti, hogy egyik versenytársa megteszi, csökkentve a kért árat, ellenszolgáltatást – elcsábítva ezzel a partnert előle. A szerződéskötés tehát – hacsak a piacszerkezet nem torz – *ex ante* nem hozza hátrányba a szerződésbe bezárt felet. (Lásd Farell – Klemperer [2007])

2. A SZERZŐDÉSKÖTÉS: AJÁNLAT, ÉS ELFOGADÁS

Az előző alfejezetben leegyszerűsítettük a helyzetet. A partnerek nem a szerződés jogi megkötésével ejtik foglyul egymást: az akadályozási probléma az idioszinkratikus beruházások megkötéséhez kötődik. Ha valamelyik fél ilyen beruházást tesz, akár a szerződést megelőző szakaszban, akkor a probléma már jelen lesz. Akkor jár többletköltséggel a partner elhagyása, ha ilyen beruházásokat tettünk – függetlenül attól, hogy ezt szerződéskötés után vagy előtt tettük. A joggazdaságtani irodalom gyakran épp ezért bírálja az angolszász (elsősorban angol) jogfelfogást. Aszerint ugyanis – bár egyre több kivétellel – a kikényszeríthetőség a szerződés formális megkötéséhez, az ajánlat elfogadásához, az akarategyezéshez kötődik. A joggazdaságtan ezzel szemben a kötőerőt nem az akarategyezésből vezeti le, hanem abból, hogy racionális felek tettek-e (kellott volna-e, hogy tegyenek) idioszinkratikus beruházásokat. Ha igen, akkor az egyik fél már foglyul ejtette a partnerét, ezért utóbbi védelme szükséges. Nem véletlenül a legtöbb jogrendszer a tárgyalás során elhangzott ígérteteket is hajlandó valamilyen formában kikényszeríteni, hiszen ilyen beruházásokat már azok is ösztönözhetnek – racionális lehet azokban bízva is ilyen beruházásokat tenni.

2.1. Jogi megoldások

A racionális idioszinkratikus beruházások védelmét a jog úgy oldja meg, hogy nem csupán a szerződés, hanem az ajánlat megszegéséhez is szankciókat fűz, részben azt is megpróbálja kikényszeríteni. Közgazdasági értelemben ezzel a kikényszerítést, vagyis a szerződés létrejöttét hozza előbbre. A kérdés az, hogy mely időpontban történjen ez, mikortól védje a jog a beruházót.

Az egyes jogrendszerek eltérő alapokról indulva próbálják kezelni a problémát. (A nagy jogrendszerek eltérő megközelítését mutatja be a 7.2. szövegdoboz). Bár e doktrinális eltérések roppant fontosak, úgy tűnik, hogy nem magyarázzák meg, az egyes rendszerek miképpen ítélik meg a különböző jogeseteket. Egy-mástól eltérő alapról induló jogrendekben lehet ugyanaz a döntés kártérítés megítéléséről, de akár az összegéről is.²¹⁰ Illetve fordítva: ugyanolyan hivatkozási alapról induló rendszerek is ítélnének meg eltérően azonos eseteket²¹¹ (Lásd Cartwright – Hesselink [2008])

7.2. A szerződéskötést megelőző magatartás: eltérő kiindulópontok – jogelméleti alternatívák

Az egyik végpontot az angol jog képezi, amelynek alapelve, hogy amíg nincs szerződés, addig a feleket semmiféle ígéretük nem köti. A szerződési szabadságból a szerződés „nem kötés” szabadsága is következik: amíg azt kölcsönösen el nem fogadták, addig abból szabadon vissza is lehet lépni, az ajánlatból alapesetben kötőerő nem származik. Kivétel ez alól, ha valamit a bíróság előzetes megállapodásnak (*preliminary agreement*) tekint: ez gyakorlatilag azt jelenti, hogy a felek a szerződést megelőzően rögzítik, mit tekintenek a maguk részéről kötelezőnek.²¹² Tegyük persze hozzá, bár az angol jog a tárgyalások időszakára külön jogintézményt nem alkalmaz, de a szerződésen kívüli károkozás [tort] elvárásai, például a szándékos vagy a gondatlan károkozás esetén fizetendő kártérítés kötelessége erre is érvényesek.

Hasonlóképp az általános, szerződésen kívüli kártérítés alapján jár el ebben az esetben a francia jog is, azonban azzal a fontos különbséggel, hogy ott a tárgyalások kapcsán többletkövetelményeket fogalmaznak meg: a felek nemcsak akkor felelnek, ha az elvárható magatartást mulasztják el, mint más károkozás esetén, hanem ennél szigorúbb feltételek mellett.

Ezen francia modellen némileg túllép az amerikai jog, amelynek alapelve – az előzetes megállapodások kikényszerítése mellett – a bizonyítási teher megnövelése

²¹⁰ Persze a különböző jogrendek talán más hivatkozási alapokat találnak. Amit a német jogrend a jóhiszeműség és tisztességesség elve alapján oldana meg, ott az angol jogrend lehet, hogy jogalap nélküli gazdagodást, valamilyen kártérítési okot [tort], a *felek által kimondott kötőerőt* vagy éppen *promissory estoppel* lát.

²¹¹ Talán a legélesebb ellentétek a házassági ígéret megszegése, illetve a földvásárlási, beruházási tárgyalás során tanúsított magatartás megítélésekor jelentkeznek. Az eltérés magyarázatát sokan (például Cartwright – Hesselink [ed. 2008]) abban látják, hogy a különböző társadalmak felfogása, és ezért a jogrend más pontjain létező szabályok is mások lehetnek: ha másképp tekint a jog és a társadalom a család intézményére vagy éppen a földtulajdonra, akkor az ilyen esetek magánjogi megítélése is (az egyébként közös magánjogi alapoktól függetlenül) eltérő lehet.

²¹² Azonban az, hogy mit tekint a jog ilyen előzetes megegyezésnek, erősen vitatott. Például, egy nagy port felvert ügyben (*Empro v. Ball Co.*, [1989] 870 F 2d 423 U.S. App) a szándéknyilatkozat megsértése esetén sem volt hajlandó a bíróság kártérítést megítélni.

bizonyos esetekben. Ez a *promissory estoppel* alapja²¹³: ha valamelyik fél lépéseiből a tárgyalási partnere okkal következtethet arra, hogy a szerződés nagy valószínűséggel létrejön majd, és ezért ezen várakozás mellett racionális beruházásokat hajt végre, akkor a bíróság nem fogadja el azt az érvelést, hogy ő a szerződést nem is kívánta megkötni. Ilyenkor is szabadulhat persze az ígértetevő az idioszinkratikus beruházások megtérítése alól, de nem amiatt, mert a szerződés nem jött létre – más érvet kell keresnie.

A német jogrendszer alapelve ebben az esetben a *jóhiszeműség és tisztességesség* követelménye. Ennek lényege a joggazdaságtani elemzés szempontjából az, hogy a tárgyalások során a felek már nem idegenek egymás számára, mint egy egyszerű kártérítési (baleseti) esetben, ezért abból indul ki, hogy őket speciális bizalmi viszony fűzi össze. Emiatt egymásnak többel is tartoznak. Ennyiben tehát e megközelítés a francia rendszerrel rokon, hiszen többletkövetelményeket fogalmaz meg. Azonban azzal, hogy ezt kiemeli a kártérítési jogból, egyben olyan általános jogviszonyt is teremt, amelyet a szerződéseket előkészítő tárgyalásokon kívül is alkalmazni tud. A jóhiszeműség és tisztességesség követelménye megjelenik minden olyan helyzetben, amikor ilyen bizalmi viszonyt fel lehet tételezni: például az közigazgatási eljárás során, a büntetőperekben, vagy éppen az adózó és adóhatóság kapcsolatában (Hesselink [2004]).

Magyar jog: együttműködési kötelezettség. A magyar jogban több, a fentiekben bemutatott megoldás egyszerre van jelen. Egyrészt a magyar jog is a jóhiszeműség és tisztességesség általános elvárásán alapul – amelyet nagyrészt lefed az az elvárás, hogy úgy kell eljárni, ahogyan az az adott helyzetben elvárható (Vékás [2008] pp. 32-33). Ennek alapján a szerződési jog a tárgyalás időszakára külön is előírja a felek közötti együttműködés kötelezettségét. (Ennek az együttműködési kötelezettségnek az egyik legfontosabb eleme a tájékoztatási kötelezettség, de ezt nem itt, hanem a következő fejezetben tekintjük át.) Másrészt a szerződés szabályozásakor kifejezetten kitér az ajánlati kötöttség időtartamára, illetve az elfogadás módjára.

A szerződés létrejötte. A magyar jog szerint szerződés akkor jön létre, ha a felek a szerződés lényeges pontjaiban megegyeznek (205.§, 6:63.§ (1) bek.). Maga a törvény általánosságban nem határozza meg, hogy a szerződés mely eleme minősül lényegesnek. Odáig menően, hogy a felek bármilyen feltételt maguk is lényegesnek nyilváníthatnak (Benedek – Gárdos [2007] p. 751). A nem rendezett kérdéseket a diszpozitív szabályokkal vagy értelmezés során a bíróság maga tölti ki. (Lásd erről a szerződés tartalmával foglalkozó tizedik fejezetet.)

²¹³ Tegyük hozzá, hogy az *estoppel*, hosszas ellenállás után 2006-ban egy felsőházi döntés kapcsán megjelent az angol jogban is! (Lásd Cobbe v. Yeoman's Row Management Ltd [2006] 1 WLR 1752) Igaz, itt annak egy speciális, de a *promissory estoppel*hez roppant közel álló formájára, az ún. *proprietary estoppel*re hivatkozott a Lordok Háza.

Utaló magatartás – biztatási kár. A magyar polgári jog általános elve, hogy mindenki köteles viselni a saját magatartásából származó kárát – feltéve, hogy azt sem a szerződéses szabályok alapján, sem a szerződésen kívüli károkozás szabályai szerint nem háríthatja másra. Ez az együttműködési kötelezettség egyik legfontosabb korlátja. (Vékás [2008] pp. 34-35) Ehhez képest jelent – meglehetősen szűk körben²¹⁴ – kivételt az utaló magatartás, a biztatási kár intézménye. Ez akkor ítélt meg, ha hat feltétel teljesül: (i) az előidéző magatartás szándékos²¹⁵, (ii) amelyre a jóhiszemű károsodott személy (iii) alapos okkal, (iv) nem önhibájából, (v) olyan konkrét tevékenységgel reagál, amely miatt (vi) kár éri. (Vékás [2008] pp. 55-56) Nyilvánvaló azonban, ha tetszik egy hetedik szempont, hogy a biztatási kár és a megtévesztés (lényeges körülményekről valótlán adatok közlése) két külön doktrína. Megtévesztés címén biztatási kárt megítélni nem lehet.

A biztatási kár megítélésekor nem a kártérítési jog alapelvei szerint járnak el. Sőt, ebben az esetben a kár is csak megtéríthető, a bíróság diszkrecionális joga, hogy valóban megfizetteti-e azt

Benedek értékelése szerint, mint azt a jó- és rosszhiszemű álképviselő kártérítési kötelezettsége közötti különbségnél kifejti, a biztatási kár kifejezetten csak a *negatív érdekét* foglalja magában, a szerződéskötés elmaradása miatt – akár más emiatt elmulasztott szerződés miatt – elmaradt hasznot nem (Benedek [2007] p. 839).

Fontos kiemelni, hogy a magyar bíróság e tekintetben nagyon visszafogott. Mindenképpen el akarja kerülni, hogy a biztatási kár (illetve az együttműködési kötelezettség) a szerződéskötési szabadság korlátozásához vezessen. Beleértve ebbe azt is, hogy egy szerződéskötés érdekében a felektől bizonyos lépéseket elvár – a szerződés meghiúsulása miatt ezek költségét nem hajlandó a szerződéskötéstől végül elálló félre hárítani. (GK 14, BH 1996/11. – idézi Vékás [2008] p. 57)

Ajánlati kötöttség a magyar jogban. A megegyezés tipikus formája, hogy az egyik fél által tett ajánlatot (ajánlattétel) a másik elfogadja (elfogadás). Arról hogy mi tekinthető ajánlatnak a magyar joggyakorlat szerint csak annyit mondhatunk, hogy annak a szerződéskötési akaratot egyértelműen jeleznie, és a szerződésnek legalább a törvény szerint lényeges pontjait (láttuk azonban, hogy ez milyen keveset jelent) tartalmaznia kell. Az ajánlattétel következménye az, hogy amennyiben az ajánlatot a partner az ajánlati kötöttség idején belül elfogadja, akkor a szerződés létrejön. Benedek és Gárdos különbséget

²¹⁴ 1990 óta csak olyan bírósági ítéletek születtek e tekintetben, amelyek azt mondták ki, hogy mi nem alapoza meg a biztatási kárt.

²¹⁵ Tegyük hozzá viszont, hogy a tevékenység ugyan szándékos, de célja nem az, hogy a másikkal kárt okozzon, mert az kártérítési jogalap. (Vékás [2008] p. 56)

tesz az ajánlat és a nem kellően konkrét ajánlkozás között. Az utóbbiból még nem származik kötöttség – akkor sem, ha sokakhoz szól (mint például egy reklám vagy egy prospektus), de akkor sem, ha meghatározott címzettje van (Benedek – Gárdos [2007] p. 810). Más megfogalmazásban az ilyen „nem kellően konkrét” megfogalmazás ajánlattételi felhívás. A megkülönböztetés jogi alapja az, hogy az ajánlatnak minden lényeges elemet tartalmaznia kellene, holott ez a reklámról nem mondható el.²¹⁶ Ezek a hiányzó elemek azok, amely miatt a legtöbb jogrendben a reklámot nem tekinti olyan ajánlatnak, amelyből kötőerő származna.²¹⁷

Az *ajánlati kötöttség* szabálya a magyar jogban vegyes. Az ajánlati kötöttség kapcsán két nagy modellt ismerünk, a magyar jog különböző helyzetekre ugyan, de mind a kettőt átveszi. A német modell szerint az ajánlathoz az azt adó fél kötve marad, azt nem vonhatja vissza. A francia és angol hagyomány szerint a visszalépés lehetséges. A *common law* alapja például a szabad visszalépés joga: amíg a partner az ajánlatot nem fogadta el (az elfogadás postára adását értve ezen), addig az ajánlat „költségmentesen” visszavonható.²¹⁸ A francia jog is lehetővé teszi a visszalépést, de azt kártérítés fizetési kötelezettséghez köti, illetve adott esetben a bíróság is megállapíthatja az ajánlati kötöttséget idejét – a hivatkozás szerint azért, hogy ezzel csökkentsék az ajánlatot kapók bizonytalanságát. Érvelésük szerint ez szükséges ahhoz, hogy meglegyen a kellő gondolkodási ideje, ne kényszerüljön bele az ajánlat meggondolatlan elfogadásába.²¹⁹

A 1959-es kódex vegyes rendszert tartalmazott. Alapesetben a német, míg gazdálkodó szervezetek közötti szerződés esetében a francia, angol rendszerhez állt közelebb. Alapesetben az ajánlattevő gyakorlatilag szabadon nyilatkozhat arról, hogy ajánlatát milyen hosszan tartja érvényesnek. Gazdálkodó szervezetek esetén az árajánlatot egészen a szerződés megkötéséig vissza lehet vonni, és ezzel a szerződést meg lehet hiúsítani. Más kérdés, hogy ebben az esetben a másik fél költségeit (*negatív interesse*) meg kell téríteni. A 2013-as törvénykönyv már nyilvánvalóan a francia, angol hagyományt követi: az ajánlat szabadon visszavonható.

²¹⁶ Lásd például Bíró [1998] p. 259.

²¹⁷ A jogrendszerek áttekintését lásd Graziano – Bóka [2010] pp. 139-142

²¹⁸ Sőt, a *common law* szerint – leszámítva az *estoppel*-t – magából a fél által felvállalt, kimondott ajánlati kötöttségből sem származik ilyen hatás. Ugyanis az ajánlati kötöttséget ugyanúgy vissza lehet vonni az ajánlat elfogadásáig, mint magát az ajánlatot. Az angol jogra lásd Cheshire, Fifoot and Furmston' Law of Contract, Oxford University Press 15. kiadás – idézi Graziano – Bóka [2010] p. 228) Az Egyesült Államokra ugyanezt mondja ki a Restatement of Contract Law (Second) 42§.

²¹⁹ Terré, Francois – Philippe Simler – Yves Lequette: Droit civil, Les Obligations Paris, Dalloz, 2009 – idézi Graziano – Bóka [2010] p.220

Az ajánlati kötöttséget a magyar jog úgy szabályozza, hogy meghatározza, mennyi idő alatt érkező pozitív válasz jelent automatikusan szerződést. A jog jelenlévők között azonnali választ követel. Távollévők esetén az 1959-es kódex „az ajánlat megfontolásához” (és az ajánlat, illetve az elfogadás megérkezéséhez) szükséges idő elteltével felszámolja az ajánlati kötöttséget. A 2013-as törvénykönyv szerint az ajánlati kötöttség annyi idő eltelte után ér véget, „amelyen belül az ajánlattevő - az ajánlatban megjelölt szolgáltatás jellegére és az ajánlat megtételének módjára tekintettel - a válasz megérkezését rendes körülmények között várhatta” (6:65.§ (2) bek.) Ha a válasz ez után érkezik, akkor a szerződés nem jön létre. Más kérdés, hogy ilyen elkésett elfogadó nyilatkozat esetén az ajánlattevőnek a szerződés létre nem jöttéről külön tájékoztatnia kell az ajánlatot (késve) elfogadó partnerét. (Benedek – Gárdos [2007] p. 811).

Az *elfogadás* következménye a szerződés létrejötte. Azonban, ha az ajánlatot nem teljes egészében fogadja el a másik fél, hanem egy-két lényeges ponton módosítást javasol, akkor az nem elfogadás és módosítási ajánlat egyszerre, hanem ellenajánlat, elfogadás nélkül. Ezzel az eredeti ajánlat hatályát is veszti, annak pontjaihoz a felek nincsenek kötve, azokat az eredeti ajánlattevő is módosíthatja. (Benedek – Gárdos [2007] p. 816).

Ajánlat és elfogadás formái a magyar jogban. Az ajánlat és az elfogadás is sokféle formában történhet: írásban, szóban, ráutaló magatartással, az elfogadás időnként hallgatással is – mindaddig, amíg a lényeges elemek érthetően kiderülnek, illetve nyilvánvaló az elfogadás és az elutasítás. Azonban, különösen a ráutaló magatartásnál gyakran nem egyértelmű, hogy az megtörtént-e: amennyiben ugyanis az ajánlattétel vagy az elfogadás ráutaló magatartással – esetleg passzivitást tanúsítva – történik, akkor szembe kell nézni azzal a problémával, hogy egy-egy tett (vagy éppen az attól való tartózkodás) sok mindent jelenthet, annak számos indoka lehet. A ráutaló magatartásból sokszor nem olvasható ki, hogy a felek miképpen is egyeztek meg a szerződés lényeges pontjaiban. Jog szerint azonban szerződés csak akkor jön létre, ha az egyik fél akarata az általános élettapasztalat szerint a másik fél számára felismerhető (Benedek – Gárdos [2007] p. 753). A ráutaló magatartás egyik legfontosabb esete, amikor az egyik fél teljesít, és azt a másik nem utasítja vissza (Benedek – Gárdos [2007] p. 754).

Hallgatás, mint beleegyezés. Az 1959-es Ptk. 216.§ (2) bekezdésének, illetve a 2013-as törvénykönyv 6:4.§ (4) bekezdésének rendelkezése szerint a hallgatást alapesetben elutasításként kell értékelni. Kivéve, ha az ráutaló magatartásnak tekinthető vagy ha jogszabály, illetve a felek megállapodása kifejezetten úgy rendelkezik, hogy azt elfogadásnak tekinti. (Benedek – Gárdos [2007] p. 825)

Előszerződés. Az ajánlati kötöttség speciális formájának tekinthető az előszerződés intézménye. Ha ilyen létrejön, az a felek szerződéskötési kötelezettségét jelenti. Azonban ez általában nem tartalmazza a szerződés minden elemét.

Éppen azért szokták kötni, mert a szerződés végleges tartalmát a függőben levő kérdések, kockázatok miatt még nem tudják meghatározni (Benedek – Gárdos [2007] p. 785).

A 2013-as törvény változtat az előszerződés szabályozásán. Az 1959-es törvény alapján a bíróság is meghatározhatta a szerződés lényeges tartalmát, akár az előszerződésben szereplő feltételek módosításával is (208.§ (3)-(4) bek.). Bár ezzel a joggal a bírói gyakorlat egyre ritkábban élt, de 2013-as törvény expliciten ki is zárja ezt a lehetőséget: a bíróság csak a felek által meghatározott feltételekkel hozhatja létre a szerződést. (Erre akkor kerül sor, ha valamelyik fél ezt nem kívánja megtenni és partnere bírósághoz fordul.) A jog ismer azonban olyan esetet, amikor az előszerződésben vállalt szerződéskötést valaki megtagadhatja – a 2013-as kódexben ezek a bírósági szerződésmódosítás feltételeivel azonosak.

2.2. Joggazdasági alapproblémák: beruházás és keresés

Mint láttuk, a fő kérdés, hogy melyik időponttól korlátozza a jog a szerződésért folyó versenyt, a szerződéses partner keresését, és léptessen ennek helyébe valamiféle kötőerőt – ha csak korlátozottat is, hiszen, a legtöbb jogrendhez hasonlóan a magyar is alacsonyabb várható kártérítéssel fenyeget ilyen esetben, mint a már megkötött szerződés megszegése esetén. Ebben a pontban, az egyszerűség kedvéért, végig ajánlati kötöttségről fogunk beszélni, de természetesen vonatkozik ez arra az esetre is, ha ajánlati kötöttség ugyan nincs, de a biztatási kár megítélésén keresztül az adott „ajánlatért”, tettért mégis kártérítési felelősséggel tartozik az „ajánlattevő”.

Alapdilemma: kompenzációs paradoxon. Az idioszinkratikus beruházások és a foglyul ejtés alapproblémája a kompenzációs paradoxon feloldása. Ez a paradoxon, mint a kikényszerítés és a kártérítés kapcsán az első és a harmadik fejezetben is láttuk, azt jelenti, hogy nem lehet mindkét felet egyformán optimális döntésre ösztönözni. A beruházó oldalán azt kellene elérni, hogy optimális mértékű beruházást tegyen. Az ígértelevő oldalán viszont az opportunista viselkedés ellen kell tenni, vagyis meg kell akadályozni, hogy a másikat foglyul ejtse, visszaéljen a helyzetével – és emiatt a másik oldalon akadályozási probléma alakuljon ki. Ajánlati kötöttség nélkül – a nem jogi szankciókat leszámítva – erre korlátlan lehetősége lenne. Ezzel szemben ajánlati kötöttség mellett az első elvárást nem tudjuk teljesíteni: amennyiben biztosítjuk, hogy a beruházót idioszinkratikus kiadásai miatt kár nem érheti, akkor – mint többször láttuk – a beruházó túlzottan is az ígéretre hagyatkozhat, az ilyen, bizonyosan megtérülő beruházásait, túl nagyra növelheti.

Időztítési probléma. A tárgyalási időszakban a túlzott ígéretre hagyatkozás vagy éppen az akadályozási probléma a joggazdaságtani modellek szerint itt elsősorban az idioszinkratikus lépések *időztítésében* jelenik meg. A tárgyalás korai szakaszában tett lépések általában jobban növelik a szerződésből közösen elérhető hasznot. Azonban a korai beruházás kockázatosabb is, hiszen ekkor még nagyobb az esélye annak, hogy a szerződés végül nem is jön létre, vagyis a beruházás feleslegessé válik, elvész. A beruházás halogatásának haszna a szerződéssel kapcsolatos bizonytalanság csökkenése: ha későbbre toljuk a beruházást, akkor csökken az esélye annak, hogy egy végül majd megghiúsuló szerződésbe ruházunk be. Ezt a biztonsági hatást kell szembeállítani azzal, hogy egy korábbi beruházás – a szerződés létrejötté esetén – nagyobb hasznot hoz.

A probléma modellezésére egy egyszerű példát láthatunk az 7.1. táblázatban (Katz [1996] alapján). A táblázat abból az egyszerű feltételezésből indul ki, hogy a beruházás, amelynek időpontjáról dönteni kell, minden időszakban 6000. A szerződés teljesülésének esélye minden héten 5 százalékponttal nő. A siker esetén elérhető bruttó haszon viszont hetente 400-zal csökken. A beruházás várható hasznát úgy kapjuk meg, hogy a várható bruttó haszomból (a szerződéskötés valószínűsége szorozva a szerződés esetén elérhető bruttó haszonnal) kivonjuk a várható költséget (a költséget súlyozzuk a szerződés megghiúsulásának esélyével). Az optimális beruházási időpont az, amikor ez a várható nettó haszon maximális – példánkban a harmadik hét. A jogrendszer akkor működne optimálisan, ha olyan szabályokat alakítana ki, hogy a beruházás éppen ekkor jöjjön létre.

7.1. táblázat. A beruházás időztítése

| hét | a szerződés meg- hiúsulásának esélye | b várhatóan elvesző befek- tetés | c bruttó haszon, siker esetén | d várható bruttó haszon | E várható nettó haszon |
|-----|--|--|----------------------------------|----------------------------|---------------------------|
| 1. | 20% | 1200 | 2000 | 1600 | 400 |
| 2. | 15% | 900 | 1600 | 1360 | 460 |
| 3. | 10% | 600 | 1200 | 1080 | 480 |
| 4. | 5% | 300 | 800 | 760 | 460 |
| 5. | 0% | 0 | 400 | 400 | 400 |

Megjegyzés: 6000 költségű befektetést teszünk, amely az *a* oszlopban szereplő eséllyel teljesen elvész (mert nem jön létre a szerződés), viszont siker esetén a *c* oszlopban szereplő hasznot hozza

Katz [1996] p. 1269 alapján

Az eddigiekben csak az idioszinkratikus beruházások szintjét, illetve időzítését vizsgáltuk. Azonban még legalább két, ezt némileg ellensúlyozó hatást is figyelembe kell venni: (i) milyen az exogén kockázat megosztása, (ii) optimális-e az ösztönzés az ajánlattételre.

Exogén kockázatok megosztása. A kockázat jó része exogén, a felek magatartásától független. Erről az exogén kockázatról elmondhatjuk egyrészt, hogy idővel csökken (ezt feltételeztük a táblázatban is), illetve, hogy a szerződéskötést megelőzően nagyobb, mint a szerződés megkötése után. Amikor a szerződési jog ajánlati kötöttségről rendelkezik, annak beálltát vagy be nem álltát kimondja, akkor ezt a kockázatot osztja meg a felek között. Az ajánlati kötöttség a kapcsolat veszteséggé válásának kockázatát az ajánlattevőre, míg a szabad visszalépés joga a beruházóra hárítja. (Persze – mivel ez csak diszpozitív szabály – csak akkor, ha a felek maguk a kockázatmegosztásról külön, előzetes megállapodásban másképp nem rendelkeztek.)

Ajánlattételi készség. Az előzőeket – a stratégiai beruházás problémáját, illetve a számára előnytelen kockázatmegosztást – látva az ígértetevő magatartása is megváltozhat: nőhet, vagy csökkenhet az általa tett ajánlatok száma. Új ösztönzési kérdéssel szembesülünk: az ajánlattevő dönt, hogy mikor és kikkel hajlandó egyáltalán kommunikációba, tárgyalásba kezdeni. Láttuk fenn a 7.2. szövegdobozban az angol jog szigorú álláspontját, ellenállását az ajánlati kötöttség kiterjesztett értelmezésével szemben. Ezt az angol jogi irodalom kifejezetten azzal magyarázza, hogy az ajánlati felelősség erősítése nagyon veszélyessé, költségessé tenné az ajánlattételt.

Bonyolultabb modell: a kétoldalú beruházások problémája. Eddig a legegyszerűbb helyzettel foglalkoztunk: az ajánlat hatására az azt kapó fél beruházásokba kezd. Mi a helyzet azonban akkor, ha a beruházás nem ilyen aszimmetrikus, ha a másik fél is megteszi a maga idioszinkratikus lépéseit? Az első fejezetben láttuk, hogy a kooperáció jogon kívüli kikényszerítésének egyik eszköze a kölcsönös „túszadás”, vagyis az, ha mind a két fél idioszinkratikus beruházásokat tesz. Ha így tesznek, akkor a kapcsolat, a szerződés felbomlásának esélye csökken, nagyobb biztonságban tudhatják a saját beruházásukat. Azonban a kölcsönös beruházás arra még nem jelent garanciát, hogy ilyen esetben a beruházások szintje (és időzítése) is optimális lesz. Ennek oka, hogy mindkét félnek számolnia kell azzal, hogy az ő hozamát nemcsak az befolyásolja, hogy a kapcsolat fennmarad-e, hanem az is, hogy végül – a beruházás után – milyen szerződést kötnek. Ha bármilyen kis esélyét látja annak, hogy a tárgyalás során a partnere el tudja vonni tőle az adott beruházás hozamának egy részét (de a kapcsolat még fennmarad), akkor az ösztönzése a beruházásra máris csökken: miközben övé a beruházás teljes költsége, aközben a haszon egy része a partneréhez vándorol.

Sőt, a helyzet tovább bonyolódik akkor, ha az egyik fél beruházása befolyásolja a másik fél beruházásának hasznát. Ha a két beruházás egymás kiegészítője, vagyis az egyik megléte növeli a másik hozamát (például mivel gyorsabb, pontosabb, jobb, a másik elvárásainak jobban megfelelő teljesítést tesz lehetővé), akkor az ilyen beruházások szintje túl alacsony lesz. Ekkor ugyanis biztos, hogy a beruházás hozamának egy része a másikhoz jut – az ő beruházásának hozamaként jelentkezik. Amennyiben azonban a két lépés egymás helyettesítője, vagyis az egyik beruházás a másik hozamát csökkenti (például, mivel a beruházó alkuerejét növeli, és ezért a számára kedvezőbb szerződési feltételek kialakulását segíti elő), akkor épp fordítva: az ilyen beruházások szintje túl magas lesz.

Partnerkeresési döntés. Az eddig látott modellek végeredménye nagyon hasonlít ahhoz, amit az idioszinkratikus beruházások szerződéskötés utáni ösztönzői kapcsán mondtunk. Nem véletlenül, hiszen a joggazdaságtan állítása éppen az, hogy a szerződés kötőerejét az ilyen beruházások léte igazolja – azt éppen ezek miatt kell megteremteni, már ezek megtételének pillanatában, függetlenül attól, hogy maga a szerződés jogilag még nem jött létre.²²⁰ A két beruházástípus (szerződéskötés előtti és szerződés alatti beruházás) között a különbség csak annyi, hogy mivel a jogi értelemben vett szerződéskötés előtt nagyobb a kockázat, ezért ekkor csak kisebb (vagy későbbi) beruházás indokolt. Azonban a szerződéskötés előtt megjelenik egy speciális beruházási fajta is, amely a szerződés megkötése után már nem: a partnerkeresésre fordított pénz, energia. Láttuk az első fejezetben, hogy ez maga az egyik legfontosabb olyan ösztönzési kérdés, amelyre a szerződési jog elemzésekor figyelniünk kell.

Láttuk az első és a harmadik fejezetben, hogy a partnerkeresésről döntő racionális szerepelő azt veti egybe, hogy a további keresés, vagyis a szerződéskötés elhalasztása miatti költségei (ide értve a már megtalált partnerrel várhatóan megköthető szerződés elvesztésének az esélyét is), kisebbek vagy nagyobbak, mint a további keresés várható haszna. A keresés várható haszna két elem szorzata: (i) annak valószínűségéé, hogy sikerül jobb partnert találni és (ii) azért a haszoné, amit ekkor elérnénk (a talált új partnerrel és a már meglévő partnerrel kötött szerződés értéke közötti különbség). Ez az egyénileg optimális döntés azonban társadalmi szempontból nem biztos, hogy az.

Mint az előző alfejezetben láttuk, ha az újonnan talált partner többlettenne szert a cseréből, de az a váltási költség miatt mégsem jönne létre vagy csak számára rosszabb feltételekkel (mert be kell kalkulálni az előző partnernek járó kártérítést), akkor az ő jóléte csökken. A jogilag védett ajánlat éppúgy,

²²⁰ Részleges kötöttséget jelent például az ajánlati kötöttség – feltéve, hogy annak megszegése a szerződésszegéshez képest alacsonyabb kártérítéssel jár vagy annak megsértéséért nehezebben mond ki felelősséget a bíróság, mint szerződésszegésért.

mint egy meglevő szerződés, költségeket róhat az ilyen új potenciális, később érkező partnerekre. Csökkenti a számukra elérhető alternatívák számát – megrágítja azokat. Az, aki a maga számára a legjobb szerződést keresi, ezzel a vele egy időben hasonló partnert keresőknek, vagyis a versenytársainak negatív externáliát okoz: csökkenti az esélyét annak, hogy ők találjanak rá az adott partnerre. Elviheti azt előlük.

Azonban a keresési ösztönző lehet túl gyenge is. Ne feledjük ugyanis, hogy egy adott tranzakció értékét, a belőle származó hasznot, értéktöbbletet úgy tudjuk megragadni, ha összehasonlítjuk a vevő maximális vételi árát (fizetési hajlandóság) és az eladó minimális eladási árát (elfogadási hajlandóság)! Azonban a keresést az egyéni haszon motiválja, vagyis az elérhető ár és a saját értékelés közötti különbség. Mi történik, ha a szerződésből eredő hasznot megosztása erősen egyenlőtlen, azok nagy része az egyik félhez jut, az ár a másik fél által még éppen elfogadható érték közelében alakul ki? Ilyenkor a másik fél annak ellenére sem sok értelmét látja majd a keresésnek, hogy annak nagy a társadalmi haszna, hiszen ennek nagy része a másíknak jutna. Mondhatjuk persze, hogy a másik annál inkább ösztönzött lesz. Ez igaz is, de ne feledjük, hogy a két fél keresését ez esetben az határozza meg, hogy mekkora a várható részesedésük a szerződési többletből, és nem az, hogy melyikük hatékonyabb a keresésben (Shavell [2004] pp. 325-327). Ha például az a fél lenne hatékonyabb a partnerkeresésben (például, mivel több információval rendelkezik), aki alig jut szerződési többletke, akkor az egyenlőtlen tárgyalási erő rombolja a hatékonyabb fél keresési ösztönzőjét.

Az ajánlati kötöttség ezt a keresési ösztönzőt módosítja. Erősebb kötöttség esetén az ajánlattevő keresési ösztönzői csökkennek, míg az ajánlatot kapóé nőnek. Az ajánlattevő ugyanis hiába talál a jelenleginél jobb partnert, azzal csak akkor szerződhet, ha a mostani partnere beruházásait kifizeti. Ezzel szemben partnere az ajánlat birtokában – első látásra talán paradoxnak tűnő módon – erősebben fogja keresni a még jobb lehetőségeket. Tudhatja ugyanis, hogy az ajánlat egy ideig áll, vagyis nem kell azt azonnal elfogadnia. Ajánlati kötöttség nélkül, az azonnali elfogadásra lenne ösztönözve.

2.3. Joggazdasági elemzés: a felelősség beállta

Mint a közgazdaságtan legtöbb ajánlásából, a fenti hatékonysági elemzésből is olyan kifinomult döntési modellek származnak, amelyek roppant magas információigényük miatt a bírósági munkában közvetlenül alkalmazhatatlanok. A joggazdaságtani elemzések fő kérdése ezért e területen is az, hogy tudunk-e olyan viszonylag egyszerűen alkalmazható szabályokat alkotni, amelyek keve-

sebb információval is többé-kevésbé garantálják a fenti ösztönzők kialakulását. Az elmúlt másfél évtizedben több ilyen javaslat is született. Ezek közül veszünk sorra most ötöt: (i) a beruházó gondossága, (ii) az *ex post* tárgyalási erő (vagy másképp az olcsóbb kockázatviselő), (iii) az *ex post* opportunizmus (vagyis többé-kevésbé az amerikai jogban alkalmazott jóhiszeműség), (iv) a visszalépés és (v) az ígértező *ex ante* érdekelttségének tesztjét. (Előre kell bocsátani, hogy bár ezek a joggazdaságtani irodalomban egymás alternatíváiként jelennek meg, felfoghatók olyan egymást kiegészítő szempontokként is, amelyeket a bíróság mind vizsgálhat az ajánlati kötöttség beálltának vizsgálatakor.)

A *beruházó gondossága*. Craswell viszonylag egyszerű szabályt javasol: a bíróságnak az ajánlati kötöttség kimondásához, a bízattási kár megítéléséhez csak azt kell vizsgálnia, hogy a perben álló felperes, vagyis a beruházó fél lépése indokolható, *prudens* volt-e (Craswell [1996]). Az általa javasolt szabály gyakorlatilag a kártérítési jogból ismert szigorú felelősségi szabály kiegészítve a felperes közrehatásának vizsgálatával. Az ajánlattevő (alperes) köteles a beruházót (felperest) minden a szerződésből elérhető haszon növelés érdekében tett lépése miatt kártalanítani – feltéve, hogy a beruházások szintje nem haladja meg az adott helyzetben általában elvárható gondosság melletti szintet. Ha azon túllép, akkor viszont nincs kártérítés. A szabály: mindent (teljes – igaz a modell szerint inkább csak a *negatív érdekességig* terjedő – kártérítést) vagy semmit.

Ezt a megoldást elsősorban azért kritizálják, mert

- (i) kérdéses, hogy a bíróság meg tudja-e ítélni a beruházó gondosságát (Katz [1996]), hiszen az elvárt gondosság tesztje elvileg pontosan azon elemzés elvégzését követelné, amit a fentiekben bemutattunk;²²¹
- (ii) jogi értelemben nem foglalkozik azzal a kérdéssel, hogy mikor tekintünk valamit a szerződési ajánlat visszavonásának. Kostritsky arra hívja fel a figyelmet, hogy a szerződés tárgyalása, véglegesítése során az ígértező nem csak visszavonhatja az ajánlatát, hanem módosíthatja is azt: alacsonyabb ellenszolgáltatást ajánl, saját szolgáltatásáért magasabb árat kér (Kostritsky [2008]). Ezt a beruházás hozamának teljes elértéktelepedésétől féltő beruházó könnyen lehet, hogy el is fogadja (emlékszünk az első fejezetben látott házépítési példára!), a szerződés tehát létrejön – de az akadályozási probléma jelen lesz. Mindaddig, amíg a jog csak az ajánlat visszavonása vagy a tárgyalások megszakítása esetén lép, addig az ilyen beruházások védelme ezen szabály mellett is meglehetősen alacsony lesz.

²²¹ A Craswell által a gondosság vizsgálatára javasolt teszt az amerikai kártérítési jogban jól ismert *Hand-szabály*, ami éppen azt veti össze, hogy az adott beruházási szint növelésének vagy csökkentésének inkrementális költsége hogyan viszonyul a várható haszon emiatti növekedéséhez vagy csökkenéséhez.

Az ex post tárgyalási erő (olcsóbb kockázatviselő). Katz javaslata az, hogy a bíróság elsősorban arra figyeljen, milyen a két fél alkupozíciója. A gyengébb alkupozícióban levő felet kell védeni: ha ő az ajánlattevő, akkor nem kell ajánlati kötöttséget megállapítani; ha azonban nem, akkor igenis szükséges az ajánlati kötöttség a (közel) megfelelő ösztönzők kialakításához (Katz [1996]). A tárgyalási erő tesztje az, amit a keresési probléma kapcsán már láttunk: miképpen osztják meg a szerződési többletet a felek milyen árban állapotnak meg. E döntési elv hatékonyságát szélsőséges esetben könnyű belátni. Ha a teljes szerződési többlet az ajánlattevőhöz jutna, akkor a beruházó nem ruházna be, hiszen abból semmiféle haszonra nem számíthat. Fordított esetben, amikor a haszon ajánlati kötöttség nélkül is a beruházóhoz jut, sőt a kooperatív (mind a kettőjük hasznát növelő) beruházás esetén az ajánlattevő oldalán megjelenő hasznot is elvonhatja, akkor a másik fél ajánlattételi ösztönzése csökken, és vélhetően az utolsó pillanatig kivár annak megtételével. Ezzel szemben, amennyiben a haszon (ha nem is fele-fele arányban, de) megoszlik a két fél között, akkor a kompenzációs paradoxonnak megfelelően mindkét szabály az egyik oldalon túl erős, a másikon pedig túl gyenge ösztönzőket eredményez.

Sajnos azonban a tárgyalási erő tesztje időnként téves ösztönzőket teremt. Maga Katz is felhívja a figyelmet, hogy tisztán a tárgyalási erő tesztje csak akkor vezet hatékony eredményre, ha (i) egyik fél sincs információs előnyben (mindketten ugyanazt tudják), és (ii) a két fél kockázattűrő képessége azonos. Amennyiben ezekben eltérés van, akkor a tárgyalási erő tesztje mellett figyelembe kellene venni azt is, hogy az ajánlattevőé-e az információs előny, illetve ő-e a jobb kockázatviselő. Elképzelhető, hogy a három kérdés (tárgyalási erő, információ, kockázattűrés) másféle jogi választ követel. Mindenesetre Katz szerint ennek kicsi a valószínűsége, hiszen az informáltság és a kockázattűrés általában tükröződik a tárgyalási erőben. Többek között éppen ezért nevezi Katz ezt a megközelítést a jobb kockázatviselő tesztjének.²²²

A másik problémája a tárgyalási erő tesztjének, hogy nehéz alkalmazni: nyilvánvalóan nem ítéltető meg, hogy a szerződési többletből melyik félnek (a beruházásról hozott döntés pillanatában) várhatóan mennyi jut, mekkora lesz a várható szerződési ár. Ez azonban nem jelenti azt, hogy két fél alkuerejét ne tudnánk becsülni. A gond inkább az, hogy ennek a becslésnek a során a tárgyalási erőt rosszul értelmezik. A tárgyalási erő ugyanis nem azonos azzal, hogy a

²²² Tovább bonyolítja a képet, ha a tárgyalási erő az ajánlattevő oldalán van, és nem egyetlen beruházásról kell dönteni, hanem többről, úgy, hogy a hatékonyság ezek eltérő időzítését követelné meg: az egyiket korábban, a másikat később kellene megtenni. Láttuk, hogy ilyenkor a beruházónak a szerződés megkötése, illetve az ajánlati kötöttség beállta előtt nem lesz ösztönzője azok megtételére, viszont azután mindkét beruházásra azonnal sor kerül – függetlenül attól, hogy az egyikkel még esetleg várni kéne.

két fél közül melyik a nagyobb és melyik a kisebb szereplő, melyik a nagyobb és melyik a kisebb vállalat. A tárgyalási erő becsléséhez Katz hat kérdés együttes vizsgálatát javasolja. A nagyobb tárgyalási erő annak az oldalán van,

- (i) akinek kevesebb *ex post*, vagyis a szerződéskötéskor elérhető helyettesítője van,
- (ii) akinek kevesebb idioszinkratikus beruházást kell tennie,
- (iii) aki jobban tolerálja azt, ha kivárnak a szerződés megkötésével,
- (iv) aki jobban viseli az adott üzleti meghíúsulásának kockázatát,
- (v) aki jobban ismeri a másik valós helyzetét és
- (vi) akinek kevésbé fontos a jó hírnév.

Ezek között van olyan szempont, amelynek egy nagyobb vállalat *általában* (de minden esetben) jobban megfelel – például a kockázatviselő képességük a nagyobb vagyon miatt általában jobb. De vannak olyan elemek is, amelyek *általában* (de szintén nem minden esetben) a kisebb vállalatok alkupozícióját erősítik – például vélhetően többet tudnak a nagyobb vállalatról, mint az róluk; vagy adott esetben a hírnevük is kevésbé fontos, mert túlzottan rossz reputáció esetén kisebb költséggel felszámolhatók és újraalapíthatók más néven, illetve a róluk szóló hírek is csak szűkebb körben, lassabban terjednek (például kisebb rajtuk a médiafigyelem)²²³.

Az *ex post* *opportunizmus* (a *jóhiszeműség* amerikai változata). Bebchuk és Ben-Shahar több lehetséges alternatívát²²⁴ is felvillant – itt most csak az *ex post* opportunizmus vizsgálatának nevezett tesztet elemezzük. Eszerint az ajánlattevőt akkor kell kártérítésre kötelezni, ha a beruházás nyomán úgy módosítja az ajánlatát, hogy azzal a beruházás *összes hasznát* magához vonja, a partnerének nem marad haszon (Bebchuk – Ben-Shahar [2001]). Bizonyítják, hogy a teszt hatékony beruházási szintet eredményez. (Levezetésért lásd a 7.3. szövegdobozt!) Intuíciójuk arra épül, hogy amennyiben a beruházás költségeinek ugyanakkor része jut a beruházóhoz, mint amekkora rész annak hasznából, akkor hatékony döntéseket fog hozni. Állításuk szerint az *ex post* opportunizmus kizárása biztosítja, hogy a beruházás miatti költség- és haszonnövekményből ugyanolyan arányt (az alkuerejének megfelelő) arányt tudjon érvényesíteni az adott fél.

²²³ Hasonló érvelésért lásd Posner [2011] p. 140

²²⁴ Ezek: a kártérítés hiánya, a költségmegosztási szabály (mindkét fél térítse meg a másik beruházási költségeinek valamekkora, de nem teljes részét – függetlenül attól, hogy ki miatt hiúsult meg a szerződés), a hatékony beruházás költségeit fedező objektív felelősség (mindkét fél megfizeti a másik költségeit addig a szintig, ameddig hatékony lett volna – ha annál kevesebb, akkor a teljeset).

7.3. szövegdoboz. Az ex post opportunizmus tesztjének beruházásösztönző hatása

Egy szerződésből származó haszon függ az előzetes beruházások mértékétől. Feltesszük, hogy a vevő beruházása, R_v és az eladó beruházása, R_e egyaránt emeli a vevő szerződésből származó hasznát $V(R_v, R_e)$ és csökkenti az eladó költségeit $C(R_v, R_e)$. A beruházásokból származó haszon innen:

$$(1) V(R_v, R_e) - C(R_v, R_e) - R_v - R_e = G(R_v, R_e) - R_v - R_e$$

ahol $G(R_v, R_e)$ a szerződésből R_v és R_e mellett származó többlet.

Amennyiben igaz, hogy mind a két beruházás mind a két tényezőre a határon egyre kisebb mértékben hat, akkor azok optimális szintjét az (1) egyenlet R_v és R_e szerinti deriválásával kaphatjuk meg. Eszerint mindkettő optimális mértéke a

$$(ii) G_i(R_v, R_e) = 1$$

egyenletből számolható, ahol G_i a szerződéses többlet R_v vagy R_e szerinti deriváltja.

Ahhoz, hogy belássuk, hogy az ex post opportunizmus kizárása ugyanezt az eredményt adja, meg kell határoznunk a két fél egyéni hasznait. Ez pedig a fizetési és az elfogadási hajlandóság, valamint az ár különbözete.

$$\text{Az vevő fizetési hajlandósága: } V(R_v, R_e) - R_v$$

$$\text{Az eladó elfogadási hajlandósága: } C(R_v, R_e) + R_e$$

Az ár pedig a szabály szerint valahol e két összeg között lesz.

$$(iii) p = \theta [C(R_v, R_e) + R_e] + (1 - \theta) [V(R_v, R_e) - R_v]$$

ahol $0 < \theta < 1$ jelzi, hogy az ár hogyan osztja meg a teljes szerződési többletet, pontosabban, hogy annak mekkora részét juttatja a vevőnek.

A vevő úgy választ beruházási szintet, hogy a maga nettó hasznát szeretné maximálni. Az ő haszna a beruházásból: $V(R_v, R_e) - R_v - p = \theta [G(R_v, R_e) - R_v - R_e]$

Az eladó hasonlóképp a saját hasznát akarja maximálni, ami: $p - [C(R_v, R_e) + R_e] = (1 - \theta) [G(R_v, R_e) - R_v - R_e]$

Mind a kettőtől belátható, hogy az elsőrendű deriváltjuk a társadalmi optimumnak, vagyis (ii)-nek megfelelő eredményt hoz.

A szabály nagy előnye nem is annyira a hatékony ösztönzés, hanem az, hogy választ kínál a fenti kérdésre: mikor kötelezzünk valakit kártérítésre. A korábbi két szabály szerint a tárgyalások megszakítása esetén kell kártérítést fizetni. Nem feledhetjük azonban, hogy a tárgyalások megszakítását egy elfogadhatatlan ajánlattal ki is lehet kényszeríteni. Ez a szabály elsősorban arra ad választ, hogy mikor „elfogadhatatlan” az ajánlat.

A megoldás Achilles-pontja azonban az, hogy a bíróságnak meg kell ítélnie, mikor tekinthető egy ajánlat a másikat kisémmizőnek, vagyis adott esetben tudni kell, hogy az ajánlat valóban elvonná-e a másik teljes hasznát. A felperes természetesen mindig ezt fogja állítani, az alperes pedig tagadni fogja azt. Erre a bizonyítási nehézségre Bebchuk és Ben-Shahar is felhívják a figyelmet: az ex post opportunizmus tesztje akkor alkalmazható, ha viszonylag jól becsülhető a beruházó fizetési, vagy elfogadási hajlandósága.

A szabály módosított verziójának tekinthetjük az amerikai bírói gyakorlatban megjelenő *jóhiszeműség tesztet* (Ben-Shahar [2004]). Ez némileg enyhíti a bizonyítási problémát. Az elv szerint az ajánlati kötöttség megsértése miatt akkor kell kártérítést fizettetni, ha az új ajánlat rosszabb, (i) mint a korábbi és (ii) mint ami a beruházó számára (más partnerrel) eredetileg elérhető lett volna. A teszt tehát – a közgazdaságtan fogalmai szerint – megengedi a szerződésből származó járadék csökkentését, de annak teljes elvonása esetén fellép. Persze a bizonyítási problémát teljesen ez az elv sem számolja fel, de jelentősen csökkenti: itt nem azt kell bizonyítani, becsülni, hogy mekkora a beruházó fenyegetési értéke, hanem azt, hogy mástól eredetileg milyen ajánlat lett volna elérhető.

A visszalépés tilalma. Ben-Shahar másik javaslata szerint tiltani kell mindenféle, az eredeti ajánlattól történő visszalépést. Ez, szemben az előbb bemutatott amerikai jóhiszeműségi tesztel, akkor is kártérítésre kötelezné az ajánlattevőt, ha új ajánlata nem rosszabb, mint az elérhető második legjobb (Ben-Shahar [2004]). Ennek előnye nyilvánvaló: a bizonyítás egyszerűsödik. Viszont, ha minden visszalépéskor meg kéne fizetni a másik fél beruházási költségeit (sőt a cikk értelmezésében inkább a szerződés meghiúsulása miatt elmaradt hasznát is magában foglaló kárt, vagyis a *pozitív érdekét*), akkor az a szerződési ajánlatok számának csökkenését okozná. Éppen ezért maga Ben-Shahar sem tisztán a „visszalépés tilalmát” és ennek szankciójaként a teljes kártérítés elvét mondja ki²²⁵ – a kártérítés összegének számításán keresztül próbálja csökkenteni ezt a negatív ösztönzőt. Azt javasolja, hogy az olyan tipikus ajánlatok esetén, amelyek nem terjednek ki minden olyan kérdésre, amelyre egy szerződés kiterjedne, (és tegyük hozzá: ezért nem is lennének alkalmasak az elmaradt haszon becslésére), a kártérítést úgy kell számolni, mintha olyan szerződés jött volna létre, amely ugyan az expliciten ajánlott pontokat tartalmazza, viszont minden más kérdésben az ajánlattevő számára legkedvezőbb feltételek szerepelnek. Vagyis ezen „hipotetikus szerződések” esetén minden tartalmi, értelmezési vitát az ajánlattevő számára legkedvezőbbben kellene eldönteni.

Az ajánlattevő ex ante érdekeltisége. Már Craswell is azzal érvelt a maga megoldása mellett, hogy a hatékony idioszinkratikus beruházás *ex ante* az ajánlattevő érdeke is. Ez ugyanis – mint láttuk – emeli a szerződéskötés esetén elérhető hasznot. Vagyis, ha ilyen esetben kártérítést ítélünk meg, akkor azt a felet kötelezzük *ex post* ennek megfizetésére, aki *ex ante* maga is szívesen felvállalta

²²⁵ Tegyük hozzá, hogy Ben-Shahar nem kötelezi el magát az elmaradt haszon alapján történő kártérítés mellett, sőt expliciten ki is mondja, hogy a javaslatával a költségalapú kártérítés is összefér. Ám utóbbi esetben nem sok értelme lenne annak a kérdésnek, hogy a szerződés ajánlatba nem foglalt vagy éppen vitatott pontjait miképpen töltsük ki – hacsak nem annak alapján akarnánk eldönteni, hogy mekkora az idioszinkratikus beruházás *prudens* szintje. Ez esetben kis módosítással visszajutnánk a beruházó gondosságának tesztjéhez.

volna ezt a kötelezettséget. A korábbi modellek is kimondva- kimondatlanul azt vizsgálták, hogy milyen szabályokkal lehet többé-kevésbé elkülöníteni az ilyen *ex ante* kölcsönösen előnyös beruházásokat.

Schwartz és Scott, illetve Kostritsky azonban az elv közvetlenebb alkalmazása mellett teszik le a voksukat. Megítélésük szerint van olyan viszonylag egyszerű teszt, amelyből tudható, hogy mely előzetes beruházás hatékony, mely beruházást fogadná el *ex ante* az ajánlattevő is – ebből következően azt is közvetlenül megállapíthatjuk, hogy az ajánlattevő mikor tesz „elfogadhatatlan”, opportunistá lépéseket. (Schwartz – Scott [2007], Kostritsky [1993, 2008])

Schwartz és Scott szerint az, hogy mi lett volna a hatékony megoldás, kiolvasható a felek előzetes kommunikációjából, megállapodásából. Elemzésük szerint a bíróságoknak csak olyan előzetes megállapodások esetén érdemes²²⁶ fellépni, amikor a felek már egyértelműen meghatározták

- (i) a későbbi szerződés tárgyát,
- (ii) a szerződés megkötése érdekében teendő lépéseket (melyik fél mit köteles megtenni), és
- (iii) hogy ezeket egy időben, egymással párhuzamosan, szimultán módon kell-e megtenniük

Ha egymás utáni lépésekről állapodnak meg vagy csak egyik felet kötelezik „előkészületre”, akkor nincs szükség a kötöttségre, az idioszinkratikus beruházások védelmére. (Schwartz – Scott [2007])

Kostritsky ezzel szemben abból indul ki, hogy a felek nem mindig érhetnek el ilyen előzetes megállapodásig, éppen ezért a bíróságnak – mintegy diszpozitív szabályként – bizonyos esetekben fel kell tételezni, hogy a felek szimultán beruházásokban egyeztek volna meg. (Kostritsky [1993, 2008])

Mindkét modell egyetért abban, hogy az opportunistá magatartást abban kell felfedezni, ha valaki az ilyen szimultán beruházást elhalasztja, a tőle várt párhuzamos lépést nem teszi meg, és ezzel partnerét, annak kifejezett akarata ellenére, foglyul ejti. A modell szerint ilyenkor nem is kell vizsgálni a módosított ajánlat tartalmát, maga a beruházás elhalasztása elegendő indok a kártérítés megítélésére.

A két modell abban tér el egymástól, hogy a bíróságra bízza-e annak megítélését, hogy mikor lett volna szükség (explicit megállapodás hiányában is) szimultán lépésekre, és mikor nem.²²⁷ Kostritsky, aki szkeptikus abban, hogy

²²⁶ Elemzésük szerint az amerikai bíróságok elsősorban (igaz nem kizárólagosan) az ilyen beruházások esetében ítélnék a felperes javára.

²²⁷ Tegyük hozzá, hogy Schwartz és Scott is elismerik, hogy néha a megállapodás inkább csak hipotetikus, a bíróság által tételezett – vagyis ennyiben ők is elismerik, hogy időnként az adott tárgyalási viszonyok ismeretében a bíróságnak kell következtetnie arra, hogy a felek ilyen hallgatóságos megállapodás értelmében jártak el.

a felek képesek-e minden fontos kérdésben előzetes megállapodásra jutni, elsősorban azt a kérdést vizsgálatná a bírósággal, hogy az adott szerződés esetén (i) indokolt lett volna-e a szimultán beruházás és (ii) ehhez képest az alperes valóban csak a felperes után tette-e meg a maga lépéseit. Az indokoltság megállapítása érdekében az alperes *ex ante* érdekelttségét kell csak vizsgálni: mikor lett volna maximális a szerződés értéke. Ha az egy időben (viszonylag gyorsan) tett lépések lettek volna hatékonyak, akkor azok elhalasztása indokolja a kártérítést. Nem minden szerződésnél ez a helyzet: például egy olyan információs aszimmetriával leírható szituációban, amilyen egy hitelszerződés, nem egyidejű lépésekre van szükség – a hitelfelvevőnek kell elől járnia, neki kell előbb a saját hitelképessége bizonyítása érdekében lépéseket tenni.

Vegyük észre, hogy ez a modell csak abban az esetben ítél meg bármilyen kártérítést, ha egyidejű, kölcsönös beruházásokra van szükség. Nem foglalkozik azokkal az esetekkel, amikor valamelyik félnek elől kell járnia vagy a beruházást csak az egyik félnek kell tennie. Ilyen esetekben két lehetséges válasz adódik. Vagy azt mondjuk – a *common law* alapelveinek megfelelően – hogy ezekben az esetekben ez a beruházó fél saját kockázata. Eszerint a szabad visszalépés elvét kell elfogadni; vagy alkalmazni kell valamelyik fenti hatékony beruházást ösztönző szabályt. Ezt az álláspontot azonban – mint láttuk – Craswell erősen vitatta. Az ő modellje expliciten abból indult ki, hogy a bíróságok előtt megjelent jogvitákban az idioszinkratikus beruházások általában egyoldalúak.

Az ajánlati kedvről – még egyszer. A megoldások lezárásaként érdemes visszatekintni az egyik fő ösztönzőre: az ajánlatok számára. Láttuk, hogy többen – különösen az angol jogászok – attól tartanak, hogy az ajánlati kötöttség kiterjesztése, megerősítése az ajánlatok csökkenéséhez vezet. Bebchuk és Ben-Shahar [2001] bizonyítja, hogy ez nem feltétlenül van így. Amennyiben az ilyen felelősség miatt több beruházásra kerül sor, akkor emiatt akár *nőhet* is az ajánlatok száma (Bebchuk – Ben-Shahar [2001]): több olyan üzlet, amely ilyen beruházások nélkül nem hozott volna hasznot a felek számára, a beruházás miatt hoz. Vagyis az ajánlattevőnek is érdeke ilyen idioszinkratikus beruházások megvalósítása, és ezért – mint az első fejezetben a szerződéskötés alapproblémájánál is láttuk – érdeke a kötöttséget felvállalni.

2.4. Magyar jogi problémák

Ha igaz, hogy a fenti tesztek mindegyike közvetlenebb vagy áttételesebb módon ugyan, de azt keresi, hogy az ajánlattevőnek érdeke-e *ex ante* az, hogy a másik fél jelentős idioszinkratikus beruházásokba fogjon, akkor érdemes megvizsgálni, hogy a gyakorlatban a bíróságok által vizsgált problémák összefüggenek-e

ezzel. Az egyszerűség kedvéért irányítsuk figyelmünket öt, a magyar jogban is fontos kérdésre. Mekkora beruházást kell, hogy kiváltson egy-egy ajánlat? Ajánlatnak tekinthető-e (mikor) egy hirdetés? Mi történjen, ha az ajánlatot a másik fél nem egy az egyben fogadja el, hanem néhány ponton módosítva küldi vissza? Mikor jelentsen elfogadást a hallgatás? Mit jelent az, hogy az ajánlatot valaki ráutaló magatartással fogadja el (mikor hatékony ez)?

Mielőtt továbblépnénk, tegyük hozzá: a magyar joggyakorlat, de az irodalom is csak nagyon ritkán bolygatják azt a kérdést, hogy az eredeti ajánlat módosítása tisztességes volt-e. Vagyis az esetek inkább a szerződés megkötéséről szólnak, arról nem, hogy valaki módosítja az ajánlatát, amelyet a másik elfogad. Éppen ezért az itt vizsgált eseteket is erre a helyzetre, a szerződés visszautasítására, a tárgyalás megszakítására írjuk fel. Azonban, mivel a magyar joggyakorlat válaszai nem mindig világosak, ezért nem a létező, hanem a lehetséges válaszok és azok hatásainak számbavételére fókuszálunk.

A beruházások ésszerű szintje. Amikor a sikeres üzlet létrejöttének esélye viszonylag kicsi, amikor éppen ezért az ajánlattevő nem akar túl magas beruházási szintet, akkor a legtöbb jogrendszer szinte soha nem ítél meg kártérítést. Ezzel szemben, ha a szerződésből származó haszon komolyan növelhető a beruházások révén, akkor a kártérítés is inkább indokolt. Lássunk erre két tipikus példát!

- (i) Egy beruházás fővállalkozója saját ajánlatának elkészítése során ajánlatot kér az alvállalkozójától, majd a maga ajánlatát ennek fényében készíti el. Miután a szerződést megkötötték vele, az alvállalkozójához fordul, de utóbbi kijelenti, hogy az ő ajánlata már nem áll.²²⁸ A fővállalkozó beruházása, vagyis az általa beadott ajánlat elkészítése, a szerződéskötéssel járó költségei (ide értve a szerződés nem teljesítése esetére vállalt kötelezettségeit is) *ex ante* az alvállalkozó érdekét is szolgálja. Az általa tett ajánlatot a fővállalkozó nem igényelte volna, nem fogadta volna el, ha nincs esély arra, hogy elnyerje a megbízást.
- (ii) Egy ingatlankereskedő körlevelet küld ügyfeleinek, amelyben felhívja a figyelmüket az aktuálisan elérhető ingatlanokra. Az egyik ingatlan felkelti a felperes érdeklődését, aki a szükséges források megszerzése érdekében különböző tranzakciókba kezd. Mire azonban a pénz elérhető és az ingatlankereskedőhöz fordul, a telek már elkelt.²²⁹ Itt az ajánlattevő nyilvánvalóan nem akarta a beruházót a megtett lépésekre ösztönözni.

A legtöbb európai jogrendszer a különböző jutalom vagy jutalékajánlatok között tesz (Gordley [2004] pp. 369-370). Eszerint általában kötelezőnek tekintik azt, ha valaki kifejezetten egy magánnyomozónak ajánl jutalmat arra az

²²⁸ Alapja: *Drennan v. Star Paving Co* [1958] 51 Cal.2d 409, 333 P.2d 757

²²⁹ *Lonergan v. Scolnick* [1954] 129 Cal. App. 2d 179, 276 P.2d 8

esetre, ha elveszett vagyontárgyát megtalálja; ezzel szemben, ha az ajánlatot nem kifejezetten egy személynek, hanem általánosságban (a „becsületes megtalálónak”) címzik, akkor az megfelelő (általában a közzétételre vonatkozó) feltételek mellett visszavonható. A két elem között az eltérés természetesen az, hogy a személyes ajánlat esetén nagyobb az esély arra, hogy a magánnyomozó lépéseket tesz, sőt az ajánlattevőnek vélhetően épp ez volt a célja. Az általános ajánlat azonban inkább egy „versenyfelhívásként” értékelhető: a különböző „versenyzők” (vagyis a vagyontárgyat keresők) még annyira sem lehetnek bizonyosak a sikerükben, mint a magánnyomozó. Tovább csökkenti a sikerük esélyét az is, hogy más – esetleg ugyanúgy a sikerdíj miatt megjelenő – kutató megelőzheti őket. Az elvet általánosíthatjuk is: a legtöbb jogrend a kizárólagos ajánlatokat erősebb védelemben részesíti, mint azt, ha valaki a csak egyike a sok potenciális „nyertesnek”.²³⁰

Reklám, hirdetés. Az előzőkhöz hasonló érvelés szerint az, ha valaki egy hirdetésben bízva a viszonylag messzi boltba utazik el, akkor az utazási költségét nem szerencsés megtéríttetni. Az ajánlat ugyanis versenyajánlat: mások is elvihetik a készleten lévő darabokat. Viszonylag kicsi a siker esélye, ezért nem hatékony (nem prudens), ha valaki ilyen túlzott beruházásokba veri magát – vélhetően az ajánlattevő sem akart ilyen beruházásokat kiváltani, az nem emeli a csere értékét.²³¹

Módosított elfogadás. Hogyan értékeljük azt, ha valaki a kapott ajánlatot nem elfogadja, hanem módosítva küldi vissza? Elvileg, amennyiben egy ilyen „elfogadás” érkezik vissza, három lehetőség között választhat a jog.

- (i) Tekinthesi úgy, hogy az eredeti ajánlat érvényét veszítette, mivel „új ajánlat érkezett” – ezzel az előző ajánlat megszűnik, a korábbi ajánlatnak a nem módosított („elfogadott”) pontjai sem kötik a korábbi ajánlattevőt. (A magyar Ptk. álláspontja elvileg ez, de a joggyakorlat ettől eltér.)

²³⁰ Az amerikai bíróság egy üzletkötő beruházásainak megtérítésére kötelezett egy tenger gyümölcseit forgalmazó céget, miután az visszavonta a kizárólagos forgalmazási jogra vonatkozó ajánlatát (Malloy v. Coldwater Seafood Corp. [1959] 338 Mass. 554). Ezzel szemben, ha valaki ingatlanközvetítőt kér meg az ingatlana értékesítésére, majd az ajánlatot visszavonja, akkor az ingatlankereskedő nem kérheti költségei megtérítését – csak ha nagyon speciális (és ezért speciális értékesítési költségeket kívánó) ingatlanról van szó. Az ingatlanértékesítési ajánlat ugyanis versenyajánlat: az ingatlankereskedő tudhatja, hogy az adott ingatlant esetleg más közvetítőnél is meghirdethetik, és ezért annak esélye, hogy ő jár sikerrel viszonylag alacsony. (Idézi Craswell [1996] pp. 527-528)

²³¹ Fontos kiemelni, hogy itt az eset tényállása nem az a fogyasztóvédelmi ügyekben gyakori ügy, hogy a cég (némi opportunista módon) úgy hirdet meg valamit, hogy abból nincs raktáron megfelelő mennyiség. Tegyük hozzá: az, hogy ilyen esetben indokolt-e a kártérítés vagy éppen a cég elleni versenyjogi, fogyasztóvédelmi eljárás indítása, a joggazdaságtani elemzés számára szintén nem világos. Ezzel a fogyasztói szerződéseket is tárgyaló tizenegyedik fejezetben foglalkozunk majd.

(ii) Tekinthesi úgy, mint az eredeti ajánlat feltételes elfogadását, megkötve ezzel az eredeti ajánlattevőt a nem vitatott pontokon, de a szerződés csak akkor jön létre, ha a vitatott pontokban közös álláspontra jutnak – vagy ha a szerződés a vitatott pontok nélkül is érvényes.

(iii) Végül tekinthesi úgy, mint egyszerű érdeklődést, amely mellett az eredeti ajánlat fennmarad, de lehetővé válik annak módosítása, és majd a tárgyalások fényében döntenek a felek az eredeti ajánlat elfogadásáról vagy elutasításáról – vagyis itt az ajánlati kötöttség fennmarad.²³²

Az „ellenajánlatot” tevő fél érdekei nyilvánvalók (Eisenberg [1994]): az első megoldás semmiképpen nem szolgálja azokat. Ha ugyanis az eredeti ajánlathoz kötni akarja az ajánlattevőt, akkor a második megoldás kedvezőbb számára, mint az első. Ha viszont nem akarja ahhoz kötni, akkor az elsőhöz képest a harmadik értelmezés áll inkább az ő érdekében, hiszen így később még – egyet nem értés esetén – visszautasíthatja azt.

Az eredeti ajánlattevő érdekeit miképpen vegye figyelembe a jog? Craswell értékelése szerint ennek is a beruházások hatékony nagyságától kell függenie. Ha az ajánlattevő érdeke az ajánlat megtételekor az, hogy az ajánlatában bízva komoly idioszinkratikus beruházások valósuljanak meg, akkor az ajánlatot az ellenajánlat beérkezése esetén is fenn kell tartani. Ha ilyen beruházásokra nincs szükség, akkor érdemes az eredeti ajánlatot az ellenajánlat beérkezésével egy időben megszüntetni tekinteni.

Tegyük hozzá, hogy az ajánlat fennmaradása mellett ettől függetlenül is komoly érvek szólnak. Ez ugyanis a második fejezetben megismert büntető diszpozitív szabályként fogható fel. Az ajánlattevőnek az ilyen problémák megelőzésére komoly eszközök vannak a kezében. Például általában az ajánlatban maga is korlátozhatja az ajánlati kötöttség időtartamát vagy maga vonhatja azt egészeiben vissza az ellenajánlat megérkezése után. Ezekkel a nem túl költséges eszközökkel feltárhat magáról és az ajánlatáról bizonyos (a másik szemében nem feltétlenül pozitív) információkat – mivel neki viszonylag egyszerű információt adnia, így érdemes lehet őt, számára hátrányos szabályokkal, információadásra ösztönözni.

Hallgatás mint elfogadás. Tekinthes-e a hallgatás beleegyezésnek? A legtöbb jogrendszerhez hasonlóan, a magyar ezt alapesetben nem fogadja el: az ajánlat elfogadásához kifejezett, explicit beleegyezés kell. A joggazdaságtani elemzés

²³² A klasszikus *common law* a problémát a meglehetősen szigorú, ún. tükör-szabállyal kezelte. Eszerint egy nyilatkozat csak akkor „elfogadás”, vagyis akkor eredményez szerződést, ha ugyanabban a formában tartalmazza az összes fontosabb pontot, ahogyan az az ajánlatban szerepelt. Több, egymással versengő ajánlat (ajánlat és ellenajánlatok sorozata esetén) pedig az „utolsó lövés” szabályt (*last-shot rule*) alkalmazta: ha valamelyik fél elkezdte teljesíteni a szerződést, akkor a szerződés tartalmát az azt megelőző utolsó általa kapott ajánlat alapján határozzák meg: úgy veszik, mintha azt fogadta volna el.

szerint ennek elsődleges oka a nem kívánatos ösztönző hatások elkerülése. Amennyiben ugyanis megengednénk, hogy a hallgatás beleegyezés legyen, akkor megérné a tömeges személyes ajánlattétel stratégiáját alkalmazni. Ha csak egy-két figyelmetlen ügyfél is akad, ha csak egy-két ügyfelet tart is vissza a negatív válasz visszaküldésétől annak költsége (idő, posta, stb.), akkor is létrejön egy-két olyan, az ajánlattevő számára előnyös (és a partnere számára káros) szerződés, amely e nélkül nem. (R. Posner [2011] p. 128)

Kevésbé nyilvánvaló, de az esetek többségében szintén az explicit elfogadás mellett szólhat a tranzakciós költségek minimalizálásának érve is. Amennyiben az ajánlattétel elfogadása megkívántatik, akkor egy elfogadott szerződéshez két akció szükséges (egy ajánlattétel és egy elfogadás), míg egy létre nem jött szerződéshez, eredménytelen ajánlattételhez csak egy (maga az ajánlattétel). Ezzel szemben, ha a hallgatást beleegyezésnek ismernénk el, akkor a viszony megfordulna: a szerződéskötéshez kellene egy, míg a szerződés létre nem jöttéhez két lépés. Mindazokban az esetekben, amikor a visszautasítás valószínűbb, mint az elfogadás, akkor nyilvánvaló, hogy az első megoldás, vagyis az explicit elfogadás megkövetelése jár kevesebb költséggel. Persze a kérdés a priori nem dönthető el: szerződésről-szerződésre változik, hogy az elfogadások és az elutasítások aránya mekkora R. Posner (a *common law* bírói gyakorlata alapján) javasolja is ennek esetenkénti vizsgálatát (R. Posner [2011] p. 128)

Az elfogadások és az elutasítások várható arányát persze időnként nehéz becsülni. Azonban ennek kapcsán is kiindulhatunk a felek *ex ante* érdekeiből. Lássunk erre két egymással ellentétes példát! Mindkettő ugyanabból az alaphelyzetből indul ki: a két fél korábban már üzletelt egymással, és akkor annak ellenére az ajánlatnak megfelelően jártak el, hogy arra a másik nem reagált. Kezdjük azzal a példával, amikor szerencsés a hallgatást elfogadásnak tekinteni! A megbízó korábban már többször adott el ingatlant ugyanazon ingatlanügynökség segítségével, és korábban az ügynökség mindig beleegyezett a megadott 10%-os jutalék csökkentésébe. Az adott esetben a megbízó ismét kéri a jutalék csökkentését, de az ügynökség nem válaszol.²³³ A másik esetben szerencsésebb, ha a hallgatást nem tekinti beleegyezésnek a bíróság. Egy biztosítási ügynök ajánlatot küld a biztosítás meghosszabbítására az ügyfélnek, azzal, hogy a válaszát küldje vissza. Korábban itt is többször megtörtént, hogy az ügyfél ilyenkor nem reagált, de a szerződést az ügynök meghosszabbította, és ezt a biztosított is üdvözölte. Most azonban az ügyfél nemcsak, hogy nem küldi vissza a beleegyezését, hanem más biztosítónál szerződést is köt.²³⁴ A különbség, Craswell elemzése szerint, itt is az idioszinkratikus beruházások *ex ante* optimális szintjében keresendő. Az ingatlant értékesíteni kívánó fél nem

²³³ Az eset alapja: *Ganley v. G & W Ltd. Partnership* [1980]44 *Md. App.* 568 (1980)

²³⁴ Az eset alapja: *Roberts v. Buske* [1973] 12 *Ill. App.3d* 630

adott volna megbízást, ha tudja, hogy most nem csökken a jutalék – az ügylet érdekében jelentős kiadásokba verte magát (beleértve azt is, hogy kereshetett volna más ügynököt is, de azt nem tette). A második esetben ilyen jelentős beruházásra az ajánlattevő, a biztosítási ügynök részéről nem volt szükség.²³⁵

Ráutaló magatartás. Létrejöhet szerződés az ajánlat explicit elfogadása nélkül is – ún. ráutaló magatartással. Emiatt az ajánlati kötöttség kimondása sokszor nem pusztán azt eredményezi, hogy az ajánlatot később visszavonó vagy módosító félnek meg kell térítenie a bízattási kárt. Előfordulhat ugyanis, hogy az ajánlatot a másik fél az ajánlattevő tudta nélkül fogadja el, létrehozva ezzel a szerződést. Márpedig, ha a szerződés – akár az ajánlattevő tudta nélkül – létrejön, akkor abból az ajánlattevő is már csak az előző fejezetekben bemutatott módon szabadulhat: teljesít vagy abból a lehetetlenülés bizonyítása után (tipikusan a *pozitív interessé-t* megtérítve) kilép. Az ajánlati kötöttség kimondása, ha nem követelünk explicit elfogadást is a szerződési kötöttség beálltához, annak a veszélyét is magában hordja, hogy emiatt megnő a nem teljesítés, a visszalépés, az „ajánlatmódosítás” szankciója is.

Láttuk, hogy a magyar jog szerint a ráutaló magatartásnak világosnak kell lennie. A világosság és a kár mérése azonban erősen összekapcsolódik: az ajánlattevő számára nem lényeges, hogy a bíróság a szerződés létre nem jöttét mondja ki vagy a szankciótól tekint el (azt szabja meg roppant alacsonyan). Lássuk ismét Craswell egyik esetét! Egy vállalkozó belső asztalosmunkákra kap ajánlatot. Ő ezt expliciten nem fogadja el, de a szükséges anyagokat megvásárolja. Azonban még mielőtt a munkát meg kellene kezdeni, a megrendelő visszavonja az ajánlatát. A vállalkozó bírósághoz fordul, a szerződés létrejöttének kimondását, illetve a költségeinek megtérítését kéri.²³⁶ Craswell fenti érvelése szerint egy ilyen kereset elutasítása azért indokolt, mert a beruházás nem volt idioszinkratikus: a vállalkozó a beszerzett faanyagot más munkáknál is felhasználhatja, vagyis a megbízás visszamondása miatt jelentős kár öt nem érte.²³⁷

²³⁵ Ezen kívül emellett szóló érvekkel szolgál a korlátozott racionalitás irodalma is. Ezekkel szintén a fogyasztói szerződésekkel foglalkozó, tizenegyedik fejezetben találkozunk majd.

²³⁶ Az eset alapja: *White v. Corlies* [1871] 46 N.Y. 467

²³⁷ Persze nem mindig egyszerű annak megítélése, hogy az adott beruházás idioszinkratikus-e. Különösen, ha figyelembe vesszük, hogy ez a legtöbbször nem egyszerűen igen-nem kérdés, hanem például csak annyi történik, hogy egy másik felhasználás esetén az adott beruházás kevesebbet ér.

3. ELLENSZOLGÁLTATÁS – AJÁNDÉKOZÁSI SZERZŐDÉS

A magyar szerződési jog szerint a szerződésben szabott szolgáltatásért alapesetben ellenszolgáltatás jár. Amennyiben a szerződés maga nem vagy nem világosan rendelkezik erről, akkor az ellenszolgáltatás (tipikusan az ár) megállapítására a bíróság – a piaci ár figyelembevételével maga is vállalkozik.

3.1. Jogi megoldások

A magyar jogban a nem ajándékozási szerződés mindig feltételezi az ellentételezést. Ha ezt nem határozza meg a szerződés szövege, a bíróság akkor is megállapíthatja vagy éppen az ellenszolgáltatás hiánya miatt kimondhatja, hogy a szerződés nem is létezik. Az 1959-es Ptk. 201.§ (1) bekezdése, illetve a 2013-as törvénykönyv 6:61.§ értelmében a szerződéses szolgáltatásért, hacsak nem ingyenesen nyújtotta azt a fél, akkor ellentételezés jár. A megfogalmazás nem tautológia: a bíróságok, gyakorlatilag az ajándékozási és a családon belüli szolgáltatások kivételével a szerződések döntő többségénél feltételezik az ellentételezést – sőt a nem feltűnően nagy aránytalanságot okozó ellentételezést. A magyar bírói gyakorlatban több olyan esetet is találunk, amikor a bíróság az ellentételezésről való pontos megállapodás hiányában maga pótolta ki a szerződést, és követelte meg a forgalmi érték megfizetését.²³⁸

Ellenszolgáltatás elv – nemzetközi összehasonlítás. A magyar jog megközelítése nagyon hasonlít a *common law*-ban ismert ellenszolgáltatás (*consideration*) fogalmához. Az *ellenszolgáltatás elvét* Hermalin, Katz és Craswell értelmezése szerint úgy ragadhatjuk meg, hogy a bíróság ennek vizsgálatakor azt keresi, hogy a szerződést valóban mindkét fél csereként fogta-e fel – a szerződés alapja ugyanis a csere (Hermalin et. al. [2007] p. 50).

Az angolszász jogot meghatározó alkuelmélet szerint *egy ígéret jogi úton csak akkor kényszeríthető ki, ha egy alku részét képezi.* Egy ajánlat akkor lesz alku része,

²³⁸ Ilyen eseteket találunk a Legfelsőbb Bíróság gyakorlatában – például BH 1995/2: „Ha a felek a szerződéskötéskor az árban ugyan kifejezetten nem állapodnak meg, de egyetértenek abban, hogy ettől függetlenül a szállító a gyártást kezdje meg, mert a megrendelő a terméket átveszi, a bírói gyakorlat szerint ez a szerződéskötéskor ismert, az adott szolgáltatással arányos piaci ár hallgatolagos elfogadását jelenti.” Hasonló döntés vállalkozási szerződés esetén: BH. 1996/11 (ott a bíróság kifejezetten úgy fogalmaz, hogy az árbeli megállapodás „ráutaló magatartással is történhet”).

Tegyük hozzá: más jogrendszerekkel szemben a magyar bíróság az értékkel, mivel a feltűnő értékaránytalanság megítélése eleve hatáskörébe tartozik, viszonylag sokat foglalkozik, ezért más jogrendszerek bíróságaihoz képest vélhetően nagyobb gyakorlatra tett szert a méltányos, fair ellenérték megtalálása terén!

ha van (i) ajánlattétel, (ii) elfogadás és (iii) ellenszolgáltatás. Az ellenszolgáltatás lényege a *common law*ban az, hogy az ígéret kedvezményezettje valamilyen eszközzel ösztönzi az ígéret megtételét. Amit a kedvezményezett cserébe ad, az az ellenszolgáltatás. Az angolszász jog éppen ezért meglehetősen szkeptikus az illet nem tartalmazó szerződésekkel szemben: az ajándékozást csak speciális esetekben, illetve más egyoldalú ígéretek csak az ellenszolgáltatás-elv alól adott explicit mentesítések esetén hajlandó bírói úton kikényszeríteni. (Graziano – Bóka [2010] pp. 170-180)

Mindemellett az ellenszolgáltatás elméletet sok kemény kritika éri. Egyrészt sokak szerint oly mértékben megragadhatatlan, hogy napjainkban elfogadott definíciója már egyszerű tautológia: (i) szerződés az, ahol van ellenszolgáltatás, (ii) ellenszolgáltatásnak viszont mindazt el kell fogadni, ami az egyszerű ígéretet kikényszeríthető ígéretté (szerződéssé) teszi (Cooter – Ulen [2005] pp. 207-208). Másrészt az elmélet erősen kritizálható a joggazdaságtan első fejezetben és az előző alfejezetben megismert elvárásainak szempontjából is: erre hivatkozva ugyanis meg lehet tagadni olyan ígéretek kikényszerítését is, amelyek ugyan *ex ante* mindkét fél szeretne kikényszeríthetővé tenni, de amelyeket nem egy alku részeként fogalmaztak meg. Ezért is megfigyelhető az a tendencia a *common law*ban is, hogy az ellenszolgáltatás hiánya egyre kevésbé fontos bírói hivatkozás, és azokat az eseteket, amiket régen ennek alapján ítélték meg²³⁹, ma már más jogi doktrínák, például a kényszer, a jogellenes fenyegetés alapeseteiként tárgyalják.

Az ajándékozás jogi megítélése – lehetséges eszközök. Az ellenérték hiánya leginkább az ajándékozás és az egyéb egyoldalú ígéretek esetén feltűnő (lásd Gordley [ed. 2004]). Ajándékozási szerződést sok országban csak akkor hajlandó a bíróság kikényszeríteni, ha azt ügyvéd ellenjegyzzi; sőt egyes országokban közjegyző előtt kell róla nyilatkozni. Azonban a legtöbb országban kivételes helyzetben vannak az adományok (*ad pias causas*), illetve a házassághoz kötődő (például hozomány-) ígéretek, amelyeket könnyebben kényszerít ki a jog.

Sok országban marad azonban kibúvó: az ajándékozási ígéretek alól, még, ha ki is kényszeríthetők, a kötelezett könnyebben kap felmentést, mint egy „normális szerződés” alól. Például alacsonyabb szinten állapítják meg a tőle elvárt gondosságot, ezért ritkábban, például csak súlyos gondatlanság esetén követelhet tőle kártérítést az ígéret kapója.

Ajándékozás szabályozása a magyar jogban. Amennyiben a bíróság ajándékozásnak minősít egy szerződést akkor arra a magyar jog szerint is speciális szabályok vonatkoznak. Ajándékozás esetén nem merül fel az ellentételezés

²³⁹ A legismertebb ezek közül a később – a majd a fenyegetés kérdésénél bemutatandó – ún. *Alaska Packers’ Association v. Domenico* ([1902] 117 F. 99 9th.Cir) ügy.

bírósági megállapítása; ezért nem érvényteleníthető a szerződés feltűnő értékaránytalanság miatt sem. Könnyebb azonban menekülni alóla tévedés, megtévesztés, avagy éppen fenyegetés címén.

Az ajándékozási ígéret (szerződés) alóli szabadulást, a lehetetlenülést a magyar jog is egyszerűbbé teszi a normális szerződésekhez képest: azt kell bizonyítani ehhez, hogy az (i) ajánlattétel után az (ii) ajándékozó körülményeiben (iii) lényeges változás áll be. Ennyiben a szabályozás nem tér el jelentősen az egyéb szerződések (gazdasági) lehetetlenülés miatti megtámadási jogától, de abban mindenképpen, hogy ajándékozás esetén az ajándékozó és a megajándékozott viszonyában beálló változás is lényeges körülmény lehet – tegyük hozzá csak akkor, ha ez a viszonyromlás *olyan fokú*, amely nyomán „társadalmi megítélés szerint már nem várható el” az ígéret teljesítése. (Zoltán [2007] p. 2069) Ha a helyzet már az ajándékozási ígéret megtételekor is fennállt, akkor csak a „normális” tévedésre, megtévesztésre stb. hivatkozhat az ajándékozó

Az ajándékozás talán legfontosabb megkülönböztető jegye az ajándék visszakövetelésének joga. Ennek három esetben van helye:

- (1) a még meglevő ajándékot vissza lehet követelni, ha az *ajándékozó létfenntartása érdekében* szükséges az – viszont a visszaszolgáltatás a megajándékozott létfenntartását nem veszélyezteti (ilyenkor, ha az ajándék már nincs meg, az a visszakövetelést alapesetben kizárja²⁴⁰) (Zoltán [2007] p. 2072);
- (2) amennyiben a megajándékozott (vagy hozzátartozója) az ajándékozó (vagy hozzátartozója) rovására súlyos jogsértést követ el, akkor nemcsak magát az ajándékot, hanem a helyébe lépett értéket is követelheti az ajándékozó (vagysis ilyenkor, ha nincs is meg maga az ajándéktárgy, az nem zárja ki az érték visszakövetelését) (Zoltán [2007] pp. 2074-2075);
- (3) amennyiben az ajándékozás oka (az a feltevés, amelyre figyelemmel az ajándékot adta) megghiúsult, akkor szintén visszakövetelheti akár az ajándékot, akár a helyébe lépő értéket (Zoltán [2007] p. 2075).

Az első esetben – amikor az ajándékozó a létfenntartás veszélyeztetésére hivatkozik – a vagyoni, jövedelmi viszonyokban bekövetkező kedvezőtlen változás önmagában nem ok a visszakövetelésre, csak a létfenntartás veszélybe kerülése. (Hasonlóképpen szűken értelmezendő a másik oldalon a kizáró feltétel is: csak a megajándékozott létfenntartásának veszélyeztetése zárja ki a visszakövetelési jogot.) (Zoltán [2007] p. 2080).

A második esetben, tehát amikor az ajándék visszakövetelése súlyos jogsértésre hivatkozva történik, az erre lehetőséget adó esetek köre szűk. A magatartás

²⁴⁰ Nincs jelentősége annak, hogy miért nincs meg. Ha nem kifejezetten a visszakövetelés megakadályozása miatt idegenítik el, akkor az ajándékozottnak felróható okból eredő hiány is kizárja a visszakövetelést.

csak akkor vezet az ajándék visszaszolgáltatásához, ha az egyben jogsértésnek is minősül, vagyis jogszabályban védett érdeket sért. Minden esetben fennáll ez akkor, ha büntettről vagy vétségről van szó, de ha tág értelemben vett polgári jogi szabályok megszegéséről van szó, akkor nem feltétlenül. Nem indok a visszakövetelésre a tiszteletlenség sem (Zoltán [2007] p. 2075). Érdemes felhívni a figyelmet arra is, hogy ha a sérelmet szenvedő fél azt megbocsátotta, akkor már nincs mód a visszakövetelésre. Sőt, a törvény szerint megbocsátásnak számít az is, ha kellő ok nélkül hosszabb időn át nem követeli vissza az ajándékot (Zoltán [2007] p. 2080).

A harmadik esetben, vagyis az ajándékozás okának meghiúsulása miatt, a bírói gyakorlat szerint visszakövetelés csak akkor lehetséges, ha a feltételt az ajándékozáskor az ajándékozó kifejezetten vagy legalábbis a megajándékozott számára – kétséget kizáróan – felismerhetően kinyilvánította (Zoltán [2007] p. 2078). Másrészt a feltevésnek olyan lényegesnek is kell lennie, amely „a közfelfogás és a megajándékozott méltányos érdekei” szerint indokolja a visszaszolgáltatást. Azonban nem feltétele a visszakövetelésnek, hogy a feltevés a megajándékozottnak felróható okból hiúsuljon meg. (Ez a visszakövetelési jog is elévül, ha azt az ajándékozó megfelelő ok nélkül huzamosabb időn nem át kéri.)

Ajándékozási szerződés elkülönítése. Mivel az ajándékozás jogkövetkezményei eltérnek a többi szerződéstől, ajánlattól, ezért a magyar jogban is roppant fontos, hogy az ajándékozási szerződéseket, ígéreteket meg tudjuk különböztetni a többitől. A magyar jog – ha úgy tetszik – megdönthető vélelmet állít az ajándékozással szemben. Az ajándékozási akaratnak „egyértelműen és aggálytalanul” ki kell tűnnie, de például az ajándékozási szerződésnek nem érvényességi feltétele az „ajándékozom” és „elfogadom” kifejezések használata. Ezzel az „egyértelmű és aggálytalan” teszttel próbálja a jog elhatárolni az ajándékozást azoktól az esetektől, amikor egyszerűen jelentős az értékkülönbség a szolgáltatás és ellenszolgáltatás között. (Zoltán [2007] p. 2066)

Alakítás. A magyar jogban az ajándékozás – általában – nincs alaki szabályhoz kötve. Ahol ilyen előírás mégis létezik, ott általában a „normális” szerződések-nél is erősebb formai követelmények érvényesülnek. Így például az ingatlan ajándékozásához a szerződést írásba kell foglalni, sőt – nyilvánvalóan – a tulajdonjog bejegyzéséhez az okiratnak meg kell felelnie az ingatlan-nyilván-tartási törvényben meghatározott alaki és tartalmi előírásoknak is. (Zoltán [2007] p. 2067-2068)

3.2. Joggazdasági elemzés

A joggazdaságtani irodalom jó néhány érvet hoz fel az egyoldalú ígéretek, az ajándékok kikényszerítése mellett és ellen. A kikényszerítés melletti érvek közül elemezzük itt: (i) az időleges (anyagi) problémák áthidalását, (ii) a tervezhetőséget, (iii) az ösztönző-információs hatást és (iv) az extern hasznok kérdését. Az ellenérvek közül számba vesszük: (a) a meggondolatlanság veszélyét, (b) a kikényszerítés költségét, (c) a bírói tévedés kockázatát és (d) a bizalmat rongáló hatást.²⁴¹ Mielőtt azonban ezekre rátérnénk, érdemes számba venni az ajándékozás okait. Láttuk az első fejezetben: ha a szerződés, az ígélet nem kikényszeríthető, akkor a kooperáció elmaradhat. Ugyanez igaz lehet ajándékozás esetén is: jogi védelem hiányában könnyen lehet, hogy visszaesne az ajándékok száma. Végig szem előtt kell tehát tartani, hogy mit is nyer a társadalom az ajándékokkal, mit is veszítene azok csökkenése esetén.

Ajándék indokai. Először is le kell szögezni: az ajándékozás, függetlenül attól, hogy materiális értelemben nem kap cserébe semmit az ajándékozó, nem veszteség a számára. Ha így lenne, akkor nem is adnánk ajándékot.

Az egyik legfontosabb indok az *altruizmus*: azért adunk ajándékot, mert a másik jóléte fontos nekünk – vagyonunk csökkenése kevésbé fáj, mint amennyire a másik boldogságának vagy esetleg jólétnövekedésének örülünk. Speciális formája az altruizmusnak, amikor az ajándék célja, hogy olyan dolgokkal lássuk el a megajándékozottat, amelyet az a maga akaratából nem szerezne meg – például mivel nincs tisztában azzal, hogy arra szüksége van. Ez a motiváció természetesen abból indul ki, hogy az ajándékozó szerint ő jobban ismeri a megajándékozott érdekeit, mint az saját maga. Vigyázni kell persze ezzel az indoklással (saját magunk előtt is): amennyiben a megajándékozott valóban nem tudja, miért és mennyire fontos a tőlünk kapott dolog, akkor azt megpróbálhatja a maga szemében értékesebb dologra cserélni, pénzzé tenni.²⁴²

Fontos oka lehet az ajándékozásnak a „*elismerés-vásárlás*”: adhatunk ajándékot azért, mert ajándékozóként, adományozóként valamiféle társadalmi reputációra, hírnévre tehetünk szert. Ilyenkor nem a másik jóléte a fontos számunkra, hanem az, hogy a többiek – nagylelkűségünkről tudva – valamiféleképpen

²⁴¹ Az itt felsorolt érvek részletesebb kifejtéséért lásd Prentice [2007], Shavell [2004] pp. 380-385.

²⁴² Érdemes idézni, hogy a francia jog, amely elvileg a szerződések esetén mindig keresi a kauzát – mondhatnánk a francia jogban a szerződés kikényszerítéséhez nem elég a két fél megegyezése, hanem valamilyen elismert jogalap is kell – az ajándékozást azért tartja kikényszeríthetőnek, mert „a kötelezett fél kötelezettségvállalásának alapja valamilyen ésszerű ok, például a nyújtott szolgáltatás, vagy az ajándékozott más érdeme vagy a jótémény pusztán öröme” Terré, Francois – Phillipe Simler – Yves Lequette: Droit civil, Les Obligations Paris, Dalloz, 2009 – idézi Graziano – Bóka [2010] p. 162

magasabb erkölcsi státuszt tulajdonítanak nekünk. Emiatt akár materiális, anyagi céljainkat is könnyebben érhetjük el. Ennek az elismerési váagnak egy speciális esete az, amikor valaki nem mások, hanem a saját maga szemében „nő meg” egy-egy nemes gesztus következtében.²⁴³

Roppant fontos motívum a *bizalomépítés*. Az ajándékozás nem csak általában a többiekől vagy saját magunkból, hanem az ajándékot kapóból is kiválthat számunkra kedvező érzelmeket. Az ajándék hozzájárulhat ahhoz hogy kialakuljon a bizalom irántunk. Ennek (akár üzleti) fontosságát a tranzakciós költségek csökkentése kapcsán már többször láttuk. Ide sorolható érv az is, hogy az ajándékért cserébe, ha nem is a szerződésben megszokott explicit módon kimondva, de ellenszolgáltatást várunk: viszontajándékot vagy például azt, hogy a másik lekötöztetett lesz nekünk.²⁴⁴

Időleges (anyagi) problémák áthidalása. A kikényszerítés nem amiatt fontos, hogy ajándékot tudjunk adni. A kikényszeríthetőség kérdése ekkor fel sem merül: az ajándék azonnal átkerül a megajándékozotthoz (bár például a visszakövetelés kapcsán – még itt is lehetnek jogi problémák). A kikényszerítés problémája elsősorban akkor merül fel, ha az ígéret és a teljesítés között idő telik el. Vagyis a kikényszerítés kapcsán elsősorban azt kell megérteni, hogy miért van szükség *ígéretre*, miért kell előre elköteleznünk magunkat olyan ajándék

²⁴³ A *common lawban* nagy viták tárgya, hogy az erkölcsi kötelezettség elfogadható *consideration*-e. Az angol jog híres esete erre az Eastwood v. Kenyon [1840] eset, amelyben egy árva lány, illetve annak férje tett utólag (a lány felnőtt korában) ígéretet arra, hogy a lány nevelése, illetve örökségének fejlesztése érdekében felvett kölcsön összegét megfizetik a lány nevelőjének, a hagyaték gondnokának. Amikor mégsem fizettek, és ezért per indult, akkor a bíróság a keresetet elutasította, mondván, hogy az ígérettel szemben nem állt ellenszolgáltatás. A múltbeli segítség, amit a lány kapott, nem állt szemben a konkrét ígérettel. Lord Mansfield, a Kings Bench XVIII. századi főbírója, aki a *consideration* elméletét és a *consideration* megkövetelését erősen ellenezte, fogalmazta meg kritikául azt, hogy a *consideration*-elmélet értelmében az előzetesen fennálló erkölcsi kötelezettség teljesítését is megfelelő *consideration*-nek kellene tekinteni. Az Eastwood v. Kenyon ügy volt az, amely ezzel az erkölcsi kötelezettség modellel véglegesen szakított. A magyarázat szerint kifejezetten azért, mert ha elfogadnák az erkölcsi kötelezettséget *consideration*-nek, azzal megszűnne a *consideration* értelme: minden a felek által tudatosan felvállalt kötelezettség automatikusan magával hozná a *consideration*-t is. (Lásd Cheshire, Fifoot and Furmston' Law of Contract, Oxford University Press 15. kiadás – idézi Graziano – Bóka [2010] p. 176)

Kizárja az Egyesült Államokban a Restatement of Contract Law (Second) 86.§ is, hogy a „múltbeli ellenszolgáltatás”, illetve az „erkölcsi kötelezettség” önmagában elégséges legyen. A megfogalmazás szerint ezen túl arra is szükség van, hogy ezzel igazságtalan helyzetet számoljanak fel.

²⁴⁴ Ilyen eset az ún. munkaerőpiaci ajándékcseré modellje (Akerlof [1982]): a munkaadó és a munkavállaló nem ír elő a szerződésben magasabb teljesítményt, de a munkavállaló mégis teljesíti azt. Cserébe a munkaadó az egyensúlyinál magasabb bért fizet. (Magyarul erről Miller [2002] pp. 316-318)

adására, amelyek az adott pillanatban az előbb látott jogon kívüli ösztönzők úgysis motiválnak.

Tipikus példája az ilyen ígéretnek a járadékígéret. Ekkor az ajándékot nem egy összegben adjuk, hanem arra teszünk ígéretet, hogy folyamatosan, időről-időre fizetendő járadékot juttatunk valaki másnak. Nyilvánvaló, hogy így lényegesen nagyobb összeget tudunk ajándékként ígérni, mintha a járadék teljes összegét (annak jelenértékét) adott pillanatban egy összegben ki kellene fizetnie.²⁴⁵

Az egyik legfontosabb előnye az ígéretnek, hogy az ajándékozó áthidalhatja ezzel az aktuális és a várható helyzete közötti különbséget. Ha például valaki a jövőben nagyobb bevételt vár, akkor számára kifejezetten előnyös, ha már most megteheti azt a hihető ígéretét, hogy abból valakinek valamennyit adni fog. Az ajándékozáshoz fűződő előbb bemutatott hasznok általában már az ígérettelkor, a bejelentéskor, vagyis már most, pénzszerűen is elérhetővé válnak.

Tervezhetőség. Az ajándék értékét a megajándékozott számára emeli az, ha korábban tud róla, fel tud rá készülni. Ugyanaz a hatás érvényesül itt, mint a fent már gyakran tárgyalt idioszinkratikus beruházások esetén: a korai beruházások miatt nő az ajándék értéke. Amennyiben pedig a megajándékozott haszna nagyobb, akkor a fenti, az ajándékozó oldalán jelentkező hasznok is nőnek.

Ide sorolhatjuk a tervezés azon speciális esetét is, amikor az adományozó attól tart, hogy a megajándékozott esetleg felelőtlenül bána a hirtelen kapott adománnyal. Féltünk például attól, hogyha azt minden korábbi értesítés nélkül kapná meg, akkor felelőtlenül, gyorsan el is herdálná, kevésbé gondolná át annak felhasználását.

Ösztönző és információs rendszer. Az időben előrehozott ígéret az ajándékozó hasznát azért is növelheti, mert az ajándék átadásáig terjedő időszakban egyrészt megfigyelheti, másrészt befolyásolhatja az ajándékozott magatartását. Amennyiben nála valamilyen magatartást el szeretne érni vagy amennyiben az ígéret pillanatában nem biztos benne, hogy az ajándékozott valóban „méltó” arra, akkor a köztes időben ellenőrizheti azt. Explicit vagy implicit magatartási előírásokkal élhet, információt gyűjthet arról, hogy a partnere valóban megérdemli-e az ajándékot. Az információgyűjtés vélhetően lényegesen egyszerűbb, ha azok megszerzésében és átadásában az ígért ajándék reményében a partner

²⁴⁵ Az időbeli problémák két speciális formájára hívja fel a figyelmet Eisenberg [1997]. Az egyik az, ha az ajándékozó időközben meghalna.

A másik az ún. akaratgyengeség: a rövid távú kiadásokat az emberek akkor is hajlamosak halogatni, ha tudják, hogy azokból hosszabb távon nagyobb hasznuk lenne. Elster [2001] példája szerint hiába tudjuk, hogy rendszeres fogorvosi kontrollra van szükségünk, amikor annak eljön az ideje, hajlamosak vagyunk azt elhalasztani. Azok, akik ezzel a gyengeségükkel, gyenge önkontrolljukkal tisztában vannak (márpedig ez a gyengeség nem csak fogorvos, hanem minden halasztható költség esetén mindannyiunk jellemzője), azok előrelátóan megkötik a „jövőbeni önmaguk” kezét, és kikényszeríthető ígéreteket tesznek.

is érdekelt. (Persze felmerülhet ilyenkor az is, hogy a potenciális megajándékozott éppen az ígélet miatt fog torz információkat adni – hiszen tudja, hogy a partnere mit vár el tőle. Ezzel a problémával a következő fejezetben, a megévesztés kapcsán foglalkozunk.)

Extern hasznok – evolúciós magyarázat. Az ún. *evolúciós közgazdaságtan* (*evolutionary economics*) részletesen foglalkozik azzal, hogy az ajándékok elterjedése milyen pozitív hatással van a társadalom egészére. Ahogyan egy-egy ajándék miatt kiépülhet, megerősödhet az ajándékozó és a megajándékozott közötti bizalom, ugyanígy az ajándékok általános terjedése a társadalomban meglévő általános bizalmat is erősíti. A közgazdaságtan – egyebek mellett – ezen általános bizalmi szintet nevezi társadalmi tőkének. A *társadalmi tőke* magas szintje, az általános bizalom légköre, a tranzakciós költségeket csökkenti, és ezzel hozzájárul a munkamegosztáshoz, a kooperációhoz, így a gazdasági, társadalmi jólét kialakulásához.

Korlátozott racionalitás: a meggondolatlanság veszélye. A kikényszerítés melletti érvek után térjünk át az ellenérvekre!²⁴⁶ Az ajándékígéretetek kikényszerítésével szembeni (vagy éppen a formalizmus – ügyvédi ellenjegyzés, közjegyző bevonásának – megkövetelése melletti) leggyakoribb érv az, hogy az ajándékozás sokszor hirtelen felindulásból, megfontolatlanul történik. Az érvelés szerint az ajándékok esetében sokkal könnyebben előállhat olyan eset, amikor az ígertető utólag ébred csak rá: ígérete számára hátrányos.²⁴⁷

A közgazdaságtan, különösen a *viselkedési közgazdaságtan* (*behavioral economics*) bőségesen tárt fel olyan anomáliákat, amelyek arra utalnak, hogy a döntéshozók általában nem megfontoltan, hanem a saját maguk számára is károsan döntenek bizonyos helyzetekben. Az ajándékozási ígéretetek nehezebb kikényszerítése mellett érvelők szerint, ha az ajándékokat nem vagy csak speciális esetekben (megfelelő formai követelmények megléte esetén) kényszerítenénk ki, akkor ezzel csökkenteni lehetne az ilyen figyelmetlenségéből fakadó károkat.

²⁴⁶ Ajándékozási szerződések kikényszerítése ellen Cooter és Ulen értelmezése szerint három fontos okot lehet felhozni. (1) Nehezen bizonyítható, hogy tényleg megtörtént-e az ajándékozási ígélet (illetve, hogy az ajándékozó komolyan gondolta-e vagy csak színlelte). (2) Az ajándékozási ígéretetek gyakran meggondolatlanok: az ilyen ígéretetek többségét érzelmi felindulásból teszik. (3) A legtöbb ajándékozási ígéletből fakadó haszon olyan csekély, hogy nem sokat veszünk, ha tévesen nem kényszerítjük ki (Cooter – Ulen [2005] pp. 243-244). Most egy kicsit más csoportosításban – és kicsit bővebben – tekintjük át az érveket.

²⁴⁷ Érdemes itt kiemelni, hogy amikor az Európai Kötelmi Jogi Bizottság Az európai szerződési jog alapelveiben kimondta az ingyenes kötelezettségvállalás kötelező voltát, akkor kifejezetten védekeztek ez ellen az érv ellen. A kommentárban kifejezetten arra utalnak, hogy „a szellemi képességeik teljes birtokában lévő személyek olyan ritkán tesznek komolytalan ígéreteteket, hogy ez a lehetőség elhanyagolható, míg az alakosság vagy az ellenszolgáltatás megkövetelése sem garantálja a szerződés ésszerűségét.” (Idézi Graziano – Bóka [2010] p. 187)

Azonban az ellenérvek²⁴⁸ szerint ezek az anomáliák nem csak ajándékozás esetén jelentkeznek. Egy „normális” szerződés esetén is előfordulhat, hogy az egyik fél hirtelen felindulásában túlértékeli a várható hasznot. Gondoljunk csak a fogyasztói döntésekre, fogyasztói szerződésekre, amelyeket sokszor éppen ezért részesít különös védelemben a bíróság! (A kérdésre visszatérünk az utolsó, tizenegyedik fejezetben.)

A másik fontos kritika ezen ellenérvvel szemben a beruházások kérdésére, az akadályozási problémára hivatkozik. Amennyiben igaz is, hogy a megfontolatlan ígéretet tevőt védeni kell saját döntésének következményétől, akkor is meg kell válaszolni, hogy mindezt miért annak kárára tegyük, aki esetleg az ígéretre hagyatkozva már lépéseket tett, beruházásokat kezdett. Ez a probléma körben forgó érveléshez vezethet: (i) a megfontolatlan döntést kikényszerítjük, ha a másik arra ráhagyatkozva idioszinkratikus lépéseket tett, (ii) azonban nem szívesen fogadjuk el, hogy kikényszerítsenek ígéreteket vagy megítéljenek kártérítéseket csak azért, mert a megfontolatlan döntésekre beruházásokat alapoztak. Úgy tűnik (Gordley [ed. 2004]), hogy a jogrendszer ajándékozás esetében kevésbé védi a beruházásokat – mintegy elvárja a megajándékozotttól, hogy számoljon az ígéret megalapozatlanságával. Más kérdés, hogy ezzel a megalapozatlan ígéretek tételét is ösztönözzük.²⁴⁹

Ehhez az érveléshez társítható az ajándékozás kikényszerítését ellenzők azon érve is, amely szerint az ajándékozási szerződések elutasítása révén megnehezíthető a csalás vagy erőszak révén elért ígéretek kikényszerítése. Az érveléssel természetesen az a baj, mint az előbb: a jogrendszer más elemei (például a megtévesztés, a jogellenes fenyegetés, az uzsora, végső soron pedig a jóerkölcsbe ütköző szerződések semmissége) alkalmasak ezeknek a kezelésére, azokhoz ez nem sokat tesz hozzá.

A megfontoltság tehát önmagában nem tekinthető döntő érveknek a kikényszerítéssel szemben, de Gordley szerint mégis érdemes figyelembe venni úgy, ahogyan a legtöbb jogrendszer is megteszi: az ajándék kikényszeríthetősége, pontosabban a figyelembe vett szempontok változnak attól függően, hogy az ajándék és az ígértetevő vagyona milyen viszonyban áll egymással. Minél nagyobb az ajándék a teljes vagyonhoz képest, vagyis egy-egy megfontolatlan

²⁴⁸ Például R. Posner [2011] pp. 123-125, Prentice [2007]

²⁴⁹ Ajándékok kapcsán gyakran emlegetik, hogy az ígértetevő nem veszi figyelembe azt, hogy ígéretével saját maga és a megajándékozni szándékozott félén kívül másoknak is költséget okoz – például a családjának, akinek a vagyonát csökkenti. Az érv szerint ez a figyelmetlenség a „hirtelen felindulásból” hozott ajándékozási döntések esetén gyakoribb, mint a tipikus szerződéseknél. Ez az érv persze inkább csak tesztelendő (és nem túl hihető) hipotézisként fogadható el: ha valaki ellentétélezés fejében köthet szerződést a családi vagyon terhére, akkor ajándékot miért ne adhatna? Miért gondoljuk, hogy itt a többiek érdeke kevésbé vevődik figyelembe, mint például egy-egy vásárlási döntés során? (Prentice [2007])

döntés minél nagyobb kárt okozna az ígértevének, *ceteris paribus*, annál szigorúbb tesztel vizsgálja a bíróság, hogy az adott ígélet kikényszeríthető-e. (Gordley [2004] p. 381)

A kikényszerítés költsége: adminisztráció. Az ajándékozás kikényszerítése, az ajándékok körüli jogviták bíróságra terelése jó néhány bagatell baráti, családi ígélet körüli vitával terhelné meg a bíróságokat. Az ellenszolgáltatás-elve szigorúan megkövetelők (az ellenszolgáltatást nem tartalmazó szerződések kiegészítése vagy ki nem kényszerítése mellett kiállók) szerint az ajándékozási szerződések kikényszerítése jelentős növeli az adminisztrációs költségeket. Az ajándékozási szerződés kikényszerítése mellett ezzel szemben azzal lehet érvelni, hogy az adminisztrációs költségeket másképp is lehet csökkenteni, nem szükséges ehhez az ellenszolgáltatás elve. Ilyen alternatív megoldás például az, ha egyszerűen a felekre hárítják a bírósági eljárás költségeit. Ez azt jelenti, hogy a társadalom számára az ilyen eljárások költsége (nagy rész²⁵⁰) megtérül, illetve, hogy a bagatell ügyeket a felek sem akarják majd elindítani. A probléma kezelésére ráadásul nem is az ajándékozási, illetve az ellenszolgáltatást tartalmazó szerződések megkülönböztetése a legalkalmasabb. Amennyiben a bagatell ügyektől akarjuk védeni a bíróságokat, akkor sokkal szerencsésebb megoldás lenne a perelhetőség értékhatárhoz kötése.

A bírói tévedés veszélye. Az ajándékozás és az egyéb „normális” szerződések megkülönböztetése lényegesen megalapozottabbnak látszik akkor, ha az ígéletek motivációit vesszük számba. Az érvelés szerint a bíróságok tudása általában a normális szerződésekre terjed ki – azokra, amikor a két fél „idegen”, nincs közöttük speciális viszony. A bíróságok kevésbé alkalmasak azon viszonyok megítélésére, amikor a felek egymással bonyolult, általában hosszú távú, a bíróság előtt nem bizonyítható elemekkel átszótt kapcsolatban vannak, mint amilyen egy-egy ajándékozási szerződés. Az ajándékozás – az első fejezetben megismert terminológia szerint – általában *relációs, kapcsolati szerződés*. Tudjuk, ilyenkor nehéz azt vizsgálni, hogy a megajándékozott tett-e idioszinkratikus lépéseket az ígélet következtében. Amennyiben ugyanis az ígélet valamilyen, a két fél által ismert, de a bíróság előtt nem bizonyítható implicit feltételeken alapult, akkor a beruházások megalapozottsága sem mérlegelhető kellő bizonyossággal.

Gordley érvelése szerint például nem véletlenül képez kivételt az ajándékozási szerződések jogi kikényszerítésének megtagadása alól két viszony: az adományozás, és a hozományígélet. Amellett ugyanis, hogy ezek általában megfontoltabb döntéseken alapulnak, mint a tipikus ajándékozási döntések, ilyen implicit feltételek is kevésbé jellemzőek rájuk.²⁵¹ (Gordley [2004] p. 380)

²⁵⁰ Ugyanis a költségáthárítás soha nem teljes: az időt – sem a bíróságét, sem a partnerét – általában nem szokták költségként kimutatni.

²⁵¹ Érvelése szerint a hozományígéleteknél azért nem jelentősek ezek, mert azok lényege éppen

Nem feledkezhetünk el ugyanakkor arról sem, hogy az egyoldalú – ellentételezés nélküli – ajánlatok időnként a bírósági munkát, bizonyítást is könnyítik. Ilyen például a tartozáselismerés, amely után éppen, hogy egyszerűbb lesz a bizonyítás. Áttételesen épp a bizonyítási problémát oldják meg azok a nyilatkozatok, amikor valaki bírósági úton ki nem kényszeríthető, de önkéntesen teljesíthető szolgáltatások, tartozások megtérítésére tesz ígéretet. Például csőd vagy elévülés miatt követelhetetlenné vált szolgáltatás teljesítését vállalja. Gordley érvelése szerint ilyenkor az történik, hogy egy, a jogban bevett vélelmet dönt meg az ígéretevő (Gordley [2004] p. 385). A vélelem a csőd esetén az, hogy a csődbe ment vállalat újrakezdését akadályozná a tartozás megfizetése, és az ígérettel az adós bizonyítja, hogy ez a vélelem az ő esetében nem valós, nem akadályozza az újrakezdését az adott adósság rendezése. A vélelem az elévülés esetén pedig az, hogy egyrészt az ügylet környezetének változása, másrészt a bizonyítási nehézségek miatt a bíróság nem lenne képes meggyőzően megítélni, hogy a szolgáltatás teljesítése jogos-e (vagy közgazdasági értelemben: hatékony-e). Az ilyen tartozás elismerése épp azt bizonyítja, hogy a tartozás igenis fennáll, teljesíthető.²⁵²

A bizalmat rongáló hatás. A felek közötti speciális viszony nemcsak azért fontos, mert sok külső szereplő számára nem látható kapcsolat lehet közöttük, hanem azért is, mert ezt a viszonyt bizonyos esetekben éppen a kikényszerítés, vagyis a bírósági beavatkozás lehetősége gyengíti meg. Általában azt láttuk, hogy egy-egy szerződés létrejöttét, az ígéret megtételét elősegíti, ha a jogi kikényszerítés hihetővé teszi a vállalások teljesítését. Azonban ismerünk olyan viszonyokat, amelyek sokkal jobban működnek, ha a jogrendszert, a jogi (más esetekben a piaci, monetáris) ösztönzőket távol tartjuk tőlük. Tipikus (és a populáris kultúrában is gyakran felbukkanó) példája ennek a házassági szerződés problémája: éppen maga a szerződés, a viszony „jogiasítása” az, amelyet egyik vagy másik fél gyakran a kettejük közötti bizalmi viszony kétségbevonásaként él meg.

A jelenség kiterjeszthető nagyobb mértekre is: léteznek olyan társadalmi viszonyok, amelyek sokkal jobban „teljesítenek”, ha a jog nem avatkozik be ott.²⁵³ Ezzel a paradoxonnal érvel az ajándékígéretet kikényszerítése ellen

az, hogy megalapozzák a házasság önállóságát, az adományozótól – például a szülőktől való – függetlenségét.

²⁵² Természetesen ezek esetében különösen élesen merül fel a kényszer problémája. Az ilyen, egyébként ki nem kényszeríthető ígéretet teljesítésére vállalt kötelezettségnél (vagy éppen az önkéntes teljesítésnél) különösen figyelnie kell a jognak arra, hogy az ígéretet a jogosult nem kényszer révén szerezte-e meg. A kényszer problémájával a kilencedik fejezetben találkozunk részletesen – egyelőre feltételezzük, hogy az a doktrína megoldja a problémát.

²⁵³ Kísérleti eredmények közül hadd emeljük ki egyedül Gneezy és Rustichini vizsgálatát (idézi Prentice [2007] p. 927). Három csoportnak adták ugyanazt a feladatot: pénzt kellett gyűj-

Eisenberg: az ilyen ígéreteket, az ilyen tranzakciókat, kapcsolatokat nem jelentéktelenségük, hanem éppen túlzott fontosságuk miatt nem szabad jogilag kikényszeríteni (Eisenberg [1997]). Cross elhatárolása szerint, míg a „normális” szerződések esetén – mint az első fejezetben bemutatunk – a jog segít a bizalom megteremtésében, pótolja a felek között esetleg kezdetben hiányzó bizalmat, hihetővé teszi az ígéretet, addig az ajándékozás esetén a jog éppen hogy „kiszorítja” a bizalmat a kapcsolatból, rongálja a fent bemutatott társadalmi tőkét (Cross [2005]).

3.3. Magyar jogi problémák

Az előzőekben azt láttuk, hogy mind az ajándékozás kikényszerítését elutasító, mind az ajándékozási ígéretnek nagyobb jogi védelmet kérő modellek egyet-értenek abban, hogy az ilyen ígéreteket a jog csak speciális körülmények esetén kikényszerítsen ki. A feladat tehát az lenne, hogy meghatározzuk, hogy mely viszonyok azok, amelyekről jobb a bíróságot távol tartani. Most ennek során a magyar jog két speciális esetére térünk csak ki – mivel maga az ajándékozás definíciója alapesetben kevés problémát okoz – (i) az ellenszolgáltatást nem rendező szerződések problémájára és (ii) a visszakövetelés jogára.

Ellenszolgáltatás szerződésben rendezése. Ha az ajándékozási ígéret kikényszerítése nehezebb, akkor a feleket ez erősebben ösztönzi, hogy az ellenszolgáltatást a szerződésben rendezzék. (R. Posner [2011] p. 124). Ellenszolgáltatás nélküli szerződés esetén *ex post* mindig vita tárgya lehet, hogy ajándékozásról volt szó vagy egyszerűen egy, az árat nem tartalmazó szerződésről, amelyben az árat a bíróságnak kellene pótolni. Ha az ajándékozás könnyen kikényszeríthető, akkor a felek tudhatják, hogy a szerződést kikényszerítik – csak az a kérdés, hogy a (forgalmi) árat meg kell-e majd fizetni. Ha viszont az ajándékozás nem kényszeríthető ki, akkor a két lehetséges alternatíva, hogy a szerződés kikényszeríthetetlen lesz, illetve hogy kiegészül az árral. Ez utóbbi erősebben ösztönöz arra, hogy a felek az egyik legfontosabb kérdést, az ellenszolgáltatás nagyságát a szerződésben rendezzék. Láttuk, a magyar jog azzal, hogy megfogalmazza az ajándékozással szembeni vélelmet ez utóbbi utat preferálja.

Mivel a bíróság az ellentételezés megállapításához kevesebb információval rendelkezik, mint a szerződő felek, így ez szerencsés is lehet. Ez az érvelés természetesen féloldalas: éppen mivel a felek több információval rendelkeznek, így nem is igazán életszerű, hogy *tudatosan* a bíróságra akarnák hagyni a kérdés *ex post*

teniük valamilyen jótékony célra. A három csoport közül az egyiknek 10%, a másiknak 1% jutalék járt – a harmadiknak semmiféle jutalmat nem ígértek. Az utóbbi csoport gyűjtötte a legnagyobb összeget.

tisztázását. Az ilyen típusú perek inkább abból alakulnak ki, hogy a felek figyelmen kívül: azt hiszik, hogy rendelkeztek az ellenszolgáltatásról, de utólag kiderül, hogy félreértették egymást, a megfogalmazáson nem ugyanazt értették, vagy egyszerűen téved a bíróság, és nem ismeri fel a szerződésben az ellenszolgáltatást.

Visszakövetelés joga. Külön kell szólni az ajándék visszakövetelhetőségéről. Láttuk, hogy a magyar jog három ok (a létfeltételek ellehetetlenülése, a megajándékozottak jogsértő lépései, illetve a jelentős téves feltevés) miatt ad lehetőséget a visszakövetelésre. Az első kettő kevésbé érdekes – a létfenntartás a lehetetlenülés általános elvének alkalmazása; a második pedig az ajándékozás fenti motívumaira könnyedén visszavezethető tétel. Igazán a harmadik helyzet izgalmas: ez gyakorlatilag bármilyen, az ajándékozás esetén fontos, a másik által is ismert és a bíróság előtt bizonyítható feltétel megváltozása esetén visszakövetelhetővé teszi az ajándékot – és nem csak fizikai valójában, hanem, ha az nincs meg, akkor értékben is. Ez a szabály a lehetetlenülés szabályozásától két kérdésben tér el. Egyrészt, ezt a „lehetetlenülést” a szerződés teljesítése után is ki lehet mondani. Másrészt, nem alkalmazza az ott bemutatott érdekösszemérést, hanem – a feltételek megléte esetén – automatikusan a megajándékozottra telepíti a fontos feltételek megváltozásának kockázatát. Persze ez az egyoldalú szemlélet a jogban is csak a kiindulópont. (Hosszasan érvel az ajándékozás kétoldalúsága mellett – és nem csak az ajándék elfogadásának lépése miatt – Zoltán [2007] pp. 2065-2067.) A megajándékozott védelmében jó néhány procedurális szabályt beemel a rendszer – így például azt, hogy a feltevésnek ismertnek kell lennie; illetve azt, hogy a visszakövetelés joga eleve kizárt „normális mértékű” ajándékozás esetén (Zoltán [2007] p. 2072).

A joggazdaságtan a szerződés alóli menekülés vagy éppen a lehetetlenülés kérdése kapcsán mindig a két fél helyzetének, a rájuk ható ösztönzőknek, illetve kockázatviselő képességüknek az összemérését javasolja: meg kell vizsgálni, hogy a két fél közül ki volt a jobb kockázatviselő, kinek kellett volna az adott kockázatot viselnie. Az ajándékozás esetén hatékonysági szempontból a jogban a két fél helyzetének összevetését gyakorlatilag egy egyszerű vélelem helyettesíti: a megajándékozottat tekinti jobb kockázatviselőnek.²⁵⁴ Nyilvánvaló ennek hátránya, vagyis, hogy a megajándékozotton olyan kockázatok vannak, amelyek viselésére nem biztos, hogy ő az alkalmasabb – ez szintén csökkenti az ajándék hatékony felhasználásának esélyét. A kockázaton túl a meglehetősen hosszú visszakövetelési jog is torzíthatja a megajándékozott döntéseit, az ajándékkal kapcsolatos beruházásait.

Azonban az, hogy az ajándékozás esetén a visszakövetelést nem a lehetetlenülés elvei szerint ítéli meg a jog, csökkenti a bizonyítási problémát. Ha ajándé-

²⁵⁴ Maga a szabály akkor is ezzel a hatással jár, ha a jogirodalomban, illetve a jogi gyakorlatban a visszatérítés korlátozása központi szerepet játszik. Lásd erről Zoltán [2007] pp. 2075-2081)

kozáskor is ugyanazt várnánk el, mint egy normális szerződés lehetetlenülése esetén, akkor számolni kellene azzal, hogy ajándékozáskor az ehhez szükséges információk nehezebben szerezhetők meg, nehezebben bizonyíthatók a bíróság előtt. Az ajándékozás relációs jellege miatt az implicit feltételek nyilvánvalóan fontosabbak, mint a normális szerződések esetén. Ráadásul, ha a felek akarják, akkor a szerződésben könnyedén el is térhetnek ezen kockázatmegosztástól. Ha máshogy nem, úgy, hogy valamilyen ellenszolgáltatást eleve kikötnek a szerződésben (például az ajándék értékét is megnövelve ennyivel), és ezzel azt ajándékozási helyett normális adásvételi szerződéssé alakítják.

Kapcsolata procedurális kérdésekkel. Az ajándékozásról szóló alfejezet lezárásaként fel kell hívni a figyelmet arra, hogy a téma – sokkal érdekesebb – formában tér vissza nemsokára. Ajándékozás kapcsán az igazán izgalmas kérdés ugyanis nem a szerződés létrejötte, hanem az, amikor a vélt vagy valós ajándékozási elem más tényállásokkal találkozik. Látjuk majd, hogy a szerződések érvénytelensége például megtévesztés, fenyegetés vagy uzsora miatt időnként másként alakul akkor, ha a szerződést a bíróság ajándékozásinak vagy ajándékozási elemeket is tartalmazónak minősíti. Azt vizsgáljuk majd, hogy az ajándékozási szerződések, illetve ajándékozási elemet is tartalmazó jogviszonyok kivételt jelentenek-e ezen procedurális szabályok alól, illetve, ha igen, akkor ezekben az esetekben mit szerencsés ajándékozásnak tekinteni.

4. FORMAI KÖVETELMÉNYEK

Láttuk az előző alfejezetben, hogy az ajándékozás esetén sok jogrend – bár a magyar éppen nem – előír valamilyen speciális formát (írásba foglalást, ügyvédi ellenjegyzést vagy éppen közjegyző előtti nyilatkozatot). Azzal indokoltuk ezt, hogy a jog így akar védeni a nem megfontolt döntésektől: ha nehezebb ilyen nyilatkozatokat tenni, akkor talán jobban megfontolják azokat az ígéretevők. Csakhogy, míg az ajándékozás esetén esetleg érthető ez a megközelítés, addig első ránézésre nincs komoly érv arra, hogy tisztán üzleti jellegű szerződések esetén miért ír elő a jog formai követelményeket. Miért kell a magyar jog szerint írásban megtenni a kezességvállalásról szóló ajánlatot vagy miért csak írásban lehet kötbért kikötni?²⁵⁵ Különösebb elemzés nélkül is nyilvánvaló, hogy a szerződéskötéssel járó formai követelmények emelik a gazdasági tranzakciók költségét.

²⁵⁵ Tegyük hozzá, hogy a magyar jog (és általában a kontinentálisnak nevezett jog) kevésbé formalista, mint amilyen a klasszikus *common law* volt. Nagy-Britanniában sokáig fennállt, illetve az amerikai jogban ma is ismert a Statute of Frauds. Eszerint bizonyos szerződések csak írásban köthetők meg. A *common law* ezen szerződéstípusokat a MY LEGS rövidítéssel írja le. Ugyanis eszerint csak írásba foglalás esetén érvényesek az M, mint *marriage* – vagy-

4.1. Magyar jog

A Ptk. 216.§ (1) bekezdése főszabályként a formátlanság elvét fogadja el, azaz szerződést kötni bármilyen formában lehet. Így ráutaló magatartással is. A szerződéssel kapcsolatos jogviták azonban sokszor abból erednek, hogy a két fél nem ért egyet abban, hogy létrejött-e egyáltalán megállapodás, illetve, milyen tartalommal. Bizonyos szerződések esetén a jog formakényszert ír elő. Amennyiben ezt az alaki előírást (például írásbeliséget) jog írja elő, akkor e nélkül a szerződés semmis.

Törvényi kényszer. Bizonyos szerződések csak írásban jöhetnek létre (például a kezességi szerződés), bizonyos szerződéshez tartozó nyilatkozatok csak írásban tehetők (például általános meghatalmazás), bizonyos szerződési pontok csak írásban érvényesek (például a kötbérikötés).²⁵⁶ Időnként még ehhez képest is többletelőírásokkal találkozunk – például ügyvédi ellenjegyzéshez kötött szerződések esetén (ingatlanvásárláskor, társasági szerződés esetén) (Benedek – Gárdos [2007] p. 827).

Önkéntesen vállalt formakényszer. A ráutaló magatartásból és a hallgatásból (illetve részben a szóbeli megállapodás esetén nagyobb eséllyel bekövetkező félreértésből) származó problémák miatt a magyar jog lehetőséget ad a feleknek, hogy maguk is formakényszert alakítsanak ki. A felek által előírt ilyen formai követelmény elmulasztása azonban nem feltétlenül teszi a szerződést semmissé: ha valamelyikük anélkül is elfogadja a teljesítést vagy annak egy részét, akkor ezzel a szerződés érvényessé válik.

Formakényszer jelentése. Az írásbeliség követelménye, ha azt a jog, vagy a felek előírják, közel sem olyan kemény szabály, mint elsőre tűnik. Például: az ugyan igaz, hogy amennyiben az írásbeliséget előírják, akkor ugyanez az elvárás vonatkozik a szerződés módosítására, kiegészítésére is, de annak megszüntetése és felbontása anélkül is megtörténhet – ha a felek akarata egyértelmű. Amennyiben az írásbeliséget törvény írja elő, akkor a magyar joggyakorlat szerint csak a törvény által lényegesnek minősített elemeket kell írásba foglalni.

Jogkövetkezmény. A törvény által előírt formakényszert megsértő szerződések semmissek, de az ilyen semmis szerződéseket utóbb a felek „korlátozottan érvényessé tehetik”: ha azt később a megkívánt alakban rögzítik, akkor elvileg a szerződés írásba foglalás időpontjától mint új megállapodás érvényes. Azonban

is házassági; az Y, mint *years* – vagyis több mint egy évre szóló; az L, mint *land* – vagyis földértékesítési, bérbeadási; az E, mint *executory* – vagyis végrendeleti; a G, mint *guarantee* – vagyis garancia, kezességvállalási; és az S, mint *sale* – pontosabban bizonyos értékhatár feletti, nagy összegű adásvételi szerződések.

²⁵⁶ Bővebb listáért lásd Benedek – Gárdos [2007] p. 826.

a bíróság is megteheti, hogy az érvénytelenségi ok megszüntetésére hivatkozva a megállapodást érvényessé nyilvánítja. (Benedek – Gárdos [2007] p. 828.)

4.2. Joggazdasági elemzés: bírósági költségek csökkentése és ösztönzők

Induljunk ki abból, hogy a szerződés létrejöttének, vagyis az ígélet kikényszerítésének a feltétele ugyan jogilag valóban az akarategyezés, de ez inkább azt jelenti, hogy a felek akarata egy *kívülálló harmadik szereplő* – tipikusan a bíróság – *előtt is egyezőnek kell, hogy tűnjön*. A formalizmus melletti klasszikus érvelés többek között éppen ebből, vagyis a bíróság munkájának megkönnyítéséből indul ki. Fuller érvei szerint az írásbeliség (vagy más formai előírás – például ellenjegyzéshez kötés) megkövetelése *időnként*, bizonyos szerződések esetében azért hasznos, mert (i) megkönnyíti *ex post* a bizonyítást, (ii) az ajándékozásnál látott hatásokhoz hasonlóan véd a nem szándékolt, nem tudatos szerződések ellen, és (iii) támogatja a tervezést.²⁵⁷ Mivel az ajándékozás kapcsán a második pontot már elemeztük, lássuk itt csak az elsőt és a harmadikat!

Csökkenő bizonyítási költségek. A formai követelmények csökkentik az *ex post* kikényszerítési költséget – vagyis, ha vita keletkezik a felek között, akkor azt egyszerűbben, alacsonyabb költséggel lehet rendezni. A formai követelmények lehetővé teszik, hogy a bírósági eljárás viszonylag egyszerű legyen.

Az irodalom általában felteszi, hogy a formai követelmények segítenek kihasználni a bírósági eljárásban megnyilvánuló méretgazdaságosságot, illetve hálózati externáliát. Induljunk ki abból, hogy az írásbeliség megkövetelése egyben azt is jelenti, hogy a szerződések azonos jogi kifejezéseket fognak használni! Az azonos nyelv miatt a bíróság sok hasonló problémával találkozhat. Ezekkel ő könnyebben megbirkózik, mintha minden szerződés esetében más-más probléma megfogalmazást használnának. Ez a *méretgazdaságossági érv*: jobb gyakrabban alkalmazott fogalmakat értelmezni, mintha sok különböző ritka fogalmat alkalmaznánk ugyanazok helyzetek leírására – vagyis valamiféle egyértelmű nyelvet teremtünk. A bíróságok „értelmezési szolgáltatása” miatt azok alkalmazása is terjedhet, kizoríthatja a nem standard jogi fogalmakat. Az utóbbi az ún. *hálózati externália*: ha valamit (adott esetben a jogi nyelvet) sokan használják, akkor érdemes másoknak is megtanulni azt. Egyrészt könnyebben kommunikálhatnak a többiekkel, másrészt tudhatják, hogy az adott dolog

²⁵⁷ A forma fontosságát Benedek és Gárdos is a bizonyításból vezetik le: „Legegyszerűbb a bizonyítás akkor, ha a megállapodás tartalmát írásban rögzítették. A fontosabb szerződéseket ezért rendszerint akkor is írásba foglalják, ha jogszabály erre nem kötelez. Különösen jellemző ez a gazdasági forgalomban.” (Benedek – Gárdos [2007] p. 823.)

elomlása esetén (esetünkben egy kifejezés nem tiszta értelmezésekor, a felek közötti vita kirobbanásakor) hozzáférhet egy viszonylag egyszerű, a hálózatot kiszolgáló infrastruktúrához – itt: a bíróságok „értelmezési szolgáltatásához”.

Külön ki kell térni arra, hogy a bírósági eljárás és bizonyítás egyik fontos célja az ún. *opportunist*a (vagy *zsaroló*) perek kiszűrése. Ezek olyan perek, amikor a felperes maga is tudja, hogy nincs igaza, a szerződés, amelyre hivatkozik, nem is létezik, avagy a szerződéskötéskor meglévő akarategyezés ellenére később letagadja azt. A legtöbb írásbeliséghez kötött szerződés (kezeségvállalás, zálog, nagy értékű dolgok adásvétele, hosszú távú megállapodás) esetén a bírósági bizonyítás még a szokásos szerződésekhez képest is drágább, a nagy érték, illetve az emiatt is fokozott opportunizmus-veszély miatt.

Másik oldalról viszont látjuk, hogy a formai előírások fokozatosan kikerülnek a jogrendszerből. Ennek oka, hogy a bíróságok bizonyítási lehetősége jelentősen átalakul, egyre kevésbé követeli meg ezen formai követelmények betartását. Ma már az írásbeli bizonyítékokkal alá nem támasztott állításokat is könnyebben megítélhetnek, mint régebben.

Tervezés ösztönzése. A formai követelmények a szerződésből való kilépést is megnehezíthetik. Formai követelményei vannak annak is, hogy miképpen lehet a szerződést felszámolni. Nehezíti, költségesebbé teszi ez a kilépést. A nehezen megszüntethető szerződés kiszámíthatóbbá, tervezhetőbbé teszi a körülményeket – tervezésre, idioszinkratikus beruházásokra ösztönöz.

Opportunizmus: a visszaélés lehetősége. Mint minden szabály, a formalizmus is megteremti a visszaélés lehetőségét. Jelen esetben ez elsősorban az opportunizmus új formájának megjelenését jelenti. Az eddigiekben arról a fajta opportunizmusról beszéltünk csak, amikor a partnerünk letagad a bíróságon valamit, amiről valójában megállapodtunk, vagy ránk akarja bizonyítani egy olyan kötelességet, amit nem vállaltunk fel. Ezek ellen véd a világos, írásba foglalt szerződés. Csakhogy az írásba foglalással vissza is lehet élni. Amennyiben ugyanis valamit elfelejtünk írásba foglalni, vagy nem olyan formában tesszük ezt, ahogyan azt a jog megköveteli, vagy olyan szavakat használunk, amelyeket a bíróság másképpen értelmez, mint mi, akkor az írásba foglaláson kifejezetten veszíthetünk is. Úgy gondoljuk, hogy valamit rendeztünk a szerződésben, valamihez annak alapján jogunk van, de a bíróság épp a formai hibák miatt megtagadja azt tőlünk. Ha ezzel a lehetőséggel a partnerünk tisztában van, akkor vissza is élhet vele: olyan írásbeli szerződést fogadtathat el velünk, amelyben valójában nincs benne a bíróság által elvárt módon az, amit szerettünk volna. A joggazdasági irodalomban (pl. Hermalin et al [2007] p. 51, Johnston [1999]) éppen ezért a formai előírásokat röviden úgy szokták jellemezni, mint amelyek nem azt garantálják, hogy mit kényszeríthetünk ki (mert azt formai tévedések miatt esetleg mégsem tehetjük meg), hanem csak azt, hogy mire nem vagyunk

kötelesek (mert, ami nincs írásba foglalva, azt nem is követelhetik tőlünk). Az írásba foglalás, illetve az egyéb formai követelmények inkább negatív, semmint pozitív garanciát jelentenek.

4.2. Magyar jogi problémák: önkéntesség

Az eddigi érveink nagyrészt amellet szóltak, hogy az írásbeliség sokszor maguknak az erre kényszerített feleknek is jó. Éppen ezért a magyar jog kapcsán az önkéntesség kérdésre érdemes kitérni. A felek kógens előírások nélkül is speciális formai követelményeket kereshetnek – maguk kötik ki például, hogy a kommunikáció csak írásban folyhat, hogy a szerződést írásba kell foglalni.

Önkéntes formakényszerek: tájékoztatási ösztönző. Az ilyen korlátozások nagyrészt azt szolgálja, hogy a felek biztonságban érezhessék magukat, pontosan tudhassák, hogy a szerződés mit is tartalmaz (illetve mit nem). Védik a feleket attól, hogy később egy bírósági vita során váratlan érvek, bizonyítékok bukkanhassanak fel – kiszámíthatóbbá teszi a bírósági szerződésértelmezést. Ez információs ösztönző. Ugyanis amennyiben a formai követelményeknek meg nem felelő formában tett kijelentésekre is hivatkozni lehet, akkor a felek tartózkodnának a szerződés értékét a másik fél szemében növelő információk átadásától. A probléma akkor jelentkezik, ha kiderül, hogy az optimista információk később nem igazolódnak be. Ha ez nincs írásba foglalva, akkor ezt a bírósági szerződésértelmezés során nem használhatják fel. Ha felhasználhatnák, akkor a szerződést elkészítő tárgyalások során a felek kevésbé osztanák meg egymással ezeket.²⁵⁸

Önkéntes formakényszer: morális kockázat. A nagy cégek – a méretgazdaságosság mellett – az ügynökprobléma miatt majd mindig írásban szerződnek.²⁵⁹ Ügynökprobléma jelentkezne ugyanis, ha a cég képviselőjében fellépő üzletkötő olyan szóbeli engedményeket tenne, amelyek megbízója, a vállalat érdekeit nem szolgálják. Az ügynökök ellenőrzésének legegyszerűbb módja, ha a szerződés csakis az írásba foglalt, és ezért a megbízó, a cég számára mindig könnyen megismerhető elemeket tartalmazza. (A problémára a következő alfejezetben, a képviselőlet kapcsán visszatérünk.)

²⁵⁸ Az információátadással részletesebben a következő fejezetben foglalkozunk.

²⁵⁹ A méretgazdaságosság átvezet az általános szerződési feltételek problémájához, ezért részletesebben majd ott tárgyaljuk. Itt csak az intuíciónak kap helyet: a cégnek jobb, ha azonos tartalmú szerződéseket köt, mert akkor azok előállítás, értelmezése, módosítása fajlagosan olcsóbb számára, mintha minden ügyféllel eltérő szóbeli elemeket is tartalmazó megállapodások alapján kellene együttműködnie.

5. KÉPVISELET

A magyar jogban – csekély kivételtől eltekintve – majd mindig, így a szerződés-kötéskor, a szerződési tárgyaláskor is elképzelhető a képviselet. Sőt, a képviselet többlépcsős is lehet: törvényi rendelkezés vagy ügyleti kikötés hiányában a képviselő a jogát harmadik személyre is átruházhatja. Mielőtt az elemzéshez fogunk, ismerjük fel, hogy a képviselet nagyon hasonlít a teljesítési segédért, közreműködőért viselt felelősséghez, amelyet az ötödik fejezetben elemeztünk: ez is a másért viselt, mögöttes felelősség egyik esete.

5.1. Jogi megoldás

A képviselő által kötött szerződés a megbízót köti, a képviseleti joggal nem rendelkező (álgépviselő) által kötött szerződés azonban nem – kivéve, ha azt a megbízó utólag jóváhagyja. Az álgépviselő által kötött szerződés esetén az álgépviselő kártérítéssel tartozhat a szerződést kötő félnek. Amennyiben az álgépviselő jóhiszemű volt, akkor a *negatív interesse*, amennyiben nem, akkor a szerződésből várt haszon (*pozitív interesse*) megtérítésével tartozik. Ez lenne az alapszabály, de ezt több elem egészíti ki.

Vélelmek. Az alapelvvel szemben köti a megbízót azon „képviseelő” által kötött szerződés, akivel kapcsolatban a törvény a képviselet vélelmét, illetve a bírósági gyakorlat a képviselet látszatát kimondja. A képviseletet akkor *vélelmezi* a magyar jog, ha négy feltétel egyszerre fennáll (220.§, illetve 6:18.§):

1. Áru adásvételével vagy egyéb szolgáltatás nyújtásával rendszeresen foglalkozó személlyel kötünk szerződést ...
2. ...az ő ügyfélforgalom számára nyitva álló helyiségében, az ott dolgozó alkalmazottal... (a helyiség fogalmát a bírói gyakorlat megszorítóan, ezzel szemben az alkalmazottét kiterjesztően értelmezi: csak olyan területet ért ilyen helyiségen, ahová a működés ideje alatt minden megkötöttség nélkül bárki bemehet és kiszolgálják, viszont az alkalmazotti viszony nem fontos, mert például a megbízás alapján eljáró személyt is képviselőnek tekint, ha a többi feltétel teljesül)
3. ...az ott szokásos szerződést kötünk,... (ezen azokat az ügyleteket értve, amelyek mindenki számára elérhetőek az adott helyen)
4. ...feltéve, hogy a jogszabály másként nem rendelkezik, illetve a körülményekből más nem következik. (Benedek [2007] p. 834)

Fontos kiemelni, hogy bár a törvény szövegéből ez csak áttételesen következik, de a bírói gyakorlat jóhiszemű harmadik személyek irányában elismeri – az előző törvényi vélelem mellett – az ún. *látszaton alapuló* képviseletet is.

Ez olyan alkalmazottak, dolgozók tekintetében áll fenn, akik beosztásuknál fogva rendszeresen tárgyalásokat folytatnak, és akik esetén a munkaadó, illetve a „mögöttük álló” szervezet eljárásából a jóhiszemű felek alapos okkal következtetnek arra, hogy az illető személynek képviseleti joga is van. Ilyen például, ha a munkaadó maga küldi a tárgyalásra a dolgozóját, és annak eljárását már más alkalommal is jóváhagyta. (BH1994. 96) A vélelmezett, illetve a látszaton alapuló képviselet esetén a képviselő által kötött szerződéseket úgy kell tekinteni, mintha azt a képviselt kötötte volna.

Képviseleti jog korlátozása. Bár jogilag nem látszaton alapuló képviselet, de a megbízó szempontjából ahhoz nagyon hasonló az, ha a képviselője jogát korlátozza²⁶⁰, de erre a partner figyelmét külön nem hívják fel. Ilyenkor a képviseleti jog korlátlan marad, a megkötött szerződés érvényes.

A képviselő, álképviselő felelőssége. Amennyiben a képviselő vagy álképviselő tettei a megbízó számára kárt okoznak (kedvezőtlen szerződést köt, kártérítést kell a lépései miatt fizetni, stb.), akkor vele szemben a megbízó a közöttük fennálló szerződés vagy más jogviszony alapján léphet fel. Ennek alapján követelheti a kár megtérítését, indíthat ellene fegyelmi eljárást, bocsáthatja el, stb.

Összefoglalva: a nem a megbízója érdekében eljáró ügynök által okozott kárt valamilyen formában meg kell osztani a „megbízó”, az álképviselő és a vele szerződő partner között. A magyar jog a kockázat és kármegosztásnak legalább négy formáját ismeri:

- (i) a szerződést érvényesnek nyilváníthatja – ilyenkor a költséget a „megbízó” viseli, de azt megpróbálhatja behajtani az álképviselőn;
- (ii) a szerződést ugyan nem tekinti érvényesnek, de a partner megkapja a szerződésből várt hasznát – ilyenkor őt csak akkora kár éri, amennyivel a bíróság alábecsli ezt az összeget, ő csak a bírósági tévedés kockázatát viseli; a kárt az álképviselő fizeti;
- (iii) a szerződést nem tekinti ugyan érvényesnek, és a szerződési partnernek csak a költségeit térítik meg kártérítésként – ebben az esetben az ő ösztönzői és kockázata az ötödik fejezetben megismert költségalapú kártérítéssel azonosak; a kárt az álképviselő fizeti;
- (iv) nincs szerződés, de kártérítés sincs – a teljes kárt és kockázatot a szerződési partnerre terheljük.

²⁶⁰ Kérdés persze, hogy mihez képest. Szladits érvelése tisztább: „amikor a meghatalmazás terjedelme nincs határozottan körülírva, különösen az ún. hallgatólagos meghatalmazás esetében, a meghatalmazottat minden olyan ügylet megkötésére jogosítottnak kell tekinteni, amely az alapul fekvő jogviszonnyal rendszerint kapcsolatos.” (Szladits [1941] p. 334)

5.2. Joggazdasági elemzés: másért viselt felelősség, a képviselet hatásköre

A joggazdaságtan számára a képviselet az ügynökprobléma egyik megjelenési formája, értékelésekor érdemes a kártérítési jogból ismert másért viselt felelősségből kiindulni. Azt, hogy mikor érdemes a megbízót felelőssé tenni a képviselő lépéseirért, és meddig terjedjen a képviselet, ennek alapján érthetjük meg. A képviselet szabályozása közzgazdaságilag nem azért érdekes, mert lehetővé teszi, hogy mások eljárjanak, tárgyaljanak, ajánlatokat, elfogadó nyilatkozatokat tegyenek. Az érdekes kérdést a morális kockázat, az ügynökprobléma megjelenése veti fel: mi történjen, ha a képviselő nem a megbízója érdekében jár el? Kik, milyen arányban viseljék ennek a következményeit?

Kármegosztás a három fél között. Láttuk az első és a harmadik fejezetben a jobb kockázatviselő tesztet, illetve a kockázatmegosztás optimális mértékét. A joggazdaságtan a három fél közötti kár- és kockázatmegosztáskor itt is erre figyel. Lássuk a három elemet: az információt, a megelőzést és a biztosítási lehetőséget (a kockázattűrést).

- *Információk:* A kockázat ismerete talán leginkább az álképviselőre telepített kár mellett szól: ő az, aki legkönnyebben felismerheti, hogy megbízása mire terjed ki, hogy – általa jól ismert – tettei mennyire szolgálják a megbízója érdekeit. (Ez utóbbi azért fontos, mert ha álképviselőként is jár el, a megbízó utólag „jóvá hagyhatja” a számára kedvező szerződéseket.)
- *Megelőzés– ösztönzés, ellenőrzés, kiválasztás:* A megelőzés kérdésében ismét – igaz, csak elvileg – az álképviselő felelőssége a legkézenfekvőbb válasz: ő az, aki felhagyhat ezzel a tevékenységgel. A megbízónak ahhoz, hogy megakadályozza a kárt, ellenőriznie kell, hogy ki jár el a nevében, illetve valamilyen módon meg kell akadályoznia (szankcionálnia kell) a nem megfelelő képviselők működését. Megteheti ezt közvetlenül szankciókkal is, de megteheti úgy is, ha az ügynökök, munkatársai, alvállalkozói kiválasztásánál jár el gondosabban. Végezetül nem feledkezhetünk el a partnerről sem, aki kellő elővigyázatossággal felismerheti a partnere képviseleti jogának hiányát. Dari-Mattiacci – Parisi [2003] éppen ezért a másért való felelősség legfontosabb kérdésének azt tekinti, hogy a megbízó ellenőrzési képességét kell-e jobban ösztönözni vagy a károsult elővigyázatosságát. Erre *a priori* válasz természetesen sincs. Sőt, esetenként is elég nehéz megvizsgálni, hogy melyik fél védekezhetne hatékonyabban, olcsóbban. A másért viselt felelősség rendszere – itt is, mint a teljesítési segéd esetén – implicite azt feltételezi, hogy nem a közvetlen kártérítés fenyegetésével, hanem más eszközökkel lehet jobban ösztönözni a munkavállalókat, illetve mindazokat, akikért a megbízó felelősséggel tartozik.

Például, nem szabad elfelejteni, hogy ha a kárt a megbízóra is hárítjuk (például érvényes lesz a szerződés), akkor ő a közte és a „képviselő” között fennálló kapcsolatra hivatkozva mindig felléphet az utóbbival szemben, vagyis kérheti a költségének vagy annak egy részének megtérítését.

- *Kockázattűrés és vagyoni helyzet:* Ha az ellenőrzés nem is dönti el, hogy inkább a megbízónak vagy inkább a szerződési partnernek kell-e viselnie az álképviselő működésének kockázatát, akkor még mindig fennmarad a kockázattűrés érve. Mint a teljesítési segéd felelőssége kapcsán is láttuk, túlzott leegyszerűsítés abból kiindulni, hogy a megbízó általában nagyobb vagyonnal rendelkezik, és ezért kockázattűrő-képessége is nagyobb. Amennyiben tehát az első két szempont (az információs különbség, illetve az ellenőrzési, ösztönzési lehetőségek) szerint nincs lényeges eltérés, akkor ez a harmadik érv gyakorlatilag nem támogatja a képviselőt semmilyen általános vélelmét: a kockázattűrő képességet csak a konkrét ügyben szereplő felek ismeretében, őket összevetve, tehát minden előzetes vélelemtől függetlenül lehet eldönteni.
- *Adminisztratív egyszerűség.* A mögöttes felelősséget (és az abból következő elszámolási rendszert megbízó és megbízott között) számos kritika éri a magas adminisztrációs terhei miatt. Ez ugyanis megduplázza az eljárások számát: miközben végül (nagyrészt) az álképviselőnek kell megfizetnie a kárt, aközben ezt „felesleges” kerülő úton érjük el: az ügyfélnek a megbízót kell perelnie (vagy vele kell peren kívüli megegyezésre jutnia), majd a megbízónak fel kell lépnie az őt nem megfelelően képviselő félle szemben.

5.3. Magyar jogi problémák

A magyar jogi megoldások közül kettő érdemes kicsit szemügyre venni. Az egyik a megbízó objektív felelőssége, vagyis, hogy egyedül a közvetlen károkozó, vagyis az ügynök magatartását vizsgáljuk. Ha ő nem járt el elég gondosan, akkor a megbízó viselkedésétől függetlenül minimum kártérítést ítél meg a magyar jog. A másik, hogy a vélelmek megfogalmazásával a rendszer meglehetősen kevés figyelmet vár el a partnertől is – a kártérítésnél bevezetett fogalmakkal: meglehetősen ritkán fog a közrehatás miatt eltekinteni a szerződés érvényességétől vagy a kár megtérítésétől. Mindez roppant hasonló az ötödik fejezetben látott közreműködőért vállalt felelősséghez – bár vannak olyan elemek (mindenekelőtt az, hogy a közvetlen károkozó ismert a partner előtt, és a magatartását vagy megbízatásának valódiságát is könnyebben ellenőrizheti), amely miatt – szemben a közreműködőért vállalt felelősséggel – felmerülhetne a megbízó, illetve a

károsult vétkességét is vizsgáló felelősségi rendszer kialakítása. (Részletesebb áttekintésért lásd Kraakman [2009]).

Vétkességi felelősség képviselőt esetén? A megbízó legtöbbször dönthet arról, milyen mértékben folyjon bele közvetlenül a tárgyalásokba. Amennyiben őt csak akkor érintené a számára hátrányos szerződés – csak akkor lenne az érvényes, hatályos –, ha a megbízó kiválasztásakor, munkájának szabályozása vagy felügyelete során felrúthatóan járt el, akkor ez csökkentené a képviselők útján kötött ügyletek várható költségét. A megbízó csak a bíróság által vizsgált szempontokra, például a megfelelő ellenőrzésre figyelne, elkerülve így a nem vágyott szerződéseket. Megné a képviselők útján kötött szerződések, illetve az ügynökök száma is. Amennyiben a bíróság a vétkesség vizsgálata során nem tudja megfelelően értékelni a kiválasztási folyamatot, akkor nagyobb az esélye annak, hogy több (és több megbízhatatlan) ügynök lesz.

Közrehatás vizsgálata. Kiindulópontként érdemes felidézni, hogy a második világháború előtti magyar magánjogban Szladits szerint a partner közrehatásának vizsgálata kiemelt jelentőségű volt: „Ha azonban a másik fél is²⁶¹ gondatlanul járt el, vagyis tudhatta, hogy az álképviselő túllépte képviselői hatalma körét, akkor az utóbbi [álképviselő] ellen sem fordulhat az ügylet alapján, és kártérítésre sincsen joga.” (Szladits [1941] p. 337) (Jegyezzük meg, hogy a szövegből nem egyértelmű, hogy aktuális tudásról, vagy elvárható tudásról beszél-e!) Hogyan értékelhetjük, hogy a partner gondosságának vizsgálata kikerült az álképviselőt esetén vizsgálendő tényezők közül?

Először is szögezzük le: mindenképpen marad rajta kár, hiszen – mint az ötödik fejezetben láttuk – a jog nem hajlandó minden veszteséget, jogi értelemben kárnak elismerni. A közrehatás létének vagy hiányának elemzésekor tehát nem az a kérdés, hogy vagy vizsgáljuk a károsult közrehatását és akkor nem kap semmiféle kompenzációt, vagy nem vizsgáljuk, és akkor a teljes kárát megtérítik (vagyis minden elővigyázatossági ösztönzője elvész). A kérdés az, hogy semmiféle kompenzációt nem kap (közrehatás vizsgálata), vagy csak részlegest (nem vizsgáljuk a közrehatását). Milyen változást hozna ez? A részleges kárviselés esetén a károsult is védekezik – legalábbis annyiban amennyire a várhatóan rá eső kár erre ösztönzi. A közrehatás vizsgálata ehhez képest vélhetően növelné a gondosságát, vagyis a bíróság által is megfigyelhető elővigyázatossága. Emiatt viszont (mivel a kettő között helyettesítő viszony van, vagyis, ha az egyik magasabb, akkor a másiktól kevesebbre van szükség) vélhetően csökkenne az ösztönzése a meg nem figyelt tevékenységekre. Összességében azonban növelné az elővigyázatosságát, csökkentené az álképviselők által okozott kárt.

²⁶¹ Azért „is”, mert a korszak még nem ismerte az alkalmazottért, megbízóért való objektív megbízói felelősség intézményét, a megbízó is minden esetben vétkességi felelősség alapján felelt.

6 ÖSSZEFOGLALÁS

A szerződési kötelelem foglyul ejti a feleket, nem válthatják le olyan egyszerűen a partnerüket, mint e nélkül. Éppen ezért roppant fontos annak vizsgálata, hogy mikor és mennyiben jön létre ez a kötöttség. Láttuk, hogy az ajánlattevő oldalán igazából egy kétszintű rendszer létezik, először az ajánlati kötöttség áll be, majd annak elfogadásával jön létre a szerződési kötelelem. Mikor kezdődjön az ajánlati kötöttség? Mire terjedjen ki? Itt a joggazdaságtan az idioszinkratikus beruházások létéből indul ki – pontosabban abból, hogy ilyen előzetes beruházások kiváltása az „ajánlattevőnek” érdeke volt-e. Ha igen, akkor hatékony, ha az ajánlatához köti a jog. Az ajánlati kötöttség időszaka alatt a két fél helyzete aszimmetrikus: az ajánlattevő már kötve van (bár láttuk, hogy a magyar jogrend sem sokáig, és sok esetben viszonylag könnyen visszavonható módon tartja fenn ezt a kötöttséget), ezzel is biztosítást nyújtva a másik fél ez idő alatt tett beruházásaira. Ez teszi lehetővé azt is, hogy a másik fél tovább kereshesse a megfelelő partnert.

Az ajánlatban, illetve a szerződésben kötelezően szabályozandó elemek közvetlenül hatnak a szerződés pontosságára, tartalmára. Azonban láttuk, hogy ezek szabályozása sem túl erős a magyar jogban – alapesetben. Láttuk, a legtöbb jogrendhez hasonlóan a magyar sem foglalkozik azzal, hogy mit érthetünk az ajánlat visszavonásán, tisztességtelen (a jóhiszeműség és tisztességesség elvébe ütköző) módosításán.

Az ajánlattételtől fakadó kötöttség sok jogrendszerben kifejezetten enyhe: épp az aszimmetrikus foglyul ejtés elkerülésével érvelnek e mellett. Az ajánlattétel és az ajándékozás gyakran igen közel kerül egymáshoz, hiszen mindkettő egyoldalú jognyilatkozatnak tekinthető. Az ajándékozási ígéret kikényszerítését sok országban igen komoly, elsősorban formai feltételekhez kötik. Ezek a formai követelmények elsősorban a szerződéskötés pontosságára hatnak, igaz egyben a tranzakciós költségeket is növelik. Könnyebbé teszik a bizonyítást, ösztönzik a hosszabb távú tervezést, viszont mivel a szerződéskötés újabb szabályával állunk szemben, így egyben bizonytalansági tényezőt is jelentenek (betartottak-e a felek minden elvárt formai követelményt – mert e nélkül a megállapodásukból nem származik kötőerő). A szerződéskötés gyakran nem közvetlenül a két szerződő fél, hanem képviselők révén jön létre. Itt hatékonysági szempontból az alapkérdés az álképviselő által okozott károk kockázatának megosztása a két tisztességes fél (a megbízó és az ügyfél) között.

Természetesen a szerződéskötés szabályozása közvetlenül elsősorban a partnerkeresésre és a szerződés megfogalmazására hat. De a többi ösztönzőt is érintik áttételesen. Ne feledjük ugyanis, hogy a szerződéskötés körüli bonyodalmak egyben azt is jelentik, hogy a szerződés körüli jogviták esetén

egy újabb bizonytalansággal, kockázattal kell szembenéznünk. Elképzelhető ugyanis, hogy a bíróság tévesen ítéli meg a kérdést, és olyan szerződés nem lesz emiatt kikényszeríthető, amelyben pedig bíztunk. Ez a tévedési esély azt jelenti, hogy csökken az a várható kártérítés, illetve büntetés, amelyet a másiknak akkor kell fizetnie, ha nem akarja teljesíteni a szerződést. Elképzelhető, hogy ő ilyenkor sikeresen győzi meg a bíróságot arról, hogy a szerződés létre sem jött, ezért egyszerűen az eredeti állapot helyreállításával a felek viszonyát fel lehet számolni. Az eredeti állapot helyreállításával, amely a legenyhébb szankció. A szerződéskötés körüli bizonytalanság tehát ugyanúgy hat, mintha csökkenne a kártérítés mértéke – maga után vonva mindazokat a hatásokat, amelyeket ennek kapcsán a harmadik és az ötödik fejezetben láttunk.

Irodalomjegyzék

- Aghion P. and P. Bolton [1987], Contracts as a barrier to entry. *American Economic Review* 77, 388–401.
- Akerlof, George [1982]: Labour Contracts as a Partial Gift Exchange. *97 Quarterly Journal of Economics*, pp. 543-569
- Bebchuk, L.A. and O. Ben-Shahar [2001] Precontractual Reliance, *Journal of Legal Studies* 30, 424
- Benedek Károly – Gárdos Péter [2007]: XVIII. fejezet: A szerződés megkötése. in: Gellért György: A Polgári Törvénykönyv magyarázata I. kötet, Complex, Budapest
- Benedek Károly [2007]: XIX. fejezet: A képviselő. in: Gellért György: A Polgári Törvénykönyv magyarázata I. kötet, Complex, Budapest
- Ben-Shahar, O. [2004] Contracts Without Consent, *University of Pennsylvania Law Review* 152, 1829
- Cartwright J. and M. Hesselink [ed. 2008], Precontractual Liability in European Private Law. Cambridge: Cambridge University Press
- Chung, T.Y. [1992], On Social Optimality of Liquidated Damages Clause: An Economic Analysis. *Journal of Law, Economics, and Organisation* 8, 280-305
- Cooter, Robert – Thomas Ulen [2005]: Jog és közgazdaságtan. Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest
- Craswell, R. [1996], Offer, Acceptance, and Efficient Reliance, *Stanford Law Review*, 48, 481–553.
- Cross, F.B. [2005], Law and Trust, *Georgia Law Review*, 93. 1457
- Diamond, P. and E. Maskin [1979], An equilibrium analysis of search and breach of contract I: Steady states. *Bell Journal of Economics* 10, 282–316.
- Eisenberg, M.A. [1994], Expression Rules in Contract law and Problems of Offer and Acceptance. *California Law Review* 82, 1127
- Elster, J. [2001]: A társadalom fogaskerekei. Budapest, Osiris
- Farell J. and P. Klemperer [2007], Coordination and Lock-in: Competition with Switching Costs and Network Effects. in: M. Armstrong and R. Porter (ed.), *Handbook of Industrial Organization, Volume 3*. Elsevier
- Gordley, J. [2004], Comparisons. in: Gordley [ed. 2004]
- Gordley, J. [ed. 2004], The Enforceability of Promises in European Contract Law. Cambridge: Cambridge University Press
- Hermalin, B.E., A.W. Katz, and R. Craswell [2007], The Law and Economics of Contracts. in: M. Polinsky and S. Shavell (eds.), *Handbook of Law and Economics*, Vol. 1, A., Amsterdam: Elsevier, 3-138.
- Hesselink M. [2004], The Concept of Good Faith. in: A.S. Hartkamp, E.H. Hondius, M.W. Hesselink, C.E. du Perron & M. Veldman, (eds), *Towards a European Civil Code*, The Hague, Boston & London: Kluwer Law International, pp. 471-498,
- Hirschman, A.O. [1970/1995] *Kivonulás, tiltakozás, hűség*. Budapest: Osiris, 1995.
- Johnston, J.S. [1999], Statute of Frauds. in: Newman (ed.), *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. London: Macmillan Press

- Katz, A.W. [1996], When Should an Offer Stick? The Economics of Promissory Estoppel in Preliminary Negotiations, *Yale Law Journal*, 105, 1249–1309.
- Kemenes István – Vékás Lajos [2008]: Ötödik könyv második rész: A szerződések általános szabályai. in: Vékás Lajos (szerk): *Szakértői javaslat az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez*. Budapest, Complex
- Klein, B. [1999], Hold-up Problem. in: Newman (ed.), *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. London: Macmillan Press
- Kostritsky, J. [1993], Bargaining With Uncertainty, Moral Hazard and Sunk Costs: A Default Rule for Prescontractual Negotiations. *Hastings Law Journal* 44, 621
- Kostritsky, J. [2008], Uncertainty, Reliance, Preliminary Negotiations. *SMU Law Review*
- Kraakman, R.H. [2009], Vicarious and corporate civil liability.
- Mattiacci, G.D. and F. Parisi [2003], The Cost of Delegated Control: Vicarious Liability, Secondary Liability and Mandatory Insurance', *International Review of Law and Economics*, 23, 453–75.
- Menyhárd A. [2004]: *A jóerkölcsbe ütköző szerződések*. Gondolat, Budapest
- Miller, Gary J. [2002]: Menedzserdilemmák. Aula – Széchenyi István Kollégium, Budapest
- Posner, R.A. [1998], *Economic Analysis of Law*, New York: Aspen Law and Business
- Prentice, R.A. [2007], Law and Gratuitous Promises. *University of Illinois Law Review*. 881-938
- Schwartz, A. and R. Scott [2007], Precontractual Liability and Preliminary Agreements, *Harvard Law Review* 120 661-675
- Spier – Whinston [1995] On the Efficiency of Privately Stipulated Damages for Breach of Contract: Entry Barriers, reliance, and Renegotiation. *The Rand Journal of Economics* 26, 180-202
- Trebilcock, M.J. [1986], *The Common Law of Restraint of Trade*. Toronto – London – Sydney. Carswell – Sweet&Maxwell – The Law Book Company Ltd.
- Trebilcock, M.J. [1993], *The limits of freedom of contract*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Vékás Lajos [2008]: Első könyv: Bevezető rendelkezések. in: Vékás Lajos (szerk): *Szakértői javaslat az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez*. Budapest, Complex
- Zoltán Ödön [2007]: XLVIII. fejezet: Az ajándékozás. in: Gellért György: *A Polgári Törvénykönyv magyarázata II. kötet*, Complex, Budapest

VIII. fejezet

Információ

Az előző fejezet bevezetőjében azt láttuk, hogy a szerződés kikényszerítő ereje, léte, érvényessége formai, procedurális és szubsztantív okoktól függ. Ebben a fejezetben a procedurális okok első csoportjával: az információs helyzet elemzésével foglalkozunk. Az információ kapcsán a legegyszerűbb joggazdaságtani megközelítés két célt fogalmaz meg. Egyrészt azt, hogy ösztönözze új, hasznos információk felszínre kerülését és terjedését. Másrészt, mint Cooter és Ulen fogalmaz, segítse elő azt, hogy az információ és a tulajdon egy kézbe kerüljön (Cooter – Ulen [2005] p. 305). Utóbbi garantálhatja ugyanis az erőforrások technológiai értelemben leghatékonyabb felhasználását.

A nemzetközi összehasonlító jogi irodalom általában három információs elvet különít el: a tévedést, a megtévesztést és a kötelező tájékoztatást (illetve az tájékoztatás elmulasztását). Amelyik jogrendszerben létezik külön elv a szerződéskötést megelőző magatartás szabályozására, ott általában ebből (például a jóhiszeműség és tisztesség követelményéből) közvetlenül is levezethető, hogy a felek milyen információk átadásával tartoznak egymásnak, illetve, hogy mi a teendő, ha valamely lényeges információ a szerződéskötéskor egyikük vagy másikuk számára nem volt felismerhető.

A megoldást a magyar jog is a jóhiszeműség és tisztességesség követelményéből vezeti le. Már annak definíciójakor kimondja, hogy a felek a tárgyalás során is együttműködni kötelesek. Külön is kiemeli ezt a szerződés létrejöttének általános szabályozásakor: a felek együttműködni kötelesek, tájékoztatási kötelezettségük van minden lényeges kérdésben (Ptk. 205.§ (3) bekezdés). A biztatási kár (6.§) is nyilvánvalóan a tájékoztatással kapcsolatos: ha a másik (jóhiszemű és racionális) fél azt az információt szűrheti le a tetteinkből, hogy a szerződés nagy valószínűséggel létrejön, akkor az ebből eredő károkat megtéríteni tartozunk. Azonban polgári jogi alapelvek specifikus szabályokban is megjelennek. A Ptk. 210.§ szerint a szerződés megtámadható, és ezért érvénytelen, (i) ha valamelyik fél tévedésben volt, (ii) ha a szerződés közös téves feltevésen alapult, illetve (iii) ha az egyik fél megtévesztéssel vette rá a partnerét a szerződés megkötésére.

A fejezetben először a tájékoztatás, az információhiány jogi szabályozásának lényeges joggazdaságtani problémáit vesszük számba. Ezt követően a kétféle tévedést – az egyoldalút és a közöset – együtt tárgyaljuk. A harmadik alfeje-

zetben tárgyalt megtévesztés ezektől főként a szándékosságban tér el – ott elsősorban azt láthatjuk majd, hogy a szándékos megtévesztés megítélése miatt kell, hogy eltérjen a nem szándékostól, amely az egyoldalú tévedés alapesete a magyar jogban.

1. JOGGAZDASÁGTANI PROBLÉMÁK AZ INFORMÁCIÓ

Az információt a közgazdaságtan általában olyan jószágként kezeli, amelynek megismerése költséges, viszont amelynek terjesztése költségmentes. Az információ megszerzése, megismerése (az arra elsőként szert tevő számára) költségekkel jár, az információ keresése beruházási döntés. Ezzel szemben, ha valaki már ismeri az információt, akkor sokszor majdhogynem költségmentesen terjesztheti azt: az információt sokszorosításának és továbbadásának költsége elenyésző – és az Internet, az elektronikus adathordozók terjedésével még csökken is. Ezek a joggazdaságtan klasszikus feltételezései, ezek alapján azonosíthatjuk a szerződési jog információs szabályainak ösztönzési hatásait. Elsősorban ezen ösztönzők, vagyis az információgyűjtési és a tájékoztatási ösztönzők alapján próbálhatjuk megragadni az információs szabályozás értelmes terjedelmét is.

1.1. Az információ értéke

Mielőtt hozzáfognánk az információ polgári jogi doktrínáinak elemzéséhez érdemes felidézni, hogy miért is gyűjtünk információt. Megkülönböztetjük az információk kétféle hasznát: az információt megszerző fél hasznát és azt a pozitív hatást, amelyet az információ a piaci versenyre gyakorol. (Ebben a pontban nem foglalkozunk azzal, hogy ezen információk megszerzése milyen költségekkel jár²⁶²)

Az információszerzés egyéni haszna. Az információszerzés egyéni hasznát a harmadik fejezetben az opciós érték kapcsán láttuk. Idézzük fel! Tegyük fel, hogy a harmadik fejezetben megismert szituációhoz hasonló áll fenn: egy adott munka kapcsán azt tudjuk, hogy annak költsége 0 és 1000 között lesz valahol! Feltesszük, hogy ezen belül minden lehetséges összeg ugyanakkora eséllyel következhet be – az eloszlás egyenletes. A vevő a munkáért 600-at ígér. Elvállalhatjuk a munkát információgyűjtés nélkül is. Akkor, mivel a munka várható költsége 500, a várható hasznunk 100 lesz. De a konkrét hasznunk lehet negatív

²⁶² A későbbiekben látunk majd sok példát arra, hogy az itt megismert hasznok elmaradnak a költségektől, vagyis az információgyűjtés egyéni vagy társadalmi szinten nem hatékony.

is, vagyis lehet veszteségünk is, ennek esélye 40%. Ha információt gyűjtünk, és ennek révén kideríthetjük, hogy a munka pontosan mennyibe is fog kerülni, és csak akkor fogjuk elvállalni, ha abból nyereségünk lehet. Vagyis az eseteknek csak 60%-ában kötünk szerződést, akkor, amikor a költség maximum az árnak, 600-nak megfelelő. Ekkor viszont a megkötött szerződések esetén a várható hasznunk 300 lesz, hiszen a 600 alatti esetekben a várható költség 300. Információgyűjtés esetén tehát kevesebb szerződést kötünk, de azokon nagyobb a hasznunk. Összességében – figyelembe véve azt is, hogy az esetek 40%-ában viszont nem szerződünk, várhatóan 180 hasznunk lesz ($180 = 60\% \times 300$, hiszen 60% a szerződéskötés esélye és ebben az esetben átlagosan 300 hasznunk lesz). Az információgyűjtés tehát 80-nal növeli az információgyűjtés nélkül várható hasznot. (Ez persze még nem jelenti azt, hogy érdemes is információt gyűjteni, mert nem feledkezhetünk el annak költségéről sem.)

Az információ hatása a piaci versenyre. Az információgyűjtés hat a piaci versenyre is. Lássunk erre egy másik példát. Tegyük fel, hogy egy hiteltermék kapcsán az ügyfelek csak az induló törlesztőrészletre figyelnek (rövid távra kalkulálnak). Ekkor a piaci versenyben részt vevő hitelnyújtók arra lesznek ösztönözve, hogy minél alacsonyabb törlesztőrészletet kínáljanak. (Utóbbit megtehetik úgy, hogy hosszabb időre adnak kölcsönt, vagy úgy, hogy a kezdeti időszakra kedvezményes törlesztést engednek.) A verseny azokban a dimenziókban indul meg, amelyet a fogyasztók figyelnek. Ezzel szemben a meg nem figyelt tulajdonságokban vélhetően ez „visszaüthet”. Tegyük fel, hogy a hitelezők ugyanazt a hitelt alacsony induló és magasabb későbbi törlesztéssel is tudják kínálni! Ebben érdekeltek is lesznek. Vagyis azokban a dimenziókban, amelyekről a fogyasztók tájékozatlanok, inkább egy minőségrontó, káros verseny indul: minél magasabbra tudja emelni valaki a hitelfelvevők által nem figyelt későbbi kamatot, annál valószínűbb, hogy a rövidtávút csökkenteni tudja, és ezzel versenyelőnybe kerülhet.

Fel kell azonban hívni a figyelmet arra, hogy ilyen tájékozatlan fogyasztók esetén időnként a verseny az tájékoztatást is kikényszerítheti. Például, ha van olyan versenyző a piacon, aki ezekben a megfigyelt dimenziókban rosszabb ajánlatot tud csak tenni, viszont a meg nem figyeltékben jót, akkor ő érdekelt lesz abban, hogy tájékoztassa az ügyfeleket ennek fontosságától. Tegyük fel, például, hogy a devizahitel kamata alacsonyabb, és ezért az árfolyamkockázatra sem figyelő fogyasztók előnyben részesítik azt! Viszont, ha van olyan hitelező, amely valamiért kevésbé fér hozzá devizához, akkor ő ebben a versenyben hátrányban lesz – csak a hazai valutában, magasabb kamatért tud hitelt adni. Ő érdekelt lehet abban, hogy tájékoztassa a fogyasztókat a devizahitelek veszélyeiről. Ezzel ráadásul pozitív reputációt is szerezhethet magának – túl azon, hogy a saját versenyhelyzetét is javította.

Az persze, hogy ez a folyamat beindul-e és sikeres lesz-e sok dologtól függ: mindenekelőtt attól, hogy a fogyasztók meggyőzése, informálása milyen nehéz. De attól is, hogy kell-e ennek a cégnek félnie attól, hogy miután ő felvállalta a tájékoztatás költségeit, mások az új minőségi dimenzióban legyőzik. Attól, hogy a többiek eddig elhanyagolták ezeket a dimenziókat, nem következik az, hogy ott ne tudnák megnyerni a versenyt – különösen, hogy a tájékoztatást elvégző banknak, vélhetően sok erejébe, erőforrásába kerül a fogyasztók tájékoztatása, ezért kevesebb erőforrása marad ezen újonnan fontossá váló dimenziók további fejlesztésére. Ezekkel az akadályokkal, amelyek egyben a jogi szabályozás melletti érveket is szolgáltatják, a fejezet későbbi részében találkozhatunk.

1.2. Ösztönzési problémák

Láttuk az előbb, hogy az információ kapcsán két ösztönzőt kell mindig szem előtt tartani: megéri-e megszerezni azt, és (ha már ismerjük) megéri-e tájékoztatni a többieket, konkrétan a szerződési partnerünket. Az információszerzés egyéni beruházás. Mint minden beruházásnál, így itt is ugyanazt az alapmodellt kell szem előtt tartani: legegyszerűbb megközelítésben az erőfeszítés, pontosabban az annak nagyságáról hozott döntés akkor optimális, ha az kapja a teljes hasznot, aki a teljes költséget viseli. Ha a jog azt követeli, hogy az információgyűjtő a megszerzett információját ossza meg másokkal, akkor a haszon egy része másokhoz jut. Azonban, mivel a terjesztés költsége elenyésző, így az információterjesztés akkor lenne társadalmilag optimális, ha az a lehető leggyorsabban megtörténne: amint megismerünk egy új információt, azt azonnal el is jutna mindenkihez. A beruházási ösztönző tehát csak akkor lehet hatékony, ha az információ terjedését akadályozzuk. Ez minden információval foglalkozó szabályozás alapdilemmája; legyen szó a polgári jog tévedés doktrínájáról, a fogyasztóvédelem információs, tájékoztatási elvárásairól, avagy éppen a szellemi alkotásokhoz fűződő jogok (a szabadság, a szerzői jog) szabályozásáról²⁶³.

Információszerzés ösztönzői. A szerződési jog leginkább a tévedés doktrínájával hat az információszerzésre. Ennek első, legismertebb elemzése Kronman [1978]: ha a szerződési jog a tévedésben lévő felet felmenti, felmentheti a szerződés teljesítése, illetve a kártérítés alól, akkor ezzel a tájékozott felet az általa ismert információk, az ún. *magáninformációi* megosztására ösztönzi. Ennek kétségtelen előnye, hogy ezzel nyilvános, vagy közös tudást képező információvá válik a már ismert információ: mindenkihez eljuthat. Azonban emiatt csökken az ösztönzés arra, hogy új információkat szerezzünk. Amíg az információs előnyünket

²⁶³ Erről lásd: Cooter – Ulen [2005] pp. 132-149, Gordon – Bone [2000], Menell [2000], R. Posner [2011] pp. 48-59, Shavell [2004] pp. 137-174

kihasználva a magunk számára előnyösebb (partnerünk számára pedig – az adott információ ismeretéhez képest – hátrányosabb²⁶⁴) pozíciót érhetünk el, addig erősebb az információszerzési ösztönzőnk. Kornman szerint tehát, ha az információszerzést akarjuk ösztönözni, akkor egyoldalú tévedés esetén nem szabad érvényteleníteni a szerződést.

Gondoljunk az előző példára, amikor azért gyűjtöttünk információt, hogy eldöntsük, hogy 600-ért megéri-e megkötni a szerződést. Ott az ösztönzött információszerzésre, hogy csak az ennél olcsóbban elvégezhető munkákat vállaltuk el. Ha a másik fél a maga tévedésére hivatkozva megtámadhatná utólag a szerződést, hivatkozva arra, hogy tudtuk, hogy a munka olcsóbban is ellátható, akkor kénytelenek lennénk csökkenteni az árat. Az információ hasznának egy része tehát a nem informálódó félhez jutna, a beruházás hozama pedig csökkenne.

Kritika: védekezés? A Kronman-modell leegyszerűsített következtetését több kritika is érte. Az egyik ilyen az, hogy a másik (a szerződésbe tájékozatlanul „bennragadó”) fél információszerzési ösztönzőit is meg kell fontolni. Az ő oldalán ugyanis a túlzott védekezés problémája jelentkezhét: amennyiben minden információ magáninformáció maradhat, akkor mindenki minden információt maga akar majd begyűjteni – akkor is, ha azt mások már megszerezték, akkor is, ha egyszerűbb, olcsóbb lenne a másiktól információt kapnia, mint újra megszerezni azt. Amennyiben nincs tévedésre alapozott megtámadás, akkor mindenki jobban fog félni a szerződéskötéstől, inkább előzetesen próbálja bebiztosítani magát.

További kritikák: az információszerzés egyéb ösztönzői? A Kronman-modell egyik kritikája arra hívja fel a figyelmet, hogy a tévedés doktrínája csak az információk bizonyos csoportjának megszerzésére hat. Kronman ugyanis azt feltételezi, hogy azért gyűjtünk információt, mert abból hasznot akarunk. Ha egy információnak nincs – a költségét meghaladó – haszna, akkor azt nem is szerezzük meg. Vannak olyan információk, amelyeket ilyen haszon nélkül is megszerzünk. Vagyis ezek megszerzésére nem hat az sem, ha a tévedést érvénytelenségi okként ismeri el a jog. Ilyen információk azok, amelyeket gyakorlatilag véletlenül (közgazdasági kifejezéssel: költségmentesen) ismerünk meg, illetve azok, amelyeket más okok miatt amúgy is megszerezniénk.

²⁶⁴ Tegyük hozzá: az információgyűjtésből a tévedésben tartott félnek is előnye származhat! Elképzelhető, hogy a szerződés számára előnyös, hiszen magasabb ellenszolgáltatást kap, mint amennyit az általa kínált szolgáltatás szerinte ér – viszont a partnere az adott szerződést nem kötötte volna meg az adott információ nélkül.

Elképzelhető az is, hogy bár a másik fél információ híján is megadná az általa kért árat, de információ birtokában magasabb ellenszolgáltatást ajánl – félve például, hogy mással köt a tévedésben levő fél szerződést. Vagyis bár ő közvetlenül nem részesedik az információ miatt előnyökben, de a magasabb ellenszolgáltatás miatt közvetetten mégis részesül annak hozamából.

Véletlen információszerzés: Nem minden információszerzés tudatos kutatás eredménye. Információhoz juthat valaki *aktív* módon, vagyis úgy, hogy erőforrásokat ruház be a tájékoztatás érdekében, de *véletlenül* is. Ösztönözni csak a tudatos döntés alapján megszerzett információkat lehet – véletlenül (vagyis keresés, erőfeszítés nélkül) akkor sem fogunk több vagy kevesebb információt találni, ha arra erősebben ösztönöznek minket.

Más előny: Az információ beszerzésére nem biztos, hogy csak azért kerül sor, hogy az adott szerződést minél kedvezőbb feltételekkel köthessék meg. Napjaink szerzői jogi vitái mutatnak erre jó példát: a szerzői jogok gyengébb védelme (illetve a szabad letöltés, szabad használat – az amerikai jogban az ún. *fair use* – kiterjesztése) mellett érvelők hivatkoznak gyakran arra, hogy az információk, vagyis esetükben a szellemi alkotások haszna nem csak az, hogy a termékeket a vevőknek el tudják adni. Az is fontos (piaci) előny, hogy a szerzők ismertek lesznek, fellépésekre kérik őket, meghívásokat kapnak.²⁶⁵ Hasonló hatások a szerződési jogban is megfigyelhetők: vannak olyan információk, amelyekre nem (csak) azért van szükségünk, hogy a partnerünkkel szemben az árat a magunk számára kedvezően alakíthassuk (olcsóbban vehessünk értékes dolgokat), hanem azért is, hogy a versenytársainkkal szemben előnybe kerülhessünk (Groskopp – Medina [2006]).

Érdemes tehát különbséget tenni aszerint, hogy a (potenciálisan) tájékozott felet mi ösztönzi információszerzésre. Azonban az ösztönző okát, erősségét nehéz értékelni. Sokak szerint (például Shavell [2004] pp. 333-334, vagy R. Posner [2011] p. 129) erre közvetlenül nincs is szükség: viszonylag jó becslése ennek az, hogy a vevő vagy az eladó-e a tájékoztatlan fél. Az eladótól a legtöbb jogrendhez hasonlóan a magyar is magasabb informáltságot vár el – ritkábban lesz eredményes az eladó, ha tévedésre hivatkozva megtámadja a szerződést. A modell alapján ez jól magyarázható: az eladó általában könnyebben, olcsóbban – ha tetszik, véletlenül – is megtudhat bizonyos információt (hiszen ő birtokon belül volt korábban), ráadásul őt sok egyéb tényező is információszerzésre ösztönzi, nem csak az, hogy az adott üzletből nagyobb haszonra tehessen szert.

²⁶⁵ Hasonlóképp, a szabadalomból nemcsak az a haszon származik, hogy annak birtokában kizárhatjuk a versenytársakat (csak mi állíthatjuk elő az adott szabadalommal védett terméket, és ezért magasabb árat kérhetünk érte), hanem a gyorsaságból is származik előnyünk. Még ha az adott információt nem is védené a jog, addig, amíg mások le nem tudják másolni a terméket, egyedül leszünk a piacon, és ezalatt szerezhetünk akkora hozamot, amely már önmagában – egyéb jogi védelem híján is – a kutatásra ösztönöz. Különösen fontos ez az előny ún. *hálózati externáliák* esetén. Például egy új kommunikációs csatorna bevezetése, amelyhez a többi versenytárs megjelenése előtt sok felhasználó csatlakozik, komoly előnyökkel jár: az újakhoz nem azért fognak kevesebben csatlakozni, nem azért fognak kevesen átváltani rájuk, mert rosszabb minőségűek, drágábbak, hanem azért, mert ezzel a korábbi hálózatot, annak sok ügyfelével el kell hagyni. (Hálózati hatásokról, hálózati externáliákról lásd Page – Lopatka [2000].)

Ő csere nélkül is jobban kihasználhatja a rendelkezésére álló erőforrásokat, ha jobban ismeri azokat. Az eladót tehát kevésbé kell a hallgatás lehetőségével ösztönözni az információszerzésre.

Produktív és redisztributív információk: az információszerzés mindig hasznos? Egyes információk megszerzését tehát nem kell a tévedés miatti érvénytelenség kiiktatásával (vagy legalábbis a doktrína meglehetősen szűk alkalmazásával) ösztönözni: azok anélkül is előállnak. Más információk megszerzését pedig azért nem kell az egyoldalú tévedésen alapuló szerződések érvényességével ösztönözni, mert nincs társadalmi hasznuk. Ide tartoznak az ún. redisztributív, illetve a már meglévő információk.

Cooter és Ulen nyomán érdemes két információtípust elkülöníteni: a produktív és a redisztributív információkat (Cooter – Ulen [2005] pp. 307-310). *Produktív* vagy *jólétnövelő* egy információ, ha lehetővé teszi, hogy a létező erőforrásokat eredményesebben használjuk fel. Ha kiderül, hogy az adott erőforrás értékesebb, mint azt a tulajdonosa korábban gondolta (a festmény egy híres festő elveszettnek hitt műve, a föld alatt ásványkincs van, stb.), akkor ez produktív információ, mert az adott erőforrást most már ennek tudatában használhatjuk. A *redisztributív* vagy *újraelosztási* célú információk, ezzel szemben nem hoznak létre új értéket. Ezek előnye a megszerzőjük számára csak az, hogy az elérhető szerződéses többletből nagyobb részt szerezhethet meg. Ha például valaki mindenki másnál előbb tudja meg egy nagyberuházás tervét, és felvásárolja az ottani földeket, akkor ezzel nem hoz létre új értéket. A földek ára az információ nyilvánosságra kerülése után mindenképpen megnőtt volna – csakhogy ez az áremelkedés innentől az ő zsebébe, vagyis az információt korábban megismerő fél és nem az információ hiányában neki a földeket eladó, korábbi tulajdonoséba vándorol.

Az újraelosztási célú információszerzés kapcsán a hatékonysági probléma nem az, hogy emiatt máshoz kerül a haszon, hanem a *járadékvadászat*: ezen redisztributív információk megszerzése érdekében erőforrásokat használnak fel. Olyan erőforrásokat, amelyeket produktív információszerzés vagy valamilyen más hasznos tevékenység elől vonnak el. A járadékvadászat következménye ráadásul káros versenyt hoz: a másik fél viszont védekezni fog – ami az erőforrás-felhasználást tovább fokozza.

A produktív és a redisztributív információk elhatárolása azonban nem egyszerű: a legtöbb információ ún. kevert információ. (Lásd ennek a talán legélesebb példáját a bennfentes információk problémáját a 8.1. szövegdobozban!) Ha megpróbáljuk szétválasztani a két információtípust, akkor érdemes egy viszonylag egyszerű tesztből kiindulni, amely Hirshleifer [1971] megkülönböztetésén alapul. (Sokak, például Zhou szerint Cooter és Ulen modellje erre épül. Lásd Zhou [2011] pp. 34-35) Az információ lehet egyszerű előzetes tudás

(*foreknowledge*) vagy felfedezés (*discovery*). *Előzetes tudásról* akkor beszélünk, ha idővel a „természet” automatikusan – vagyis más tudatos kutatása nélkül is – feltárná azt. A *felfedezés* ezzel szemben olyan információ, amelyre a többiek később is csak beruházások révén jöhetnének rá. Előzetes tudás esetén az egyéni haszon csak abból fakad, hogy mi előbb ismerjük azt meg, mint mások. A társadalmi haszon nem a teljes értéknövekedés, hanem csak az, hogy az korábban lesz ismert, kiaknázható.

Az előzetes tudás, vagyis az információk *korábbi* megszerzése is hasznos, produktív – csak a hozam kisebb. Ezen a ponton visszaértünk a hatékonyság kérdéséhez: a redisztributív információkkal a baj az, hogy társadalmi szempontból felesleges kiadásokra ösztönöznek. Nem az tehát a kérdés, hogy van-e társadalmi haszon (mint Cooter és Ulen modelljében), mert mindig van, hanem az, hogy a *beruházásokhoz képest* mekkora az. A teszt tehát így szólna: ha az információ korábbi megszerzéséből származó várható összes (tehát nem csak az információszerző félnél jelentkező) haszon kisebb, mint az annak érdekében felhasznált erőforrás, akkor redisztributív információról van szó. Társadalmi szempontból az információszerzést egész addig kell ösztönözni, amíg az információgyűjtésből várható hozam nagyobb, mint a többletköltség, az ennek érdekében feláldozott erőforrások értéke.

Persze ez a tesztet túl nem lehet (nehezen lehetne) a bírósági munkában alkalmazni. Mindig össze kéne mérni a meglehetősen nehezen bizonyítható várható hasznot a valós információszerzési kiadással. A bíróság ilyen kemény tesztet nehezen alkalmazna, ezért a gyakorlatban nem egyszerűen az lesz a kérdés, hogy a beruházás kisebb vagy nagyobb volt-e, mint az abban a pillanatban (*ex ante*) várható haszon, hanem az, hogy a költséghez képest a várható haszon *elenyésző* volt-e, a költség *jelentősen* nagyobb-e a várható haszonnál. Egyfajta vélelmet jelent ez a produktivitás mellett. Cooter és Ulen, illetve R. Posner is emellett érvel: kétséges esetben a produktív elem a fontosabb, vagyis a szerződési jognak, a bíróságnak ki kell kényszerítenie a legtöbb olyan egyezséget, amely információs aszimmetrián alapult. (Cooter – Ulen [2005] p. 309, R. Posner [2011] pp. 138-142) Különösen így van ez, ha a vevő az informáltabb fél. Cooter és Ulen érvelése szerint ekkor ugyanis az információt és az eszköz feletti rendelkezést is egyesítjük, és az információk felkutatását is ösztönözzük. Fordított helyzetben, amikor az információ az eladónál volt, és ő hallgatta el, hogy amit elad, nem olyan minőségű, mint amilyennek a vevő hitte, akkor az információ titokban tartása kevésbé igazolható. Az eladó oldalán – mint láttuk – a produktív információk megszerzését eleve kevésbé kell ösztönözni. Ráadásul, ekkor nem is az információ és a tulajdon egyesítése, hanem kifejezetten azok szétválasztása következik be: az informált fél, vagyis az eladó átadja a dolgot annak, aki információhiányban szenved.

Biztonsági információk. Cooter és Ulen megkülönböztet egy harmadik információtypust is, az ún. biztonsági információt. (Cooter – Ulen [2005] pp. 210-213). Érvelésük szerint ezeket az információkat azért kell átadni, mert ezek ismeretében a másik fél egyrészt megspórolhatja az információszerzés költségét, másrészt korábban megkezdheti a védekezést a biztonsági információ által jelzett veszély ellen. Ha pedig a védekezés elmarad, akkor a tájékoztatlan felet nem csak amiatt éri hátrány, mert kevesebbet nyer a szerződésen (ez volt az előző eset), hanem kifejezetten veszít is azon: rosszabb helyzetbe kerül, mint szerződés nélkül lett volna.

Ilyen esetben keményebb információs elvárást fogalmaznak meg: nemcsak a már megismert információk átadását várjuk el (mint a redisztributív információk esetén), hanem azt is, hogy az ilyen információkat szerezzé is be az adott fél. Joggazdasági szempontból ilyen keményebb feltételt állít a tájékoztatási kötelezettség, például azok a fogyasztóvédelemből ismert szabályok, amelyek adott termék összetételének vagy esetleges káros hatásainak közzétételét követelik – ennek elmulasztása esetére büntetést helyezve kilátásba. De, mint majd látjuk, ilyen kemény tájékoztatási kötelezettséget jelent a közös tévedés szabálya is. Ekkor ugyanis a szerződés csak akkor nem lesz érvényteleníthető, ha az információt begyűjtjük, és át is adjuk a partnerünknek – ha a másik fél bármilyen ok miatt tájékoztatlan (akár azért, mert mi is azok vagyunk, akár azért, mert nem mondjuk el, amit tudunk), akkor a szerződés eséllyel megtámadható.

A definíció ugyan nagyon tetszetős, de mint ahogy többen²⁶⁶ is jelzik, meglehetősen elnagyolt, nem teszi lehetővé a gyakorlati elhatárolást. Ha az ismételt információszerzés igényét vagy a gyors reagálás lehetőségét, hasznát tekintjük kulcskérdésnek, mint ahogyan azt Cooter és Ulen tették, akkor az információs aszimmetria esetén majdnem mindig kimutathatjuk, hogy ott biztonsági információról volt szó: majdnem mindig felvethető ugyanis, az, hogy az információ magáninformációként tartása a másik felet védekezésre ösztönözi.

Biztonsági információk kapcsán is fennmarad tehát az alapkérdés: az információgyűjtés megkettőzésétől kell jobban félni vagy az eredeti információgyűjtés elhanyagolásától tartunk inkább. Ha az első a nagyobb veszély, akkor érdemes biztonsági információként kezelni a helyzetet; ha a második, akkor jobb az információt produktívként kezelni, és érvényben tartani az egyoldalú tévedésen alapuló szerződéseket.

²⁶⁶ Például Zhou [2011] p. 35

8.1. táblázat. Ösztönzési célok az egyes információk kategóriáknál és az azokhoz szükséges jogi megoldások egyoldalú és közös tévedés esetén

| | Ösztönözni kell | Egyoldalú tévedés | Közös tévedés |
|---------------------------|-------------------------------------|-------------------|---------------|
| Produktív információ | információgyűjtést | Érvényes | ??? |
| Redisztributív információ | | Érvénytelen | Érvényes |
| Biztonsági információ | információgyűjtést és tájékoztatást | Érvénytelen | Érvénytelen |

Érvényes: a szerződést ki kell kényszeríteni

Érvénytelen: a szerződést tévedés miatt nem szabad kikényszeríteni

??? nincs konkrét válasz

Ösztönzési sémák. Miután láttuk, hogy milyen ösztönzők megteremtése lenne a cél, érdemes áttekinteni, hogy a különböző ösztönzési célok miképpen állíthatóak elő. (8.1. táblázat) Három fontosabb célt láttunk: a produktív információk esetében azt, hogy az információszerzést ösztönözzük; a redisztributív információk esetén a cél, hogy a gyűjtést ellenöszönözzük; míg a tájékoztatási kötelezettséget követelő „biztonsági információk” esetén a cél az, hogy (i) gyűjtse is és (ii) ossza is meg. Miképpen érhetőek el ezek az ösztönzők a bírósági eljárás során? (Induljunk ki abból, hogy az alperes a szerződés érvényben tartásában érdekelt! Ha nem így lenne, vagyis ő sem akarná a szerződés kikényszerítését, vagyis nem lenne per.)

A produktív információ esetéről, tehát, amikor az információszerzést akarjuk ösztönözni, egy dolgot mondhatunk: az egyoldalú tévedés esetén ne legyen érvénytelenség. (A közös tévedés esetén elvileg mindegy mi történik, hiszen a kérdés csak az, hogy erősebb az ösztönző az információ megszerzésére, ha nem kell azt megosztani a másikkal. Azonban erősebb lesz ez a hatás, ha a közös tévedés esetén a szerződés érvénytelen lesz.)

A redisztributív információk gyűjtése ellen úgy tudunk ösztönözni, ha kölcsönös információhiány (tévedés) esetén a szerződés érvényes lesz, de egyoldalú tévedésnél érvénytelenné nyilvánítjuk. Ha ilyenkor információt gyűjt valaki (és ezzel a közös tévedésből egyoldalúvá alakítja a szituációt), akkor ezzel a tévedés alapú sikeres megtámadásra ad alkalmat.

A biztonsági információk esetén tehát tájékoztatási kötelezettséget szeretnénk előírni. Ezt elérhetjük úgy, ha sem kölcsönös, sem egyoldalú tévedés esetén nem kényszerítjük ki a szerződést. Ilyenkor egyedül úgy biztosíthatjuk előre a kikényszerítést, ha információt is gyűjtünk (ha nem, akkor kölcsönös tévedés miatt érvénytelen lesz a szerződés) és azt át is adjuk (ha nem, akkor egyoldalú tévedés miatt lesz az érvénytelen). Érdemes összevetni a produktív és a biztonsági információkat: a két modell egyoldalú tévedésnél éppen ellentétes következtetésre vezet.²⁶⁷

²⁶⁷ Mint majd látjuk a későbbi elemzésben a kétoldalú tévedésnél az eltérés nem jelentős.

8.1. szövegdoz. Bennfentes információk – bennfentes kereskedelem

A bennfentes információ szabályozása azt jelenti, hogy amennyiben valaki (tipikusan egy vállalat menedzsmentje vagy tőle információkhoz jutó személy) olyan magáninformációval rendelkezik, amely alapján befolyásolhatja egy üzlet értékét, akkor egész addig nem kötheti azt meg, amíg az információt nyilvánosságra nem hozza (vagy más úton az nyilvánossá nem válik). A szabályozás általában az, hogy aki olyan korlátozott hozzáférésű információkat tud, amelyet a partnerének nincs esélye megszerezni – a legismertebb példa egy vállalat belső pénzügyi információit ismerő alkalmazott – nem köthet üzletet, csak akkor, ha az információ már nyilvános. Vagyis a legtöbb jogrendszer a bennfentes információkat redisztributív információként kezeli, és gyakorlati tájékoztatási kötelezettséget ír elő.

A probléma az, hogy az ilyen információkkal rendelkező fél ismeri az üzlet fontos körülményeit, így például a szerződés tárgyának valós minőségét, értékét, ezért az információelőnyét kihasználva jelentős előnyöket, például árelőnyöket érhet el *ahhoz képest*, mint ha partnere informált lenne.

Ez a szabályozás azonban tipikusan nem tájékoztatáshoz, hanem az üzlet elmaradásához vezet. Erre ugyan mondhatjuk, hogy az a konkrét partner számára jobb, mint a számára veszteséges üzlet létrejötte, de a többiek számára kifejezetten hátrányos. A bennfentes kereskedelem ugyanis információkkal látja el a piacot. Ha olyan közérdeklődésre számot tartó információról van szó, amelyet más üzletek értékelésekor is használni lehetne, akkor az a tudat, hogy a bennfentes információk birtokosa valamiért az aktuális piaci ár alatt vagy felett köt üzleteket, jelzi, hogy olyan információ áll már rendelkezésre (csak még titkos), amely ismeretében a piaci ár nem annyi lenne, mint az aktuális. Ez az információ pedig már produktív.

Lássuk egy példán: ha annak az olajcégnek valamely fontos alkalmazottja, amely felfedezi az olajmezőt, még azelőtt elkezd telkeket vásárolni a piaci ár felett adott területen, akkor ez a telektulajdonosok számára jelezheti, hogy vélhetően valamilyen olajjal kapcsolatos jelentős információ áll rendelkezésre. Emiatt tudhatják, hogy az ő telkük is vélhetően többet ér, mint azt gondolták. Ráadásul ez a bennfentes információn alapuló felvásárlás megóvja a piacot attól, hogy az információ nyilvánosságra kerülésekor hirtelen nagyot változzon az ár – közelíti a piaci árat a „valós értékhez”, így annak nyilvánosságra kerülése esetén kisebb lesz az árkorrekció. Ez kiszámíthatóbbá, kevésbé kockázatosá teszi a kereskedelmet, amely a kicsit is kockázatkerülő üzletfelek esetén mindenképpen előnyös.²⁶⁸

További érv lehet, hogy az ilyen üzletek (az ilyen információ) hozama segíthet az ilyen információkhoz hozzáférő kulcspozícióban levő alkalmazottak ösztönzésében is: a vállalat számára kedvező innovációk vagy a más információk hozamából maguk is részesednek, ezért azok előállításában inkább érdekeltek. Ebben az értelemben az információk kifejezetten produktívak. (Tegyük hozzá: ez az ösztönzési érv elég gyenge lábakon áll! Ugyanis egyrészt bennfentes kereskedelemre

²⁶⁸ Tegyük hozzá, hogy az empirikus vizsgálatok szerint a bennfentes kereskedelem ilyen árhatása minimális. (Lásd Bainbridge [2000].)

nemcsak az képes, aki ezeket a cég számára hasznos lépéseket valóban megtette, hanem a cég más alkalmazottjai is, akik egyszerűen az információról tudomást szerezhettek. Másrészt, az információ előny nemcsak akkor használható ki, ha valaki a cég számára kedvező lépéseket tett, hanem akkor is, ha károkat – a cég, információhiányból fakadó, felülértékelttségét is ki tudja használni a tájékozott fél. Ráadásul viszonylag egyszerű belátni, hogy amennyiben az ösztönzendő alkalmazott kicsit is kockázatkerülő, akkor sokkal hatásosabb fix összegű „jutalmat” adni neki, mint kitenni a piaci kockázatnak. Sőt, ez azért is előnyösebb a bennfentes kereskedelemnél, mert ennek összegét nem korlátozza az, hogy mennyi üzletet tud megkötni az általa javasolt áron az illető.)

A bennfentes kereskedelem kapcsán persze hangsúlyozni kell a különbséget is a fejezetben látott érveléstől. Itt ugyanis fontos érv az is, hogy az üzleti partnernek okozott (esetleges) károkon túl, az üzlet a megbízó, a vállalat érdekeit is sértheti. Egyrészt, a bennfentes kereskedelem lehetősége miatt változnak az ösztönzők: az alkalmazottak az információ vállalaton belüli terjedését akadályozhatják – minél később juttatják el felfedezéseiket a vállalat megfelelő döntéshozóihoz, annál több bennfentes üzletet köthetnek. Másrészt, a bennfentes kereskedelem növeli az esélyt annak, hogy a vállalat tulajdonát képező információk (üzleti titkok) kiszivárognak: a piac az ilyen üzletek létéből következtethet annak létre, tartalmára.

(A bennfentes kereskedelem melletti és elleni érvek áttekintéséért lásd Bainbridge [2000].)

1.3. Az információfeldolgozás problémája

Az eddigiekben a legtöbb joggazdasági elemzéshez hasonlóan azt feltételeztük, hogy az átadott információk feldolgozása költségmentes. Éppen ezért az információt kapó fél helyzetén az informálással mindig javítunk. Holott ez nem biztos: az információfeldolgozás költséges. Különösen a kockázatok közlése, megértése az. Például: mit kezdene a legtöbbünk azzal az információval, amit e fejezet elején (az 1.1. pontban) láttunk: a program költsége nulla és 1000 között bármennyi lehet, és a valószínűségi eloszlása egyenletes? Mit értenénk abból, hogy a program várható költsége ötszáz? És abból, ha mindehhez hozzátennénk, hogy a szórása 250? És míg – vélhetően – már ezeknek az egyébként a helyzetet helyesen leíró információknak a megértése is nehézségeket okozna sokunknak, ezt még tetézi az első fejezetben látott racionalitási probléma is: az adott információkat megértve sem biztos, hogy racionális döntéseket hozunk.²⁶⁹

²⁶⁹ A valószínűségi, matematikai statisztikai kifejezésekkel tisztában levő személyek is gyakorta inkonzisztens (nem racionális) döntéseket hoznak akkor, ha kockázatos – és nem biztos végeredményt hozó – programokat kell összetvetniük. A fogadó fél információfeldolgozó-képességének problémái komoly jogi anomáliákat okozhatnak. A problémát majd a fogyasztói szerződésekkel foglalkozó fejezetben elemezzük részletesen.

A tájékoztatás veszélye. Időnként az információszolgáltatás ront is a tájékoztatott fél helyzetén.²⁷⁰ A sok információból ki kell válogatnia a valóban fontosakat – ehhez azonban a többit is át kell tekintenie, legalább minimális szinten értelmeznie kell. Amikor valaki csak részleges információkkal rendelkezik vagy az információknak csak egy részét érti meg, akkor azokból téves következtetésekre juthat. Mint mindjárt látjuk, találhatóunk olyan példákat, amikor a tájékozatlanabb fél jobban becsli egy szerződés várható hasznát és kockázatait, mint egy olyan, aki ilyen részinformációk birtokában van. (Hermalin – Katz [2006])

Az információk tartalma: abszolút vagy relatív információk. Igazán élesen merül fel a részinformációk problémája az abszolút és a relatív információk közötti választáskor. Ha azt közöljük, hogy az adott autó mennyi benzint, az adott elektronikai cikk mennyi áramot fogyaszt, akkor *abszolút információt* adunk. Ha ezzel szemben azt, hogy a piaci átlaghoz képest alacsony átlagos vagy magas (nagyon alacsony vagy nagyon magas) fogyasztású termékről van-e szó, akkor *relatív információval* van dolgunk.

Mind a kettő részinformáció. Abszolút információ esetén a vevő nem fogja tudni, hogy az adott szolgáltatás annak versenytársaihoz képest mennyivel jobb vagy rosszabb. Ráadásul ez az információ nem is lesz „igaz” – például az autó fogyasztása annak használatától, a vezetési stílustól, stb. függ. Ha a vevő ezzel nincs tisztában, illetve, ha nem tudja, hogy az átlagos fogyasztást hogyan fordítsa le a saját speciális helyzetére, akkor az abszolút „átlagos” információ félrevezető lehet.

A relatív információ kapcsán a legélesebb, leggyakrabban felbukkanó vita a dohánytermékek reklámozása. Állíthatjuk-e egy cigarettáról, hogy kevesebb kátrányt tartalmaz, mondhatjuk-e, hogy egészségesebb, mint a legtöbb, ha tetszik „átlagos” cigaretta? A legtöbb jogrendszer tiltja ezt. A tipikus érvelés szerint: azért nem adhatunk ilyen relatív információt, mert féltő, hogy a vevő – mivel itt viszont az abszolút értéket nem ismeri – túlzottan optimista lesz a vásárláskor, szerződéskötéskor. Az ilyen információk tiltása azonban a versenyt erősen, és nem biztos, hogy jó irányban befolyásolja. Láttuk fenn: ha a vevő nem ismerhet meg egy információt, akkor arra nem is fog figyelni, a kereskedők, gyártók pedig nem fogják a terméket fejleszteni.

Információ formája. Az információfeldolgozási problémák miatt lett egyre fontosabb, különösen a fogyasztóvédelemben, hogy ne csak az átadandó információ

²⁷⁰ Hasonló problémát a joggazdaságtan általában a bírósági eljárások kapcsán azonosít. Például, az egyik fél tudatosan halmozza el a másikat olyan információkkal, bizonyítékokkal, amelyeket igazából ő maga sem akar használni, viszont ezzel az ellenérdekű felet, a feldolgozási költségek miatt, nehéz helyzetbe tudja hozni, összezavarhatja. (Lásd például Cooter – Ulen [2005] p. 452, Shavell [2004] p. 426-428).

tartalmát, hanem formáját is szabályozzák. Gondoljunk például a cigarettán levő egészségügyi figyelmeztetés nagyságát, formáját szabályozó előírásokra! De ide sorolhatók azok a kezdeményezések is, amelyeket *információsűritésnek* nevezünk. Ezek esetében a szabályozó megpróbálja a sok információt leszűkíteni egy viszonylag egyszerűen érthető, összehasonlítható mutatóra. Ilyen a teljeshiteldíj-mutató vagy az elektromos gépek energiafogyasztás szerinti osztályozása. Az előny kézenfekvő: egyszerűsítjük az információ feldolgozását. Csakhogy a veszély is nyilvánvaló: a vevők túlzottan is megbízhatnak ezekben a mutatókban, olyan szempontokat, amelyeket ezek hiányában maguk ellenőriznének, ezek után figyelmen kívül hagynak. Például, ha a THM nem tartalmaz (tegyük hozzá, nem is tartalmazhat) minden díjat, kockázatot, fontos szempontot, akkor a vevők esetleg túlzottan is erre hagyatkoznak a hitelfelvételnél, elfeledkezve – mondjuk – az árfolyamkockázatról, a kamatemelés kockázatáról vagy éppen arról, hogy két bank THM-je közötti különbség még nem tartalmazza a közjegyzői, kötelező biztosítási díjak vagy az esetleges előtörlesztés költségei közötti különbséget.

1.4. Bizonyíthatóság problémája

Az információs szabályozásnak az ösztönzés mellett a másik fő problémája a bizonyíthatóság kérdése. Ennek áttekintése azért különösen fontos, mert segítségével felismerhetjük azon alternatív jogi és nem jogi megoldások nagy részét, amelyek az ösztönzési problémákat kezelni tudják. Szögezzük le jó előre, ezek nem feltétlenül a polgári jogi információs szabályozás helyett szükségesek – sokszor egymás mellett léteznek, egymást kiegészítve hatásosabbak!

Tapasztalati és bizalmi javak. Induljunk ki Nelson [1970, 1974] híres modelljének némiképp módosított változatából! Eszerint információs szempontból háromféle jószágtípust különböztethetünk meg: a keresési, a tapasztalati és a bizalmi (vagy tapasztalat utáni) javakat.²⁷¹ Most az utóbbi kettő érdekes. *Tapasztalati javak* azok, amelyek minősége (hatásai) a vevő számára a vásárláskor ugyan nem ismert, de utólag felismerhető, és a bíróság előtt bizonyítható is. Ezzel szemben *bizalmi javaknál* vagy később sem ismeri fel a tévedésben levő fél a valóságot (például nem jön rá, hogy valamilyen kár az adott szolgáltatás

²⁷¹ Az eredeti modell szerint keresési javak azok, amelyek tulajdonságai az üzletkötéskor ismertek – itt csak a legjobb ár-minőség kombinációt kínáló szerződési partner megtalálása a kérdés. Tapasztalati javaknál a szolgáltatás, illetve a partner minősége csak a szolgáltatás igénybevétele után ismerhető meg – de akkor megismerhető, felismerhetjük a tévedésünket. A bizalmi (vagy tapasztalat utáni) javaknál ezzel szemben még a fogyasztás, igénybevétel után sem derül ki az – az alapmodell szerint általában csak lényegesen később.

következménye), vagy hiába ismeri fel, a bíróság előtt nem tudja azt bizonyítani. Bizalmi javak esetén, amikor a tulajdonság nem bizonyítható, a tévedés doktrínája hatástalan.

Az információs szabályozás alternatívái: többletszavatosság, jótállás. Tapasztalati javak esetén a közgazdasági irodalom általában az önkéntes jótállás kérdését tárgyalja. Ennek lényege az, mint az első és a negyedik fejezetben is láttuk, hogy az eladó valamilyen többletterhet vállal fel, mintegy bizonyítandó azt, hogy az áru jó minőségű. Ezzel a jó minőségű szolgáltatás nyújtója, a jó minőségű termék eladója megkülönböztetheti magát a rosszabb minőségű versenytársától. A jótállás, az önkéntesen felvállalt többletszavatosság jelzés: a szolgáltató hihetően kommunikálhatja, hogy terméke jó. Láttuk, hogy ez segít felszámolni a fent már látott *kontraszelekción*. Viszonylag egyszerű információsűrítési eszköz is. Mivel a jótállás, az önkéntes többletszavatosság tartalma többé-kevésbé ugyanaz a különböző egymással versengő eladók esetén, így itt elég, ha egyetlen roppant egyszerűen kommunikálható információra koncentrál a tájékozatlan fél: a szavatosság, a jótállás hosszára.

Mint ez a példa is mutatja az információs doktrínák, különösen a tévedés erősen kapcsolódik a szerződésteljesítés – még pontosabban az önkéntes többletszavatosság, a jótállás – szabályaihoz. Rossz minőségű szolgáltatás esetén a vevő majdnem mindig választhat a szavatosság érvényesítése, illetve a tévedésen alapuló megtámadás között.²⁷² Természetesen, a helyettesítés nem tökéletes: vannak olyan tévedések, amelyeknél a szavatosság, a jótállás nem jelent megoldást – például, ha nem a dolog minőségével kapcsolatos tévedésekről van szó. A két rendszer között azonban a különbség elsősorban az, hogy míg a tévedés miatt az eredeti állapot helyreállítását lehet kérni, addig szavatossági igény vagy jótállás esetén elsősorban kijavítást, kicserélést, másodsorban pedig árleszállítást vagy kártérítést. Speciális esetektől eltekintve tehát a szavatosság, jótállás nagyobb megtérülést biztosít, így a minőségi tévedések esetében viszonylag ritka lesz a tévedésre hivatkozás.

Az információs szabályozás alternatívái: megfontolt partnerkeresés. Míg tapasztalati javaknál az információs előírások – sokszor szerencsésebb – alternatívája az önkéntes többletszavatosság, addig a bizalmi javaknál nemcsak a tévedés doktrínája, hanem a szavatosság, a jótállás sem működőképes. Az ugyanis szintén feltételezi, hogy a hiba, a kár bizonyítható. Bizalmi javak esetén a közgazdaságtan inkább olyan intézményi megoldásokat tár fel, amelyek miatt az eladó kevésbé lesz érdekelt a minőségromlásban. Itt a tájékozatlan fél inkább partnere ösztönzőire és nem a termékekre figyel. Ez például a non-profit szer-

²⁷² A magyar jog kifejezetten ki is mondja, hogy amennyiben az adott termék tulajdonságai a szerződéskötéskor ismertek voltak – vagyis tévedés nem állt fenn –, akkor nem is lehet a szavatossági jogokkal élni.

vezetek létezése melletti egyik leggyakrabban felhozott érv: ha az eladó nem tarthatja meg a minőségrontás miatti költségmegtakarítással elért nyereségét, akkor a minőségrontásban is kevésbé lesz érdekelt. Bizalmi javak esetén ezért nagyobb a kereslet (a „bizalom”) a non-profit szervezetek iránt, mint a profitérdekelt szervezetekkel szemben. De vigyázni kell, mert ez a bizalom gyakran túlzott lehet. Sőt sokszor nyilvánvaló félreértésen alapul: a non-profit szervezet döntéshozóinak ösztönzése azért még nem feltétlenül változik, hogy nem oszthatnak profitot. Ha a profitkivétel helyett más csatornákat használva ugyanúgy megszerezhetik maguknak azt a hozamot, amelyet a rosszabb minőség miatti költségmegtakarításon érnek el, akkor a velük szembeni többletbizalom kifejezetten káros is lehet.

Az információs szabályozás alternatívái: erősebb szabályozás. Mivel ez a túlzott bizalom komoly gondokat okozhat, így gyakori, hogy a bizalmi javak esetén a kormányzat még erősebb eszközökkel él: közvetlenül beavatkozik ezeken a piacokon, például a piacra lépő szereplőktől olyan minőségi előírásokat kér, amelyek – megítélése szerint – jelentősen csökkentik a későbbi, esetleg nem is bizonyítható károk esélyét.

Tegyük persze hozzá, hogy itt sincs garancia arra, hogy a döntéshozók egyéni ösztönzői nem lesznek torzák, hogy az általuk hozott döntések valóban a tájékoztatlan fogyasztók érdekeit védik majd. De ha még így is lenne, akkor is utalni kell arra a hatásra, amelyet fent az információsűrités kapcsán már láttunk: a túlzott bizalomra. Ez minden kormányzati szabályozás esetén kialakulhat. Ha a szabályozó azt ígéri, hogy nem enged káros terméket forgalomba hozni, akkor a vevő elfeledkezhet olyan információk begyűjtéséről, amelyre e szabályozás nélkül figyelemmel lenne.

2. TÉVEDÉS

A magyar polgári jog, mint fent is láttuk, kétféle információs helyzetet különít el: a tévedést és a megtévesztést. Mi is ezzel a kettővel foglalkozunk a fejezet hátralévő részében. A legtöbb polgári joghoz hasonlóan a magyar jogban sincs kifejezett tájékoztatási kötelezettség. Indirekten azonban jelen van. Egyrészt levezethető a felek együttműködési kötelezettségéből (Vékás [2008] pp. 36-37), másrészt a közös tévedés miatti érvénytelenség hatása nagyon hasonló hozzá.²⁷³

²⁷³ Ezzel szemben például Menyhárd a tájékoztatási kötelezettséget a hallgatással történő megtévesztésbe olvasztja be. Logikája szerint: az együttműködési kötelezettség miatt információgyűjtési kötelezettség – ha az információ megszerzése elvárható volt – eleve létezik, így ha az információ nem jut el a másik félhez, akkor annak oka az elhallgatása. (Menyhárd [2000] p. 185) Az itteni modelltől ez annyiban tér el, hogy itt nem feltételezzük,

2.1. Jogi szabályozás

A magyar polgári jog kiindulópontja a „forgalom biztonsága”, vagyis a szerződések kikényszerítése. Ez alól az egyik legfontosabb kivétel az, hogy a szerződés megtámadható a felek tévedése okán. Az, hogy ez kivétel, nem magából a Ptk-ból derül ki, de annak – korlátozott – alkalmazásából nyilvánvaló.

Egyoldalú tévedés alapszabálya. A törvény szövege szerint tévedésre hivatkozva akkor támadhatja meg valaki a szerződést, ha három feltétel egyszerre áll fenn: (1) a szerződés megkötésekor (2) lényeges körülmény tekintetében volt tévedésben, és (3) tévedését a másik fél okozta *vagy* felismerhette volna. Ehhez a bírói gyakorlat – a jóhiszeműség és tisztesség követelményből levezethető módon – azonban hozzáfűzi negyedik követelményként az önhiba tesztjét is: ha valaki maga is felismerhette volna a saját hibáját, akkor a forgalom biztonsága miatt nem hivatkozhat tévedésre. (Kemenes – Vékás [2008] p. 778) A 2013-as kódex ezt az önhiba-tesztet már a törvény szövegébe is beemeli.

Közös téves feltevés. Közös tévedés címén érvénytelenségre csak a felek azonos tartalmú, közös téves feltevése vezethet. Az 1959-es Ptk. szerint bármilyen körülmény vagy tény téves ismerete elég ehhez. A törvény betűje szerint még lényegesnek sem kell ennek lennie – de ez a lényegesség-teszt a bírói gyakorlatban mégis érvényesül (Benedek – Gárdos [2007b] p. 806). A 2013-as kódex szintén beemeli ezt a bírói gyakorlatban kialakult többletelvárást a törvényt szövegbe.

Mielőtt továbblépünk, ismerjük fel, hogy a közös tévedés sokban hasonlít a lehetetlenülés tényállásához: ott is valamilyen a szerződéskötéskor nem ismert problémára hivatkozva kéri valamelyik fél a szerződés alóli mentesítést.

Ha a két jogintézményt, a tévedést és a közös téves feltevést hasonlítjuk össze, akkor látható, hogy logikailag az egyoldalú tévedés is a kölcsönösből indul: ha valaki egy fontos kérdésben való tévedése miatt megtámad egy szerződést, akkor is az első kérdés az, hogy az adott információt a másik fél ismerte-e. Ha nem, akkor a tévedés kölcsönös, a szerződés közös téves feltevés címén érvényteleníthető. Ha ismerte, akkor fennállhat – de nem biztos, hogy fennáll – az egyoldalú tévedés esete. Két kérdést kell ekkor feltenni: (i) elvárható lett volna-e a tévedésben levő féltől, hogy az információt maga gyűjtse be; és (ii) tudnia (sejtenie) kellett volna-e a partnerének az ő tévedését, esetleg ő maga okozta-e? Ha e kettő közül csak egyre is nemleges válasz születik, akkor a szerződés nem támadható meg. Ha mindkettőre igen a válasz, akkor egyszerű, egyoldalú tévedés miatt érvényteleníthető a szerződés.

hogy az információszerzési kötelezettséget az együttműködési kötelezettségből kellene levezetni. Ha pedig az információ nem áll rendelkezésre, akkor annak elhallgatása sem történhet meg.

Azonban fontos különbség az egy- és a kétoldalú tévedés között, hogy egyoldalú tévedésre hivatkozva a szerződést csak olyan ok miatt lehet megtámadni, amely már a szerződéskötéskor is fennállott. (BH 1984/32) Ezzel szemben a közös téves feltevés alapján akkor is, ha olyan körülményről van szó, amely nem állt fenn, de amelynek jövőbeni bekövetkezésével a felek a szerződés megkötésekor kölcsönösen számoltak. (BH 1976/23.) Menyhárd szerint ebből az is következik, hogy olyan esetben, ha valamit a szerződés megkötésekor bizonytalannak tartottak, és később (valamelyik fél – pontosabban a tévedésre hivatkozó felperes – számára) a rosszabbik, kedvezőtlenebb lehetőség valósul meg, akkor erre hivatkozva a szerződést nem lehet tévedés címén eredménnyel támadni.²⁷⁴ (Menyhárd [2000] p.181)

Lényegesség. Más jogrendszerek megkülönböztetik azt, hogy a tévedés a szerződés melyik elemére (tárgyára, a szolgáltatás minőségére, a szolgáltatás értékére, jogi kérdésre, avagy éppen a szerződéskötés ismert vagy rejtett indokára) vonatkozik. (Lásd erről a 8.2 szövegdozst!) Az 1959-es Ptk. nem határozza meg pontosan, hogy a tévedés mikor releváns, nem nevesíti ezeket az eseteket külön. A bírói gyakorlat lényegesnek azokat a körülményeket tekinti, amelyek vagy a közfelfogás szerint lényegesek, vagy amelyeket a felek bármelyike felismerhetően lényegesnek tartott – vagyis amelyeknek az ismeretében a szerződést valamelyik fél nem vagy csak más tartalommal kötötte volna meg. (Benedek – Gárdos [2007b] pp.801-802). A 2013-as kódex ezen definíció egy részét beemeli a törvénybe: lényeges a körülmény, „ha annak ismeretében a fél nem vagy más tartalommal kötötte volna meg a szerződést”.

Láttuk, hogy a szerződéskötéskor bizonytalannak tartott körülmény miatt kölcsönös tévedésre hivatkozva Menyhárd szerint a szerződést eredményesen nem lehet megtámadni. Hasonlóképp, egyéni tévedéskor nem lesz releváns a tévedés, ha a fél ugyan a konkrét tényről nem tudott, azonban annak alapjait ismerte. Például nem volt érvénytelen az a szerződés, amelyben az egyik fél a másikkal szemben indított felszámolási eljárásról ugyan nem tudott, de partnere rossz gazdasági helyzetével tisztában volt.²⁷⁵

²⁷⁴ „A felperesek tehát tudták, hogy az I.r. alperes csak akkor tud fizetni, ha a remélt hitelt megkapja. Ily módon vállalták egy jövőbeni hitelfelvétel bizonytalanságának kockázatát is, amikor az I.r. alperes tulajdonjogának bejegyzéséhez feltétel nélkül hozzájárultak. A tévedés megállapításához megkívánt feltételek tehát nem állnak fenn.” Pfv.V.20.410/1997/10.

²⁷⁵ Gf.II.31.038/1997/3.

8.2. szövegdoboz. A tévedés típusai különböző jogrendszerekben

A legtöbb jog különbséget tesz a szerződés tartalmában, az abban lekötött szolgáltatás minőségében, illetve a szerződéskötés indokában való tévedés között. A tartalmi tévedést általában szigorúbban veszik, ilyenkor könnyebben tekintik a szerződést érvénytelennek. (A szövegdoboz témájáról bővebben lásd Menyhárd [2000] és (Sefton-Green [2005].)

Tartalmi tévedés. A német BGB külön kezeli a szerződés tartalmában, személy vagy dolog tulajdonságában fennálló, valamint az egyéb tévedést. A 119§ (1) bekezdése a tartalmi tévedés esetén biztosítja a megtámadási jogot. A megtámadási jog korlátozott abban az esetben, ha a tévedés tulajdonságban áll fenn – mint majd látjuk, itt csak a forgalomban lényeges tulajdonság jöhet szóba. A *common law* kiindulópontja is az, hogy a tévedésnek, ahhoz, hogy releváns legyen, a szerződés tartalmára kell vonatkoznia. Ha a tévedés például csak a szerződés tárgyának minőségére vonatkozik, ez nem érinti a szerződés érvényességét²⁷⁶. A francia jog is elkülöníti a szerződés tartalmát – pontosabban a római jog régi elvének megfelelően a tárgyi lényegét, szubsztanciáját – a szolgáltatás minőségének kérdésétől. Az előbbi esetben a tévedés mindig releváns.

A különböző jogok tartalmi tévedésen általában a szerződés tárgyában (*error in corpore*), az ügylet természetében (*error in negotio*) vagy a jogban (*error iusris*) való tévedést, illetve a számítási hibát értik.

Minőségi tévedés. Míg a tartalmi tévedés definíció szerint releváns, addig a minőségi tévedésnél külön tesztelni kell annak fontosságát. A német jog szerint az ilyen tévedés csak akkor vezet érvénytelenséghez, ha a fogalomban lényegesnek tekintett tulajdonságra vonatkozik. (Például a német bírósági gyakorlat szerint hitelszerződések esetén az adós fizetőképessége mindenképpen releváns – azonban egy egyszerű adásvételnél már inkább nem lényeges.) De a jog nem elégszik meg ennyivel: ha egy tévedés annak „általános fontossága” alapján fontosnak minősül, még mindig bizonyítani kell annak „okozatosságát” is, vagyis azt, hogy a konkrét esetben befolyásolta a tévedésben levő fél akaratát: tévedés híján nem kötötte volna meg a szerződést.

A francia jog a szubsztancia és a minőség között tesz különbséget. A szubsztancia és a minőség között az tesz különbséget, hogy a szubsztancia olyan tulajdonság, amely megváltozása esetén a szerződést a tévedő fél nem kötötte volna meg, míg a minőség olyan, amely mellett megkötötte volna – igaz más feltételekkel.

Az angol jog minőségi tévedésnél azt vizsgálja, hogy az a dolgot „lényegesen mássá teszi-e”. Igen közel kerül ezzel a francia jog szubsztancia fogalmához, igaz annak teszteléséhez nem dolgoz ki a franciához hasonló átfogó tesztet. Az angol jog ilyen visszafogottsága nagyrészt annak is betudható, hogy a jogrendszer más intézményeivel viszonylag könnyű a szerződésszegést indokolni, ezért a felek kevésbé vannak rászorulva a tévedés miatti érvénytelenítésre.

Személyben való tévedés. A személyben való tévedést (*error in persona*) a jogi irodalom (például Menyhárd [2000] pp. 64-67) ugyan általában a tartalmi és nem a minőségi tévedés közé sorolja, tesztje mégis erősen hasonlít a minőségi tévedéshez,

²⁷⁶ Chitty On Contracts 354

hiszen a személyben való tévedés egyetlen jogban sem eleve releváns. A német jog szerint csak akkor az, ha a nyilatkozat tartalmához a partner identitása hozzátartozik. Az angol jog pedig – a tartalom–minőség megkülönböztetéshez híven – elvileg azt vizsgálja, hogy a személyben vagy annak tulajdonságaiban tévedett-e a felperes.

Tartalom és minőség elhatárolása. A tartalom és a minőség elkülönítése egyetlen jogban sem egyszerű. Lássuk erre példaként egy angol ügyet (*Nicholson & Venn v. Smith-Marriott* [1947])! A felperes aszalterítőket vásárolt 780 fontért, abban a hitben, hogy azok eredetileg I. Károly tulajdonát képezték. Később kiderült, hogy valójában későbbi eredetűek, és alig érnek többet száz fontnál. A döntés során a bíróság rámutatott, hogy a tévedés relevanciája attól függ, hogy a szerződést hogyan értik. Annak tartalma antik aszalterítőket vásárlása vagy I. Károlyhoz kötődő relikviák megszerzőse volt? Előbbi esetben a pontos korra, értékre és származásra vonatkozó feltevés irreleváns, utóbbi esetben azonban a szerződést érvénytelenné teszi.²⁷⁷

Miközben tehát a szubsztancia és a minőség között nem könnyű különbséget tenni, aközben találunk olyan eseteket, amikor ezt a megkülönböztetést mintha más motiválná. Lássunk másik két angol típusesetet! A *Cundy v. Lindsay* ügyben [1878]²⁷⁸ egy csaló árut rendelt a felperestől s megrendelését megtévesztő módon egy, a felperes által ismertén fizetőképes, Blenkiron & Co. nevű cégre emlékeztető módon írta alá. A House of Lords a szerződést érvénytelennek nyilvánította megállapítva, hogy a felperes a vele szerződő fél személyében tévedésben volt. Ezzel szemben, amikor egy csaló egy kitalált cég nevében szerződött (*King's Norton Metal Co. v. Eldridge, Merrett & Co. Ltd* [1897]²⁷⁹), akkor a megtámadást elutasították. Nem szabadulhatunk a gondolattól, hogy ezekben az esetekben az információ relevanciáját vagy irrelevanciáját az dönti el, hogy a tévedő fél milyen óvintézkedéseket tett, vagyis az önhiba mértéke.

Lássunk példát kölcsönös tévedésre is – az ún. nyersvas ügyet! Ebben a német ügyben nyersvasat vásárolt a vevő, a vásárlás mértékegysége a „kupac” volt. A felek elismertén úgy becsülték, hogy egy „kupac” körülbelül negyven vagonnyi nyersvas. Utóbb azonban kiderült, hogy egy „kupac” nyolcvan vagon. A német bíróság itt érvénytelenítette a szerződést.²⁸⁰

²⁷⁷ Chitty On Contracts 354 267.o.

²⁷⁸ Chitty On Contracts 357

²⁷⁹ Hasonló különbség mutatkozik a *Phillips v. Brooks* [1919] (Chitty On Contracts. 358) és az *Ingram v. Little* [1960] (Chitty On Contracts 359) ügy között. Az elsőben az alperes az ékszerüzletben olyan személyként mutatkozott be (álnéven), akit a felperes köztisztviselőként álló hitelképes vásárlónak ismert, és fedezetlen csekkel fizetett. (Majd az ékszereket a per előtt még, harmadik jóhiszemű személynek kézizálogba adta.) A felperes keresetét elutasító döntés indoklása szerint a felperes nem lehetett tévedésben, hiszen azzal a személlyel akart szerződni, aki a boltban jelen volt. Ezzel szemben a második esetben egy csaló az eladásra kínált autót más nevére kiállított csekkel akarta kifizetni. Ezt ugyan az eladók először visszautasították, de miután egy telefonkönyvből megállapították, hogy a csaló által megadott lakcímen tényleg él egy ilyen nevű személy megkötötték a szerződést. Ebben az esetben a tévedés miatti érvénytelenséget megállapította a bíróság.

²⁸⁰ Tegyük hozzá, hogy mivel a német jog nem különíti el a közös és az egyoldalú tévedés

Indokbeli tévedés. A legtöbb jog különbséget tesz az egyoldalú és a kétoldalú indokbeli tévedés között. Egyoldalú indokbeli tévedést általában nem fogadják el érvénytelenségi okként. Különösen nem, ha az a másik fél számára nem lehetett ismert (ez a titkos fenntartás doktrínája). Azonban kétoldalú tévedés esetén a legtöbb jogban szóba jöhet az érvénytelenség, amennyiben olyan közösen igaznak gondolt, elfogadott indokról van szó, amely nélkül a szerződést mindkét fél által tudottan nem kötötték volna meg.

A francia jog a minőségi és az indokbeli tévedés között nem tesz különbséget: láttuk, a minőségi tévedés relevanciáját éppen az adja, hogy a szerződéskötés indoka teljesül-e. Minőségi tévedés nélkül indokbeli tévedés sem lehet releváns. A német bírói gyakorlat indokbeli, ezért a szerződés érvényességét nem érintő tévedésnek minősíti az árban (értékben), a szerződés tárgyának gazdasági hasznosíthatóságában való, a pénz értékének jövőbeli alakulására vonatkozó tévedést és a számítási hibát. Menyhárd szerint az angol jogban a máig ható *caveat emptor* elv alapja kifejezetten az, hogy a vevő indokbeli tévedése ne vezethessen a szerződés érvénytelenítéséhez. Azonban, ha a szerződésből vagy annak körülményeiből megállapítható, hogy a felek megállapodása bizonyos feltevésen alapult, és ez a feltevés hamis, akkor a szerződés már megtámadható. (Menyhárd [2000] p. 93)

Jogi tévedés. Az angol jog alapelve az, hogy a jogi tévedés releváns nem lehet – kivéve, ha a tévedés az, hogy valaki a már tulajdonában álló dolgot akarja megvásárolni. (Igaz, ez nem csak tévedésen alapuló, hanem egyben lehetetlen szolgáltatásra irányuló szerződés is, és ez utóbbi is elvezet az érvénytelenségéhez).²⁸¹

A jogban való tévedés kapcsán a német bírói gyakorlat aszerint tesz különbséget a szerződés érvénytelenségéhez vezető releváns és az ahhoz nem vezető irreleváns tévedés között, hogy az olyan jogkövetkezményre vonatkozott-e, amely a felek akaratától függően (ekkor releváns) vagy attól függetlenül állt be. Menyhárd példája szerint, ha a vendéglős üzletét eladva azt hiszi, hogy az abban foglalt „tartozékok” kifejezés alatt a jog csak a beépített eszközöket érti, akkor – mivel a tartozékok szerződésbe foglalása a felek akaratától függött – a tévedés releváns. Ezzel szemben, ha azt hiszi, hogy mivel erről külön nem nyilatkozott, így nem is terheli őt felelősség az eladott dolog hibájáért, akkor a tévedése nem lesz releváns. A jogszabályok téves ismerete releváns tévedés nem lehet. (Menyhárd [2000] p. 67)

Közös tévedés. A három nagy, befolyásos jogrendszer közül kettő a német és a francia nem különbözteti meg a közös tévedést az egyoldalútól. Ezzel szemben, *common law* kiindulópontja éppen ez a különbségtől volt: az alapvető feltételezésben való közös tévedés érvénytelenséghez vezethetett, az egyoldalú soha.

Ezen eltérés azonban közel sem olyan fontos, mint amilyennek tűnik. A német és az angol jog például egymáshoz nagyon közelálló teszteket dolgozott ki a közös tévedés vizsgálatára. A BGB az ilyen eseteket az ún. *subjektive Geschäftsgrundlage*

jogintézményét, csak (az egyoldalú) tévedést vizsgálja, így ezt a közös tévedési esetet is ennek alapján bírálták el.

²⁸¹ Ez az elv lazulni látszik. A *Kleinwort Benson Ltd. v. Lincoln C.C.* ügyben (1998) a House of Lords elfogadta a jogban való tévedésre hivatkozást, és emiatt egy kifizetett összeg visszakövetelhető volt.

alapján kezeli. Ennek alapja az a BGB rendelkezés (779.§), amely ugyan kifejezetten az egyezségekre vonatkozik, de a szerződések esetén is alkalmazza a joggyakorlat: érvénytelen az, ha tartalmából megállapítható, hogy (i) annak alapjául szolgáló tény a valóságot nem fedi, és (ii) a vita vagy a bizonytalanság e tény ismeretében nem állt volna elő. Úgy tűnik a mértékadó értelmezése ennek az, hogy a *Geschäftsgrundlage* olyan feltevés, amely a szerződés megkötésekor felmerült, és amelyre az ügyleti akarat épült. A *subjektive Geschäftsgrundlage* az, amelyet a felek tudatosan megállapodásuk alapjává tettek²⁸²: olyan közös feltevés vagy várakozás, amely mindkettejüket a szerződés megkötésére indította. Ha bármelyikük a feltevés vagy várakozás valótlanságáról tudott volna, a szerződést nem ezzel a tartalommal kötötte volna meg. Ennek alapján, az érvénytelenséget tehát csak konkrét feltevés vagy várakozás alapozhatja meg: ha valamire a felek egyáltalán nem gondoltak, akkor az nem vezethet érvénytelenséghez. Érdemes külön is kiemelni, hogy a *subjektive Geschäftsgrundlage* tana közös tévedés esetén erősen „húz” a szerződés érvényben tartása felé: érvénytelenséghez csak akkor vezethet, ha (i) a tévedés kockázatát sem a törvényi szabályozás, sem maga a szerződés nem telepíti valamelyik félre, és (ii) a szerződés módosításával a szerződést nem lehet a valósághoz igazítani.

Közel van ez az értékelés ahhoz, amit a *common law* a szerződésben benne rejlő feltételnek, kikötésnek nevez (*implied term, implied condition*). A közös tévedés miatti érvénytelenséget ott az alapozza meg, ha a szerződésben benne rejlő feltétel (*implied condition*) nem valósult meg. Tipikus példája ennek a koronázási menet-ügy²⁸³, amelyben a szerződés érvénytelenségéhez (angol terminológia szerint: *frustration* – magyarul nagyjából a „cél meghiúsulása”) az vezetett, hogy miközben mindkét fél tudta: a perben érintett szobákat a király koronázási menetének megtekintése miatt vették ki, de a király betegsége miatt a koronázást elhalasztották.

Tévedés tárgya: jogi kérdés. Miközben a magyar jog alapesetben nem tesz különbséget a tévedés tárgya szerint, hanem csak annak relevanciáját, akaratbefolyásoló szerepét vizsgálja, aközben az 1959-es kódex egy területet mégis kiemel, és ott lényegesen nehezíti az érvénytelenítést – ez a tévedés a jogi kérdésben. Itt az érvénytelenséghez azonban nem elég, hogy a tévedés lényeges (akaratbefolyásoló) legyen, ezen kívül feltétel, hogy (i) a tévedés okozója munkakörében eljáró jogi szakértő legyen, aki (ii) a feleknek együttesen adott téves információt. Vagyis, az ilyen tévedés feltétele, hogy közösen és ne külön-külön más-más szakértőtől kérjenek tanácsot.²⁸⁴ (210.§ (2) bek.).

²⁸² Ezzel szemben az objektív *Geschäftsgrundlage* hiányáról vagy megszűnéséről beszélnek akkor, ha a szerződést kötő felek által számításba nem vett körülmény miatt a szerződés értelmét veszti.

²⁸³ *Krell v Henry* [1903] 2 KB 740

²⁸⁴ Azonban azt nem követeli meg a jog, hogy a felek azonos tévedésben legyenek az elhangzottak nyomán. Elképzelhető, hogy ugyanazt az információt másként, de egyaránt tévesen értelmezik.

A sikeres megtámadás esélyét ez a szabály erősen csökkenti. Mindezt Benedek és Gárdos a „törvényesség követelményéből” vezeti le: „a szabályszerűen kihirdetett jogszabály általánosan kötelező erejű, és annak nem tudásával senki sem védekezhet.” (Benedek – Gárdos [2007b] p. 805) A 2013-as kódex azonban a jogi tévedés külön kategóriáját megszünteti.

Tévedés az árban. Fontossága miatt emeljük ki egy tévedési fajtát: az árban való tévedést. Nem minden jogrendszer érvényteleníti a szerződést önmagában amiatt, mert a felek valamelyike téved az árban – általában más mögöttes okot is bizonyítani kell ehhez, például a tévedést a tartalomban. A német bírói gyakorlat szerint az ár, illetve a gazdasági hasznosíthatóság és a továbbértékesítés esélye nem a „forgalomban lényegesnek tekintett tulajdonság”. A francia bírói gyakorlat, úgy tűnik, arra hajlik, hogy a tévedést az árban csak akkor tekintse relevánsnak, ha a mögött egyúttal a dolog lényeges tulajdonságára (szubsztanciára) vonatkozó tévedés is meghúzódik.²⁸⁵

A magyar jog elviekben hajlik arra, hogy ezt elfogadja érvénytelenségi okként. Azért érdekes ez, mert a magyar polgári jog – a franciához hasonlóan – ismeri a szolgáltatás és ellenszolgáltatás feltűnő értékaránytalansága miatti érvénytelenséget is (Ptk. 201.§ (2) bekezdés). A két jogintézmény erősen átfedi egymást, ezért a joggazdaságtani elemzésük is nagyrészt azonos. Három lényeges eltérés van közöttük. Egyrészt, a feltűnő értékaránytalanság lényegesen könnyebb útnak tűnik a szerződés alól menekülni akaró fél számára: nem kell ugyanis bizonyítania a saját tévedését (illetve azt, hogy a másiknak azt fel kellett volna ismernie). Másrészt, nem feledkezhetünk el arról sem, hogy a két érvénytelenségi indok más időtávon belül érvényesíthető: feltűnő értékaránytalanság esetén a megtámadási határidő a teljesítéssel kezdődik, míg tévedés esetén a határidő kezdete a tévedés felismerése – vagyis, ha az később ismerhető csak fel, akkor egy idő után már csak ez az út, a tévedés alapján történő megtámadás járható. Végül, tévedés esetén elvileg nem a *feltűnő* értékaránytalanságot kell bizonyítani, hanem csak az értékelést. Utóbbi kapcsán azonban jelezni kell, hogy a magyar bírósági gyakorlat mintha hajlana arra, hogy a tévedés megítélésékor az írott jogban alkalmazott tesztnél erősebbet alkalmazzon: ezt is csak feltűnő eltérés esetén tekinti relevánsnak. (Menyhárd [2000] pp. 169-172)

A tévedésben levőtől elvárt magatartás. Mint láttuk az 1959-es polgári törvénykönyv tévedésről szóló rendelkezései ugyan nem említik, de a bírói gyakorlat a törvény általános rendelkezései alapján mégis mérlegeli a tévedés menthetőségét. Ez a megoldás teljes mértékben összhangban van a jogalkotó szándékával is: a Ptk. miniszteri indokolása külön kiemeli, hogy ezt azért

²⁸⁵ Nem feledkezhetünk el persze arról, hogy a francia jog – bizonyos esetekben – a szolgáltatás és ellenszolgáltatás értékkülönbsége alapján is érvényteleníteni tud szerződéseket. Az árbeli tévedés tehát elsősorban csak az ebbe a körbe bele nem férő esetekben jön szóba.

nem szükséges külön megemlíteni itt, mert ebben az esetben a megtámadási jogot az elvárható gondosságnak, illetve a saját felróható magatartásra előnyszerzés érdekében történő hivatkozás tilalmának elve (Ptk. 4.§ (4) bek.) amúgy is kizárja. Azonban, ha mindkét fél hibás volt, akkor az önhiba nem kizáró, csak a szankciót befolyásoló ok: „aki maga sem úgy járt el, ahogy az az adott helyzetben általában elvárható, a másik fél felróható magatartására hivatkozhat.” Ezt az állapotot kodifikálta a 2013-as kódex: „nem támadhatja meg a szerződést az, aki a tévedést felismerhette vagy a tévedés kockázatát vállalta. (6:90.§ (3) bek.)

A partnertől elvárt magatartás. A magyar jog a tévedés szubjektív doktrínáját tartalmazza, vagyis maga a tévedés nem elég az érvénytelenítéshez, amellet szükséges a „megtévesztő” fél magatartása is: a törvény betűje szerint az érvénytelenség kimondásához vagy az kell, hogy (i) a másik fél okozza azt, vagy (ii) felismerhette a tévedést.²⁸⁶ Az utóbbinál akkor lesz a szerződés érvénytelen, ha a másik félnek, amennyiben elvárható módon járt volna el, ismernie kellett volna az adott információt és – például a másik fél által kért árból – arra is következtetnie kellett volna, hogy azzal a partnere nincsen tisztában. Ez végső soron egy felróhatósági teszt. Ezzel szemben az okozás igazából objektív felelősség: ha valaki tévedést okoz, akkor a jog nem kérdezi, hogy elvárható módon járt-e el, megfelelő tájékoztatást adott-e – amíg a tévedést nem a másik önhibája okozta, addig minden (nem szándékos) megtévesztő lépés ebbe ütközik majd. A bíróságok számára bizonyítási okok miatt egyszerűbb az okozatosságra és nem a vétkességre alapozni a tévedés megítélésekor. (Menyhárd [2000] pp. 177-178)

Egyezség. A mai írott magyar jogban a tévedés szabályozása eltér akkor, ha a felek a szerződést nem létrehozzák, hanem csak módosítják – feltéve, hogy azt egyezséggel teszik. Az ilyen szerződésmódosítás, egyezség nehezebben támadható meg, mint az eredeti szerződéskötés: nem lehet ok ugyanis erre olyan körülményre vonatkozó tévedés, amely közöttük vitás volt vagy amelyet

²⁸⁶ Ez nem minden jogban van így. A francia jog például kifejezetten a tévedés objektív doktrínájából indul ki: ha a fél tévedésben van, akkor lényegtelen, hogy ehhez a másik hozzájárult-e, felismerhette-e, felszámolhatta volna-e. Elvileg a német jog is objektív módon szemléli a tévedést, vagyis nem szükséges a szerződés érvénytelenítéséhez a másik szerepe, de a másik fél szerepe annyiban mégis vizsgálendő, hogy a kártérítés nagysága ezen múlik. Aki a másik tévedését vétkesen maga okozta, nem kapja meg a szerződés miatt felvállalt költségeinek akkora részét, mint az, aki abban vétlen volt. Az angol jog viszont kifejezetten szubjektív tévedési doktrínát alkalmaz: csak akkor érvénytelen a szerződés, ha (i) a tévedést a másik fél okozta, (ii) a tévedésről a másik fél a szerződés időpontjában tudott, vagy (iii) legalábbis a magatartása miatt méltánytalan lenne a szerződés fenntartása (ANSON's Law of Contract).

bizonytalannak tartottak.²⁸⁷ Vagyis, ha az igazság utólag ki is derül, attól az egyezség még érvényes marad.²⁸⁸

Az egyezség fogalma azonban módosul. Míg az 1959-es törvény szerint egyezségről csak akkor beszélhettünk, ha a felek kölcsönösen engedtek, ezzel szemben az új 2013-as kódex egyezségnek tekinti azt is, ha csak az egyik fél enged.

Jogkövetkezmények. Minden eddig tárgyalt tévedés a szerződés érvénytelenségéhez vezet. Az 1959-es törvény szerint ilyenkor alapesetben mindkét fél, ha az lehetséges, visszaszolgáltatja a másiknak a teljesítés során kapott javakat – az ötödik fejezetben látott elnevezéseknek megfelelően restitúció történik. A 2013-as szöveg elkülöníti azt az esetet, ha az érvénytelenség valamelyik félnek „betudható”, ha magatartását kimenteni nem tudja. Ilyenkor neki a másik teljes kárát meg kell téríteni. Különben csak – az ötödik fejezetben bemutatott terminológiával élve – a költségeket kell megtéríteni. (6:115.§ (2) bek.). A restitúció azonban mindenképpen terheli a feleket (6:115.§ (1) bek.).

2.2. Magyar jogi problémák: alapkérdések, definíciók

Az általános joggazdasági problémák és a magyar jogi helyzet ismeretében láthatjuk, hogy ezen a területen a magyar jog és a joggazdaságtan nyelve, fogalmi rendszere erősen eltér. A jog nem aszerint tesz különbséget a tévedés esetei között, hogy az produktív vagy redisztributív információkat, véletlenül (más célra) vagy tudatosan szerzett információkat; illetve, hogy könnyen feldolgozható vagy éppen a felet összezavaró információkat érint-e. Ezek helyett relevanciáról és gondosságról beszél. A jogi döntések során azt kell megválaszolni, hogy

²⁸⁷ Az egyezség problémája megjelenik a háború előtti magyar magánjogban is, de ott az egyezséget tágabban értelmezik. Szladits szerint ugyanis az ún. *megállapító ügyletek* esetében kizárt a tévedésre hivatkozás. Ezek olyan jogi lépések, amelyekben a cél a felek közötti viták lezárása. Érvélese szerint: „Ha ilyen ügyleteknél a fél utóbb tévedésre hivatkozva a megállapodás felborításával a tisztázni kívánt anyagi jogi helyzetre visszatérhetne s annak újbóli megállapítását kívánhatná, a jóhiszeműséggel és a deklaratív (megállapító) ügylet céljával kerülne ellentétbe. Éppen ezért ilyen ügyleteket csak oly körülményekre vonatkozó tévedés címén lehet megtámadni, amelyeket a fél mint biztosakat és nem mint vitásokat az ügylet megkötésénél alapul vett. De nem érinti az ügylet érvényességét az oly körülményekben való tévedés, amelyre a vita vagy bizonytalanság kiterjedt.” (Szladits [1941] p. 323)

²⁸⁸ Tegyük hozzá: az egyezség a szolgáltatás és ellenszolgáltatás feltűnő aránytalanságára hivatkozással sem támadható meg: nem hivatkozhat senki pusztán arra, hogy ő a partneréhez képest feltűnően nagy engedményt tett (BH 1997/3, idézi: Benedek – Gárdos [2007a] p. 728). Ezzel szemben, mint láttuk, szerződéskötéskor, ha valamelyik fél téved az árban, vagy, ha az értékaránytalanság feltűnő, az érvénytelenséghez vezet.

- (i) mit jelent az, hogy valaki informált, illetve *tévedésben van*;
- (ii) mikor *releváns* egy információ;
- (iii) *menthetetlen-e a tévedés*, mit várunk el a saját tévedésére hivatkozó féltől;
- (iv) mit jelent az, hogy a másik fél (az alperes) *okoza* a tévedést;
- (v) milyen *magatartást várunk el* a másik féltől, mit jelent az, hogy felismerhette volna a hibát.

Arra teszünk itt kísérletet, hogy ezekre a kérdésekre a joggazdaságtan ösztönzési modelljével összhangban levő válaszokat adjunk – előrebozsátva, hogy mivel modellről (és csak az ösztönzési szempontokra figyelő modellről) van szó, így ez nem is kíván kimerítő választ adni a definíciós problémákra.

Ebben a fejezetben néhány a nemzetközi irodalomban gyakran hivatkozott esetre fogunk időről-időre utalni. Ezek, számunkra releváns tényállását a 8.3. szövegdoboz foglalja össze.

8.3. szövegdoboz. Tévedés típusesetei

A fejezetben négy esetre fogunk viszonylag gyakran utalni. Az első három francia, a negyedik amerikai jogeset. (Az első három jogeset forrása: Mackaay [2011].)

Poussin-eset. Egy XVI. századi kép vevője a Nemzeti Múzeumi Szövetség (egy állami szerv) volt. Az eladáskor a képről az eladó és a vevő is úgy tudta, hogy valószínűleg nem Poussin festette, hanem iskolája valamely másik tagja. Az adásvétel után nem sokkal azonban a kép Poussin képeként megjelent a Louvre egyik kiállításán. (A mi szempontunkból érdektelen, de azért említsük meg, hogy a legtöbb szakértő akkor is nevetségesnek találta, hogy a képet neki tulajdonítják.) A szerződést több évtizedes jogi vita után az eladó tévedése miatt érvénytelenítették.

Fragonard-eset. Az előzőhöz nagyon hasonló eset, amikor a vevő egy magánműkincsszakértő volt, aki a képet 55 000 frankért vette. A vevő tudta, hogy egy szakértő úgy véli, hogy a kép Jean-Honoré Fragonard-é, de a vélemény nem zárt ki minden kétséget – a vevő a vásárlás után bizonyosodott meg róla. A képet később 5 150 000 frankért adta el a Louvre-nak. A szerződést itt is érvénytelenítették, viszont az eladót jelentős jutalom megfizetésére is kötelezték: másfélmillió frankot kellett az eredeti vevőnek fizetnie. A jogi érvelés szerint azért, mert jogsalap nélkül gazdagodott a szakértő információgyűjtése miatt.

Baldus-eset. Az eladó tudta, hogy kinek a fotóit adja el, de azt nem tudta, hogy Baldus híres fotóművész, és ezért a képek piaci értéke lényegesen magasabb, mint amennyire ő értékeli azokat. Az eladó semmiféle árkorrekciót, kártérítést nem kapott. Ezt az esetet nem csak az különbözteti meg az előző kettőtől, hogy a műkincs fizikai minőségét (a szerzőt) itt ismerte az eladó, hanem az is, hogy – szemben az előző esetekkel – itt a vevőn nem volt kockázat: pontosan tudta, hogy mit vesz. Az előző kettő értékkelhető úgy, mint kockázatos döntés a vevő részéről.

Red Owl-eset. Az alperes egy franchise-ként működő élelmiszerlánc volt. (Hoffman v. Red Owl Stores, Inc., 26 Wis.2d 683, 133 n.w.2d 267 [1965]). A felperes ehhez

a lánchoz szeretett volna csatlakozni, ennek lehetőségeiről szóltak a tárgyalások. A Red Owl munkatársa többször jelezte a felperesnek, hogy a *franchise*-jogot várhatóan elnyeri – kérdéseire válaszul többször kijelentve, hogy „minden megy a maga útján”, „nincs probléma”. Ebben bízva a felperes eladta korábbi üzletét, átköltözött a másik városba, hasonló üzletben kezdett dolgozni, hogy gyakorlatot szerezzen. Amikor ezek után a Red Owl nem adta meg a *franchise*-t a felperesnek, akkor ő *promissory estoppel* címén perelt. Ugyan az esetet általában a szerződés kötőerejének (*promissory estoppel*) tesztjeként idézi az irodalom, de többen (pl. Craswell [2006]) inkább a félretájékoztató, megtévesztés példájaként írják le: a kártérítést ugyanis az alperes kommunikációja miatt ítélik meg. A per fő kérdése az volt, hogy az alperes tévedésbe ejtette-e a felperest.

Tudás és tévedés. A tévedés fogalma látszólag egyszerű: valaki vagy ismer bizonyos tényeket a szerződéskötés pillanatában, vagy nem. De csak látszólag! A tudás vagy tévedés kérdése meglehetősen bonyolulttá válik, ha egy jövőbeni lehetőségről, kockázatról van szó: a Poussin és a Fragonard (8.3. szövegdoboz) esetben az eladó tudta, hogy van esély arra, hogy a kép a híres festőtől származik. Utólag az derült csak ki, hogy az valóban az övé – az eladáskor ez csak egy lehetőség, közgazdasági értelemben kockázat volt.

Lássunk egy magyar jogesetet – didaktikai okok miatt kicsit módosítva! Egy vasútvonal mellett közvetlenül telket vásárlók annak megvételekor úgy tudták, hogy a vasutat valószínűleg kilométerekkel arrébb fogják helyezni. A vásárlás után húsz évvel a vasút még mindig a régi nyomvonalán halad, ezért a vevők pert indítanak tévedés, illetve megtévesztés címén.²⁸⁹ Mondhatjuk-e azt, hogy a vevők információhiányban, tévedésben voltak? Ha igen, akkor mit kellett volna tudniuk ahhoz, hogy a tévedés ne álljon fenn?

Az eladáskor nem lehetett biztosan tudni, hogy a vasutat helyben hagyják-e vagy arrébb helyezik. Mindkettőre volt esély, ezért használt az eladó a szerződéskötés pillanatában feltételes módot, ezért mondta, hogy „valószínű”. A probléma a bizonyíthatatlanságból fakad. A vevő *ex ante*, vagyis a szerződés megkötésekor tévedésben volt, ha a valóságosnál valószínűbbnek vagy éppen kevésbé valószínűnek tartotta az áthelyezést. *Ex post*, vagyis most, amikor a bíróságnak a tévedésről döntenet kell, azt kell megítélni, hogy (i) húsz éve valójában mekkora volt az esélye (a húsz éven belüli) az áthelyezésnek, (ii) hogyan számolt, mekkora esélyt látott erre a vevő. Tegyük fel, hogy húsz éve annak az esélye, hogy a nyomvonalat húsz éven belül módosítják 70% volt. Ha a vevő az áthelyezés esélyét 70% helyett 90%-nak hitte, akkor valóban tévedésben volt – túlzottan optimista volt. (Tegyük hozzá, az is lehet, hogy csak 60%-nyi esélyt

²⁸⁹ Az eset ugyan megtévesztésként került bíróság elé, de a mostani problémánkra is kiváló: mondhatjuk-e, hogy a vevő nem volt a megfelelő információ birtokában – az már mellékes, hogy az esetleges tévedését a másik fél megtévesztő információja okozta-e.

látott, vagyis túlzottan pesszimista volt – most vélhetően mégis perelni fog.) Mindezt hogyan fogjuk bizonyítani? A tévedés a kockázatban bizonyíthatatlan.

A bizonyíthatatlanságot tetézi a bírói tévedés veszélye. Ez abból fakad, hogy a bíróságok gyakran²⁹⁰ úgy próbálják áthidalni a bizonyítási problémát, hogy *ex post*, a valóban bekövetkező állapotból következtetnek az *ex ante* sejtések téves voltára: *mivel* a vasutat nem helyezték át, így azok, akik annak tulajdonítottak nagyobb esélyt, hogy áthelyezik, tévedtek. Nyilvánvaló ennek a következtetésnek a hibája: még ha *ex ante* 99% volt is az áthelyezés valószínűsége, akkor is volt egy százaléknyi esély arra, hogy az nem történik meg. A nyomvonal helyben maradása, nem cáfolja a 99%-os várakozást, nem jelenti azt, hogy 99%-os becslés téves volt.

Könnyű megoldásnak tűnne, ha a jog a valós kockázat nem ismerését egyszerűen (mint pl. „szerencseelemet”) negligálná. Menyhárd gyakorlatilag valami hasonlóra tesz javaslatot: érvelése szerint, a szerződéskötéskor bizonytalan (közgazdasági néven kockázatosnak) tekintett körülmények esetén nem lehet alkalmazni a tévedés doktrínáját. (Menyhárd [2000] p. 181) Ne feledjük azonban, hogy a szerződések legfontosabb eleme mindig a kockázatmegosztás! Ha a bizonytalanság eleve kizárná a tévedés lehetőségét, akkor a kockázatmegosztás válna lehetetlenné. Ekkor ugyanis semmi jelentősége nem lenne annak, ha valaki információkat adna egy esemény bekövetkezési valószínűségéről. A másik fél úgysem hinne neki, hiszen nem kérheti azt számon rajta. Nem lehetne az ilyen információkat átadni, nem lehetne a kockázatokat hihetően közölni egymással, éppen ezért nem is lehetne a kockázatot megosztani.²⁹¹ Vagyis nem lenne szerencsés, ha a kockázatokról szóló információkat eleve kizárnánk a tévedés köréből.

Fennmarad azonban a probléma: hogyan ítéljük meg a kockázatot leíró információ igazságtartalmát? Úgy tűnik az előzőből, hogy a „valószínűleg” kifejezés soha nem lesz ellentétben a valósággal. Ha a partnerünknek elmondjuk, hogy valami valószínűleg bekövetkezik (de lehet, hogy nem), akkor ezzel feloldottuk a tévedését? Ha így lenne, akkor ez arra ösztönözné, hogy mindenki csakis a számára kedvező (a másik fél fizetési hajlandóságát növelő) lehetőségekről

²⁹⁰ Nem csak a magyar bíróságok, hanem minden bíróság – az amerikai gyakorlat hasonló kritikájáért lásd Craswell [2006].

²⁹¹ Az amerikai jogi irodalomban gyakran idézett Scheppele [1988] például kifejezetten a kockázat alapján definiálja a tévedést. Szerinte mindig az a fő kérdés, hogy a teljesítés valószínűségéről (tegyük hozzá: a megfelelő minőségű teljesítés valószínűségéről) mit tud a vevő. *Mély tévedésnek* azt tekinti, amikor a vevőnek nincs is oka gondolni erre – például, ha egy ingatlanra vonatkozó rendezési terv teljesen új, precedens ilyen szabályozásra nincs. *Sekély tévedésről* van csak szó, ha maga a lehetőség ismert (van másol is hasonló övezeti szabályozás), de az eladó jobban ismerheti az információt – például mert jó kapcsolatokkal rendelkezik az önkormányzatnál.

szóljon, bármilyen kicsi is azok esélye. Mindegyikről elmondva persze, hogy az csak „valószínűleg”, de „nem biztosan” következik be.

Érdemes itt felhívni a figyelmet a *warranty* eredeti jelentésére, és az ezen alapuló rendszerre.²⁹² A kockázattal kapcsolatos információk problémákat teljesen kiiktathatjuk a rendszerből, ha a *caveat emptor* elvére helyezkedünk és az eladótól „garanciát” kérünk bizonyos tulajdonságokra. Ez úgy működne, hogy alapesetben a vevő tévedésre hivatkozva soha nem támadhatná meg a szerződést csak akkor, ha valamire garanciát kapott. A vevőnek kérnie kell, hogy bizonyos dolgokról az eladó világos kijelentéseket tegyen. Mondja azt, hogy hús évben belül megszűnik, öt évben belül nem törik össze, stb.! Tegyen egyértelmű kijelentéseket, ne valószínűségeket! Azt nem mondhatja, hogy valószínűleg, avagy hogy 80% valószínűséggel bekövetkezik valami. Mit jelent ez? Az eladó magára vállalja bizonyos események kockázatát. Azok, amelyekkel kapcsolatban nem tett ilyen kijelentéseket, ha tetszik diszpozitív szabályként, a vevő kockázatai. A megoldás a tévedés definiálását megoldja, de mint a kockázatmegosztás elemzésekor – a harmadik fejezetben a kockázatoptimalizálás modelljekor – láttuk, azzal, hogy igen-nem döntést vár el, nem biztos, hogy hatékony megoldáshoz vezet, nem engedi meg az egyes kockázatok megosztását, csak a teljes egészében egyik vagy másik félre terhelését.

Relevancia, lényegesség. A tévedés miatt a megtámadás csak akkor vezet a szerződés érvénytelenítéséhez, ha az elmulasztott információ fontos volt.²⁹³ A magyar jog szerint a tévedés lényeges, ha annak birtokában a tévedő fél nem vagy csak más tartalommal kötött volna szerződést. E teszt hatása attól függ, hogyan értelmezzük a „csak más tartalommal” kifejezést – ha megszorítóan, akkor közel kerülhetünk a hatékonysághoz. A nemzetközi gyakorlat ebben sem egységes. A francia szabályozás kifejezetten kemény tesztet alkalmaz: ott a tévedés csak akkor vezet érvénytelenségre, ha tévedés nélkül a fél egyáltalán nem kötött volna szerződést – ha más feltételekkel megkötötte volna, akkor a tévedés nem releváns, nem vezet érvénytelenséghez. Ezzel szemben a német gyakorlat megelégszik azzal, hogy az *adott* szerződést nem kötötte volna meg, de mást igen.

Hatékonysági szempontból a relevancia vizsgálatának két célja lehet. Az egyik – mint láttuk –, hogy az információ és a tulajdon egy kézbe kerüljön, a második a hatékony cserék ösztönzése. Kezdjük az előbbivel, bár ebből sajnos

²⁹² Köszönet az ötletért Menyhárd Attilának.

²⁹³ Láthatjuk a 8.2 szövegdozobban, a nemzetközi gyakorlat tárgyalásakor is, hogy a relevancia általában meglehetősen nyitott, rugalmas kategória. Sokszor használja ezt a jog azoknak a szerződéseknek a „megvédésére”, amelyeknél ugyan a szűk értelemben vett relevancia nem lenne kétségbe vonható, de például a tévedő fél önhibája miatt az érvénytelenséget sem kívánják kimondani – inkább irrelevánsnak minősítve a tévedést. Most a két elemet kettéválasztjuk, és csak a szűk értelemben vett relevancia definícióját elemezzük.

nem jutunk egyértelmű relevancia-fogalomhoz! Tegyük fel ugyanis, hogy a vevő az informált fél! Ebben az esetben ugyanúgy egy kézbe kerül a tulajdon és az információ akkor is, ha (i) a szerződés érvényes és ezért az informált vevő megtartja annak tárgyát, de akkor is, ha (ii) érvényteleníteni lehet a szerződést. Utóbbi esetben ugyanis elképzelhető, hogy a szerződés létrejöttében érdekelt vevő átadja az információt. Az információ birtokában az eladó eldöntheti, hogy a korábbinál értékesebbnek bizonyuló szolgáltatását, vagyontárgyát eladja-e vagy inkább megtartja. Bármelyik megoldás mellett dönt is a jogrendszer, az informált félnél lesz a tulajdon, hiszen most már mindketten informáltak. (Tegyük persze hozzá, hogy az érvénytelenítés azért veszélyesebb megoldás, mert ott a vevő – mivel a tájékoztatás miatt kisebb hozamot várhat – könnyen lehet, hogy inkább meg sem kezdi a tárgyalásokat, kísérletet sem tesz a tulajdon megszerzésére, tehát az információ nem jut el a tulajdonoshoz.)

A hatékony csere tesztje ezzel szemben jobb eredményre vezet, bár a bíróságtól nagy munkát követel. Eszerint: akkor szerencsés tévedés miatt egy szerződést érvényteleníteni, vagyis a tévedést relevánsnak minősíteni, ha az információhiány miatt nem hatékony csere jön létre. Nem hatékony a csere, ha két informált fél között az nem jöhetett volna létre, vagyis az eladónak, a szolgáltatónak, ha informált lett volna, többet ért volna a szerződés tárgya, mint a vevőnek. A bíróság által megítélendő kérdés, tehát itt az lenne: informált felek között létrejött volna *valamilyen* szerződés?

Ez a teszt ugyan a cserék hatékonysága alapján állapítaná meg a relevanciát, de a tényállást elég nehéz bizonyítani: mind a két fél hipotetikus (informált állapotban vett) értékelését ismerni kellene. Azt is, hogy a vevő minimum mennyit kért volna, és azt is, hogy az eladó maximum mennyit ajánlott volna. A legtöbb jogrendszer ezért nem ezt, hanem egy egyszerűsített tesztet alkalmaz, amely csak a tévedésben levő félre figyel. Azt kérdezi, hogy ha informált, akkor ő az *adott szerződésen* nyert volna-e.

A két teszt különbségét jól érzékeltethetjük egyszerű matematikával! Legyen V az vevő maximális fizetési hajlandósága, E az informált eladó által minimálisan kért ár (vagyis ennyit kérne, ha tudná, hogy mit ad el), P a vizsgált (vagyis az eladó által tévedésben aláírt) szerződésben szereplő ár, míg P_i az az ár, amiben akkor állapotok volna meg, ha az eladó tudja mit ad el! Az első, *teljes hatékonysági teszt* szerint a szerződés csak akkor lesz érvénytelen, ha

$$E > V$$

vagyis az informált eladónak már többet érne a szerződés tárgya, mint a vevőnek. A most bevezetett *leegyszerűsített hatékonysági teszt* szerint akkor érvénytelen, ha

$$E > P$$

vagyis adott áron informált eladó nem kötötte volna meg a szerződést. Látszik ez utóbbi előfordulhat akkor is, ha a vevő számára a szerződés még mindig többet ér, mint az eladónak, csak az ár túl alacsony.

A két teszt különbségére lássuk a fenti *Fragonard*-esetet (8.3 szövegdoboz)! A *teljes hatékonysági teszt* szerint azt kell megvizsgálni, hogy ha mindketten tudták volna, hogy kié a kép, vajon akkor is megkötötték volna a szerződést – valamilyen áron. Ha az eladó tudná, hogy az egy *Fragonard*-kép, akkor is többet érne-e az a vevőnek, mint neki? Ha igen, akkor az első teszt szerint a tévedés nem releváns: lett volna olyan szerződés, amely mellett az eladó eladta volna a festményt. Magasabb lett volna az ár, de ezzel ez a teszt nem foglalkozik – ne feledjük, hogy láttuk az első fejezetben: közgazdasági értelemben az árváltozás egyszerű transzfer a két fél között, az alkudozás nem növeli a hatékonyságot: az árváltozáson az egyik fél éppen annyit nyer, mint amennyit a másik veszít. A *leegyszerűsített hatékonysági teszt* szerint a kérdés az, hogy a mostani ár alacsonyabb-e, mint amit az eladó akkor kért volna, ha tudja, hogy kié a kép. Elképzelhető, hogy a vevőnek ugyan többet ér a festmény, de a tévedésben levő fél kevesebbet kér, mint amennyit akkor kérne, ha tudna a festőről. Ekkor a csere tehát hatékony (a magasabbra értékelőhöz kerül a festmény), de ezen a második teszten elbukik.

Harmadikként meg kell vizsgálnunk a „*csak más tartalommal*” kifejezés értelmezési lehetőségeit is. Ezt lehet szűken és tágan értelmezni. A tág értelmezés gyakorlatilag minden olyan szerződést, ami valamilyen ponton eltér az eredetitől, másnak tekint. Például, ha a most tévedésben lévő fél az információ birtokában javíthatna alkuerején, akkor növelhetné az árat. Ez a teszt (nevezzük ezt *tág tartalmi tesztnek*) már akkor is érvénytelennek tekintene egy szerződést, ha

$$P < P_i.$$

Nyilvánvaló, hogy az eddig látott három teszt közül ekkor a legkönnyebb a tévedés relevanciáját bizonyítani. Azonban létezhet a tartalom fogalomnak egy szigorúbb felfogása is, amely a szerződés egyes elemei között különbséget tesz: létezik a szerződés tartalma és az abban kikötött szolgáltatás minősége. (Mint a 8.2. szövegdobozban láttuk, a legtöbb európai jogrend a tartalmat élesen el is különíti a szolgáltatás minőségének fogalmától – ezt azonban a magyar jog expliciten nem teszi meg.) Ez a – nevezzük így – *szűk tartalmi teszt*, azt követelné, hogy csak a szerződés legfontosabb pontjait vizsgáljuk a relevanciához, vagyis igen közel kerülhetünk a francia modellhez.

Ez a *szűk tartalmi teszt* és a francia jog relevancia-fogalma közel áll az első *teljes hatékonysági teszt*hez: nem releváns a tévedés, ha az adott szerződést módosított formában elfogadná a tévedő fél. Mindkettő azt mondja ki, hogy önmagában az ár változása ne legyen releváns kérdés: a szerződés – valamilyen

ár mellett – informált esetben is létrejönne. Ezen teszt alkalmazása azonban azt követeli, hogy el tudjuk különíteni az árat a szerződés többi elemétől. Vannak esetek, amikor ez könnyű. A fenti példákban, amikor a vevő festményt, fotókat vásárolt az ár definíciója látszólag nem nehéz: ha minden más változatlan, de a fizetendő összeg változik, az árváltozás. Mi a helyzet azonban, ha abban a szerződésben, amelyet már elfogadott volna, nemcsak az összeg, hanem más tényezők is változnának? Például, ha a magasabb összeget csak részletekben fizetné meg a vevő, és emiatt valamilyen kamatban is megállapodnának? Mi a helyzet, ha a szállítási határidő vagy a szállítási feltételek is változnak (például korábban az eladó feladata volt a szállítás, de ha tudja, hogy a festmény értékesebb, akkor ezt már nem vállalja)? A teszt alkalmazásához ezekben az esetekben el kell dönteni, hogy ugyanarról a szerződésről van-e szó, amelyben csak az ár és egy-két (kisebb) feltétel változott vagy ez már másik szerződés.²⁹⁴

Tájékoztatási kötelezettség, önhiba. A tévedés doktrínájának talán legfontosabb eleme, még ha az 1959-es Ptk. kifejezetten a tévedésről szóló passzusa nem is érinti, az önhiba tesztje: ha a saját tájékozatlanságára hivatkozó felperestől elvárható lett volna az információgyűjtés, akkor nem tudja sikeresen megtámadni a szerződést. Ha az „elvárhatóságot” úgy értelmezzük, hogy akkor elvárható valami, ha annak költsége kisebb, mint a társadalmi (és nem csak egyéni) haszna, akkor a teszt alkalmas arra, hogy elhatárolja egymástól a produktív és a redisztributív információgyűjtést. Láttuk ugyanis az első alfejezetben, hogy épp az az információ produktív, amelynek felkutatása olcsó az abból várható társadalmi haszonhoz képest – redisztributív pedig az, amelynél a viszony fordított. Az ilyen formán felfogott teszt tehát érvényben tartja azt a szerződést, amelyben az alperes produktív információt tudott – amit a felperes nem szerzett be. Ezzel szemben érvénytelen, ha redisztributív információ kapcsán áll fenn a tévedés; olyan információt nem szerzett be a felperes, amelyet hatékonysági szempontból nem is lenne szerencsés, ha kutatna

Mielőtt továbblépünk az alperessel szembeni elvárásokra, érdemes felhívni a figyelmet az önhiba és a relevancia teszt közötti összefüggésre. Önhibát vét (gondatlan) az, aki olyan információt nem szerez meg, amelynek a várható hozama meghaladja az információszerzés költségét. Viszont minél fontosabb egy információ, annál nagyobb az annak megszerzéséből várható haszon, vagyis annál valószínűbb, hogy meg kellett volna azt szerezni. Ha az információ való-

²⁹⁴ Mint a 8.2. szövegdobozban láttuk, a francia jogban a megoldás elvileg annyival egyszerűbb, hogy a tévedés értékelésekor eleve elkülöníti a szerződés lényegét (szubsztanciáját), illetve járulékos, minőségi elemeit. Az utóbbiak természetesen a szolgáltatás és ellenszolgáltatás értékét módosítják – de csak módosítják, még mindig az eredeti szerződésről beszélünk. (Más kérdés, hogy, mint láttuk, a két dimenzió elhatárolásakor viszont éppen a relevancia fogalmára hivatkoznak.)

ban fontos, és a tévedés mégis fennáll, akkor nagyobb valószínűséggel okozta önhiba a tévedést. Tegyük hozzá, ezzel nagyon közel kerültünk a *common law* klasszikus gyakorlatához, amely csak speciális esetekben engedi meg a szerződés érvénytelenítését tévedésre alapítva – kivéve, ha azt megtévesztés okozta (de ez egy másik doktrína).

Elvart gondosság. Mint láttuk a magyar jog az alperestől két dolgot vár el. Az egyik, hogy a felperes tévedését ne maga okozza, a másik pedig, hogy amennyiben a felperes tévedéséről tudnia kellene, akkor ezt számolja fel. Kezdjük ezen utóbbival!

Joggazdaságtani szempontból az alperessel szembeni ezen elvárás a gyakorlatban a tájékoztatási kötelezettség kimondásával egyenértékű. Amennyiben ugyanis a jog úgy ítéli meg, hogy az alperesnek fel kellett volna ismernie a másik fél hibáját, akkor a szerződést egy módon menthette volna meg: ha információt gyűjt, és azt meg is osztja partnerével. A kulcskérdés természetesen az, hogy fel kellett-e ismernie a másik fél tájékoztatatlanságát. Ez a kérdés azonban nagyrészt az előző önhiba teszt fordítottja. Ha a másik önhibát vét, akkor nyilvánvalóan annak felismerése nem várható el az alperestől – sőt, ha mégis rájön a partnere tévedésére, akkor is biztonságban tudhatja a szerződést: az önhiba teszt miatt az ügyis érvényes marad. Érdekesebb a kérdés, ha a felperes nem önhiba miatt tájékoztatlan. Ekkor a kérdés az, hogy (i) az információt az alperes ismerte-e, elvárható volt-e tőle, hogy ismerje, (ii) tudnia kellett-e arról, hogy a másiktól annak ismerete nem elvárható. A továbbiakban arra az – életszerűnek tűnő – feltevésre építjük a modellt, hogy amennyiben az alperes ismeri, ismerné az információt, akkor ezzel arról is tudomást szerezne, hogy a partnerétől annak megszerzése elvárható-e.

A két teszt – az önhiba és a tévedés elvárható felismerése – együttes elemzéséhez érdemes három esetet elválasztani:

- amikor mindkét féltől elvárható az információszerzés (vagyis, aki tévedésre hivatkozik, az biztos önhibát vétett),
- amikor az egyiktől elvárható, de a másiktól nem, illetve,
- amikor egyiküktől sem elvárható.

A *kétoldalú elvárás* esete nem túl izgalmas. A helyzet gyakorlatilag azt jelenti, hogy tévedés miatt nem lehet megtámadni a szerződést. Ezért, az első alfejezetben látott modell szerint fog mindkét fél az információszerzésről dönteni: az információszerzés haszna az, hogy elkerülheti a számára később veszteségesnek bizonyuló üzleteket. Ráadásul, ha a partnere nem gyűjt, akkor megosztania sem érdemes azt: nagyobb haszonra tehet szert, ha megtartja (ez hozzá a legnagyobb hasznot), és azzal a veszéllyel sem kell számolnia, hogy a szerződést a másik fél tévedése miatt érvénytelenítik. Vegyük észre, ebben az esetben a megoldás információgyűjtésre ösztönöz: az információt nem kell

átadni! Mint az első alfejezetben láttuk, optimális ez az ösztönző, ha produktív információról van szó.

Annak az esetnek a vizsgálatát, amikor csak az *egyik félnek kellene információt gyűjteni*, kezdjük azon fél döntésének elemzésével, aki számára az információ-szerzés olcsó! Belátható, hogy az ő ún. *domináns stratégiája* az, hogy begyűjti az információt és át is adja azt. (Az a stratégia domináns, amely mindig jobb eredményt ad – függetlenül attól, hogy mit csinál a másik fél.)

- (i) Ha a másik – függetlenül attól, hogy tőle nem várnák el – információt gyűjt, akkor az információszerzés hozama az, hogy csak a számára kedvező szerződéseket köti meg. Ezzel elkerülheti, hogy a másik fél kihasználja a tudatlanságát, olyan szerződésre vegye rá, amely számára hátrányos. Mivel az ő tévedését a bíróság önhibának minősítené, így arra nem várhat, hogy az ilyen káros szerződésekből a bíróság kimenti. (Az információ értéke itt ugyanaz, mint az előző pontban.)
- (ii) Ha a partnere tájékozatlan marad, akkor az információszerzés hozama némileg változik. Egyrészt, az információgyűjtés kizárja a veszteséges üzleteket. Ezen felül azonban itt az információgyűjtés még nagyobb előnnyel kecsegtet: ha nem szerez információt, akkor szinte biztos, hogy veszteséget szenved, mert a számára nyereséges üzletek jó részét a másik tévedés miatt meg fogja támadni. Ha információt gyűjt, akkor tehát a veszteség esélyét kizárhatja (vagy legalábbis csökkentheti). De a nyereség csak akkor biztos, ha a másikat is tájékoztatja: anélkül a tévedés egyoldalú lesz, a szerződést érvényteleníteni fogják, ha partnere azt kéri. Tájékoztatás nélkül az információgyűjtés haszna csak az, hogy elkerüljük a veszteséget.

A rendszer tehát őt információgyűjtésre és tájékoztatásra is ösztönzi. Ezt nevezzük tájékoztatási kötelezettségnek. Láttuk fenn, hogy ez a megoldás a biztonsági információk esetén hatékony.

A másik felet az információgyűjtés ellen ösztönzi a rendszer: nem éri meg, drágább, mint ha a bíróságot hívná segítségül. Felesleges informálódnia, mert *ex post*, amikor kiderült, hogy veszteséges az üzlet, egyszerűen bírósághoz fordulhat. Ha feltesszük, hogy a bírósági fellépés költsége kisebb, mint az *ex ante* információszerzése, akkor jobb inkább erre várni. Ez az információgyűjtés elleni ösztönzés, mint láttuk, a redisztributív információk esetén hatékony²⁹⁵.

²⁹⁵ Vegyük észre, hogy amennyiben valamelyik fél oldalán biztonsági információval van dolgunk (és ezért tájékoztatási kötelezettséget írunk elő), akkor ez azt jelenti, hogy a másik oldalon az információgyűjtést ellenöszönözni kell – különben felesleges kiadásokat okozunk! A másik fél információszerzése felesleges, neki várnia kell, hogy az információt megkapja. Mivel őt az információgyűjtés ellen akarjuk ösztönözni, így az ő oldalán az információ redisztributív.

Ha egyik féltől sem elvárható a tájékozódás, akkor a jogrendszer hatása attól függ, hogy mit tesz akkor, ha mindkét fél az elvárt módon jár el, és egyik fél sem gyűjt információt. Láttuk, hogy Menyhárd szerint ekkor a szerződés – kockázati információkról lévén szó – érvényben kell, hogy maradjon. Ezzel szemben a törvény szövegéből úgy tűnik, hogy amennyiben az adott információ releváns, akkor amiatt a szerződés sikerrel megtámadható.

Kezdjük Menyhárd modelljével! Ekkor a jog kifejezetten az információgyűjtés ellen ösztönöz. Ilyenkor, ha nem gyűjt valaki információt, akkor a szerződésen nyerhet is, veszthet is. Amennyiben bármelyik fél egyoldalúan információt gyűjt, akkor ezt a közös téves feltevés helyzetet egyoldalú tévedéssé alakítja. Ez költséggel jár, amelynek haszna azonban nincs. Sőt, inkább veszteséget okoz: hiába szűri ki a számára előnyös szerződéseket, ezeket a másik nagy eséllyel megtámadhatja. Vegyük észre, ha végül a szerződés információ nélkül is hasznot hozna, az információgyűjtés nélkül megtartható lenne! (Tegyük hozzá: akkor sem érdemes tájékozódni, ha a másíkról tudjuk, hogy információt gyűjt! A számunka veszteséges szerződéseket ugyanis itt is megtámadhatjuk *ex post* a bíróságon – nincs értelme nagyobb költséget szánni arra, hogy *ex ante* kiszűrjük őket.) Ez a modell erősen az információgyűjtés ellen ösztönöz – ezt az ösztönzőt a redisztributív információknál láttuk hatékonyrak.

Amennyiben a közös tévedés is érvénytelenséghez vezet, akkor az információgyűjtés elleni ösztönző csökken. Mi történik, ha elkezdünk információt gyűjteni, miközben a másik tévedésben marad? A kétoldalú tévedés egyoldalúvá alakul. A különbség az, hogy itt a szerződés kétoldalú tévedés esetén is sikerrel megtámadható, vagyis akkor is, amikor nem gyűjtünk információt. Itt tehát az információmentes helyzetben szinte biztos (ha a perlés költségétől, a tranzakciós költségektől eltekinthetünk, akkor biztos), hogy a szerződést érvényteleníteni fogják. Ezzel szemben, ha a szerződés érvényes maradna, az aláíró várható haszna pozitív lenne. (Ha – a kockázattal is számolva – a várható haszon nem lenne pozitív, alá sem írná a szerződést.) Hogyan lehet ezt a pozitív várható hasznot megvédeni, ha a közös tévedés érvénytelenítéshez vezet? Úgy, ha...

- (i) információt gyűjtünk – ezzel kiszűrhetjük a veszteséges szerződéseket (vagy legalábbis csökkentjük a valószínűségüket); és ha az adott szerződés számunkra hasznosnak, megkötendőnek tűnik, akkor...
- (ii) át is adjuk azt az információt a másiknak.

Vegyük észre, a Poussin-esethez (8.3. szövegdoxoz) hasonlóknál a felek (nem csak a vevő!) a várhatóan hasznos üzleteket csak úgy védhetik meg, ha információt gyűjtenek és át is adják azt. Vagyis ez a rendszer a felekkel szemben implicit tájékoztatási kötelezettséget fogalmaz meg. Erős információszerzési ösztönző épül be a rendszerbe – holott épp abból indulunk ki, hogy nem elvárható a felektől az információgyűjtés.

A vétkesség tesztjének lezárásaként érdemes kiemelni, hogy a kétoldalú tévedés problémája joggazdaságtani szempontból közel áll a lehetetlenülés-hez. A fenti elemzésünkéből ez ki is olvasható: amennyiben valamelyik félről elvárható, hogy információt szerezzen (vagyis ő a jobb kockázatviselő), akkor őt erre is ösztönzi a jog. A jobb kockázatviselő tesztje szerint, amennyiben *ex ante* a tájékoztatói lehetőségben nincs különbség, akkor tovább kell lépni: vizsgálni azt, hogy (i) a szerződéskötés után ki gyűjthet olcsóbban, (ii) ki védekezhet olcsóbban, illetve, (iii) ki viseli el jobban a kockázatot. Amennyiben kétoldalú (*ex ante*) tévedés miatt érvénytelenítjük a szerződést, akkor – azon túl, hogy felesleges információgyűjtésre ösztönzünk – ezen utóbbi ösztönzőkkel kapcsolatos kérdéseket a lehetetlenülés kapcsán fel sem tudjuk tenni. Menyhárd fent látott modellje közel áll ehhez a megoldáshoz: mivel az *ex ante* információhiány miatt nem érvényteleníti eleve a szerződést lehetőséget ad arra, hogy a lehetetlenülést megvizsgáljuk.

Okozatosság. Az okozatossági teszt azt vizsgálja, hogy amennyiben a tájékozott fél mást tett volna, akkor ezzel kizárhatta volna-e a tévedés esélyét. Itt a nem szándékosan elkövetett megtévesztést vizsgáljuk; a szándékos megtévesztés külön jogintézmény – ezzel a következő alfejezetben foglalkozunk.²⁹⁶

A tévedés oka általában vagy téves (nem kellően ellenőrzött) információk átadása vagy rendelkezésre álló információk elhallgatása. Vegyük a Red Owl esetet (8.3. szövegdoboz)! Craswell [2006] elemzése szerint a cég munkatársa két módszerrel előzhetne volna meg a másik tévedését: megtehetné volna, hogy több információt közöl (és ennek érdekében természetesen több információt is gyűjt) például a szerződéskötés valószínűségéről; de ugyanígy elkerülhetné volna

²⁹⁶ Az okozatosság tesztelésére, vagyis annak megállapítására, hogy az egyik fél okozta-e a másik kárát, két fő módszert különít el a joggazdaságtan: a tényellentétes és a valószínűségi tesztet. A magyar jogi gondolkodásban inkább a tényellentétes elemzés, a *conditio sine qua non* tesztje (*but for test*) terjedt el: okozásról akkor beszélünk, ha más lett volna az eredmény, amennyiben mást tesz az adott személy. Ezt elemezzük most.

A valószínűségi teszt (*proximate causation*) ezzel szemben azt vizsgálja, hogy *ex ante*, amikor az információgyűjtésről, információátadásról a döntés megszületett, akkor mekkora volt az adott tévedés esélye, és mennyivel lehetett volna annak a tévedésnek az esélyét csökkenteni. A valószínűségi teszt azt keresi, hogy volt-e olyan lépés, amely *jelentősen* csökkentette volna a tévedés esélyét.

A két módszer között a különbség akkor nyilvánvaló, ha a másik fél tévedésének esélye *ex ante* roppant alacsony. (Nem nulla, mert ne feledjük, mindig van esély arra, hogy a másik fél nem tud valamilyen releváns információt!) Tényellentétes tesztnél ki tudunk mutatni okozatosságot (véltetően van olyan lépés, amely megtételével vagy elmulasztásával a tévedést el lehetett volna tüntetni). Ezzel szemben ilyenkor a valószínűségi teszt esetén az okozatosság nem áll meg: nem lehet jelentősen csökkenteni az amúgy is alacsony tévedési esélyt. Bármelyik tesztet is alkalmazzuk azonban, az nem lesz tekintettel arra, hogy a tévedés esélyének csökkentése milyen költségekkel járt volna. (Az okozatosság joggazdaságtani elemzéséről bővebben lásd: Ben-Shahar [2009].)

a tévedést, ha elhallgatja azt, amit tudott. Az elhallgatással nyilvánvalóan az a gond, hogy ilyenkor fontos információk maradhatnak rejtve. Ebben az esetben például az, hogy viszonylag magas a szerződés-kötés valószínűsége. A több információ gyűjtése és átadása pedig, mint láttuk, egyrészt nem költségmentes, másrészt az információfeldolgozás fent látott problémái miatt, lehet, hogy nem csökkenti, hanem növeli a tévedés, félreértés valószínűségét.

Craswell [2006] elemzése szerint a tévedés jogi és klasszikus joggazdaságtani modelljének legfőbb hibája, hogy abból indul ki: egy-egy közlés mindig felbontható olyan kisebb egységekre (ha tetszik: bitekre), amelyekről már biztosan eldönthetjük, hogy igazak-e vagy sem. Ha ez így lenne, akkor a tévedés megelőzése egyszerű lenne: az igaz biteket kell átadni, a hamisakat pedig nem. Sajnos azonban ez a felbontás nem lehetséges. Lássunk Craswell példáját! Valaki megállít az utcán és arra kíváncsi, hogy van-e a közelben benzinkút. Ugyan nem teszi hozzá, de nagyon valószínű, hogy azt szeretné tudni, hogy van-e *nyitva tartó* benzinkút erre felé. Tévedést okozunk-e, ha tudjuk, hogy van egy kút egy kilométerre az egyik irányba, és ezt meg is mondjuk neki? Tévedést okozunk-e, ha ezt úgy mondjuk, de nem tudjuk (fogalmunk sincs róla), hogy az *nyitva van-e*? Tévedést okozunk-e, ha tudjuk, hogy *lehet, hogy* be van zárva? Tévedést okozunk-e, ha inkább azt válaszoljuk, hogy nem tudjuk? Tévedést okozunk-e, ha ismerünk más benzinkutakat is, de azokról nem szólunk? Csak akkor nem okozunk tévedést, ha felsoroljuk az összes általunk ismert benzinkutat és mindegyikhez hozzátesszük, hogy ismereteink szerint bizonyosan vagy milyen valószínűséggel van *nyitva*? Ha esetleg valaki az utóbbira hajlana, akkor vegyük észre, hogy még ezzel sem biztos, hogy átmegyünk a fenti okozatossági teszten: ahogyan hallgatólagosan feltettük, hogy a kérdezőt a *nyitva lévő* benzinkutak érdeklik, ugyanúgy feltehetjük, hogy fontos számára az is, hogy melyiknél mennyi a benzin ára vagy melyik kút melyik társasághoz tartozik. Nyilvánvaló, hogy amennyiben a tévedés elkerülése érdekében mindezeknek az információknak az összegyűjtését, majd átadását (és a másik oldalon a feldolgozását) megkövetelnénk, akkor a gyűjtés (és a másik oldalon a feldolgozás) költségei roppant magasak lennének.²⁹⁷ (Érdemes utalni arra, hogy hasonló problémák a fogyasztóvédelemben is megjelennek. Ezt mutatja be a 8.4. szövegdoz.)

²⁹⁷ Bár úgy tűnik a példa légből kapott, de az amerikai bírósági gyakorlatból Craswell (2006) bőségesen hoz példákat ezekre a dilemmákra – a Red Owl eseten kívül is. Például a Johnson v. Hewlett Packard (2002 wl 1050426, Minn. App. 2002) ügyben, az alperes nyomtatókat hirdetett és árult azzal, hogy ingyen „gazdaságos” (*economy*) töltőpatron is jár hozzá. A vita abból keletkezett, hogy a „gazdaságos” patron nem volt teljesen tele, hanem csak feleannyi tintát tartalmazott, mint egy teljesen töltött. A kérdés ebben az esetben az, hogy a tévedés okozásának elkerülése mit követel a tájékoztatást adó féltől – itt a gyártótól? Azt, hogy a „gazdaságos” patron összes, esetleg a vevő számára lényegesnek bizonyuló tulajdonságát feltüntessék a reklámban? Ez nyilvánvalóan lehetetlen. Ha az okozatosság

8.4. szövegdoboz. Tájékoztatás új szabályozása a fogyasztóvédelemben

A fogyasztóvédelemben a klasszikus kérdés a kötelezően átadandó információk köre: meg kell határozni, hogy mit és milyen formában kell közölni a fogyasztóval. Történhet ez előírással, amikor a szabályozó megmondja, mely információkat kell közölni. Ez a klasszikus szabályozás közel áll a vétkességhez: egy kívülálló fél méri össze az adott tájékoztatás költségeit és hasznait, ő írja elő, mit és milyen formában kell közzétenni, ő határozza meg mi az „elvárható” magatartás.

Ezzel szemben az utóbbi időben – éppen az információfeldolgozás fent elemzett problémáit felismerve – megjelent egyfajta objektív felelősségi szabály is. A fogyasztóvédelem nem annak alapján szankcionál, hogy az adott információt közzétették-e, megfelelő formában közölték-e a fogyasztókkal, hanem egyszerűen aszerint, hogy a fogyasztók tisztában vannak-e az adott információval. Ennél a megoldásnál hiába érvel a kereskedő, gyártó, hogy ő az információt közölte: ha az a vevőkben nem tudatosult, akkor ezt nem tekintik megfelelő tájékoztatásnak. Természetesen, itt komoly bizonyítási problémák merülhetnek fel, de egyes fontosabb termékek esetében már megéri a fogyasztók körében végzett felméréssel igazolni a tájékoztatási politika sikerességét. (Az amerikai fogyasztóvédelem ilyen gyakorlatáról lásd Craswell [2006].)

Nyilvánvaló, hogy ez az objektív felelősség felel meg a magánjogban az egyszerű okozatossági tesztnek. Van azonban egy fontos különbség is: a fogyasztóvédelmi alkalmazásnál a gyártónak figyelembe kell vennie a fogyasztó racionalitási problémáit is. Hiába adja át az információt, ha azt az információfeldolgozás problémái miatt a másik fél nem érti meg.

Mint majd az utolsó fejezetben látni fogjuk, a fogyasztóvédelem és a klasszikus szerződési jog közötti egyik legfontosabb különbség éppen ez. A fogyasztóvédelem a fogyasztóról több információs és racionalitási problémát tételez. Ráadásul, mivel a fogyasztóvédelem általában standardizált termékek kereskedelmével foglalkozik, így a szerződéskötést megelőző tárgyalási, tájékoztatási folyamaton is kevesebb múlik.

2.3. Magyar jogi problémák: további kérdések

A magyar jogi problémák közül további három kiemelése fontos. Egyrészt a jogrendszerek információs szempontból gyakran különbséget tesznek aközött, hogy a két szerződő fél közül valamelyik foglalkozása körében, szakértőként lép-e fel egy laikussal szemben. Ilyenkor a legtöbb jogrendszer tágabb tájékoztatási és információszerzési kötelezettséget fogalmaz meg a szakértővel szemben. A második kérdés a talán legtöbb vitát kiváltó tévedési „forma”: a

vizsgálatok e tesztet alkalmazzuk, akkor a megtévesztéstől való félelmében az eladó inkább nem fogja közzétenni az extra patron létét. Ez nyilvánvalóan nem hatékony megoldás – már csak azért sem, mert akkor a vevő nem tud róla, és ezért a gyártó sem fogja fog ilyen szolgáltatást nyújtani.

tévedés az árban. A harmadik kérdés pedig a szankcióké – pontosabban az, hogy az egyszerű bináris döntések helyett, amikor csak a szerződések érvényessége vagy érvénytelensége a két lehetőség, nem szerencsésebb-e egy finomabb, több megoldási lehetőséget kínáló formát kialakítani, például a *Fragonard*-esetben látott jogalap nélküli gazdagodás vagy a joggazdaságtani irodalomban gyakran előkerülő adóztatás segítségével.

A szakértők tájékoztatási kötelezettsége: tanulási költségek. Ismerünk bőségesen olyan eseteket, amikor az olcsóbb információgyűjtő kiléte látszólag könnyen megítélhető. Ilyen például, ha az egyik fél vevő, a másik eladó – láttuk, hogy a klasszikus joggazdaságtani tankönyvek mellett érvelnek, hogy az eladót kell olcsóbb információszerezőnek tételezni, tőle többet elvárni. (A magyar jog is így tesz, amikor elvárja, hogy a szerződő félnek ismernie kell saját szolgáltatásának tulajdonságait. Benedek – Gárdos [2007b] p. 803)

Léteznek azonban olyan esetek, amikor nem feltétlenül hatékony ez az információs elvárás. Mi történjen, ha az eladó laikus, a vevő pedig szakmájában jár el? Első ránézésre itt is világos, hogy utóbbi könnyebben szerez információt, mint a laikus fél – ráadásul az információszerezés vélhetően más előnyökkel is jár az ő számára. Vagyis mondhatnánk, hogy el kellene tőle várni az információ megszerzését és átadását. Csakhogy ez a válasz téves lehet.

Az olcsóbb információszerezés természetesen azt jelenti, hogy valamelyik fél kisebb költséggel tudja beszerezni az információt. Ne feledjük azonban, amit az első fejezetben láttunk: közgazdasági szempontból a költség mindig annak a (legjobb) alternatívának a haszna, amelyről lemondunk! A költséghez tehát alternatíva kell. Adott pillanatban, a szerződéskötéskor, azt közvetlenül megelőzően a szakértőnek valószínűleg kevesebbet kell áldoznia az információ megszerzése érdekében: rövidebb idő alatt, kevesebb erőforrást feláldozva, ezért kevesebb alternatíváról lemondva szerezheti meg az információt, mint partnere. (Azért mondjuk, hogy „valószínűleg”, mert lehet, hogy ő a rövidebb idő alatt, a kevesebb erőforrással is nagyobb értéket tudna magának és másoknak termelni, mint a másik lassabban és több erőforrás felhasználásával.) De ennek oka nem feltétlenül az, hogy neki az információ eleve olcsóbb (például mivel neki eleve „gyorsabban fog az agya”), hanem az, hogy ő a múltban már tett beruházásokat az információszerezés érdekében: megtanulta a szakmáját. Amikor valaki tanul, akkor komoly beruházásokat tesz. Ha a szakértőket az *aktuális* információszerezési hatékonyságuk miatt információadási kötelezettséggel „büntetjük”, ha az aktuális hatékonyságuk miatt többet várunk el tőlük, akkor ennek a beruházásnak, a tanulásnak a hozamát csökkentjük. A tanulás egyik lehetséges hozama ugyanis éppen az, hogy a tudásunkat felhasználva előnybe jussunk a laikusokkal szemben.

A *Poussin*- és a *Fragonard*-eset (8.3. szövegdoboz) megítélése közötti különbség

Mackaay [2011] szerint nagyrészt erre vezethető vissza. A két eset között – mostani szempontunkból – mindössze annyi az eltérés, hogy a *Poussin*-esetben a vevő egy állami szervezet volt, amelynél az ilyen tanulási, beruházási ösztönző kevésbé fontos. A *Fragonard*-esetben azonban az ilyen beruházásokat is meg kell téríteni. (Más kérdés, hogy utóbbi esetben a francia jog ezt nem a szerződés érvényességét kimondva akarta megoldani elérni, hanem egy alternatív eszközzel, amelyre később vissza kell térnünk: a jogalap nélküli gazdagodással.)

Ár- és piaci információk. Lehet-e fontos, ha valaki az árat nem ismeri? Az eddigiekben elsősorban azokat az információkat elemeztük, amelyek a termék minőségét, potenciális felhasználási lehetőségeit érintették. Mi történjen azonban akkor, ha valamelyik fél nem a termék minőségét, hanem annak (várható) piaci értékét, illetve a piac várható alakulását ismeri jobban? Érdemes-e az ilyen információk megosztását célul kitűzni, az egyoldalú tévedés esetén érvénytelenséget megállapítani?

Az előbb javasolt relevanciateszten általában elbukna a tévedés az árban. Lássuk ennek magyarázataként a *Baldus*-esetet (8.3 szövegdozoz)! Az eladó ismeri a fotók szerzőjét. Tudja, hogy mekkora az az összeg, amelyért megválna tőlük. Az eladó ennél többet kínál. A csere tehát hatékony, a tévedés csak a többlet más elosztásához vezet.

Az esetek többségében a hatékonyság azt követeli, hogy árbeli tévedés miatt ne érvénytelenítsük a szerződést. Az árbeli tévedés esetén a várható egyéni haszonhoz képest elenyésző az információszerzés költsége. Sőt, az esetek többségében az is igaz, hogy a párhuzamos információszerzés is olcsóbb, mint a tájékoztatás – már csak azért is, mert az ilyen tájékoztatás vélhetően nem is lenne hihető, vagyis hiába adnánk át, a másik akkor is ellenőrizni akarná azt.

Persze csak az esetek többségében igaz ez, nem mindig. Lássuk erre példaként a jogirodalom talán legtöbbször hivatkozott, még Cicerótól származó esetét, az éhező Rodoszra búzát szállító, alexandriai kereskedő példáját! A kérdés az, hogy a kereskedőnek, aki kis idővel a többiek előtt érkezik, meg kell-e osztania a vevőivel azt az információt, hogy útközben más hajókat is látott közeledni. Közölnie kell-e a vevőivel, hogy kis várakozás után lényegesen olcsóbban lehet majd élelmiszerhez jutni? Ebben az esetben nem igaz, hogy a párhuzamos információszerzés olcsóbb, mint a tájékoztatás. Sőt, itt a Kronman-modell sem igaz: a tájékoztatás megkövetelése sem vezetne kevesebb információ összegyűjtéséhez. Ezt az információt a kereskedő nem azért ismerte meg, mert tudatos beruházásokat tett annak érdekében, hanem más tettek (a hajóút) melléktermékeként, vagyis véletlenül jutott a tudomására. Másrészt viszont mindenképpen mérlegelni kell, hogy a gyorsaság ebben az esetben fontos tényező: ha fontosnak tartjuk, hogy a hajók gyorsan odaérjenek, akkor a leggyorsabbat jutalmazni érdemes – például azzal, hogy magasabb árat kérhet.

Mint azt fent is láttuk, ahhoz, hogy azt mondhassuk, hogy nem lehet releváns a tévedés az árban, mindenképpen el kell határolni az árelemeket a többitől. Lássuk ezeket a példákon! A *Baldus*-esetben például lehetne azt is állítani, hogy az eladó a minőséggel (vagyis, hogy a fotóművész híres) nem volt tisztában. A *Poussin*- vagy a *Fragonard*-ügyben pedig az érvénytelenítéskor ugyan értékében való tévedésre hivatkozott a döntés, de nem nehéz felismerni, hogy a mögött a festmények eredetére vonatkozó, vagyis legalábbis minőségi tévedés húzódott meg.²⁹⁸ Viszont, ha figyelembe vesszük, hogy ezek a minőségi információk is igazából kockázatról szóló információk, akkor a szétválasztás még bonyolultabb.

Mielőtt továbblépünk, utalni kell arra, hogy az árban, értékben való tévedés kapcsán felvethető kérdések jó részét itt nem érintettük. Ennek elsősorban az az oka, hogy ez a tévedés és a feltűnő értékaránytalanságot tartalmazó szerződések érvénytelensége gyakorlatilag ugyanannak az esetkörnek, problémahalmaznak a kezelésére szolgál – a következő fejezetben a feltűnő értékaránytalanság tárgyalásakor térünk ki az itt nem említett kérdésekre részletesen.

Szankciók: Jogonal nélküli gazdagodás. Az információs ösztönzőket ugyan vélhetően legegyszerűbben valóban a tévedés megítélésével befolyásolhatja a polgári jog, de léteznek más megoldások is. Láttuk, hogy ilyen az önkéntes jótállás, ilyen a lehetetlenülés. Felmerült már a kapcsolata a fogyasztóvédelemmel is. Lássunk most azonban két további, egymással összekapcsolódó intézményt, az *adózást* és a *jutalmazást*!

A *Fragonard*-esetben a francia bíróság a produktív információk gyűjtését nem a tévedés elutasításával próbálta ösztönözni, hanem azzal, hogy az információ miatti – az érvénytelenség miatt az eladónak jutó – többlet egy részét a szakértőnek „jutalomként” megítélte. Ezzel a szakértő érdekelt marad az információszerzésben. Sőt, ha a jutalmat hatékony szinten állapítják meg, akkor ez az ösztönzése nem lesz túlzott. Amennyiben a szerződés érvényben marad, akkor nemcsak a társadalmi haszon jut neki (vagyis az, amennyivel neki többlet érne az adott dolog, mint a *tájékozott* partnerének), hanem a redisztribúciós többlet is (vagyis az az árkülönbség, amennyivel a partnere többlet fizet annál, mint amennyit tájékozott helyzetben maximálisan adna vagy amennyivel kevesebbet a partnere kap annál, mint amennyit tájékozott helyzetben minimum kérne.) A jutalom hatékony szintje csak az előbbit – a társadalmi hasznot – tartalmazná.

A joggazdaságtani irodalomban ismert ennek az ellenkezője is, sőt inkább ez az elterjedt javaslat: ne a produktív információ megszerzését jutalmazzuk, hanem a redisztributív információk gyűjtésének hasznát csökkentsük úgy, hogy megadóztatjuk azok hozamát (Hermalin et al [2007] p. 59). Lássunk erre példaként

²⁹⁸ De a francia jog szerint lehet, hogy szubsztanciát is érintőnek minősülő tévedésről van szó.

egy olyan egyoldalú tévedéses esetet, amikor a felperes olcsón megszerezhetné volna az információt, de nem tette (ezért perel tévedésre hivatkozva)! Ezzel szemben az alperesnek nem kellett volna azt megszereznie, mert neki lényegesen többre került, mint amennyi társadalmi hasznot hozott – mégis megszerezte azt (azért, mert ennek révén kedvezőbb árat érhetett el). A tévedés megítélésakor ilyenkor azt kell mérlegelni, hogy az alperes túlzott információgyűjtését vagy a felperes önhibáját szankcionáljuk-e inkább. Az adózás leegyszerűsíti a kérdést: a szerződés érvényben maradhat – megteremtve az önhibát vétő fél kellő ösztönzőjét –, miközben adóztatással elvonhatjuk az alperes hasznát is. Az adózás révén felszámolható az első fejezetben látott kompenzációs paradoxon, vagyis mindkét fél ösztönzői optimálisan állíthatók be.

A gondot természetesen itt is a jutalom, illetve az adó, büntetés mértékének megállapítása jelenti. Elégséges jutalmat kapott-e a szakértő a *Fragonard*-ügyben? A kérdéssel a következő fejezetben az uzsora kapcsán térünk majd ki részletesen. Látjuk majd, hogy (sajnos?) a válasz nem független attól, hogy miképpen történt az információszerzés. Amennyiben azonban a kutatás mértékéről, intenzitásáról, az annak érdekében felhasznált erőforrások nagyságáról is döntenünk kell (nem csak arról, hogy egyetlen lehetséges lépést megteszünk-e), akkor az ösztönzés csak akkor optimális, ha az információszerző fél megkapja a teljes társadalmi hozamot.

Ajándékozás nagyobb védelme. A magyar jog szerint ingyenes ügyletek esetében akkor is megállapítható a tévedés, ha a megajándékozottnak nem is kellett volna tudnia az ajándékozó tévedéséről, illetve nem is ő okozta. A fent látott öt kérdés közül tehát itt az okozatosság, illetve az alperes hibája kiesik – marad az ajándékozó önhibája, illetve a relevancia (erről az előző fejezetben szoltunk). Olyan ez, mint a kártérítési jogban ismert objektív felelősség a közrehatás vizsgálatával: ha a felperes ajándékozó ügy járt el, ahogyan az adott helyzetben elvárható, akkor függetlenül a megajándékozott alperes lépéseitől mindenképpen érvényteleníteni lehet a szerződést. Ebben a helyzetben – mint az ötödik fejezetben láttuk – az a fél, akinek a felróhatóságát a bíróság vizsgálja, annak és csak annak a megtételére ösztönzött, amelyet a bíróság várhatóan elvár majd tőle. Ez a szereplő most az ajándékozó. A másik fél, vagyis jelen esetben a megajándékozott tudhatja, hogy mindazokat a lépéseket, amelyek elmaradása a bíróság előtt nem lesz bizonyítható, a partnere nem fogja megtenni, ezért neki erősebben kell védenie a szerződést – sok információt kell gyűjtenie, illetve ezt meg is kell osztania a partnerével. Ez a könnyebb érvényteleníthetőség tehát több kockázatot tol a megajándékozottra, és őt nagyobb elővigyázatosságra is ösztönzi.

Láttuk a hetedik fejezetben, hogy az ajándékozó és a megajándékozott között általában meglehetősen bonyolult viszony áll fenn – ezért azt, hogy az ajándéko-

zó tévedését a másik fél okozta-e, általában a bíróság kevésbé tudná megítélni, mint egy „normális” szerződés esetén. Azt is láttuk, hogy az ajándékozás esetén fontos lehet, hogy amennyiben az ajándékozó az ajándék átadásáig (az ajándék visszakövetelése esetén azután is) rájön, hogy a megajándékozott nem méltó az ajándékra, akkor tévedés címén léphessen vissza.

Vegyük azonban észre, hogy a másik fél számára az ő lépéseitől teljesen független kilépési opció meglehetősen kockázatosra tesz mindenféle az ajándék létrehozott döntést, idioszinkratikus beruházást. Ez az ajándék értékét az ajándékozó számára is erőteljesen csökkenti. Látni kell azonban, hogy ez a könnyű érvényteleníthetőség csak a tévedésre igaz. Ellensúlyozza ezt, hogy az ajándékozást más eszközökkel viszont nehezebb megtámadni, semmissé tenni – például az uzsora vagy a feltűnő értékaránytalanság jogintézménye alig alkalmazható ajándékozás esetén. Felfogható tehát a helyzet úgy, hogy mivel más okok miatt az ajándékozási szerződés, ígéret elől menekülni nehezebb, ezért a többi szerződéssel való – épp az idioszinkratikus beruházások miatt fontos – egyensúly biztosítása érdekében a tévedésben nyit tágabb kaput a jog az ígérete alól szabadulni kívánó ajándékozó számára.

3. MEGTÉVESZTÉS

A tévedés alapesetéhez képest, amelyet az informált félnek „fel kellett volna ismernie”, ha „úgy járt volna el, ahogyan az adott helyzetben általában elvárható”, a legtöbb európai jogrend minőségileg másképp kezeli azt a helyzetet, amikor az információ is és a másik tévedése is ismert, de az informált fél szándékosan, tudatosan hallgat, vagy tudatosan mond, tesz olyat, ami félrevezeti a társát. Ilyenkor sok jogrendszer megtévesztés, hazugság címén érvényteleníti a szerződést.

A megtévesztés sok tekintetben roppant hasonló a tévedéshez – fő megkülönböztető jegye a szándékosság. Ez utóbbi azonban a fenyegetéshez viszi közel. A magyar (vagy éppen a német) jog első látásra talán furcsa megoldása, amely a két akaratbefolyásoló lépést együtt, egy törvényi passzusban kezeli, a joggazdaságtan számára természetesnek tűnik: mindkettő esetén ugyanazok az ösztönzők jelentkeznek.

3.1. Jogi szabályozás

A megtévesztés az egyoldalú információ speciális esete: az informált fél nem egyszerűen véletlenül vagy felróhatóan okozta a másik fél tévedését, hanem szándékosan ejtette tévedésbe a másikat. Valaki aktív tevékenységgel (hazug-

sággal) vagy passzív magatartással (elhallgatás) tudatosan okozza a felperes tévedését. Ez a „valaki” azonban nem feltétlenül a szerződéses partnere, lehet harmadik fél is: a szerződés ekkor is érvénytelen lesz, ha a harmadik fél megtévesztő lépéseiről a másik tudott vagy tudnia kellett.

A tévedésben levőtől elvárt magatartás hiánya. Megtévesztés esetén az önhiba sem mentesíti az alperest. Ugyan a megtévesztés itt is csak akkor eredményezi a szerződés érvénytelenségét, ha az lényeges, vagyis a sérelmet szenvedett fél szerződéskötési szándékát befolyásolta, de a bírói gyakorlat a tévedésben levő oldalán az elvárható gondosságot nem vizsgálja. Persze ez így nem mindig igaz, csak a törvény betűjéből következik. Tegyük fel, hogy valaki kevésbé hihető tartalmú kijelentéseket tesz – például „feldicséri” az árúját! A törvény szerint hiába hivatkozna arra a hirdető, hogy nyilvánvaló volt, hogy a hirdetést nem kell szó szerint venni (nem kellett volna szárnyakat várni, ha a hirdetés szövege az, hogy „szárnyakat adunk vágyainak”), az önhibát a bíróság nem vizsgálja.

Ezt a nyilvánvalóan nem hatékony végeredményt a jogrendszer is el kívánja kerülni. A német bírói gyakorlat szerint például pusztán szubjektív értékítélet, amelynek általában senki sem tulajdonít szó szerinti, valós tartalmat, nem szolgálhat megtévesztésre alapított megtámadási okként. De ennek fő oka a bizonyíthatóság hiánya, amelyet a „megtévesztett” félnek is fel kellene ismerni – ezzel szemben ugyanis, ha olyan objektíve bizonyítható kijelentések hangzanak el, amelyek az árképzés jellegére irányulnak („baráti áron”, „akciós áron”, „rendes áron”), akkor azok már megtévesztőek lehetnek.

8.5. szövegdoz. Megtévesztés a német és az angol jogban

A német tételes jog a tévedést és a jogellenes fenyegetést együtt szabályozza. A BGB 123.§ (1) bekezdése értelmében az akaratnyilatkozat megtámadható, ha azt csalárd megtévesztéssel (*arglistige Täuschung*) vagy jogellenes fenyegetéssel idézték elő. A tévedéssel összevetve a megtévesztés kezelése több ponton tér el (lásd Menyhárd [2000] pp. 110-111). A három számunkra legfontosabb ezek közül, hogy (i) minden tévedés releváns lehet, így a tulajdonság, sőt az indok téves ismerete is; (ii) a bíróság nem vizsgálja a lényegességet, vagyis azt, hogy az adott lépés a közfelfogás szerint is tévedéshez kellett-e, hogy vezessen (vagy a tévedésben levő fél önhibája is hozzájárult a tévedéshez); (iii) hiányzik a megtévesztett fél kártérítési kötelezettsége (tévedés esetén alapesetben a felperes tartozna az alperesnek a tévedés miatti érvénytelenséggel okozott károk, pontosabban a *negatív interesse* megtérítésével). Ha annak feltételei fennállnak, a *culpa in contrahendo* szerint a megtévesztő fél felel a megtévesztéssel okozott kár megtérítéséért.

Az angol jogban a megtévesztéshez legközelebb a *misrepresentation* doktrínája áll. Ez csak akkor lehet érvénytelenség alapja, ha a megtévesztő kijelentés konkrét (*unambiguous*), lényeges (*material*) kérdésre vonatkozik, továbbá az okozott tévedés

és a szerződés-kötés között okozati összefüggés (*reliance*) áll fenn. Az csak látszólag ellentmondás, hogy itt a lényegességet vizsgálják, míg a német jogban nem. Lényegességen ugyanis itt az angol jog azt érti, amit a német jog okozatosságon: akkor lényeges egy tévedés, (i) ha azt a szerződés-kötési szándéka és a szerződés tartalmának kialakítása során ésszerűen gondolkodó személy figyelembe venné vagy (ii) ha a megtévesztett fél bizonyítja, hogy azt *ténylegesen figyelembe vette* szerződés-kötési szándéka kialakítása során. A két elem kapcsolata vagylagos, de inkább a második a fontos, hiszen első esetben, ha valós figyelembevétel nem történt, az okozati összefüggést nehéz lesz bizonyítani.

Jogkövetkezmény. A magyar polgári jogban a megtévesztés és a tévedés következménye nem tér el: a szerződés semmis lesz. Ez mint láttuk a 2013-as kódexben átalakul: a megtévesztő félnek (mivel ő magát kimenteni nem tudja) az elmaradt hasznot kell megfizetni, míg partnere csak restitúcióval tartozik.

Más európai jogrendszerekben más megoldások is ismertek. A legfontosabb különbség talán az, hogy a (tudatos) megtévesztés és az egyszerű tévedés polgári jogi jogkövetkezménye is eltér: a megtévesztés esetén nem csak a *negatív interesse*, hanem a *pozitív interesse*, vagyis a szerződésből várt haszon megtérítése is megtörténik. A német jogban például megtévesztés esetén a megtévesztő felet nem illeti meg a *negatív interesse*, amelyet tévedés miatti érvénytelenítéskor megkapna (kivéve, ha a tévedést nem az alperes, hanem harmadik fél okozta). Sőt, ha annak feltételei fennállnak, akkor a *culpa in contrahendo* szerint is felelhet a megtévesztő fél a megtévesztéssel okozott kárért. (Sefton-Green [2005] pp. 26-27)

3.2. Joggazdasági elemzés: a szándékosság

A tévedő fél oldalán a megtévesztés ugyanazokat a problémákat hozza magával, mint az egyoldalú információhiány. Az eltérés a megtévesztő oldalán, az ő ösztönzőinél jelentkezik: ő szándékosan tesz ilyen lépéseket.

Önkéntes tájékoztatás: a megtévesztés tévedést kiváltó szerepe. A megtévesztés témájának joggazdasági tárgyalását a szokásoktól eltérően nem a jogintézmény egyes elemeinek elemzésével kezdjük, hanem a fontosságának bemutatásával: a megtévesztés sok esetben egymagában is elég lehet, feleslegessé teheti a tévedés és a tájékoztatási kötelezettség intézményét is. A megtévesztés tilalma (az amiatti érvénytelenítés) ugyanis serkenti az önkéntes információadást. Ha a megtévesztést a bíróság felismeri és szankcionálja, akkor emiatt elindul az önkéntes tájékoztatás, és nincs is szükség egyéb információs szabályokra – azok csak felesleges adminisztrációs kiadáshoz (és esetleges téves ösztönzőkhöz) vezetnek.

Tegyük fel, hogy egy termék minősége a vevők számára a szerződéskötéskor nem ismert, az eladók viszont tisztában vannak azzal! A jog válasza erre általában a tévedésben tartást tiltása. Attól tartunk, hogy az eladók nem szólnának erről. Sőt, félhetünk a *kontraszelekciótól* is: a vevők csak az átlagos minőségnek megfelelő árat fogják felajánlani – viszont azok, akiknek a terméke, szolgáltatása jobb, nem lesznek hajlandóak az átlagos áron eladni. Kivonulhatnak a piacról, ahol csak az átlagos, vagy annál rosszabb minőségűek maradnak.

Vegyük azonban észre, hogy az ilyen problémák ellen tévedés és tájékoztatási kötelezettség nélkül is van védelem: az önkéntes tájékoztatás! Kontraszelekciós folyamat csak akkor indul, ha a jó minőségű szolgáltatók nem tudják, vagy nem akarják magukat megkülönböztetni a többiektől. De miért ne akarnák? Láttuk már, hogy ezt viszonylag egyszerűen megtehetik: kínálhatnak önkéntesen többlétszavatosságot, jótállást. Mi történik ugyanis, ha a jó minőségű szolgáltatók elmondják a vevőknek, hogy az ő árujuk jó? Ha ez az információ hihető, akkor emiatt a vevők fizetési hajlandósága megnő. Az elvileg tájékoztatlan vevők felismerhetik, hogy azok hallgatnak, akik rosszabb minőségű szolgáltatást kínálnak – ezért az ő szolgáltatásaikért csak kevesebbet lesznek hajlandók fizetni. Az árcsökkenéstől való félelem miatt azonban az információ-feltárás folytatódik: a korábban hallgató, rosszabb szolgáltatók közül a legjobbak hasonló okok miatt szólni fognak, megkülönböztetik magukat. Ad absurdum, amikor már csak a két legrosszabb minőségű nem nyilatkozott, akkor is igaz, hogy a közülük jobb (kevésbé rossz) többlétszavatosság révén megpróbálja megkülönböztetni magát a legrosszabbtól. Az önkéntes tájékoztatás modellje azt mutatta, hogy az informált felek érdekeltek a tájékoztatásban.

A gond abból fakad, hogy ugyan érdekeltek a tájékoztatásban, de nem biztos, hogy képesek is rá. A folyamat csak akkor indul meg, ha az információk hihetők. Láttuk a negyedik fejezetben, hogy a szavatosság például hihető, mert az ígéret kikényszeríthető, bíróság útján érvényesíthetjük.

A megtévesztés tilalma ugyanígy hat. A jó minőségű szolgáltatóknak most nem is szavatosságot kell vállalni (amelyről láttuk, hogy sokszor csak egy szükséges rossz: a vevőnek sem lenne szüksége rá, ha emiatt magasabb lesz a termék ára), elég, ha elmondja, hogy a terméke milyen minőségű. Ha a szolgáltatás minőségéről többet állítókról a megtévesztés kiderül, akkor ezért minimum a szerződés érvénytelenségével fizetnek.

Persze az önkéntes tájékoztatás csak akkor indul meg, ha az információk azon túl, hogy a szankciók miatt hihetők, bizonyíthatók is. Ha a vevő nem tudja bizonyítani a bíróság előtt, hogy rossz minőséget vett, vagy azt, hogy a partnere mit állított annak minőségéről, akkor a megtévesztés szankciója sem lép életbe. De emlékezzünk vissza: ha az információ nem bizonyítható, akkor a

tévedés jogintézménye sem fog működni, nem csak a megtévesztés doktrínája, és az erre épülő önkéntes információ-feltárás!

A modell feltételez valamiféle „versenyt” is: (i) a vevőnek ismernie kell az átlagos minőséget, (ii) tudnia kell, hogy miképpen módosítsa a saját ajánlatát, ha hihetően jó minőségű szolgáltatóval találkozik, illetve (iii) mennyivel csökkentse a nem nyilatkozóknak tett árajánlata – ez talán még fontosabb is. Ha minderre nem képes, akkor a folyamat előbb-utóbb elakad. Például, ha – szélsőséges esetben – az átlagosnál jobb minőségű szolgáltatók nyilatkozata után is fenntartja a többieknek a korábbi árajánlatát, akkor az önkéntes tájékoztatásra csak az átlagosnál jobb minőségű szolgáltatók ösztönöztek. Ők megkapják a magasabb ellenértéket, de a többiek továbbra is az átlagosat – holott ők az átlagosnál rosszabbat szolgáltatást kínálnak. Ezzel a vevők nyilvánvalóan rosszul járnak, hiszen az átlagnál rosszabb termékeket vásárolnak a piaci átlagnak szánt áron. (Éppen ezért csak első látásra túl erős feltevés, hogy – legalábbis hosszabb távon – a jó szolgáltatók jelzése esetén a nem nyilatkozó szolgáltatóknak tett ajánlat csökkent.)

Fel kell azonban hívni a figyelmet arra is, hogy a joggazdaságtan szerint a minőségi információk átadása, illetve a kontraszelekció felszámolása azonban nem öncél. Sőt, időnként jobb, ha a vevő nem tudja megkülönböztetni a jót a rossztól. Ez a helyzet, ha a az információ, illetve a „megkülönböztetés” költsége nagyobb, mint az abból elérhető haszon. Az egyik legszebb példa erre a gyémántkereskedelemben ismert szabály (Milgrom – Roberts [2005] pp. 208-209). A kereskedők zárt csomagokban adják át a vevőknek az apró gyémántokat, és a vevőknek meg is tiltják, hogy azt megvizsgálják a vétel előtt. Közgazdasági racionalitása ennek az, hogy ilyenkor mindenki az átlagos minőséggel számolhat – nincs szükség mérésre, ellenőrzésre. A szerződéskötés körüli költségek csökkenthetők ezáltal. A rendszer feltételezi persze, hogy a kereskedő nem tudja befolyásolni az egyes csomagok összetételét, hogy véletlenül csoportosítja a köveket. (Ezt a gyémántpiacon a kereskedőket meglehetősen keményen ellenőrző – már-már maffia-szerűen működő – monopólium ellenőrzi, szankcionálja.)

Szándékosság joggazdaságtani értelmezése. A megtévesztés megkülönböztető jegye a szándékosság. Ennek legegyszerűbb értelmezése az, hogy akkor szándékos a megtévesztés, ha a másik fél tévedésbe ejtése, tévedésben tartása kifejezetten a megtévesztő fél céljai között szerepel. Ez a definíció azonban nem teljesen pontos. A vétkes magatartások nem szándékosak ugyan, mert közvetlen céljuk nem a károkozás, hanem az, hogy megspóroljuk a védekezésre költött kiadásainkat, de aki felróhatóan járt el, az is tisztában van ezzel, ha tetszik, tudatosan felvállalja annak esélyét, hogy másnak kárt okoz. Vegyük észre, hogy nem tehetünk különbséget aszerint sem a gondatlanság és a szándékos

megtévesztés között, hogy utóbbi esetben biztos a károkozás, míg előbbi esetén csak egy lehetőség – a szándékos tett sem biztos, hogy eléri célját!

Pontosabban meghatározhatjuk a szándékosság jelentését, ha abból indulunk ki, hogy milyen viszonyban állnak a megtévesztő károkozó költségei és a tévedő fél kára. Gondatlanság esetén (vagyis a jog tévedés doktrínája alá tartozó esetekben) a kár esélye azért nő, mert a károkozó kevesebbet költ, spórol a megelőzésen, elővigyázatosságon. Szándékosság esetén a viszony éppen fordított: nem a károkozó megtakarítása növeli a kár valószínűségét, hanem kifejezetten a kiadásainak növelése, hiszen épp azért tesz lépéseket (ide értve az elhallgatást is), hogy a másik tévedésben kösse meg az üzletet.

A megtévesztés *járadékvadászat* – ugyanúgy, mint a redisztributív információk szerzése. A hatékonysági probléma itt sem az, hogy a megtévesztő fél megszerzi a másik hasznát, hanem az, hogy erőforrásokat szán arra, hogy a hazugsága a lehető legmeggyőzőbb, leginkább hihető legyen. Itt is jelentkezik a két fél közötti verseny: ha a felek tudják, hogy a megtévesztéssel, csalással tőlük megszerzett ígéreteket, szerződéseket nem kell megtartaniuk, akkor megtakaríthatják ennek a védekezésnek a költségét. Tudhatják, hogy ha csalóval akad dolguk, akkor *ex post* a bíróság felmenti őket a szerződéses kötelezettségeik alól. Ráadásul az alacsonyabb hozam miatt vélhetően kevesebb is lesz a csaló.

A joggazdaságtani modellben a megtévesztés és az egyoldalú tévedés közötti fő különbség tehát az, hogy megtévesztés esetén a tévedés esélyét úgy lehetne csökkenteni, ha csökkentenénk a „megtévesztő” fél kiadásait. Ennek a tesztnek a bírósági alkalmazása azonban elég nehéz lenne: megkövetelné a tájékozott fél költségfüggvényének ismeretét. A jog és a joggazdaságtan – a már megszokott módon – itt is közelítő változókat keres: olyan könnyebben felismerhető, bizonyítható jellemzőket, amelyek tipikusan akkor jelentkeznek, ha a meg nem figyelhető jellemző is jelen van. Olyan jeleket kell keresni, amelyek valószínűsítik, hogy a tévedés esélye és a megtévesztő fél költsége közötti pozitív összefüggés fennáll.²⁹⁹ Ilyen teszt sok jogban az, hogy (i) a kár, a tévedés valószínűsége viszonylag magas vagy (ii) a védekezés költsége elenyésző a várható kárhoz képest. (Tegyük hozzá: ez a két helyzet nemcsak a szándékosságot foglalja magában, hanem inkább a súlyos gondatlanság valamiféle tesztjét jelentik – de egyben a szándékosság esetén is igaz lesz!)

Hasznos „megtévesztés”: ajánlattétel Az előző megtévesztési teszt is beleesik azonban abba a hibába, amelybe a fent látott tévedési alapmodellek: nem számol az információk összetett – igaz és hamis elemeket szétválaszthatatlanul magá-

²⁹⁹ A másik – pontatlanabb – teszt, vagyis az, hogy szándékosságról akkor beszéljünk, ha a megtévesztő célja kifejezetten a másik tévedésbe ejtése, szintén megköveteli a proxy-változók alkalmazását: itt a megtévesztő céljait, célfüggvényét kellene ismerni.

ban foglaló – voltával. Lássuk ezt az egyik leggyakrabban felmerülő problémán! Lehet-e egy ajánlat megtévesztő?

Az előző fejezetben az ajánlati kötöttség kapcsán azt vizsgáltuk, hogy az ajánlatban bízva okkal ruházott-e be a felperes. Megtévesztés esetén a helyzet megfordul: az a kérdés, hogy az alperes szándékosan vezette-e őt félre. Azt már láttuk a tévedés fogalma, illetve az okozatosság kapcsán, hogy a tévedésbe ejtést, így a megtévesztést is (i) vagy további információgyűjtési, átadási és feldolgozási költségek árán, vagy (ii) az ismert igazságelemeket is tartalmazó információk elhallgatásával lehet csak megelőzni. Térjünk vissza most erre a második technikára, a hallgatásra! Láttuk, a magyar és a legtöbb jog szerint a tudatos elhallgatás megtévesztés. Csakhogy vannak olyan esetek, amelyek kifejezetten kötelezővé teszik a hallgatást – ha tetszik: a tudatos megtévesztést. Ilyen, amikor bizonyos információk nyilvánosságra hozatalát tiltjuk. Láttunk ilyet az abszolút és a relatív információk tárgyalása kapcsán: dohánytermékek esetén például nem hozható rólok nyilvánosságra az a relatív információ, hogy az egyik cigaretta egészségesebb („light” – kevésbé káros, kevesebb nikotint tartalmaz), mint a másik.

A megtévesztés tiltásának tehát olykor-olykor több a kára, mint a haszna. Jó példa erre a reklámok esete vagy a fent látott német példa a magunk, árunk, szolgáltatásunk feldicsérése. A reklám célja nyilvánvalóan az, hogy információkat juttasson el a fogyasztókhöz. Ezen információk egyik legfontosabbika, hogy a termék egyáltalán létezik. A nagyobb választék ismerete általában jó a vevőnek is, és fokozza a versenyt. Sok olyan közgazdasági elemzést ismerünk, amely bizonyítja, hogy a reklámozás – éppen a verseny fokozásán keresztül – csökkenti az árakat, a reklámozott dimenziókban jobb minőséghez vezet (lásd Rubin [2000, 2004]). A probléma tehát nem a reklám maga, a kérdés inkább az, hogy a termék létre felhívhatjuk-e a figyelmet, a termék kipróbálására rávehetjük-e a fogyasztókat olyan „feldicsérő” információkkal, amelyek egyébként nem igazak. Mondhatja-e egy légitársaság, hogy „szárnyakat ad vágyainknak”, mondhatja-e egy kozmetikai cég, hogy az ő terméke a legjobb? Szükséges-e, hogy a jog fellépjen ezen kijelentések ellen?

A kérdés megválaszolásához három szempontot kell figyelembe venni, az egyik az „önhiba” – pontosabban annak a megtévesztés esetén létező „pótléka”, mint például, hogy a feldicsérés nem megtévesztés. Bizonyos esetekben elvárható a fogyasztótól, hogy az ilyen információkat „helyükön kezelje”. Azt kell itt összehasonlítani, hogy mi jár kisebb költséggel: a fogyasztók önvédelme, tanulása, a tévesen kötött szerződésekből származó kár vagy az, ha ilyen ügyeket bírósági eljárásokon keresztül akarunk megoldani. A másik szempont az, hogy a jogi fellépés alternatívái hatékonyak-e; esetleg hatékonyabbak-e, mint a jogi fellépés. Tudjuk például, hogy amennyiben egy cég megtévesztő információkat közöl a reklámban – és ezt a fogyasztók nem ismerik fel –, akkor

a versenytársa érdekelt lehet a fogyasztók tájékoztatásában. Ez vezet az ún. reklámháborúhoz, amelyből Magyarországon is többet láttunk már. Ilyen, amikor egy cég a versenytársának termékéhez hasonlítja (burkoltan vagy nyíltan) a sajátját. Az ilyen „háborúk” eredménye pedig az, hogy a fogyasztók több (és igazabb) információhoz jutnak (Ekelund – Saurman [1988]). Igaz, de nem lenne olcsóbb, ha háborúra nem is lenne szükség, arra erőforrásokat sem pazarolnánk el, hanem megtiltanánk az ilyen megtévesztő összehasonlításokat? Lehet, hogy az lenne, hiszen nem kellene ellenreklámokra költeni. Csakhogy arra semmi garancia nincs, hogy a reklámháború miatt felszínre kerülő (például az árakról vagy a termékminőségéről szóló) információ anélkül, akár valamilyen kormányzati szabályozás révén nyilvánosságra kerülne. A harmadik szempont pedig ismét egy jogon kívüli alternatívára hívja fel a figyelmet: a reputációra. Ez a *tapasztalati javak esetén* (tehát épp akkor, amikor a tévedés, megtévesztés egyáltalán alkalmazható doktrína lenne) sokszor elég erős ösztönző. Ha a termék rossz minősége (a reklám hazug volta) viszonylag gyorsan ismert lesz, akkor az nem emeli, hanem éppen csökkenti az adott szolgáltatás keresletét: rontja a termék reputációját, a gyártó védjegyét.³⁰⁰ A gyártónak általában nemcsak az az érdeke, hogy időlegesen egy-egy reklám révén feltornázza az eladásait, hanem azt a későbbiekben is meg akarja tartani. Sőt, maga az, hogy valaki reklámoz, már magában valamiféle minőségi garancia. A reklám ugyanis az eddigi fogalmaink szerint olyan kiadás, amit visszanyerni nem lehet: elsüllyedt költség. Ha a cégről, a termékről később a rossz minőségre fognak asszociálni (és ráadásul épp a reklám miatt ismert is lesz), akkor nem érdemes reklámra költeni. Visszafordítva: épp maga a reklám jelzi azt, hogy a termék, a termelő szerint, megéri az ilyen beruházást, tehát a termék jó minőségű.³⁰¹

3.3. Magyar jogi problémák

A megtévesztés tárgyalásakor, a szándékosság definícióján túl, három a jogi probléma vizsgálata fontos. Egyrészt, a magyar jog szerint a megtévesztés mindig jogellenes – ezzel szemben a fenyegetés lehet jogos. Mindemellett az előbb azt láttuk, hogy a megtévesztés olykor több haszonnal, mint kárral jár, vagyis

³⁰⁰ Tegyük hozzá: ez az érv igaz arra az esetre is, amikor nem hazug, csak „megtévesztő” a reklám! Ha valami alacsony értékű, és gyakran vásárolják, akkor a tanulási folyamat gyors: egy-egy rossz döntés könnyen javítható.

³⁰¹ A reputáción, illetve a visszatérő vásárlókon alapuló érvelés Achilles-pontja, hogy a reputáció valóban erős ösztönző-e. Ha az információ csak lassan terjed, ha a fogyasztók nem vásárolják gyakran a terméket, vagy ha a cég a piac elhagyására készül, és ezért hosszú távban nem gondolkodik, akkor a reputációs hatás kifejezetten gyenge lesz. (Lásd részletesebben Budai et al. [2008])

akad olyan eset is, amikor kifejezetten szükséges, hogy a hazugságot megengedjük, sőt ösztönözzük is: ezt nevezhetjük jogos megtévesztésnek. Másrészt, bár az esetek túlnyomó többségben a megtévesztéstől el akarunk riasztani, a magyar jog (alapesetben) mégis csak a kártérítés szankcióját rendeli ehhez az esethez is. Harmadrészt, tárgyalnunk kellene a harmadik fél által okozott megtévesztés problémáját is. Ezt azonban itt most nem tesszük meg, hanem helytakarékosság okán a következő fejezetben, a harmadik fél részéről érkező fenyegetés kapcsán elemezzük majd – itt csak az alapintuíciót és a végkövetkeztetést előlegezzük meg.

Jogos megtévesztés. Nem nehéz belátni, hogy van a megtévesztésnek is társadalmilag támogatható formája. Induljunk ki abból, hogy meg akarjuk akadályozni a politikai nézetek szerinti vagy a vallási, esetleg az egészségi állapot alapján történő diszkriminációt a munkaerőpiacon!³⁰² Vegyük észre, hogy a klasszikus (nem, faj, kor szerinti, stb.) diszkriminációs problémáktól ezek az esetek annyiban térnek el, hogy a diszkrimináció alapja itt nem „nyilvánvaló”: ha meg akarjuk tudni, hogy a jelentkező melyik kategóriába esik, akkor azt meg kell tőle kérdezni! A kézenfekvő jogi technika azonban nem nyújt elégséges védelmet: nem elég, ha az ilyen kérdések feltételét tiltjuk. Ha a jelentkezők tudják, hogy a munkaadó kiket részesít előnyben, akkor közülük azok, akik előnyös tulajdonsággal rendelkeznek, ezt önként közölni fogják – kérdés nélkül is.

A kívánt cél eléréséhez az kell, hogy ne lépjen fel a jog a megtévesztés ellen. Ha a hazugság, megtévesztés nem szankcionálható, akkor a felek tudhatják, hogy utólag emiatt az állítás miatt nem lehet megtévesztésre hivatkozni. Nyugodtan mondhatja, hazudhatja azt bárki, amit a partnere hallani akar. De mivel a hazugság nem szankcionálható, így az ilyen közlések már nem is lesznek hihetőek: a munkaadó tudja, hogy mindenki ezt mondaná.

Elrettentés modell: elég az érvénytelenítés? Megtévesztés esetén tehát szándékos károkozással állunk szemben. Szándékos károkozás esetére pedig a kártérítés

³⁰² A közgazdaságtan, amely magát – okkal – a diszkrimináció tudományának nevezi, természetesen nem önmagában a diszkriminációt tekinti problémának. Maga a választás mindig diszkrimináció, és közgazdaságilag meglehetősen nehéz különbséget tenni aközött, hogy valaki a fehérbort diszkriminálja a vörössel szemben, a partnerválasztáskor előnyben részesíti a magyarokat a külföldiekkel szemben, vagy munkaadóként jobban szereti a nem cigány munkatársakat a cigányok helyett. Elvileg mindegyik a preferenciájának kifejeződése – amíg nem akarunk preferencia és preferencia között különbséget tenni (ha akarunk, azt közgazdaságilag indokolni nem tudjuk, hiszen a közgazdaságtan a preferenciákat adotttnak veszi), addig nem mondhatjuk, hogy míg az egyik tolerálható, a másikkal szemben fel kell lépni. Azonban, amennyiben egyes preferenciák nagyon elterjedtté válnak a társadalomban, annak komoly extern hatásai vannak, amelyek miatt a közgazdaságtan eszközeivel is igazolni tudunk bizonyos diszkriminációellenes politikákat – igaz közel sem annyit, mint amennyi az utóbbi évtizedekben megjelent. (A diszkrimináció káros hatásainak közgazdasági elemzéséért lásd Loury [2005].)

joggazdaságtana is keményebb következményeket javasol, nem egyszerűen a másik kárának megtérítését: az „elrettentéshez” ennél magasabb szankciókra van szükség.

Az ötödik fejezetben megismertük a büntető kártérítés modelljét. Eszerint a kellő elriasztáshoz a valós kár fölé kell emelni a megítélt kártérítést: azt kell elérni, hogy a kártérítés és a valós kár úgy viszonyuljon egymáshoz, mint a perre vitt és a valós káresemények száma. Ha például öt esetből csak négyszer perelnek, akkor a kártérítés és a kár viszonya is legyen öt a négyhez, vagyis a kártérítés legyen 25%-kal magasabb, mint a valós kár. Ha nem így teszünk, akkor a károkozás kifizetődő lesz: a perre vitt esetekben a károkozó megfizeti a kárt, a perre nem vitt eset viszont tiszta nyereség a számára. Éppen ezért büntető kártérítést elvileg minden olyan esetben (objektív vagy vétkességi felelősség alapján megítélt ügyben is) érdemes kivetni, amikor a látencia, a bíróság elé nem vitt esetek aránya jelentős. Szándékos károkozás esetén azonban különösen indokolt ez a többlétszankció. Egy károkozás szándékossága éppen azt valószínűsíti, hogy nagyobb lesz a látencia: az elkövető vélhetően tudatosan tesz lépéseket annak érdekében is, hogy csökkentse a károsult perlési kedvét, bizonyítási lehetőségeit.

Másrészt figyelembe kell venni, hogy míg gondatlan károkozás esetén a károkozó nem nyer abból, hogy a partnere kárt szenved (mint láttuk, nyeresége csak abból van, hogy az alacsonyabb gondosság miatt kisebb a kiadása), szándékosság esetén azonban igen. Ilyenkor, ha pusztán a másik kárát térítettetnénk meg, és számára megmaradhatna a haszon, akkor a megtévesztés egészen addig kifizetődő lesz, amíg a haszna nagyobb, mint a várható kártérítés. Ugyanaz a logika ez, mint amit fenn a haszonelvönás esetén láttunk: ha el akarunk rettenteni a tevékenységtől, akkor azt kell garantálni, hogy a várható kártérítés legalább akkora legyen, mint a megtévesztés révén elérhető várható haszon.

A magyar polgári jog elvileg ugyanazt a szankciót rendeli a tudatos megtévesztéshez, mint a vétkes vagy gondatlan tévedésbe ejtéshez, tévedésben tartáshoz (akaratlan megtévesztéshez): a szerződés érvénytelenítését és a *negatív interesse* kölcsönös megtérítését. A szándékossághoz tehát alapesetben nem tartozik többlétszankció, holott e joggazdaságtani modell szerint szerencsés lenne. Figyelembe kell ugyan venni, hogy a megtévesztés polgári jogi tényálláshoz kapcsolódnak, kapcsolódhatnak büntetőjogi következmények is, amely nyilvánvalóan növeli a szankciót, mégis felvethető a kérdés, hogy nem lenne-e szerencsés a polgári jogban is (legalább) keményebben eljárni a tudatos megtévesztővel szemben. Legalább a német megoldást átvenni: eleve, nem pedig a bíróság diszkrecionális döntésétől függően elengedni a megtévesztett fél oldalán az eredeti állapot helyreállításából fakadó kötelezettségeket. Természetesen ez a megoldás a bírósági döntések kellő pontosságát feltételezi, hiszen szét kell

tudniuk választani a szándékos (megtévesztési) eseteket a nem szándékostól (tévedés). Ha attól tartunk, hogy erre a bíróságok nem képesek, akkor kisebb rossz lehet az azonos szankció – elfogadva ezzel, hogy a jogrendszer közvetetten ösztönzi (nem üldözi eléggé) a szándékos károkozást.

Megtévesztés harmadik fél részéről. A harmadik fél részéről érkező megtévesztés több jogrendben nem érvénytelenségi ok. Például a Code Civil csak abban az esetben teszi a megtévesztést relevánssá, ha az a másik féltől ered. A francia gyakorlat szerint például, ha a kezességet valaki azért vállalja el, mert az adós őt fizetőképessége kapcsán megtévesztette, akkor nem támadhatja meg megtévesztésre hivatkozva a banknak tett kezesi nyilatkozatát, hiszen őt nem a hitelező tévesztette meg. A német jog szerint a harmadik személy részéről történő megtévesztés érvénytelenné tehet egy szerződést, de csak akkor, ha a szerződő partner a megtévesztésről tudott vagy arról tudnia kellett. A *misrepresentation* angol doktrínája szerint pedig az alapszabály az, hogy a megtévesztés általában csak akkor teszi a szerződést érvénytelenné, ha az a szerződő féltől vagy annak hatáskörében eljáró megbízottjától ered. Igaz, ez a szabály nem minden esetben érvényesül. Egy viszonylag híres esetben (Barclays Bank plc v. O'Brien [1993] UKHL 6) egy zálogszerződés azért lett érvénytelen, mert a férj az aláírása előtt valótlánul tájékoztatta a feleségét a zálogkötelezettség összegéről, ráadásul még azzal is „hitegette”, hogy azt rövidebb idővel a zálogszerződés aláírása után el fogják engedni. A *misrepresentation* doktrínája szerint a válasz itt az lett volna: a feleség és a bank közötti zálogszerződést tekintve a férj harmadik személynek minősült, ezért a szerződés nem támadható meg sikerrel megtévesztésre hivatkozva. A bíróság azonban mégis, a német gyakorlathoz hasonló elvet követve, helyt adott a feleség védekezésének. Azzal indokolta ezt, hogy a banknak adott helyzetben a „megtévesztés lehetőségével ésszerűen számolnia kellett”, ezért erre a feleség figyelmét fel kellett volna hívnia, és javasolnia kellett volna, hogy forduljon független jogi szakértőhöz felvilágosításért.

A legtöbb vitát általában az áruvásárlási hitel azon formája generálja, amelyben az eladó és a hitelintézet együttműködik, az eladó közvetíti ki a vásárláskor a hitelt. Ha a vásárlás során az eladó a vevőt – tipikusan elhallgatással – megtévesztette, akkor a hitelszerződés a német jog szerint a harmadik féltől származó megtévesztés miatt eredménnyel támadható. A francia joggyakorlat sokáig az ilyen vásárlási kölcsönök esetén sem kapcsolta össze a kölcsönszerződést az adásvétellel. Mivel ez a gyakorlat az Európai Közösségek fogyasztói hitelekéről szóló szabályozásával ellentétes volt, így kifejezetten erre az esetre külön jogszabály mondja ki – nem érintve tehát a Code Civil általános szabályát, amely szerint harmadik fél részéről történő megtévesztés nem vezet érvénytelenségre –, hogy az eladót a hitelező bank megbízottjának kell tekinteni.

A válasz logikáját a következő fejezetben fejtjük ki részletesen. Az induló intuíció hasonló ahhoz, amit a közreműködőkért vállalt felelősségnél, illetve a képviselők által kötött szerződéseknél láttunk: el kell különíteni azokat az eseteket, amikor a harmadik fél lépéseit a szerződéses partner valóban befolyásolni tudja, azoktól, amikor ez nem lehetséges. Az utóbbi esetben, hiába szándékos a harmadik fél lépése, érdemes csak tévedésként megítélni. Ha valóban megvan a kellő befolyás, akkor indokolt a joggazdaságtan szerint a harmadik fél lépéséért megtévesztésként felelőssé tenni a szerződési partnert. Itt indokolt a másért viselt felelősség.

4. ÖSSZEFOGLALÓ

Az első fejezetben megismert kilenc ösztönző hatás közül az ebben a fejezetben tárgyalt témák természetesen elsősorban az információgyűjtést és tájékoztatást, valamint a kockázatelosztást érintették. Láttuk, hogy a joggazdaságtan meglehetősen összetett modellt dolgozott ki arra, hogy mely információknál szerencsés az információ-átadást megkövetelni – tudva, hogy ezzel (a legtöbb esetben) csökkentjük az információgyűjtést. Láttuk, hogy ezek a roppant szofisztikált modellek a jogi gyakorlatban alkalmazhatatlanok – túl sok információ megszerzését követelnék a bíróságtól. A jogrendszerben megjelenő hüvelykujjszabályok azonban viszonylag pontosan képezik le a joggazdaságtan hatékonysági elvárásait. Tévedés esetén a legfontosabb kérdés e tekintetben a két féltől elvárt magatartás (az önhiba, illetve, hogy a tájékozott féltől elvárható volt-e, hogy felismerje partnere tévedését), valamint a relevancieszt.

A megtévesztés esetén a szándékosság problémájával szembesültünk, e könyvben először – de nem utoljára. Láttuk, hogy a szándékosság a joggazdaságtani elemzésben a járadékvadászattal kapcsolódik össze: használ-e fel valaki kifejezetten azért erőforrásokat (és mennyit), hogy partnerét rosszabb helyzetbe hozza. A másik itt bevezetett, de később még visszatérő probléma az önvédelem és a tévedő fél bírósági megmentése közötti választás.

A kockázatmegosztásra elsősorban a kétoldalú tévedés problémája hat. A kölcsönös tévedés a joggazdaságtani elemzések szerint egy kockázat megosztását jelenti: amit a két fél nem tud, amire a szerződés megkötésének pillanatában nem számít, az kockázat. Láttuk, hogy attól függően, hogy a nem nyilvánvaló, hanem bizonytalan, kockázatos helyzeteket hogyan kezeli a jog, a kockázatot másképpen osztja meg a két fél között – és ezzel az információgyűjtésre is komolyan visszahat.

A mostani fejezetet ugyanazokkal a gondolatokkal kell zárni, mint az előzőt: a direkt hatásokon túl ezek az intézmények is menekülési utat jelentenek a szer-

ződés kikényszerítése alól. Aki a szerződést utólag a maga számára terhesnek érzi, megpróbálhat ezekre hivatkozva menekülni attól: állíthatja, hogy tévedésben volt, illetve, hogy megtévesztették. Amennyiben a bíróság nem képes pontosan elkülöníteni azokat, akik erre okkal, azoktól, akik erre valótlanul hivatkoznak, akkor ez azt jelenti, hogy a szerződés védelmét csökkenti, ritkábban, gyengébb szankciókkal próbálja kikényszeríteni. Röviden: bírósági tévedés esetén e doktrínák ugyanúgy hatnak, mintha a várható kártérítés csökkenne.

Irodalomjegyzék

- Bainbridge, Stephen M. [2000], Insider Trading. in: Bouckaert – de Geest [eds.], *Encyclopedia of Law and Economics, Volume III. The Regulation of Contracts*, Cheltenham, Edward Elgar.
- Benedek Károly – Gárdos Péter [2007a]: XVII. fejezet: Általános szabályok. in: Gellért György: A Polgári Törvénykönyv magyarázata I. kötet, Complex, Budapest
- Benedek Károly – Gárdos Péter [2007b]: XVIII. fejezet: A szerződés megkötése. in: Gellért György: A Polgári Törvénykönyv magyarázata I. kötet, Complex, Budapest
- Ben-Shahar, Omri [2009], Causation and foreseeability. in: Faure, M. (ed.), *Tort Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing
- Budai Attila – Mike Károly – Szalai Ákos [2008]: A fogyasztóvédelmi lépések értékelésének alapelvei. in: Szalai Ákos [szerk.]: *Kapitalista elvárások*. Közös és Kapitalizmus Intézet, Budapest
- Cooter, Robert – Thomas Ulen [2005]: Jog és közgazdaságtan. Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest
- Craswell, R. [2006], Taking Information Seriously: Misrepresentation and Nondisclosure in Contract Law and Elsewhere. *Virginia Law Review* 92, pp. 565-632
- Ekelund, R.B., Jr – D.S. Saurman [1988]: Advertising and the Market Process. *San Francisco, Pacific Research Institute*.
- Gordon, Wendy J. – Robert G. Bone [2000]: Copyright. in: Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume II. Civil Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar
- Groskopp – Medina [2006], *A Revised Economic Theory of Disclosure Duty and Break-Up Fee in Contract Law*, available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=935165.
- Hermalin, Benjamin E. – Avery W Katz, [2006], Privacy, Property Rights, & Efficiency: The Economics of Privacy as Secrecy,” *Quantitative Marketing and Economics*, Vol. 4 (2006), pp. 209-239
- Hermalin, Benjamin E. – Avery W Katz – Richard Craswell [2007], The Law and Economics of Contracts. in: Mitchell Polinsky – Steven Shavell (eds.), *Handbook of Law and Economics*, Vol. 1, A., Amsterdam: Elsevier, 3-138.
- Hirshleifer, J [1971], The Private and social value of information and the reward to inventive activity’, 61(4), *American Economic Review*, 561-74.
- Kemenes István – Vékás Lajos [2008]: Ötödik könyv második rész: A szerződések általános szabályai. in: Vékás Lajos (szerk): *Szakértői javaslat az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez*. Budapest, Complex
- Kronman, A. [1978], Mistake, disclosure, information and the law of contracts, *Journal of legal Studies*, 7(1), 1-34.
- Loury, Glen C. [2005]: A faji jövedelemgyenlőtlenségek dinamikus elmélete. in: Loury, Glen C.: *Előítélet, megkülönböztetés, színvakság*. Rajk László Szakkollégium, Budapest
- Mackaay, Ejan [2011], Civil law of contract. in: G. de Geest [ed. 2011], *Contract Law and Economics*, Cheltenham: Elgar

- McGuire, T.G. [2000], Physician agency. in: A. Culyer – J. Newhouse [ed.], *Handbook of Health Economics*. Elsevier 2000
- Menell, Peter S. [2000]: Intellectual Property: General Theories. in: Bouckaert, Boudewijn De Geest, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Volume II. Civil Law and Economics, Cheltenham, Edward Elgar
- Menyhárd Attila [2000]: *A szerződés akarathibák miatti érvénytelensége*. Szladits Szeminárium kiadványai 1. ELTE ÁJK Polgári Jogi tanszéke, Budapest
- Milgrom, Paul – John Roberts [2005]: *Közgazdaságtan, szervezetelmélet és vállalatirányítás*. Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest
- Nelson, Ph. [1970]: Information and Consumer Behavior, 78 *Journal of Political Economy*, 311–329.
- Nelson, Ph. [1974]: Advertising as Information. 82 *Journal of Political Economy*, 729–754.
- Page, W.H. – J. E. Lopatka [2000]: Network Externalities. In: Bouckaert, B. – G. De Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar
- Posner, Richard A. [2011], *Economic Analysis of Law*, New York: Aspen Law and Business
- Rubin P.H. [2000]: Information Regulation (incl. Regulation of Advertising). in: Bouckaert – de Geest [eds.], *Encyclopedia of Law and Economics, Volume III. The Regulation of Contracts*, Cheltenham, Edward Elgar.
- Rubin P.H. [2004]: Regulation of Information and Advertising. *Emory University School of Law Law & Economics Research Paper Series no. 04-05*
- Scheppele, Kim [1988], *Legal Secrets: Equality and Efficiency in Common Law*, Chicago, US: University of Chicago Press.
- Sefton-Green, Ruth [2005], *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract law*, Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Shavell, Steven [2004], *Foundations of Economic Analysis of Law*, Belknap Press
- Szladits Károly [1941]: *Kötelmi jog – Általános rész*. Grill Károly Kiadóvállalata, Budapest
- Vékás Lajos [2008]: Első könyv: Bevezető rendelkezések. in: Vékás Lajos (szerk): *Szakértői javaslat az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez*. Budapest, Complex
- Zhou, Qui [2011], Contractual mistake and misrepresentation. in: G. de Geest [ed. 2011], *Contract Law and Economics*, Cheltenham: Elgar

IX. fejezet

Az önkéntesség hiánya, a kényszer formái

A szerződési szabadság definiálásakor láttuk, hogy annak egyik fontos eleme a nem-szerződés joga is. Eszerint szerződéses kötelezettség csak akkor terhelhet minket, ha valóban szerződést kötöttünk, vagyis két racionális fél közös akaratnyilvánítása történt. Ez utóbbi a szerződéseknek a jogtudományban talán leginkább elterjedt filozófiai megalapozása, az ún. *akaratelmélet*. Pope [2004] értelmezése szerint a szerződés akarati modellje három dolgot feltételez a szerződést kötő felekről: (i) rendelkeznek a döntéshozáshoz, a választáshoz szükséges absztrakt (kognitív) képességekkel, (ii) a kényszer, fenyegetés vagy manipuláció képében megjelenő külső ellenőrzéstől kellőképp függetleníteni tudják magukat, és (iii) az őket körülvevő világot kellőképpen ismerik, értik.³⁰³ Ennek alapján nem beszélhetünk tehát szerződésről, ha az abban érintettek nem járulnak ahhoz hozzá vagy hozzájárulásukat nem önkéntesen, nem kellően „értelmesen” teszik. A három feltétel közül az utolsóval az előző fejezetben foglalkoztunk. Most a másodikat tárgyaljuk – az elsőre pedig a következő két fejezetben kerül sor.

A külső manipulációk elleni védelemre a magyar jog három intézményt ismer. Egyrészt megtámadhatóvá teszi a jogellenes fenyegetés hatására kötött szerződéseket. Másrészt, védi az aktuálisan szorult helyzetben levő felet attól, hogy helyzetét kihasználva számára hátrányos szerződéseket kötessenek vele. Ez az uzsoratilalom: az ilyen esetben és ilyen tartalommal kötött szerződés érvénytelen. Harmadrészt az uzsoratilalomnak van – mint majd látjuk, jórészt a bizonyítás egyszerűsítése érdekében megalkotott – ún. objektív formája is: ez a feltűnő értékaránytalanság. Ilyenkor maga a szerződés hátrányos (feltűnően aránytalan) volta is elég annak érvénytelenségéhez, az uzsorával szemben nem kell, hogy azt a „nyertes” partnere szorult helyzetének kihasználásával érje el.

Mielőtt az elemzéshez hozzáfognánk, fel kell idézni, hogy a joggazdaságtan nem etikai elmélet. Nem azt kérdezi, hogy helyes vagy nem helyes más embert kényszeríteni, más szükséghelyzetét kihasználni. (Természetesen feltételezi, hogy nem az.) A kérdés, hogy az adott jogszabály segít-e megváltoztatni az emberek döntéseit – például kevesebb ember fog-e másokat szerződésre kényszeríteni. Fontos ugyan, hogy a jog az etikailag helytelen cselekedeteket elítélje,

³⁰³ Idézi Cserne [2011].

mert – mint az első személy általi kikényszerítést kapcsán láttuk – maga ez a jogi helytelenítés is hat a döntéshozók preferenciáira, de a kulcskérdés mégis inkább az, hogy adott, a *jog által nem befolyásolt preferenciák mellett* mennyire változtatja meg egy-egy jogszabály az emberek döntéseit. Feltesszük, hogy az emberek preferenciái változatlanok, és a jogszabályok az egyes alternatívák következményeit változtatják – ezért ösztönzik vagy ellenőztözik azokat.

1. JOGELLENES FENYEGETÉS

A magyar jog együtt, egy paragrafusban kezeli a megtévesztést és a fenyegetést. Mind a kettő megtámadhatóvá teszi a szerződést. Hasonló megoldást találunk a német BGB-ben is. A két megoldás között a különbség az, hogy a német jog definiálja, hogy mit ért fenyegetésen (szűkebben szabva azt meg, mint amit a köznapi értelemben fenyegetésnek tartanánk), a magyar viszont a fenyegetésen belül elkülöníti a *jogellenes* fenyegetést, és csak ez ellen lép fel. A joggazdasági probléma az, hogy azt, ami köznapi értelemben fenyegetés, azt nem feltétlenül kell akadályozni. A fenyegetések egy része „utolsó ajánlat”, ami az alkufolyamat természetes része: ez teszi nyilvánvalóvá a két szereplő értékelését. Ez az alku része, jogilag ellene fellépni kifejezetten veszélyes lenne.

Az alfejezete felépítése annyiban tér el a megszokottól, hogy a magyar jog ismertetése után a joggazdasági problémákat két olyan pontra bontva tárgyaljuk, amelyek egyben a jogellenes fenyegetés definícióját is első közelítésben megadhatják: megvizsgáljuk, hogy a klasszikus joggazdaságtani irodalom miképpen próbálja meghatározni a fenyegetést, illetve, hogy a járadékvadászat fogalma mennyiben segít ezen definíció megadásában. Előre kell azonban jelezni, hogy a jogellenes fenyegetés hatékony definíciója – az első fejezetben látott intézményi megközelítés értelmében – nem adható meg a következő alfejezet, vagyis a fenyegetés egyik legfontosabb alternatívájának az uzsorának az ismerete nélkül. Az alfejezet negyedik pontja pedig a magyar jog azon speciális szabályait veszi számba, amelyek – túl azon, hogy eltérnek más országok fenyegetéssel kapcsolatos szabályozásától – módosítják a fenyegetésnek az előző két pontban bemutatott, és a joggazdaságtani alapmodellből kiolvasható ösztönző hatásait.

1.1. Magyar jog

A magyar jog szerint jogellenes fenyegetés akkor állapítható meg, ha az egyik fél az ajánlata, a szerződés elutasítása esetére személyi vagy vagyoni hátrányt helyez kilátásba partnere számára. A fenyegetés nem kell, hogy közvetlenül az

adott személy ellen irányuljon, elég annak közeli hozzátartozóját is fenyegetni. Másrészt, a megtévesztéshez hasonlóan a releváns fenyegetés is származhat harmadik személytől. Ekkor a fenyegetés megállapításának feltétele, hogy erről a perbe fogott fél tudjon.

Komolyság, alkalmatlan eszköz. A fenyegetés hihetősége, erőssége vizsgálat tárgya: alapos félelmet nem keltő fenyegetés esetén a szerződés érvénytelensége nem mondható ki. Hasonlóképpen kizárja a fenyegetés miatti érvénytelenítést, ha a fenyegetés alkalmatlan eszközzel történt. A Ptk. szövege ugyan maga nem tartalmazza feltételként, hogy a fenyegetésnek alaposnak, valóban félelmet keltőnek kell lennie, de azért, mert ez – a Ptk. miniszteri indokolása szerint – a fenyegetés fogalmában benne rejlik (Menyhárd [2000] pp. 188-189).

A komolyság tesztje az, hogy alkalmas-e a másik fél *akarátának befolyásolására*: a jogellenes fenyegetés is csak akkor eredményez érvénytelenséget, ha az ügyletkötés során a másik fél döntését befolyásolta. Ha az adott szerződést a másik fél fenyegetés hiányában is megkötötte volna, akkor nem lesz az érvénytelen.

A fenyegetés csak akkor releváns, ha a fenyegető *tudja*, hogy (i) magatartása *alkalmas* a másik fél akarátának befolyásolására, és (ii) azt *ténylegesen befolyásolja is*. De a komolytalan fenyegetés is lehet releváns, ha azt a sérelmet szenvedett fél valóban (tévesen) komolyan vette. Ugyanakkor ebben az esetben a bizonyítás nehéz lesz. A „fenyegetett” félnek ugyanis arról kell meggyőznie a bíróságot, hogy ugyan a fenyegetés komolytalan volt ő mégis (i) elhitte és (ii) ez befolyásolta a döntését.³⁰⁴ A teszt tehát ebben az értelemben egy tiszta objektív felelősség felé hajlik: függetlenül attól, hogy a „fenyegetett” fél kellően elővigyázatosan járt-e el, nem hitt-e el megalapozatlan állítást (fenyegetést) is, a fenyegető félre terheli a fenyegetés következményeit.

Lényegesség, okozatosság. A fenyegetés akkor elég erős, akkor beszélünk okozatosságról, ha annak hiányában a szerződést a sértett nem kötötte volna meg. Ennek a megfogalmazásnak a problémájával a tévedésnél már találkoztunk: láttuk például, hogy a – joggazdaságtan hatékonyági elemzéséhez legközelebb vivő – francia értelmezés azt érti ezen, hogy a felperes az adott tárgyban semmiféleképpen nem kötött volna szerződést.

Különösen szerződésmódosítás és egyezség kapcsán gyakran merül fel a probléma, hogy az egyezséget azért támadják meg, mert azt valamelyik fél csak azért kötötte meg, mert partnere elutasítás esetén a vételár (vagy a hátralék) meg nem fizetésével fenyegette. Önmagában az a fenyegetés, hogy a partner a követelést nem fizeti meg, nem minősül relevánsnak.

³⁰⁴ Később majd látjuk, hogy a fenyegetés jogszerűségének – és nem okozatosságának – megítélése miatt szintén visszakerül a rendszerbe a sérelmet szenvedett fél elővigyázatosságának kérdése.

Jogérvényesítéssel fenyegetés. A II. világháború előtti jogi érvelésben az alkatlan eszköz doktrínából vezették le azt, hogy a jogi igényérvényesítés – speciális eseteket leszámítva – nem számít jogellenesnek fenyegetésnek.³⁰⁵

A mai gyakorlat elvileg ugyanezen az alapon áll. Kezdjük azzal az esettel, amikor valaki az ajánlata elutasítása esetére partnere beperlésével fenyeget vagy azt helyezi kilátásba, hogy az tőle csak bíróság, végrehajtás útján fogja tudni behajtani a szerződésben vállaltakat! (Ez különösen egyezség kapcsán merül fel gyakran: a felperes ilyenkor tipikusan arra hivatkozik, hogy azért egyezett bele a követelés egy részének elengedésébe, mert az alperes a hátralék meg nem fizetését helyezte kilátásba – állva a per elé.) Önmagában ez a mai magyar jogban sem jelent jogellenes fenyegetést, azonban van olyan legfelsőbb bírósági döntés, amely jóerkölcsbe ütközés miatti semmisséget mondott ki, amikor az alperes azzal a fenyegetéssel bírta rá a felperest a joglemondásra, hogy különben nem, illetve csak a „köztudottan hosszadalmas” bírósági eljárás eredményeként teljesít (Pf. I. 22.033/1994/4. sz.; idézi: Menyhárd [2004] p. 270).

Gyakran felbukkanó probléma az is, ha valaki büntető feljelentéssel fenyegeti a partnerét. Ez abban az esetben nem jogellenes, ha a fenyegető jogos követelése és a büntető feljelentést maga után vonó magatartás összefügg (például a kártérítési igény csalásból, pontosabban csalást is megvalósító magatartásból ered). Jogellenes viszont akkor, ha a magatartás és a követelés érvényesítése között nincs összefüggés – például feljelentéssel fenyegetés azért, hogy a másik a szerződés módosításához hozzájáruljon.³⁰⁶

Jogkövetkezmény, szankció. A jogellenes fenyegetéstől, amely megtámadhatósági ok (vagyis a sértett akaratától függ, hogy kezdeményezi-e az érvénytelenség megállapítását), el kell választani a fizikai kényszert, amely semmisségi ok – pontosabban ott akarathiányt mond ki a bíróság, így a szerződés létre sem jön (Menyhárd [2000] p. 187). Ennek legfontosabb következménye, hogy a fenyegetés esetén a megtámadás a sértett fél *ex post* döntésétől függ. Sőt, erről a megtámadási jogról le is lehet mondani.

Az érvénytelenség jogkövetkezménye a 2013-as kódex szerint – mivel az érvénytelenséget a fenyegető fél okozza, és kimenteni magát nem tudja – a

³⁰⁵ Szladits érvelése szerint ilyenkor ugyanis a „fenyegetett” félnek megvan az eszköze a „fenyegetés elhárítására” – maga is a joghoz fordulhat. Mai szemmel nézve a kor, vélhetően a jogrendszer működésében bízva, meglehetősen könnyen adott felmentést a fenyegetés alól: nem tekintette valósnak a fenyegetést, amikor valaki a másikkal szemben folyó pere elhúzását; amikor a munkaadó a munkavállalónak járó illetmény ki nem adását; amikor valaki a családtagjának járó kötelező eltartás megvonását helyezte kilátásba. (Szladits [1941] pp. 327-329)

³⁰⁶ A feltétel a második világháború előtt is ismert volt: például ha valaki büntetőeljárással fenyegetett, az csak akkor nem volt jogellenes, ha a fenyegető ezzel nem akart őt egyébként meg nem illető előnyhöz jutni. (Szladits [1941] p. 327)

károsult teljes kárának (*pozitív interesse*) megtérítése. Az eredeti állapot helyreállítása értelmében a fenyegetett fél is tartozik visszajuttatni a szerződés során kapott értéket (restitúció).

1.2. Joggazdaságtani elemzés: jogellenesség

A jogi irodalomban problémát okoz – magyar megfogalmazás szerint – a jogos és a jogellenes fenyegetés elhatárolása. Különösen élesen vetődik ez fel három probléma kapcsán: lehet-e jogellenes fenyegetés, ha (i) valaki szerződésszegést, nem teljesítést helyez kilátásba (például egy módosítási javaslata visszautasítása esetére); ha (ii) valaki a bírósághoz fordulással „zsarolja” a partnerét; illetve ha (iii) a munkavállalók sztrájkba lépnek az ajánlat visszautasítás esetén. A joggazdaságtanból három, egymással is átfedésben lévő tesztet érdemes kiemelni, amelyek segíthetnek a jogszerű és a jogellenes fenyegetés megkülönböztetésében:

- (i) a reális alternatívák létének vagy hiányának vizsgálatát,
- (ii) a rombolás tesztjét és
- (iii) a hihetőség tesztet.

Helyettesíthetőség: reális alternatíva hiánya – monopólium. A (jogellenes) fenyegetést a jog gyakran úgy írja le, mint a választási lehetőség hiányát. Ez azonban ilyen sarkosan fogalmazva nyilvánvalóan nem igaz: választási lehetőség mindig van. Amikor a pénzt vagy életet kérdéssel szembesülünk, elvileg akkor is mondhatjuk, hogy nem adunk pénzt. Reális alternatíva-e azonban ez? Ha így tesszük fel a kérdést, akkor látszik: a probléma nem az alternatíva léte, hanem annak „realitása” vagy pontosabban erkölcsileg elfogadható minősége. Az amerikai jog például a reális alternatívát keresi: fenyegetésről akkor beszél, amikor „valamely szerződéses partner beleegyezését olyan megengedhetetlen fenyegetés váltotta ki, amely nem hagyott a károsult számára *reális alternatívát* (*reasonable alternative*).”³⁰⁷ Meg kellene tehát különböztetni a reális alternatívát az „irreálistól”, az elfogadhatatlantól.

Egy viszonylag egyszerű teszt erre az, hogy az alternatíva összefér-e bizonyos alapvető jogok gyakorlásával. Ezt nevezi Bar-Gill – Ben-Shahar [2005] alapjogi alapú kényszerfogalomnak (*right based theories of coercion*). A pénzt vagy életet kérdés például alapvető jogot (az élethez való jogot) érint. Az *alapjogi tesztet* azonban a joggazdaságtan két ok miatt is kritizálja. Például, amennyiben egy súlyosan beteg embernek gyógyszerre van szüksége, akkor nem beszélünk jogellenes fenyegetésről, holott az egészséghez vagy esetleg az élethez való joga van a mérleg másik serpenyőjében. Másik oldalról viszont nagyon sok olyan

³⁰⁷ Restatement (Second) of Contracts 175(1) [1981]

eset van, amikor a fenyegetés nem alapjogot érint. Gondoljunk arra, ha valaki egyszerűen a fennálló szerződés be nem tartásával fenyegetőzik.³⁰⁸

A joggazdaságtani tankönyvekben egy másik teszt jelenik meg, amely a közgazdaságtan monopólium fogalmára épül (Cooter – Ulen [2005] p. 291, R. Posner [2011] pp. 143-148). Monopóliumról a közgazdaságtan akkor beszél, ha egy szereplőnek *nincs megfelelő, „reális” alternatívája*: helyettesítője – ahogyan a közgazdaságtan nevezi. Annak a kérdésnek az eldöntésére, hogy két opció reális alternatívája-e egymásnak, segítségül hívhatjuk a közgazdaságtan, illetve a versenyjog kidolgozott – bizonyos esetekben könnyen elvégezhető – tesztjeit. A legegyszerűbb ezek közül a rugalmasság vizsgálata: egy terméknek akkor nincs reális alternatívája, ha az ellenérték jelentős emelése esetén is csak viszonylag kevesen mondanának le róla, viszonylag kevesen utasítanak el a szerződést. Elvileg mondhatjuk, hogy a pénz és az élet azért nem közeli helyettesítői, nem reális alternatívái egymásnak, mert az esetek többségében jelentős áremelés (például magasabb váltságdíj) mellett sem választanánk azt, hogy az életről mondunk le.³⁰⁹

Csak hogy ez a megközelítés nagyon pontatlan. Egyrészt sok olyan esetben is fenyegetést fogunk kiáltani, amikor egyszerű információadásról vagy ajánlattételről van szó. Gondoljunk bele, hogy ennek a tesztnek az alapján mit

³⁰⁸ Utalhatunk itt arra, hogy a *common law* először csak az adott személlyel szembeni fenyegetést tekintette jogellenesnek (*duress*). Viszonylag későn alakult ki a gazdasági szükséghelyzet (*economic duress*) fogalma, amikor valakinek a gazdasági, vagyoni – tehát nem alapjogi – érdekeit fenyegeti a másik fél. Például ez alapján hoztak ítéletet a *North Ocean Shipping Co. Ltd v. Hyundai Construction Co. Ltd.* [1979] (1 QB 705) ügyben. Ebben az esetben a bíróságnak egy hajóépítési szerződés módosítása kapcsán kellett döntenie a fenyegetésről. Az építető elfogadta a hajóért fizetendő ár 10%-os emelését, mivel az építő azzal fenyegette, hogy nem építi meg határidőre a hajót. Mivel az építető már lekötötte a hajó kapacitásait (fuvarokat vállalt), így a módosítás elfogadása számára a kisebbik rossz volt. A bíróság szerint ez a szerződés megtámadására elvileg elegendő alapot jelent. Azonban – egy közgazdasági szempontból érdekes fordulattal – a bíróság a keresetet mégis elutasította, mondván, hogy az késve érkezett. Itt már nem fogadta el a felperes azon érvelését, hogy attól tartott: az alperes nem fogja befejezni az építés alatt álló másik hajót, ha jogi úton fellép ellene. (Idézi Menyhárd [2004] p. 200)

³⁰⁹ Piacelemzés esetén monopóliumhelyzetről, pontosabban kevés reális alternatíváról akkor beszélünk, ha áremelkedés esetén a fogyasztók kisebb része módosítja csak a döntését – a termék fogyasztása ezért kevésbé csökken –, mint amekkora az áremelkedés aránya. Ez azt jelenti, hogy az eladó áremeléssel növelni tudja a bevételeit.

Ez a vizsgálat bevett a versenyjogban is: ott azt szokták vizsgálni, hogy meghatározott – az amerikai versenyjogban például 5%-os (lásd például Gaynor – Vogt [2000]) – áremelkedés nyomán mennyien hagynának fel adott termék fogyasztásával. Egészen pontosan azt kérdezik, hogy 5%-os áremelkedés megérné-e a szolgáltatónak, vagyis a kereslete 5%-nál jobban vagy kevésbé csökken. Ha annál kevésbé, akkor az áremeléssel bevételnövelést tud elérni. A matematika nyelvén: például, ha a kereslet 2%-kal esik vissza, míg az ár 5%-kal nő, akkor a bevétel kb. 3%-kal nő: $0,98 * 1,05 = 1,029$

mondanánk az első fejezetben szereplő példáról: az építésznek 35-be kerül a ház, a vevőnek 60-at ér, az ár pedig 50! Ebben a helyzetben például ha 10%-os árváltozást vizsgálunk (vagyis az 50-es árral 55-öt, illetve 45-öt vetnénk össze), akkor kimutathatnánk monopóliumhelyzetet, kényszert: a vevő nem reagál az árváltozásra. Sőt, a vevő 20%-os áremelésre, az építész 30%-os árcsökkentésre sem reagálna. Már persze, ha bizonyítani tudnánk, hogy egy ilyen hipotetikus módosításra a felek miképpen reagálnának – a helyettesítő tesztnak ez, vagyis a bizonyítás a másik fő problémája. Különösen, mivel egy eset nem eset: a helyettesítő termékek létének, a rugalmasságnak a vizsgálathoz egy piaci kereslet, és nem egyetlen szereplő vételi, eladási szándékának alakulását kellene tudni.

Rombolás. A rombolás-tesztet talán legpontosabban a német jog fogalmazza meg (lásd: Menyhárd [2000] pp. 135-136): a fenyegetés célja a fenyegetett felet olyan helyzetbe hozni, amelyben számára az adott tartalmú szerződés megkötése kisebb rossznak tűnik, mint *az annak elmaradása esetére kilátásba helyezett hátrány*. A megoldás nagyon közel van R. Nozick elhatárolásához (Nozick [1969/1997]). Szerinte a kemény ajánlat és a fenyegetés között az a fő különbség, hogy az *ajánlat* esetén annak elutasítása nem jár a visszautasító számára hátránnyal: ugyanolyan helyzetben van, mintha az ajánlat meg sem történt volna. Ezzel szemben *fenyegetés* esetén az „ajánlat” úgy szól, hogy vagy elfogadja azt, vagy rontunk a helyzetén.

Ha a rombolás fogalmából indulunk ki, akkor látható, hogy a fenyegetés miért okoz joggazdaságtani problémát: nő az *esélye*, hogy a szerződés tárgya nem annál végzi (nem ahhoz kerül, nem annál marad), akinek többet ér. Ha nincs fenyegetés, akkor biztos, hogy a szerződést megkötő felek legalább olyan jó helyzetben vannak, mint amilyenben szerződés nélkül lennének – különben nem egyeznének bele a szerződéskötésbe. Épp az alku, vagyis a fenyegetés hiány garantálja, hogy mindkét fél nyerjen, vagy legalábbis egyikük sem kerüljön rosszabb helyzetbe: a szerződés jólétnövelő legyen, a *Pareto-hatékonyságot* javítsa. Fenyegetés (vagy éppen tudatos megtévesztés) esetén ezt a garanciát veszítjük el.

A megoldás ugyan tetszetős, de legalább két problémával ebben az esetben is szembe kell nézni: egyrészt a teszt nem mindig ad egyértelmű választ, másrészt vannak olyan fenyegetések, amelyek hasznosak, szükségesek, mégis fennakadnának ezen a teszten. Az egyértelműség problémája abból fakad, hogy nem mindig lehet meghatározni, hogy mi a status quo, vagyis mi az az állapot, amely akkor állt volna fenn, ha az ajánlat meg sem érkezik. Például, egy város híres zenész szülötte minden évben ingyenes koncertet ad a városban – de egyik évben azt mondja, hogy most csak akkor tartja meg a koncertet, ha fizetnek neki. A rombolás-teszt szerint e fenyegetés jogellenessége attól függ, hogy a

status quo az ingyenes koncert (amihez képest rosszabb helyzetbe kerül a város) vagy az, hogy a zenész minden évben szabadon dönt. Hasonló problémákkal szembesülhetünk, ha a jogi irodalomban a fenyegetés egyik iskolapéldájaként emlegetett Domenico-ügyet³¹⁰ vizsgáljuk. Ebben a probléma abból adódott, hogy a halászok a kihajózás után, a parttól olyan messze, ahonnan már nem volt esély úgy visszaérni a kikötőbe, hogy a hajó új legénységet toborozva még a halászszезонban visszaérjen az adott halászterületre, azt követelik, hogy a kapitány emelje fel a bérüket. Első ránézésre ez nyilvánvaló fenyegetés. De mi történjen, ha maguk a halászok is ott, a nyílt vízen jönnek rá arra, hogy a valós munka eltér attól, mint amit nekik ígértek – például a halászhálóok rosszabb állapotban vannak, mint az várható volt, ezért annak rendbetétele is rájuk vár, illetve, a halászat is nehezebb lesz a rosszabb felszereléssel. A nehezen megválaszolható – pontosabban a rombolás-teszt alapján meg sem válaszolható – kérdés itt is: mi a status quo?³¹¹

A rombolás-teszt másik problémája, hogy vannak olyan esetek, amelyeknél rombolást látunk, a fenyegetést mégsem nem kellene tiltani. Fenyegetés révén ugyanis információt lehet szerezni, a partnereket szűrni lehet. Abból, hogy valaki elfogadja vagy elutasítja az ajánlatot, kiderülhet, hogy partnerünk milyen minőségű. Lássunk erre egy meglehetősen éles példát: Salamon király döntését a félbevágandó gyerekről, amelynek révén ki lehetett deríteni, hogy ki a gyerek valódi anyja. A szűrés hatásos volt, el tudta különíteni a valódi anyát a magát anyának hazudó másik nőtől! Ha azonban a nők nyilatkozata utólag fenyegetés révén megtámadható lenne, akkor a szűrés nem működne: a másik nő is nyugodtan lemondhatott volna a gyerekről, tudva, hogy utólag a fenyegetésre hivatkozhat majd, érvényteleníttetheti a saját, a gyerekről lemondó nyilatkozatát.

Érdemes összevetni ezt a szituációt az előző fejezetben látottakkal. Ott láttuk, hogy a nem bizonyítható információk esetén a tévedés vagy a megté-

³¹⁰ *Alaska Packers' Association v. Domenico*, 117 F. 99 (9th. Cir. 1902).

³¹¹ Az ügy érdekes párja az angol jogban a száz évvel korábbi *Stilk v. Myrick* ügy [(1809) 2 Camp 317, 170 ER 1168]. Itt a probléma abból fakadt, hogy egy hajóúton két matróz dezertált, és a kapitány felajánlotta a legénységnek, hogy vagy felvesz két új embert, vagy elvégzik az ő munkájukat is, és a bérüket szétesztják köztük. Amikor Londonba érve a kapitány nem fizetett, és a matrózok bírósághoz fordultak, a bíróság arra hivatkozva utasította el a keresetüket, hogy hiányzott az ellenszolgáltatás (*consideration*): a matrózok ugyanis nem adott munkára szerződnek, hanem arra, hogy „minden tőlük telhetőt megtesznek”. Ebbe pedig bele kell érteni azt is, hogy amennyiben – például haláleset miatt – kiesik egy-két matróz, akkor a többiek az ő munkájukat is elvégzik. Az angol bíróság szerint tehát a többletmunka annak ellenére sem alapozta meg a magasabb fizetés iránti igényt, hogy erre a kapitány (egyébként még csak nem is szükséghelyzetben, mert felvehetett volna új embereket) ígéretet tett. (Magyarul ismerteti Graziano – Bóka [2010] p. 258)

vesztés doktrínái alkalmazhatatlanok. Itt a fenyegetés épp ilyen helyzetben szolgáltatott információt.

Ha a Salamon példa túlzottan elvontnak tűnik, akkor lássuk a hasonló elven működő sztrájk kérdését! A sztrájkfenyegetés – az esetek többségében – nem jogellenes. Ez közgazdaságilag igazolható is. Mindenekelőtt szögezzük le: nem azért, mert a sztrájkjog révén a tipikusan gyengébbnek tekintett munkavállalói csoportot segítjük, az ő kezükbe adunk újabb eszközt!³¹² Fontosabb, hogy a sztrájk olyan fenyegetés, amelynek révén a munkavállalók kideríthetik, hogy a munkaadójuk milyen anyagi helyzetben van. A munkaadó – ha igaz, ha nem – azt fogja állítani, hogy a munkavállalók magas bérigényét nem tudja kigazdálkodni. Ez az információ bizonyíthatatlan. A sztrájk arra alkalmas, hogy kiderítsük: valójában milyen hozama is van a munkaadónak, valójában milyen béremelést engedhetne meg magának. A sztrájk, a munka leállása nyilvánvalóan veszteség neki. Csakhogy, ha nagyobb a profitja, akkor többet veszít ugyanolyan hosszú sztrájk alatt. A nyereségesebb cég, aki könnyebben elviselné a béremelés miatti többletkiadást, inkább fog engedni a munkavállalóknak a sztrájk megelőzése vagy korábbi befejezése érdekében. (A sztrájk hatásainak részletesebb elemzéséért lásd Kennan [1999] vagy Ehrenberg – Smith [2003] pp. 522-528)

Hihetőség. Az eddigi definíciók – és a legtöbb jogi érvelés – abból indultak ki, hogy a fenyegetés tiltásával (esetleg szankcionálásával) ki tudjuk iktatni a fenyegetést, hiszen innentől nem éri az meg: utólag a jogrendszer úgysem kényszeríti ki az annak révén kicsikart ígéretet. És feltettük, hogy a fenyegetés kiiktatásával a fenyegetett fél bizonyosan jobban jár, hiszen nem kell ilyen „ajánlatokkal” szembesülnie – megmaradhat minimum a kiindulási (status quo) helyzetben. Azonban ez túlzott optimizmus, sőt lehet, hogy épp a fenyegetés hatására tett ígéretek érvénytelensége (és ezért megbízhatatlansága) miatt kerül még rosszabb helyzetbe a károsult. Bar-Gill – Ben-Shahar [2005] mutatja be, hogy a fenyegetés tiltása, az ilyen szerződések semmissége miatt miért és hogyan romolhat a fenyegetett fél helyzete. Definíciós javaslatuk éppen ezért az, hogy a fenyegetés csak akkor legyen jogellenes, ha a fenyegetett fél helyzete az ígéret ki nem kényszerítése miatt nem romlik.

Miért romlana a fenyegetett fél helyzete akkor, ha érvénytelenítik a fenyegetés hatására kötött szerződéseit? Lássunk egy viszonylag egyszerű példát! Az útonálló az utcasarkon a fenti „pénzt vagy életet” helyzetbe hoz minket, majd mi a bíróságon a pénzünket fenyegetésre hivatkozva visszaköveteljük. Ha az útonálló *biztos lehet benne*, hogy a pénzt nem tarthatja meg, akkor nem fog ilyen ajánlatot tenni. Eddig a fentiekben követett logika helyes. Csakhogy felmerül

³¹² Nem igazolható ugyanis, hogy a munkavállalók alkupozíciója sztrájk nélkül feltétlenül gyengébb lenne.

egy másik kérdés: mit tesz helyette? Az eddigi modellekben azt tételeztük fel, hogy nem is fogunk a rablóval az utcákon találkozni. Bar-Gill – Ben-Shahar modellje szerint azonban ez nem biztos, hogy így van. Ne feledjük ugyanis, hogy ő megfontolhatja azt is, hogy egyszerűen, minden ajánlat nélkül lelő minket, és elveszi a nálunk levő pénzt. Nem nehéz belátni, hogy számunkra az utóbbi megoldás lényegesen rosszabb, mint az, ha megteheti a fenti ajánlatot, és mi elfogadjuk azt.

Az eddig érvelés azonban abból indult ki, hogy a fenyegetés beváltása a fenyegető fél számára sem jó. Például, igazából nem akar embert ölni, csak azért fenyeget ezzel, mert így kaphatja meg a pénzünket, így érheti el, hogy elfogadjuk az ajánlatát, megkössük vele a szerződést. *Blöfföl*: amennyiben nem kapná meg a pénzünket, nem lőne le minket. Bar-Gill és Ben-Shahar modellje szerint azonban nem feledkezhetünk meg a másik lehetőségről sem, amikor a fenyegetés beváltása számára jobb, mint a kiinduló helyzet. Példánkban: akkor is pénzhez jut, ha lelő minket – akkor is elveheti a pénztárcánkat. De a fenyegetés beváltásának további haszna is lehet a számára. Talán a legfontosabb, hogy a további fenyegetések hitelességét, ha tetszik, a saját reputációját növeli. Emlékezzünk az első fejezetben látottakra! A hírnév lényege, hogy a későbbiekben milyen véleménnyel vannak róla a többiek, a potenciális „üzletfelek” – itt a továbbiakban megfenyegetett felek. Ha adott esetben nem is talál pénzt, a fenyegetés beváltása akkor is megérheti: a továbbiakban elhiszik neki, hogy nem blöfföl.

Bar-Gill és Ben-Shahar érvelése szerint a bíróságnak csak a blöffölőkkel szemben kell fellépni, esetükben a szerződést fenyegetés címén meg kell semmisíteni – hiszen ők a fenyegetést úgysem léptetnék érvénybe. Ezzel szemben hihető fenyegetést nem szabad jogellenesnek nyilvánítani, mert ezzel arra ösztönzi a jog a fenyegetőt, hogy váltsa be a fenyegetést. Ezzel a fenyegetett felek helyzete romlik. A két esetkört annak alapján tanácsolják elhatárolni, hogy a fenyegetés hihető-e, vagyis hogy a status quo jobb-e a fenyegető fél számára, mint a fenyegetés beváltása. (Ha valaki számára a fenti érvelés helyett egy viszonylag egyszerű matematikai, játékelméleti modell jobban követhető, akkor ilyet lát a 9.1 ábrán, illetve annak elemzését a 9.1. szövegdobozban.)

A teszt alkalmazása azonban két feltételhez kötött; ha tetszik, két elemről feledkezik el. Az egyik feltevés a bírósági tévedéssel kapcsolatos: a bíróság jobban meg tudja ítélni a blöfföt, mint a megfenyegetett fél. Ha az ajánlatot kapó tudná, hogy a másik blöfföl, vagyis hogy a fenyegetést úgysem lépteti életbe, akkor a blöfföket nem is hinné el. Ha ki tudja szűrni a blöfföt, és mégis elfogadta az ajánlatot, akkor abból az is következik, hogy a fenyegetés hihető. Nincs is szükség a fenyegetés semmiféle szankciójára. Persze nyilvánvaló, hogy az áldozatok nem mindig tudják elválasztani a blöfföt a valós fenyegetéstől. Azonban a bíróságnak így is csak akkor szabad közbelépnie, ha a megfenyegetett

fél nem ismeri pontosan a fenyegető fél lehetőségeit, nem tudja, hogy blöffel vagy hihető fenyegetéssel van-e dolga.

A teszt alkalmazásának másik feltétele az, hogy a fenyegetés hihetősége exogén: a fenyegető fél nem tesz semmit azért, hogy a fenyegetés hihető legyen. Azonban, ha a fenyegetés hihetősége – vagyis a fenyegető fél status quohoz viszonyított kifizetése – függ attól, hogy mit tesz, akkor a teszt nem ad pontos eredményt. Lássuk erre a *járadékvadászat* többször látott példáját: azt kell eldöntenünk, hogy tegyünk-e valamit azért, hogy jó zsarolók legyünk! Tudjuk, hogy hihető zsarolás – és csak a hihető zsarolás – esetén a szerződés érvényben marad. A hihetőségi teszt alkalmazása esetén jobban megéri magunkat jó zsarolóvá képezni, beruházni a zsarolás technikáinak elsajátításába: ha megtanuljuk azt, akkor a zsarolás a későbbiekben hihetőbb lesz, és ezért a megzsaroltaktól kapott szerződéses ígéretek is érvényesek lesznek.

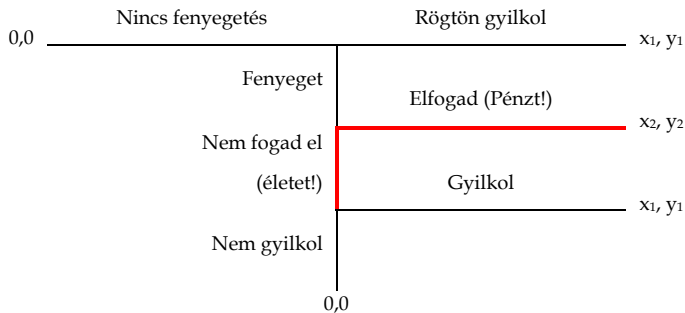
További probléma a hihetőségi teszttel, hogy a fenyegetést ez is kiterjeszti olyan elemekre, amelyeket a mindennapi életben egyszerűen alknak minősítenénk. Ha az eladó nem az elfogadási hajlandóságát (a minimálisan elvárt árat), a vevő nem a fizetési hajlandóságát (a maximálisan fizetendő árat) teszi meg „utolsó ajánlatként”, akkor blöfföl, vagyis fenyegeti a partnerét: nem igaz, hogy amennyiben az adott ajánlatot nem fogadják el, akkor eláll az üzlettől. Van olyan számára kedvezőtlenebb ár is, amely mellett még szerződne. A hihetőségi teszt az alku és a fenyegetést összemossa. (Persze, ennek annyi előnye lenne, hogy az alkudozást egyszerűbbé tenné, a tranzakciós költségeket csökkentené. De vélhetően az alku akadályozása sokkal fontosabb negatív hatás.)

Mielőtt lezárjuk a kérdést, szögezzük le: a hihetőségi teszt végkövetkeztetése természetesen nem az, hogy a hihető fenyegetések ellen ne tegyünk semmit. Bar-Gill és Ben-Shahar szerint a jogellenes fenyegetés ellen más, nem polgári jogi eszközökkel kellene fellépni. Azt kell ugyanis elérni, hogy a fenyegetés ne legyen hihető, vagyis a fenyegetés beváltásából elérhető hasznot kell csökkenteni. Megtehetjük ezt úgy is, ha a fenyegetés várható – szerződési jogon kívüli – szankcióit növeljük. Példánkban: ha a rablógyilkosság büntetőjogi szankciója vagy a lebukás esélye nő, akkor az ajánlat visszautasítása esetén már kevesebben fogják valóban megtenni azt, amivel fenyegettek.

9.1. szövegdoz. A hihető fenyegetés egyszerű játékelméleti modellje

A fenyegetés a 9.1 ábra szerinti játék. A felírás hasonló, mint az első fejezetben látott házépítésé. A kifizetéspárok első tagja a fenyegetőé, a második az áldozaté. (Ha nincs fenyegetés vagy azt nem váltják be, akkor a kifizetéseket 0,0-nak vettük – ez a *status quo*. Ehhez képest a többi értéknek csak a sorrendje a fontos, nem a pontos értéke) Az egyszerűség kedvéért itt is pénzt vagy életet ajánlatra írtuk fel a kifizetéseket.

9.1. ábra. A fenyegetés modellje



Először a fenyegető dönt. Három lehetősége van: vagy megfenyegeti partnerét, vagy rögtön lelövi, vagy nem lép fel vele szemben. Ha a fenyegetés mellett döntött, akkor ezt követően a megfenyegetett fél lép: vagy elfogadja az ajánlatot vagy visszautasítja azt. (Az ő döntését dupla vonal jelzi.) Ha elfogadja, akkor létrejön a szerződés, és a játék véget ér. Ha visszautasítja, akkor ismét a fenyegetőn a lépés sora: eldöntheti, hogy beváltja-e a fenyegetését és lelövi-e a másikat. Az egyszerűség kedvéért azt tesszük fel, hogy ha nem váltja be a fenyegetést, akkor mindketten ugyanoda jutnak, mintha meg sem tette volna az ajánlatát. (Ne feledjük: nem triviális ez. ha a reputáció is fontos, akkor ilyenkor a rabló helyzete rosszabb, mint, ha meg sem tette volna az „ajánlatát”?)

Amit biztosan ismerünk, az az áldozat preferencia-rendezése. Ő a legjobban akkor jár, ha nincs ajánlat – illetve, ha visszautasítás esetén a másik fél nem váltja be az ígérését. A két fennmaradó alternatíva közül számára jobb az ajánlat elfogadása, mintha beváltják a fenyegetést. Eszerint: $0 > y_2 > y_1$.

A fenyegetőről egy dolgot tudunk biztosan: a legjobb neki az, ha elfogadják az ajánlatát. A másik két alternatíva (a kiinduló helyzet és a fenyegetés beváltásának) viszonya az igazi kérdés, mert ez dönti el, hogy hihető-e a fenyegetés.

Tegyük fel először, hogy a fenyegető számára jobb a fenyegetés beváltása, vagyis a teljes preferencia-rendezése: $x_2 > x_1 > 0$! Ez a hihető fenyegetés modellje. Ebben az esetben a játék megoldása az (ne feledjük, amit az első fejezetben láttunk: mivel egymás után lépnek, így visszafelé indukcióval kell megoldani a problémát), hogy ha az ajánlat elutasítása miatt másodszer is döntési helyzetbe kerül a fenyegető fél, akkor inkább gyilkol (hiszen $x_1 > 0$). (Ezért hihető a fenyegetés!)

Ezt tudva a megfenyegetett fél jobban jár, ha elfogadja az ajánlatot. Ezt előre látva viszont a fenyegető fél megtenné az ajánlatot, hiszen tudja, hogy azt a másik elfogadja, és számára x_2 a legjobb lehetséges kifizetés.

Mi történne, ha az elfogadott ajánlatot érvényteleníthetné a bíróság, és visszaállna az eredeti állapot? Ha a megtámadott elfogadja az ajánlatot, de az érvénytelenítés miatt a kifizetés 0,0 lenne, akkor a rabló tudja, hogy a három lehetséges választása közül kettő (a fenyegetés hiánya és a fenyegetés is) a fennálló helyzetet eredményezi, míg a harmadik, a (rabló)gyilkosság kifizetése ennél jobb. Vagyis, nem is fog ajánlatot tenni, hanem kérdés nélkül gyilkolni fog.

Nézzük az ellentétes példát is, a blöff esetét! Most tételezzük fel azt, hogy a gyilkolás a fenyegetőnek rosszabb, mint a kiinduló helyzet! Vagyis a teljes preferencia-rendezeése: $x_2 > 0 > x_1$. Ebben az esetben a játék megoldása az, hogy ha másodsor is döntési helyzetbe kerül a fenyegető fél, vagyis, ha az ajánlatát elutasították, akkor inkább visszalép, és nem gyilkol (hiszen $0 > x_1$). Ha így van, akkor a fenyegetett fél felismeri, hogy nyugodtan elutasíthatja az ajánlatot, hiszen az a számára legjobb kifizetéshez vezet. És az utolsó lépés visszafelé: tudva, hogy a partnere úgysis visszautasítja az ajánlatot, a rablónak nem is érdemes a fenyegetést megtennie.

Intézményi alternatívák. A hihetőség-teszt lezárásaként már láttuk, hogy a fenyegetés definiálásakor erősen figyelni kell arra, hogy milyen más jogi, első-sorban büntetőjogi szankciókkal kell szembenéznie a fenyegető félnek. Ha jól működik a büntetőjog, akkor nincs szükség (kevesebb szükség van) a fenyegetés doktrínájára a polgári jogban – elkerülhetjük ezzel annak potenciális veszélyeit, a definíciós problémákat, illetve a bizonyítási nehézségeket.

De nem feledkezhetünk meg a polgári jogi alternatívákról sem! Emlékezzünk az első fejezetben látottakra: az intézményi megközelítés alapelve az, hogy az egyes problémák általában több jogi eszközzel is kezelhetők, és ezek a szankcióikban, a bíróságoktól elvárt tudásban térnek el egymástól! Az intézményi összehasonlítás a definíciókat ennek alapján próbálja végleges formába önteni, például a fenyegetés jogellenességét annak alapján próbáljuk megállapítani, hogy az adott esettípushoz milyen jogkövetkezményeket szerencsés fűzni. Eszerint azokban az esetekben kell a fenyegetést jogellenesnek – és nem létre sem jött szerződésnek vagy uzsorás szerződésnek – tekinteni, amelyek esetében a fenyegetés szankcióit, jogkövetkezményeit jobb alkalmazni, és nem azokét. A jogellenes fenyegetés esetén a szerződés megtámadható (amely jogról le is lehet mondani – létre sem jött szerződést csak új szerződéssel lehet „érvényesíteni”), a szankció pedig az eredeti állapot helyreállítása. Ha ehelyett azt mondanánk, hogy az adott szerződés *uzsorás*, akkor az semmis lesz, és szankcióként nem csak az eredeti állapot helyreállítása jön szóba, hanem a bíróság a szerződést érvényessé is nyilváníthatja és módosíthatja is (erre a lehetőségre kifejezetten fel is hívja a figyelmet a Ptk.). Módosítás útján pedig ki lehet küszöbölni a sértett fél hátrányát. Mivel ezeket a jogintézményeket, különösen az uzsorás szerződést még nem ismerjük, így a jogellenes fenyegetés definíciójának megadását el kell halasztani a következő, uzsorával foglalkozó alfejezetre.

Alternatívaként azonban nem csak a más jogi szabályokat kell figyelembe venni, hanem az önvédelmet is – vagyis az első fejezetben megismert második fél általi kikényszerítést. Amennyiben a bíróságtól várunk védelmet, akkor komoly bizonyítási nehézségekkel szembesülünk. Amennyiben a fenyegetés mibenléte, illetve fontossága (valóban befolyásolta-e a döntést?) nehezen ismerhető fel, akkor jelentős a tévedés kockázata is. A fenyegetés doktrínáját

tehát akkor érdemes alkalmazni, amikor a bíróságnak egyszerűbb (olcsóbb) és hatásosabb a fenyegetéssel szemben fellépni, mint magának a károsultnak.

A hihetőség-tesztje ellen is felhozható a bizonyíthatóság kérdése. Ha ennek alapján akarjuk elhatárolni a jogellenes fenyegetést (blöfföt) a jogostól (hihető fenyegetéstől), akkor ezt annak alapján kell megtenni, hogy milyen a fenyegetés és a *status quo* értéke a fenyegető fél szemében. Vannak esetek, amikor ez az összehasonlítás (viszonylag) egyszerű. De tegyük fel, hogy egy cég azt állítja, hogy – például egy jogszabályváltozás miatt – bért kell csökkentenie, az alacsonyabb bér elutasítása esetére pedig azzal „fenyegetőzik”, hogy kénytelen lesz bezárni a gyárat. A bíróságnak annak alapján kellene eldöntenie, hogy a szerződésmódosítási ajánlat jogellenes fenyegetés-e, hogy létezik-e olyan alternatív szerződési tartalom, amely mellett a cég még pozitív gazdasági profitot érne el. Ha van, akkor a fenyegetés nem hiteles, tehát jogellenes.³¹³ Azonban sok esetben ez a teszt nehezen alkalmazható, nem bizonyítható. Majd minden esetben ez lesz a helyzet, amikor az értéknek sok szubjektív tényezője van.³¹⁴

1.3. Joggazdaságtani elemzés: járadékvadászat

Mint az előző fejezetben is említettük: első ránézésre furcsa lehet, hogy a magyar és a német jog miért keveri egymás mellé a (jogellenes) fenyegetést és a megtévesztést. Ennek alapja a jogi gondolkodásban az, hogy mindkettő megengedhetetlen módon befolyásolja a szerződési akaratot: mindkettő akarathiba (Benedek – Gárdos [2007b] p. 801). Csakhogy emellett – mint láttuk – még sok más tényező is befolyásolhatja a szerződési akaratot elfogadhatatlanul, és azokat mégsem sorolja ide a jog. A joggazdaságtan számára van azonban olyan közös megkülönböztető jegye a fenyegetésnek és a megtévesztésnek, amely elhatárolja a többi szerződéskötési akaratot befolyásoló jogintézménytől (mindenekelőtt, mint majd látjuk, az uzsorától): a fenyegetés és a megtévesztés esetén azonosak az ösztönzési problémák. Mind a két esetben járadékvadászattal szembesülünk – a többi akarati problémánál viszont ez nincs ilyen súllyal jelen.

Járadékvadászat. Láttuk már ennek elemzését többször, ezért itt csak ismétljük át! Az ilyen lépések célja nem az, hogy révükön új értéket hozzunk létre,

³¹³ Lásd erről Nozick [1969/1997].

³¹⁴ Bar-Gill és Ben-Shahar elosztási szempontokra mindig érzékeny szerzők. Ők például a fent említett Domenico ügyben nem a kiinduló helyzet problémáját hozzák fel, mint itt tettük, hanem azt, hogy amikor kiderül, hogy az adott fizetésért több munkát kell végezni, mint korábban gondolták, akkor a halászsok igazságérzete is sérül. Ezt is figyelembe kell venni akkor, ha a fenyegetés hitelességét értékeljük. Elképzelhető ugyanis, hogy a pusztán monetáris hasznok és károk alapján végzett kalkulust felülírják ezek az „érzelmi” hasznok és károk.

hanem az, hogy az értéket a másiktól elvonjuk, és a magunk számára megszerzzük. A probléma az, hogy amennyiben kölcsönösen előnyös megállapodások keresése (alku) helyett fenyegetéssel, megtévesztéssel is előnyhöz, sőt a kölcsönösen előnyös helyzetben elérhető előnynél nagyobbhoz lehet jutni, akkor az arra ösztönöz, hogy ezekbe a tevékenységekbe „fektessünk be”. Tanuljuk meg, hogyan kell hatásosan megfenyegetni a partnereinket! Fejlesszünk ki „visszatartásíthatatlan ajánlatokat”! Érvük el, hogy ajánlataink hihetőek legyenek! Ezzel azonban az új érték termelése (az új kölcsönösen előnyös cserék felkutatása) elől vonjuk el az erőnket. Ráadásul az ilyen járadékvadászat versengéshez is vezet: a másik felet, illetve a társadalom egészét védekezésre ösztönzi. Ha van, aki fenyeget vagy éppen lop, akkor a többiek védekezni fognak – a védekezés pedig újabb erőforrásokat von el az értékteremtés elől. A társadalom kénytelen rendőrséget fenntartani, és ez is erőforrásokat von el az értéktermelés elől.

Jogellenesség, intézményi választás. Ha a járadékvadászat definícióját közvetlenül a jogellenesség definiálására próbálnánk használni, az sok megoldhatatlan gyakorlati problémát vetne fel. Emeljük azonban ki azt a két fontos kérdést ahol a járadékvadászat fogalmának szem előtt tartása nagy segítségünkre lehet.

A járadékvadászat definíciója fontos szerepet játszhat a hihetőség-teszt mellett. A hihetőség tesztje – mint láttuk – akkor alkalmazható, ha a fenyegetés hitelessége exogén. Amennyiben járadékvadászatra kerül sor, vagyis a rabló, zsaroló már kitanulja a szakmát – vagyis járadékvadászattal folytat –, akkor a hitelesség már nem exogén: az ajánlat hitelességét épp a (korábbi) járadékvadász befektetések befolyásolják. A járadékvadászat megjelenése Bar-Gill és Ben-Shahar szerint is a saját modelljük korlátja. Jó példa erre a szerződés módosítás esete: a módosítást igénylő fél azzal fenyeget, hogy különben nem teljesíti a szerződést. Tegyük fel, hogy a fenyegetés hiteles, vagyis a szerződést valóban nem tartaná be eredeti formájában! Az, hogy az ily módon elért módosítást jogellenes fenyegetés miatt érvénytelenítsük-e, azon fordul meg, hogy mi okozta a helyzetet, mi okozta a gazdasági lehetetlenülést? (Látjuk a kapcsolatot az itteni tényállás és a gazdasági lehetetlenülés között?) Ha a módosítást kérő fél viszonylag olcsón védekezhetett volna ellene, ha olcsón megelőzhetette volna a helyzet kialakulását – például, ha elővigyázatosabb –, akkor mondhatjuk, hogy járadékvadászattal állunk szemben, és a jogellenesség annak ellenére is megállapítható, hogy a fenyegetés hiteles. (Mindemelllett a problémára megoldást kínálna, maga a fenyegetés kérdése fel sem merülne, ha a szerződésszegés szankciója a teljes kár megtérítése lenne. Ennek okára rövidesen visszatérünk – bár a harmadik fejezet alapján a válasz sejthető.)

A másik fontos kérdés, ahol a járadékvadászat kérdése meghatározóvá válik, az intézményi választás fenti logikája. A fenyegetés jogellenessége azon is áll, hogy maga a megfenyegetett vagy a bíróság lépjen-e fel a fenyegetés ellen: vagyis

az első fejezetben látott megközelítéssel *második* vagy *harmadik személy általi kikényszerítés* történjen. A járadékvadászat modellje ehhez a vitához annyiban járul hozzá, hogy a verseny elemeit is bemutatja: a fenyegető fél lépése reakciókat vált ki a potenciális áldozatokból (második félből), illetve a jogrendszer működtetőiből (harmadik félből) is. A kérdés az, hogy e két fél közül melyik reakciója a hatékonyabb. A kérdés: az áldozat ellenlépésére reagál inkább a fenyegető fél vagy a bíróságéra? Amennyiben hatékonyabb – a járadékvadászatot jobban csökkenti – az áldozat fellépése, akkor a jogellenesség megállapítása (pusztán hatékonysági szempontból) felesleges, hiszen szerencsésebb a károsult önvédelmére hagyatkozni, azt ösztönözni.

1.4. Magyar jogi problémák

Az eddigiekben a legfontosabb kérdéssel foglalkoztunk: a szankcionálandó, vagyis jogellenes fenyegetés meghatározásával. Azonban a fenyegetés kapcsán jó néhány – igaz ezzel természetesen összefüggő – más problémát is szemügyre kell vennünk. Ilyen (i) a szankció, (ii) a lényegesség (okozatosság) kérdése, (iii) a fenyegetés és a figyelmeztetés közötti különbségtétel (a harmadik féltől érkező fenyegetés problémája), (iv) a szerződéskötés és a szerződésmódosítás eltérő kezelése, illetve (v) a speciális helyzetekben – mindenekelőtt: a bizalmi viszonyoknál – alkalmazandó speciális szabályok kérdése.

Szankció. Induljunk ki abból, hogy a fenyegetés mindenképpen szándékos károkozás. A szándékosságból, mint azt a megtévesztésnél is láttuk, a joggazdaságtan fontos következtetéseket von le a szankcióra. Idézzük fel az ottani végeredményt: szándékosság esetén magasabb szankció szükséges, mint vétlen károkozás esetén, hiszen a látencia vélhetően magasabb! Itt az elrettentés a cél. Már ott is láttuk, hogy a teljes kártérítés, amely ilyen esetben a megtévesztés és a jogellenes fenyegetés szankciója, kevésnek tűnik a szándékos károkozás megakadályozására. Ráadásul, ez fokozottan igaz a fenyegetés esetén: a látencia a jogellenes fenyegetésnél vélhetően még magasabb, mint a megtévesztésnél. Itt ugyanis a fenyegető fél vélhetően nem csak a szerződési ajánlat visszautasítása esetére fenyegethet szankciókkal, hanem a bírósághoz fordulás esetére is kilátásba helyezhet valamiféle retorziót – tovább növelve ezzel a látenciát.

Lényegesség, okozatosság. Ennél a kérdésnél kerül előtérbe az intézményi megközelítés. Eddig ugyanis nem vettünk figyelembe egy fontos alternatív intézményt: a jogkövetkezmény nem csak a szerződés változatlan fenntartása vagy annak érvénytelenítése lehet – a szerződést a bíróság módosíthatná, kölcsönösen előnyössé, vagyis *Pareto-szerződéssé* tehetné. Ezzel azonban a magyar bíróság nem él: mintegy felteszi, hogy a fenyegetéssel elért szerződések nem

módosíthatóak úgy, hogy azok kölcsönösen előnyösekké váljanak. Vagyis nincs olyan alternatív szerződés, amelyet az áldozat adott tárgyban megkötött volna. Úgy tűnik tehát, hogy – bár a törvény nem tesz különbséget – a joggyakorlat szerint a fenyegetés kategóriájába csak olyan szerződések eshetnek, amelyek nem reparálhatók - amelyek igen, azok az uzsora, illetve a feltűnő értékáránytalanság kategóriájába kerülnek. Logikus is ez: ott módosíthatja, és módosítja is a bíróság a szerződést, a fenyegetésnél ezt nem vállalja fel.

Fenyegetés vagy figyelmeztetés. Elvileg nem minősül fenyegetésnek, ha valaki a kényszerhelyzetre csak figyelmezteti a sérelmet szenvedett felet. Láttuk erre először Nozick [1969/1997] előző példáját: fenyegetés-e, ha a tárgyalások során a munkaadó „felhívja a munkavállalók figyelmét” arra, hogy amennyiben kintartanak magas bérkövetelésük mellett, nem elégednek meg az általa ajánlott juttatással, akkor kénytelen lesz bezárni az üzemet. Fenyegetés-e, ha valaki ugyanígy tesz egy szerződésmódosításról szóló tárgyalás során: ha a másik nem egyezik bele a módosításba, kénytelen lesz megszegni az eredeti szerződést („nem fogja tudni teljesíteni azt”)?

Szerződésmódosítás. Az egyik legtöbbet vitatott kérdés, hogy jogellenes-e a fenyegetés, ha valaki a szerződés megszegésével helyezi kilátásba – más megfogalmazásban: mikor kérheti valaki jogellenesség miatt a szerződésmódosítás érvénytelenítését, az eredeti szerződés visszaállítását. A kényszer ugyanis a leggyakrabban nem a szerződéskötést megelőző helyzetben, hanem a már meglévő kapcsolat módosításakor merül fel.

A jog kiindulópontja – minden országban – az, hogy *önmagában* nem jogellenes, ha valaki a szerződés felmondásával vagy nem teljesítésével fenyeget (Menyhárd [2000] p. 189). A jogellenesség eldöntéséhez meg kell vizsgálni, milyen körülmények között, ki és miért akarja módosítani a szerződést. Tegyük hozzá: egy tökéletesen működő kártérítési rendszerben nem is lenne erre semmiféle ok! Ekkor aki szerződésszegéssel fenyeget, egyben azt is vállalja, hogy megfizeti a másik *pozitív interesse* alapján számolt kárát. A rombolás-teszt szerint például itt nincs is fenyegetés: a károsult ugyanolyan helyzetbe jut a szerződés megszegésekor, mint a szerződés teljesítésekor.³¹⁵

A helyzet azért érdekes, mert nincs tökéletes kártérítés. Ilyenkor a bíróságok kénytelenek vizsgálni, hogy hatékony-e a szerződésmódosítás, és ha igen, akkor nem jogellenes-e a fenyegetés. Persze a hatékonyságelemzés a valóságban nem explicit formában történik, de azok a kérdések, amelyeket a bíróságok ilyenkor vizsgálnak, ennek jó közelítését adják. Ilyen kérdés az, hogy az – előzőek értelmében – a szerződésszegés „meglebegtetése” fenyegetés vagy egyszerű

³¹⁵ Bar-Gill és Ben-Shahar a fenyegetés elleni jogi lépések közül – a várható büntetőjogi szankciók emelésén túl – az egyik legfontosabbnak azt tartják, hogy a kikényszerített kártérítés a teljes kárt fedezze.

tájékoztatás-e. Ilyen kérdés, hogy volt-e a szerződéskötéshez képest olyan helyzetváltozás, megjelent-e olyan új információ, az eredeti kockázatmegosztáskor figyelembe nem vett új jelenség, amely indokolná a szerződésszegést³¹⁶.

Bizalmi helyzetek. A magyar jogban, hasonlóan a legtöbb kontinentális joghoz, a fenyegetés általános tényállás – nincs külön szabály bizonyos speciális helyzetek kezelésére. Így például nem szabályozza külön a magyar jog azt a helyzetet, amikor a fenyegető és a fenyegetett között bizalmi kapcsolat van. Ezzel szemben a *common law* az ilyen eseteket elkülöníti, ez az ún. *tisztességtelen befolyásolás (undue influence)* (Menyhárd [2004] pp. 206-208). Ha ilyen bizalmi viszony áll fenn, akkor a bíróság általában azt vizsgálja, hogy az alperes megtett-e minden tőle elvárható lépést a másik érdekeinek figyelembevételére. Vagyis a pusztá fenyegetési (vagy tájékoztatási, megfélemlítési) tesztnél erősebb elvárást támaszt: azt vizsgálja, hogy az alperes kellő gondossággal járt-e el a másik fél érdekeinek védelmében. Fontos kiemelni, hogy a tisztességtelen befolyásolás angol jogállása nem tételezi fel az értékaránytalanságot, a befolyásoló által húzott *feltűnő* előnyt nem kell bizonyítani.³¹⁷

A speciális helyzetek megkülönböztetésének és a magasabb elvárások joggazdasági indoka nyilvánvaló: olyan viszonyok tartoznak ide, amikor, mivel a felek egymással közeli és bizalmi jellegű kapcsolatban állnak, *elvárható*, hogy egyik a másik érdekében járjon el. A két fél között tág értelemben vett „ügynöki” viszony áll fenn. Olyan, amelyet az első fejezetben relációs szerződésként írtunk le (Lásd Williamson [1975/2007]).

A magyar – és a legtöbb európai – jogrendszer az ilyen eseteket azonban nem a fenyegetés doktrínájába olvasztja be, hanem a jóerkölcsbe ütközés generálklauzulájával kezeli.³¹⁸ Ez egyrészt nyilvánvalóan intézményi választás: a két jogintézmény közül a jóerkölcsbe ütközés jogkövetkezménye – mivel semmisségről van szó – keményebb. Ha feltesszük, hogy az üzleten a „befolyásoló” fél nem csak annyit nyer, hogy értékes dolgot, szolgáltatást kap, hanem annak birtokában további előnyökhöz is juthat, további bevételre is

³¹⁶ Az amerikai bíróságoknál ennek a vizsgálatnak a neve is *változó körülmények (changed circumstances) teszt*. Lásd Schwartz [1992], Johnston [1993], Bar-Gill – Ben-Shahar [2005].

³¹⁷ Az előny, értékeltetés szükségessége nagy vita tárgya volt, de Angliában a House of Lords az 1993-as, a *CIBC Mortgages plc v. Pitt another* ([1993] 4 All ER (HL) 433) ügyben egyértelműen visszautasította, hogy annak a felperesnek, aki a tisztességtelen befolyást bizonyította, emellett az ügylet számára nyilvánvalóan hátrányos voltát is bizonyítania kellene.

³¹⁸ A két helyzet összekapcsolása, filozófiai hasonlóságon túl (mindkettőnél befolyásolja egyik fél a másik akaratát), azért is kézenfekvő, mert az *undue influence*-t sokáig arra használták, hogy amikor a *duress*-t, még csak az alapjogokkal kapcsolatos fenyegetés kapcsán mondták ki a bíróságok, vagyis az *economic duress* még nem volt ismert, akkor ilyen esetekben a bíróságok a tisztességtelen befolyásolás alapján léptek fel. Ma már, hogy a *duress* tényállásainak köre tágult, az *undue influence* is veszített a jelentőségéből – de még mindig szélesebb kört ölel fel, mint a *duress*. (Menyhárd [2004] pp. 203-204)

szert tehet, akkor a semmisség esetén fenyegető jogalap nélküli gazdagodás keményebb szankció, mintha csak az eredeti állapotot állítanánk helyre. Másik oldalról a jóerkölcsbe ütközés tilalma sokkal rugalmasabb kategória is, mint a fenyegetés. Az angol jogban például a tisztességtelen befolyásolás esetkörének meghatározása meglehetősen bonyolult, önellentmondásoktól sem mentes.³¹⁹ A jóerkölcsbe ütközéshez ilyen szigorú definíció nem szükséges, a bíróságok diszkréciójára több bízható.

2. UZSORÁS SZERZŐDÉS

Az uzSORÁS szerződés lényege a helyzetkihasználás. A joggazdaságtani irodalom (például Cooter – Ulen [2005] pp. 296-298, Cserne – Szalai [2010]) ezt a helyzetet a szükséghelyzettel való visszaélésként ragadja meg. Az uzSORA a jogellenes fenyegetéstől annyiban tér el, hogy itt a másik „szorult helyzetét” nem a partnere lépése okozza, hanem attól függetlenül jön létre. Shavell [2007] ennek alapján különbözteti meg a mesterséges létrehozott (*engineered*) és a másik fél beavatkozása nélkül kialakuló kényszerhelyzetet – előbbi a (jogellenes) fenyegetés, az utóbbi az uzSORA. A magyar jog ugyanakkor ettől, és némiképp a Nyugat-Európában megszokottól is, kicsit tágabban definiálja az uzSORÁS szerződések fogalmát.

Az alfejezete felépítése némileg hasonló lesz az előzőhöz. A magyar jog ismertetése után a magyar uzSORAFOGALOM két fontos elemének joggazdaságtani elemzésére térünk ki: először az értékaránytalanság, majd a szükséghelyzet fogalmára – pontosabban arra, hogy ezek alternatív meghatározása mennyiben befolyásolja a két fél, az uzSORÁS és az áldozata ösztönzőit. Az alfejezet negyedik pontja itt is azon részletszabályokra koncentrál majd, amelyek ezen alapmodellt némileg új ösztönzőkkel egészíthetik ki.

³¹⁹ Az esetkör talán legfontosabb döntésében (Allcard v. Skinner [1887] 36 Ch.D. 145.) a bíróság az *undue influence* alapijául szolgáló kapcsolatokat három kategóriába sorolta. Létezik az eseti (*actual*) *undue influence*. Itt a felperesnek azt kell bizonyítania, hogy kifejezetten az alperes részéről érkező jogtalan befolyásolás volt az, amely őt a kérdéses szerződés megkötésére indította: a másik meg nem engedett módon járt el, megtévesztette őt, kényszerrel alkalmazott vele szemben. Léteznek azonban vélelmezett (*presumed*) *undue influence* helyzetek is. Ezek egyik csoportja a jog által meghatározott kapcsolat, másik részében a felperes bizonyíthatja annak létét. (Az előbbihez tartozik például szülő és gyermek, gyám és gyámság alatt álló, ügyvéd és ügyfél, orvos és páciens, vallási vezető és tanítvány viszony. Nincs azonban ilyen eleve vélelmezett viszony munkavállaló és munkáltató, férj és feleség között, bár valószínűleg a feleség viszonylag könnyen fogja bizonyítani ilyen jellegű viszony fennállását.) Akármelyik esetben tartozzon is az eset, mindenképpen megfordul a bizonyítási teher: az alperesnek kell bizonyítania, hogy a kapcsolat ellenére a másik fél független akaratát fejezte ki a szerződés megkötésével.

2.1. Magyar jog

Az uzsorás szerződés a magyar jogban két elemből tevődik össze: a másik fél helyzetének kihasználásából és a feltűnő értékaránytalanságból. Uzsorás szerződésről beszélünk, ha (i) az egyik fél „hátrányos helyzetben” volt, amelyet a partnere olyan módon (ii) használt ki, hogy (iii) feltűnően aránytalan előnyt kötött ki, amely (iv) már a szerződés megkötésekor is fennállt (Benedek – Gárdos [2007a] p. 732). Ez a definíció nem teljesen egyezik más jogrendszerek vagy éppen a világháború előtti magyar jog uzsoradefiníciójával. (Lásd erről a 9.2 szövegdobozt!)

9.2 szövegdoboz. Uzsora más jogrendszerekben

Az uzsora évszázadokig a hiteluzsorát jelentette. Sokáig egy maximális szintet meghaladó kamatot értettek ezen – speciálisan ez a maximális kamat lehetett nulla is, vagyis lehetett teljes a kamattilalom. Később a fix maximált kamat helyébe puhább szabályozás lépett. Például az osztrák uzsoratörvénykezés 1866-ban már azt mondta ki, hogy büntetendő az, ha valaki (i) az adós szorult helyzetének, könnyelműségének, tapasztalatlanságának vagy értelmi gyengeségének kihasználásával, (ii) az adósnak lényeges hátrányt okozva, (iii) a *helyben szokásosan kamathoz képest* feltűnően aránytalan előnyt kötött ki magának. Innentől már csak egy lépés volt, hogy a kamatra történő utalás kikerüljön a definícióból, és előttünk áll a mai ismert általános uzsorafogalom. Ezt a lépést az elsők egyikeként a BGB teszi meg. A német polgári törvénykönyv 138.§ (2) bekezdésében uzsorás szerződésnek és ezért semmisnek nevezi azt a jogügyletet, amelyet (i) a másik fél nagyfokú akaratgyengeségét, ítélőképességének hiányát, tapasztalatlanságát vagy kényszerhelyzetét (ii) kihasználva köt meg valaki, és (iii) ezzel maga vagy harmadik személy javára szolgáltatásához képest feltűnően aránytalan ellenszolgáltatást köt ki vagy fogad el. (A BGB az uzsoratilalmat és a jóerkölcsbe ütköző szerződések semmisségét egyértelműen összekapcsolta – hiszen a BGB 138.§ (1) bekezdése nyilvánítja semmisnek a jóerkölcsbe ütköző jogügyleteket, míg a (2) bekezdése ennek egyik különös eseteként tér ki az uzsorára.)

Az angol jogban a kizsákmányoló szerződés (*unconscionable bargain*) fogalma fedti leginkább azt, amit a német, osztrák, magyar jog uzsorásként értelmez. Érdemes kiemelni, hogy az angol jogban a kizsákmányoló szerződés doktrínájának elvi kiindulópontja az, hogy a bíróságok sokáig a csalás (pontosabban a szerződéses körülményekkel való visszaélés) vélelmét állították fel azokban a helyzetekben, amelyekben az egyik fél a másik fél gyengeségét kihasználva a gyengébb fél sérelmére feltűnően aránytalan szerződést kötött. Igaz ez a vélelem megdönthető volt.³²⁰ A legismertebb definíció a Fry v. Lane [1888] (Ch. D. LR 40 312) esetből származik: kizsákmányoló szerződésről akkor beszélünk, ha (i) az egyik szerződő fél „szegény és

³²⁰ A vélelem következtében – hasonlóan a vélelmezett tisztességtelen befolyás eseteihez – a szerződésből előnyhöz jutó félnek kellett bizonyítania, hogy a szerződés „tisztességes, igazságos és ésszerű.” (Lásd *Earl of Aylesford v. Morris* [1871] (LR 8 (Ch. App.)), 484)

tudatlan”, aki (ii) nem vett igénybe független tanácsadót és (iii) a vételár jelentősen eltér a szerződés tárgyának értékétől. Ebből a precedensből kiindulva a „szegény és tudatlan” értelmezésének tágításával lett átfogó uzsorajellegű tényállás a kizsákmányoló szerződés. A definíció előbb-utóbb odáig szélesedett, hogy mindenkit „szegénynek és tudatlannak” tekintettek, aki az adott ügyben járatlan.

Külön érdemes kiemelni a holland jog egyedi megoldását. Láthatjuk, hogy a legtöbb jog két elemhez: a szorult helyzethez, és annak kihasználásához köti az uzsorát. Mint láttuk, és nemsokára elemezzük is, a magyar jogban átfogó jelleggel megjelenik emellett az objektív uzsora is, a feltűnő értékaránytalanság formájában – itt a szorult helyzet létét emeli ki a jog az uzsorafogalomból. A holland jog azonban a másik úton halad: kizsákmányoló jellegű és ezért megtámadható a szerződés, ha azt az egyik fél úgy kötötte meg, hogy tudta vagy tudnia kellett volna, hogy a másik felet annak megkötésére sükséghelyzete, függő helyzete, akaratgyengesége, abnormális szellemi állapota vagy gyakorlatlansága indította. A szerződés uzsorás volta nem függ a szerződés tartalmától, csak a felek helyzetétől.³²¹

A háború előtti magyar jog az 1932. évi VI. tc-ben rendelkezett az uzsoráról. Uzsorásnak azt a hitelügyletet³²² tekintette a törvény, amikor két feltétel teljesült. Egyrészt, ha valaki a vele szerződő fél „szorult vagy függő helyzetét³²³, könnyelműségét³²⁴, értelmi gyengeségét, tapasztalatlanságát³²⁵”, vagy a másik félnél „elfoglalt

³²¹ Például a holland bíróság akkor is érvénytelenített egy szerződést, amikor egy, a férje halálát követően magára maradt özvegyasszony elhunyt férje volt hitelezőinek kielégítésén küszködve, erősen megviselt, depressziós lelki állapotban kötött régi bizalmasával szerződést. A szerződést az özvegy olvasatlanul írta alá, és mint kiderült az a maastrichti ingatlanára engedett vételi jogot a bizalmasának. A szerződésben szereplő vételár nem tért el jelentősen a piaci ártól (bár az alperes is úgy nyilatkozott barátai előtt, hogy az „élete üzlete”). (A döntést idézi Menyhárd [2004].)

³²² A hitel fogalma a kor magánjogában nem a pénzkölcsönzést jelentette. Hitelnek tekintették majdnem minden olyan jogviszonyt, amelynek alapján bárki bármivel tartozik a másiknak – így az azonnal nem teljesülő szerződést is mindig hitelviszonynak tekintették, hiszen annak alapján valamelyik fél (de lehet, hogy mindkettő) dologgal, szolgáltatással vagy éppen nem tevéssel tartozott a másiknak. Az uzsoratórvény például hitelezésnek tekintett minden esetet, amikor valaki (i) kölcsönt nyújt, (ii) bármely szolgáltatás előlegez, (iii) a másik bármilyen kötelezettségének teljesítésére halasztást ad, (iv) a másik fél ellen fennálló valamely követelését módosítja vagy megszünteti.

³²³ Például házastársak közötti szerződés esetén. De az alkalmazottak esetén nem – mondván, hogy abból a viszonyból az elégedetlen alkalmazott kiléphet. Vegyük észre, hogy ez elég közel áll a fent elemzett tisztességtelen befolyáshoz (*undue influence*) – igaz azzal a különbséggel, hogy semmisséghez csak a másik feltétel megléte, vagyis az értékelítés feltűnősége esetén vezet.

³²⁴ Könnyelműségnek ítélte például a Kúria azt, ha az eladó – aki később idült alkoholizmus miatt gondnokság alá is került – többször járt a vevő kocsmájában és ott jelentős tartozást halmozott fel. (JH.VI.1289)

³²⁵ Tapasztalatlannak tekintett a Kúria egy 58 éves földműves asszonyt abban az esetben, amikor az ingatlanját azért adta el, mert a vevő azt mondta, hogy a perére „az egész vagyona rá fog menni”. (K.V.1811/1934.JHDT.III.44).

bizalmi állását” használta ki. Másrészt, ha ennek révén olyan vagyoni előnyt kötött ki vagy szerzett a maga vagy harmadik személy javára, amely a saját szolgáltatásának értékét feltűnően aránytalan mértékben meghaladja. (Minden olyan esetben, amikor ez a két feltétel teljesült, de nem hitelezésről volt szó – Szladits [1941] értelmezése szerint elsősorban olyankor, amikor a szolgáltatást és az ellenszolgáltatást azonnal kicserélték – kizsákmányoló szerződésről beszélt a jog, és az uzsorának megfelelő jogkövetkezményeket fűzte hozzá.)

Szükséghelyzet. Más jogrendszerekben vagy akár a világháború előtti magyar jogban is a mainál részletesebb felsorolást találtunk azokról a helyzetekről, amelyek az uzsora tényállását megalapozhatják. A mai magyar írott jog egyszerűen a másik helyzetének kihasználásáról beszél a törvény betűje szerint még csak nem is hátrányos, hanem bármilyen helyzetének kihasználásáról. A magyar bírói gyakorlat azonban ettől függetlenül nem tért el a régebbi magyar, illetve a mai nemzetközi gyakorlattól, és csak a közgazdaságtan által „szükség-helyzetnek vagy korlátozottan racionális döntést valószínűsítő” helyzeteknek nevezett esetekben érvénytelenít szerződéseket uzsora miatt.

Érdemes felhívni a figyelmet arra, hogy néhány jogrendszer szigorúbb a vállalkozók által kötött szerződések esetén. A német bírósági gyakorlat például nem tekinti tapasztalatlanak az üzletembert, akkor sem, ha nem saját szakterületén köt szerződést. A második világháború előtti magyar jog pedig azt zárta ki explicit módon, hogy „bejegyzett kereskedők” egymással kötött ügyletei esetén uzsorára vagy kizsákmányolásra hivatkozzanak – függetlenül attól, hogy milyen ügyről volt szó. (Szladits [1941] pp. 56-57) Ezzel szemben a mai magyar jog szerint nem kizárt az uzsora csak azért, mert a felperes gazdálkodó szervezet. Azonban a magyar joggyakorlat is *expressis verbis* kimondja, hogy a vállalkozás céljára, jelentős haszonnal kecsegtető üzlet érdekében felvett kölcsön nem támadható meg uzsora címén (Benedek – Gárdos [2007a] p. 734).

A helyzet kihasználása. Miközben a mai magyar jog szerint a szorult helyzet fogalmába viszonylag sok eset belefér, aközben kizárja az uzsoraszabály alkalmazását az, ha ezek a körülmények nem kerülnek szóba a szerződés előkészítése során, illetve az „uzsorásnak” ezeket nem is kellene (racionálisan eljárva) felismernie. (Más kérdés, hogy feltűnő értékaránytalanság vagy esetleg – mint az előző fejezetben láttuk – értékbeli tévedés miatt megtámadható és érvényteleníthető lesz az.) (Benedek – Gárdos [2007a] p. 735)

Egyoldalúság, értékaránytalanság. A magyar bírói gyakorlat a feltűnő értékaránytalanságot a klasszikus uzsora és az objektív uzsora esetén ugyanúgy érti, ugyanazzal a teszttel méri: a szolgáltatás és az ellenszolgáltatás értéke feltűnően eltér.³²⁶ Az értékegyensúly ilyen feltűnő hiánya a magyar jog szerint három feltétel teljesülése esetén állapítható meg (Menyhárd [2004] pp. 71-81):

³²⁶ Azonban ez a gyakorlat vitatott. Például Menyhárd érvelése szerint nem feledhető el, hogy

- (i) Az értéktérítés *feltűnően nagy*. Mivel a törvény betűjéből ennek konkrét jelentése nem derült ki, így a bírói gyakorlat fejlesztette ki ennek tesztjét: a „feltűnőség” megítélésekor a kiindulópont ugyan a szolgáltatás és ellenszolgáltatás forgalmi értéke, de ezen túl figyelembe kell venni a szerződés teljes tartalmát, illetve a szerződéskötés körülményeit is. Így például lényeges szempont, ha a felek részletfizetésben egyeznek meg és a termék ára ezért magasabb; vagy ha a vagyontárgy átadására nem azonnal kerül sor, hanem az eladó azt bizonyos ideig használhatja. Külön kiemeli a joggyakorlat, hogy amennyiben a sérelmet szenvedett fél fokozottan érdekelt a szerződéskötésben, vagyis amikor a tárgyalás során kiderült, hogy a piacinál magasabb árat is hajlandó lenne megfizetni, akkor szigorúbb a teszt: az érvénytelenséghez nem feltűnő, hanem „kirívóan nagy” értékkülönbség kell (BH 1990/57. vagy BH 1994/187.). Kizárja a feltűnő értékaránytalanságot, ha a vételre árverésen került sor (BH 1975/380, BH 1986/240. vagy BH 1993/165.). De ismerünk olyan esetet is (BH 1973/324), amikor egyedi műtárgyak vásárlásakor utasította vissza a bíróság a feltűnő értékaránytalanságnak már a vizsgálatát is.
- (ii) Az aránytalanság a *szerződés megkötésének időpontjában* áll fenn. Ha ezt követően következik be arányeltolódás, akkor nem lehet szó feltűnő értékaránytalanságról – ilyenkor a gazdasági lehetetlenülés jelenthet megoldást. Amennyiben a szerződéskötéskor a két szolgáltatás legalább egyikének értékét nem lehet meghatározni (mint például az életjáradéki-, vagy az öröklési szerződés esetén), akkor feltűnő aránytalanság miatt a szerződést nem lehet megtámadni. Ide sorolhatók a „szerencseelemet” tartalmazó szerződések (mint például a tartási, életjáradéki és öröklési szerződés) is – ezeknél sem merülhet fel a feltűnő értékaránytalanság. (BH 1995/644. sz., BH 1998/273. sz. vagy BH 1999/366. sz.)
- (iii) A sérelmet szenvedett felet *nem vezette az ajándékozás szándéka*. Kizárja az értékaránytalanság vizsgálatát az is, ha ugyan közvetlenül ajándékozási, ingyenességi szándék nincs, de a felek kapcsolata olyan (például közeli rokonok, barátok), hogy a nyilatkozatokból arra lehet következtetni, hogy a sérelmet szenvedő fél tudatosan vállalta fel az értékaránytalanságot. A bíróságok ezeket a szerződéseket ajándékozással vegyes visszterhes szerződéseknek tekintik, és ezért ezek nem támadhatók meg értékaránytalanság címén.

míg az objektív uzsora „értékaránytalanságról”, addig az uzsorás szerződés „egyoldalú előnyről” beszél. Szerinte utóbbi tágabb körben kellene, hogy alkalmazható legyen, mint az értékaránytalanság, amely a szolgáltatás és az ellenszolgáltatás (ár) arányát méri össze. (Menyhárd [2004] pp. 234-236)

Utalni kell arra, hogy a magyar jogirodalomban komoly vita bontakozott ki arról, hogy az értékaránytalanság-teszt alkalmazható-e akkor, ha a szerződés tárgyának *nincs piaci értéke* – közgazdasági nyelven: nincs közeli piaci helyettesítője. Vékás [1998] egyértelmű álláspontja: ha a forgalmi érték nem állapítható meg, akkor az értékaránytalanság tesztje sem alkalmazható, a forgalmi érték hiánya elvi alapon zárja ki azt. Ezzel szemben Kovács [1998] a tesztet nem köti a piaci érték létehez, meghatározhatóságához. Tegyük hozzá, abban nincs vita, hogy a piaci érték nem azt jelenti, hogy a szerződés tárgya belföldi forgalomban másoktól beszerezhető: ha ilyen nincs is, a bíróság a szolgáltatás értékét akkor is meghatározhatja a keresleti és kínálati viszonyok, a költségek, továbbá külföldi összehasonlító adatok alapján. A vita az autópályadíjak kapcsán merült fel, de az ilyen szempontból érdekes bírósági ügyek fő témája a tőzsdei forgalomba nem kerülő társasági részesedések értékesítése, az ilyen részesedés értékének meghatározása.

Jogkövetkezmény. Az uzsora szankciója kapcsán a jog ugyanabból indul ki, mint a jogellenes fenyegetés (és a megtévesztés) esetén: kimondja a szerződés érvénytelenségét, és az uzsorás – mivel magát kimenteni nem tudja – a *pozitív interesse* megfizetésével tartozik. Azonban uzsora esetén (és csak itt) kifejezetten lehetőséget ad a törvény arra, hogy a bíróság engedményeket tegyen: nem kell azonnal visszajuttatnia az általa kapott dolgokat (esetleg csak részletekben, kamatmentesen), vagy éppen teljesen el is tekinthet a bíróság a visszaadástól (a 2013-as kódexben 6:112.§ (3) bek.).

A másik, itt most érdekesebb kérdés, hogy az érvénytelenség következménye nemcsak az eredeti állapot helyreállítása lehet, hanem a *bírósági szerződés-módosítás* is: a bíróság a feltűnő értékaránytalanságot eltüntetheti – de teljes értékazonosságot nem kell feltétlenül létrehoznia. Ez a lehetőség ugyan elvileg minden érvénytelen szerződésnél fennáll, de a törvény kifejezetten kiemeli ennek lehetőségét az uzsorás szerződésnél.

A magyar jog alapelve, hogy a szerződés egészében csak akkor dől meg, ha az adott passzus nélkül a felek azt nem kötötték volna meg, vagyis ha az lényeges. Ezzel szemben áll az a nézet, amely szerint a szerződés alapesetben egységes egész, ezért már egyetlen pontjának érvénytelensége esetén is az egész szerződés érvénytelenségét jelenti. Ezen elv mögött az érv az, hogy amennyiben a bíróság a szerződés egyes elemeit külön-külön kezdi el értékelni, akkor könnyen alakulhat ki a megmaradó szerződésen belül, most már ellentétes – és a felek által *ex ante* sem akart – aránytalanság. A német BGB hasonló elvek alapján tette alapszabállyá a teljes érvénytelenséget. A német törvénykönyv elfogadását megelőzően ugyan a részleges érvénytelenség (és az értékkiegyenlítés) volt a bevett bírói gyakorlat, de a törvény elfogadása után a bíróságok is áttértek a teljes érvénytelenség megállapítására. Ez azonban nem tartott sokáig: hűsz

évvel a törvény elfogadása után mind többször került sor ismét a részleges érvénytelenítésre. (Menyhárd [2004] p. 179)

2.2. JOGGAZDASÁGTANI ELEMZÉS: ÉRTÉKEGYENSÚLY VISSZAÁLLÍTÁSÁNAK ÖSZTÖNZŐ HATÁSAI

Mint az alfejezet elején láttuk, a legtöbb jogi (például Menyhárd [2004]) és joggazdaságtani (Shavell [2007], Cserne [2011], Cserne – Szalai [2010]) elemzés aszerint tesz közöttük különbséget a fenyegetés és az uzsora között, hogy míg előbbi elsősorban olyan eseteket jelöl, amikor a kényszerhelyzetet a „nyertes fél” alakítja ki, addig az uzsora esetén ő csak kihasználja a sértett más által okozott szorult helyzetét. Azonban látjuk, hogy ez a megkülönböztetés nem következik az uzsora jogi definíciójából – sem a magyar, sem egyetlen más jogrendszerben. A fenyegetéssel is előáll olyan hátrányos helyzet, amely alapot ad az uzsora kimondására. Miért van értelme mégis ennek a megkülönböztetésnek?

Intézményi választás logikája. Ahhoz, hogy az uzsora ezen szűk – vagyis a fenyegetéssel előálló helyzeteket kizáró – értelmezését megértsük, érdemes ismét az intézményi választás logikáját követni, vagyis először a szankciót vizsgálni, majd a szankcióhoz rendelni azokat az eseteket, amelyeknél ez a szankció jobb ösztönzőnek tűnik, mint a fenyegetésé. Első ránézésre is feltűnő, hogy uzsora esetén kifejezetten kiemeli a törvény a bírósági szerződésmódosítást, az értékeltérés bírósági csökkentését, korrigálását. Az ármódosítást – mondaná a közgazdász. Uzsora esetén tehát a fenyegetéshez képest lényegesen szofisztikáltabb döntéseket hozhat a bíróság. Fenyegetésnél láttuk, csak két alternatíva van: vagy teljes egészében érvényes, vagy teljes egészében érvénytelen az adott passzus. Az uzsoránál végtelen számú lehetőség tárul fel: a szerződésben szabályozott különböző elemeket végtelen sok formában lehet módosítani.

Az optimális ár kiindulópontja. Ahhoz, hogy megértsük ezt a választást, ezt a logikát, vegyünk egy hipotetikus, de életszerű helyzetet, amelyben el kellene dönteni, hogy uzsorás szerződésről van-e szó. Éjszaka, egy elhagyott helyen lerobban egy autó. A megérkező autómentővel a sofőr megállapodik valamilyen árban, majd utólag a szerződést uzsora miatt megtámadja – mondván, hogy az autómentő által kért ár, az ebből fakadó haszon túl magas, a szerződés aránytalan.

Mielőtt továbblépünk, ismerjük fel: itt az autósnek eltérő a helyzete attól, mint ha jogellenes fenyegetésről lenn szó! Uzsora esetén a szerződés alternatívája a fennálló – vélhetően számára elfogadhatatlan vagy egyre romló állapot – fennmaradása. Míg jogellenes fenyegetés esetén viszont a sérelmet szenvedett fél kifejezetten szeretne szerződési ajánlat nélkül a *status quo*ban maradni,

addig uzsora esetén a szerződés megkötésében elsődlegesen éppen a sérelmet szenvedett fél érdekelt, hiszen a szerződés (még az uzsorás szerződés is) jobb helyzetbe hozza, mint a nélkül lenne.

A szükséghelyzettel foglalkozó irodalom, a tankönyvek (pl. Cooter – Ulen [2005] pp. 296-298, R. Posner [2011] pp.146-148, Shavell [2004] pp. 335-338, Shavell [2007]) két legfontosabb állítása, hogy

- (i) a szükséghelyzetben kötött szerződések esetén utólagos árszabályozásra van szükség – az árat kicsivel a költségek fölött kell megállapítani, oda kell leszállítani, ha ennél magasabb összegben állapotok meg,
- (ii) a pontos ár attól kell, hogy függjön, hogy a megmentő végrehajtott-e tudatos beruházásokat annak érdekében, hogy minél többeken segíteni tudjon vagy csak véletlenül került a megmentő pozíciójába – a hivatásos mentőknek magasabb jutalmat kell adni, magasabb lehet az ár.³²⁷

Nyilvánvalónak látszik, hogy ezen elv mellett az igazságosságérzet szól: igazságtalannak érezzük, ha a szükségét szenvedőtől a másik fél olyan árat kér, amely őt jelentős profithoz juttatja. Ez a megközelítés azonban több ok miatt is problémás. A költségalapú árazás csak meglehetősen speciális esetekben szerencsés. Vegyük számba az ellenérveket!

Ösztönző hatás. Ha fenyegetésről van szó, akkor világos, hogy mit akarunk, mi az ösztönzési cél: meg kell próbálni a fenyegető felet elrettenteni attól, hogy fenyegetse a másikat. Ezért mondtuk, hogy ott a szankciók emelése lenne üdvözlendő. Az autómentés itteni példájában már nem ilyen egyszerű a helyzet. Itt ugyanis három ösztönző is felmerül, és a szerződés – illetve az, amit ebből a bíróság megengedhetőnek tart – mind a háromra hat: (i) a segítségnyújtásra, (ii) a keresésre és (iii) az áldozat kockázatvállalására.

Az egyik nyilvánvaló ösztönzési a kérdés: *az ajánlatot tevő fél milyen formában nyújt segítséget?* Ez akkor merül fel, amikor az autómentő már odaért az autóhoz. A hatékonysági cél nyilvánvaló: tegyen meg minden olyan lépést, amelynek a költsége alacsonyabb, mint az így várhatóan megmentett érték. Mi ösztönzi őt erre? Mi ösztönzi őt arra, hogy amennyiben több lehetősége (például több megoldási lehetőség) is van, akkor az optimális megoldást válassza? Induljunk ki a legegyszerűbb helyzetből: (i) egyetlen megoldás van, a kérdés csak az, hogy azt megteszi-e, és (ii) ha megteszi, akkor a siker biztos! Ekkor igaz *lehet* a fenti állítás: a kért ár legyen a mentés költsége körül. Ha az egyetlen lehetséges lépés költsége 100, akkor ezt a lépést meg fogja tenni az autómentő akkor is, ha egész

³²⁷ Tegyük hozzá, megjelennek az irodalomban ettől eltérő álláspontok is, de általában mellékesnek tekintik. Shavell például tankönyve egyik lábjegyzetében hívja fel arra a figyelmet, hogy az optimális ár nem feltétlenül a megmentési költség közelében van, azt jelentősen meg is haladhatja (Shavell [2004] p. 337).

kicsivel többet kap, mint 100. Ha ehelyett 110-et, 150-et, 200-at, stb. kap, attól nem fog „inkább” segíteni.

A helyzet bonyolultabb, ha az egyetlen lehetséges lépés nem biztos, hogy sikeres – lehet, hogy az autót nem sikerül sértetlenül elszállítani. Ekkor, vagyis amikor (i) egyetlen lehetőség megtételéről kell döntenet, de (ii) a siker nem biztos – megjelent a kockázat –, az egyszerű költségalapú ár már nem lesz elegendő. Könnyű belátni, miért. Tegyük fel, hogy a költség 100 és a siker esélye 80%! Fizetni viszont csak siker esetén fog az autós – ekkor teljesül a szerződés. Vagyis itt a költségalapú díjazás azt jelentené, hogy biztosan ki kell adnia a 100-et, de csak 80% valószínűséggel kapja azt vissza. Optimális ösztönzést ilyenkor csak úgy érhetünk el, ha a költségszint és az ár között épp olyan az arány, mint amekkor a siker esélye – vagyis, ha a siker valószínűsége 80%, akkor a költségszint is legyen az ár 80%-a. (Másképp: az ár 25%-kal haladja meg a költségszintet, hiszen $1,25 = 1 / 0,8$. Ennek az állításnak az indoklásért, az ösztönzési modell matematikai modelljéért lásd a 9.3 szövegdozozt.) Ha tehát a segítség módjáról nem kell döntenet, csak arról, hogy megtezzük-e az egyetlen lehetséges lépést, akkor van „optimális ellenérték” – az ennél magasabb ár egyszerű jövedelem-transzfer, ösztönző hatás nélkül.

Mi történik azonban, ha a segítségnek (i) több lehetséges, de (ii) kockázatos módja van, és választani kell közülük? Feltehetjük, hogy a költségesebb megoldások nagyobb sikerrel is kecsegtetnek. Ekkor nem találunk ilyen „optimális alacsony árat” – pontosabban az optimális ár éppen egyenlő lesz a megmentendő értékkel, azzal a maximális összeggel, amelyet az adott helyzetben az autós fizetne. Ez jelent optimális ösztönzöt az autómentő számára. Többször láttuk: akkor optimális az ösztönző, ha a döntés teljes haszna ahhoz jut, aki annak költségeit viseli. Árkorlátozás esetén azonban a segítség hasznai nem teljes mértékben jutnának a költségviselőhöz – őt csak az általa megkapott, kisebb érték motiválná, valószínűleg az optimálisnál kevesebb erőfeszítésre.

Térjünk át a második ösztönzőre: a *keresésre!* Eddig csak azzal a helyzettel foglalkoztunk, amikor az autómentő már odaért a bajba jutott autóshoz. Kérdés azonban, hogy hogyan és miért talált rá, illetve, az autós miért került bajba? Nem csak arra kell ösztönözni, hogy a már megtalált autókat megfelelő módszerekkel segítse, hanem a bajba jutottak keresésére is. Sok módon növelheti annak esélyét, hogy a bajba jutottakat megtalálja, hogy növelje a sikeres mentés esélyét. Képzhető megfelelő eszközparkot, kapacitást vagy biztosíthatja, hogy a bajba jutottak megtalálják őt (például telefonon elérhető legyen). Itt is akkor hoz optimális döntést, ha a teljes megmentett értéket, pontosabban az autós által a megmentendő értékért maximálisan fizetendő összeget megkaphatja, ha az ár egyenlő a megmentésre váró fél fizetési hajlandóságával.

A harmadik ösztönző az autósé: a *kockázatvállalás*. Ha tudja, hogy baj esetén

sokat kell fizetnie az autómentésért, vagyis utólag a bíróság nem fogja mérsékelni a kialakult árat, akkor jobban meggondolja, hogy elindul-e például egy rosszabb állapotban levő autóval. Ha nincs uzsoravédelem, akkor kevesebben fognak elindulni éjszaka elhagyott vidékeken: minél magasabb az ár, annál kevesebben vállalják fel az ezzel járó kockázatot. A joggazdaságtani irodalom általában épp ezzel érvel az árcsökkentés mellett: ha az ár magasabb, csökken a kockázatvállalás. Shavell [2007] a tengerhajózás példáját hozza fel: ha a zátonyra futott hajóktól magasabb összeget lehetne kérni, akkor kevesebb hajó indulna útnak.

9.3. szövegdoz. Az optimális ösztönző matematikai modellje

A társadalmi optimum kiszámításához szükséges alapmodellben a minimalizálandó teljes társadalmi költség:

$$(1) x + y + p(x)\{q_1(y)[c + [1 - q_2(c)]] + [1 - q_1(y)]v\}$$

ahol

p annak a valószínűsége hogy kialakul a szükséghelyzet, ez a potenciális áldozat védekezési költségének, x -nek negatív függvénye: $\frac{\partial p(x)}{\partial x} < 0$, $\frac{\partial^2 p(x)}{\partial x^2} > 0$;

q_1 annak a valószínűsége, hogy – ha előállt a szükséghelyzet, akkor – a segítő megtalálja, ez a keresésre fordított költségének, y -nak negatív függvénye: $\frac{\partial q_1(y)}{\partial y} > 0$, $\frac{\partial^2 q_1(y)}{\partial y^2} < 0$;

q_2 annak valószínűsége, hogy – ha a segítő, megtalálja a bajba jutott áldozatot – akkor sikerül is megmenteni, amely a megmentésre fordított költségnek, c -nek negatív függvénye: $\frac{\partial q_2(c)}{\partial c} > 0$, $\frac{\partial^2 q_2(c)}{\partial c^2} < 0$;

v pedig a megmentett érték.

A három változó optimumának megállapításához először a c paraméter optimumát becsüljük meg, amely azt követeli, hogy a $c + [1 - q_2(c)]v$ függvényt minimalizáljuk. Ennek alapján az optimális segítségnyújtás feltétele:

$$(2) c^*: 1 = \frac{\partial q_2(c)}{\partial c} v$$

Három esetet érdemes megkülönböztetni. Léteznek esetek, amikor a segítség viszonylag egyszerű: egy lehetőség van: vagy megteesszük, vagy nem. Vagyis c két értéket vehet fel: $c = \{0, c^*\}$. Ha a lépés nyomán a megmenekülés biztos (vagyis amikor $q_2(c^*) = 1$) és a megmentett érték (v) nagyobb, mint a lépés költsége, akkor bármilyen olyan ellentételezés, amely eléri a költségszintet, optimális döntéshez (a lépés megtételéhez) vezet: $T \geq c^*$, ahol T a megállapodásban szereplő ár.

Elképzelhető, hogy a lépés megtétele esetén is van esély az érték elvesztésére ($q_2(c^*) < 1$). Ha a megmentés költsége ilyenkor is elmarad a megmentett érték várható értékétől ($c^* < q_2(c^*)v$), vagyis a társadalmi optimum a lépés megtételét követeli, akkor az árnak – kockázatmentes döntéshozó esetén – minimum a siker

esélyével súlyozott költséget el kell érnie³²⁸: $T \geq c^*/q_2$. Vegyük észre, hogy ilyenkor, ha felvállalja a lépést, akkor annak költsége biztos c^* , míg annak ellenértékét csak q_2 valószínűséggel kapja meg – amikor a segítség sikerre vezet! A várható bevétele tehát $q_2 \cdot T$. Kockázatsemleges döntéshozó esetén ennek kell nagyobbnak lennie a biztos költségnél: $q_2 T \geq c^*$. Ezt átrendezve kapjuk az előző árképletet: $T \geq c^*/q_2$.

A (2) egyenlet abban az esetben írja le az optimális tevékenységi szintet, amikor c folytonos változó, annak pontos szintjéről is (nem csak egy lépés megtételéről) kell döntést hozni. A képlet baloldala a segítségnyújtás határköltsége, míg a jobboldal a határhaszon. Az utóbbi azt mutatja, hogy a nagyobb erőfeszítés miatt mennyivel nő a várhatóan megmentett érték – pontosabban az értéknek és a siker esélyének szorzata. A nagyobb erőfeszítés utóbbira hat: növeli a siker valószínűségét $q_2(c)$ -t.

Miután megállapítottuk a segítség optimális szintjét, áttérhetünk a védekezés (x) és a keresés (y) optimumára. Nyilvánvaló az (1) képletből, hogy a védekezés és a keresés egymás helyettesítői, azaz ha az egyik magasabb, akkor a másik optimális szintje ($x^*(y)$ és $y^*(x)$) alacsonyabb: $\frac{\partial x^*(y)}{\partial y} < 0$ és $\frac{\partial y^*(x)}{\partial x} < 0$. A társadalmi optimum az a pont, ahol mindkét érték optimális, vagyis $x^* \equiv x^*(y^*)$ és $y^* \equiv y^*(x^*)$.

Amennyiben az ellentételezést vizsgáljuk, akkor nyilvánvaló, hogy ezt az állapotot nem tudjuk elérni. $x^*(y)$ értékét a

$$(3) \quad x + p(x)\{[1 - q_1(y)q_2(c^*)]v + q_1(y)q_2(c^*)T\}$$

függvény minimuma határozná meg. A függvény azt mutatja, hogy x védekezési költség mellett $p(x)$ valószínűséggel következik be a szükséghelyzet. Szükséghelyzet esetén két lehetőség van: (i) vagy sikerül a megmentés (ennek a valószínűsége $q_1 \cdot q_2$) és akkor T -t kell kifizetnie, (ii) vagy nem sikerül és akkor a teljes érték, v vesz el.

Érdemes az (1) függvényt átírni:

$$(1') \quad x + y + p(x)\{[1 - q_1(y)q_2(c^*)]v + q_1(y)c^*\}$$

A zárójelen belüli összeadás első tagja azt jelzi, hogy milyen eséllyel vesz el az érték, míg a második a segítség (előbb optimalizált) költsége – ez természetesen csak akkor merül fel, ha az áldozatot megtalálták. Az (1') és a (3) függvényt összevetve adódik, hogy

$$(4) \quad T = c/q_2$$

Még a keresési költség vizsgálata nélkül is nyilvánvaló, hogy ez az érték nem lehet optimális abban az esetben, ha a segítség formáját sok lehetséges – eltérő biztonságú – opció közül kell kiválasztani, hiszen ez azt követelné, hogy ellentételezéseként a teljes értéket tegye ki.

A keresési költségről hozott egyéni döntés a

$$(5) \quad y + p(x)q_1(y)\{c^* - q_2(c^*)T\}$$

költségfüggvény minimuma adja. A függvény azt mutatja, hogy y keresési költség mellett a $p(x)$ valószínűséggel előálló szükséghelyzet esetén q_1 valószínűséggel találja meg az áldozatot. Ekkor pedig a c^* költséget mindenképpen kiadja, de az ellenté-

³²⁸ Feltételeztük, hogy a megmentésért csak a siker esetén fizet a másik. Azonban, ha csak a valós költséget fizetné, akkor a megmentő nem vágna abba bele, mert tudná, hogy siker esetén megkapja a valós költségét, viszont balsiker esetén nem – vagyis a várható bevétele alacsonyabb, mint a biztos költsége.

telezést, T -t csak siker esetén (ennek valószínűsége $q_2(c^*)$) kapja meg. (A könnyebb összehasonlíthatóság érdekében a kapott ellentételezést negatív költségként vettük számításba.) Ha mind ebből, mind az (1) egyenletről (c^* és x adott szintje mellett) kifejezzük az optimális keresési szintet ($y^*(x)$), akkor adódik, hogy

$$(6) T = v$$

Ez utóbbi érték mind a három fenti megmentési döntés esetén optimális döntéshez is vezet.

9.1. táblázat. Az ösztönzők és az árak összefüggése

| | Megmentés | | Keresés | | Áldozat kockázatvállalása |
|--|------------------------------|----------------------------------|---------------|--------------|---------------------------|
| | Egy lehetőség – biztos siker | Egy lehetőség – nem biztos siker | Sok lehetőség | | |
| Ár magasabb, mint a veszélyben levő érték (az áldozat értékelése szerint) ($Tr > v$) | OPTIMÁLIS | OPTIMÁLIS | Túl magas | Túl magas | Túl alacsony |
| Ár egyenlő a veszélyben levő értékkel (az áldozat értékelése szerint) ($Tr = v$) | OPTIMÁLIS | OPTIMÁLIS | OPTIMÁLIS | OPTIMÁLIS | Túl alacsony |
| Az ár alacsonyabb, mint a veszélyben levő érték (az áldozat értékelése szerint), de magasabb, mint a megmentőnek a siker esélyének reciprokával súlyozott optimális költségszintje ($v > Tr > c^*/q_2(c^*)$) | OPTIMÁLIS | OPTIMÁLIS | Túl alacsony | Túl alacsony | Túl alacsony |
| Az ár egyenlő a megmentőnek a siker esélyének reciprokával súlyozott optimális költségszintjével ($v = c^*/q_2(c^*)$) | OPTIMÁLIS | OPTIMÁLIS | Túl alacsony | Túl alacsony | OPTIMÁLIS |
| Az ár alacsonyabb, mint a megmentőnek a siker esélyének reciprokával súlyozott optimális költségszintje, de magasabb, mint a megmentés optimális költségszintje ($c^*/q_2(c^*) > Tr > c^*$) | OPTIMÁLIS | Túl alacsony | Túl alacsony | Túl alacsony | Túl magas |
| Az ár kisebb, mint a megmentés optimális költségszintje ($c^* > Tr$) | Nincs | Nincs | Túl alacsony | Túl alacsony | Túl magas |

Ha mind a három ösztönző fontos, akkor előáll a kompenzációs paradoxon: mindegyik ösztönző csak akkor lesz optimális, ha az, amit a bajba jutott fizet, nem egyenlő azzal, amit a segítő (uzsorás) kap – az áldozat fizessen kevesebbet, mint amennyit a megmentő kap. Ez ösztönözné az áldozatot arra, hogy a

kockázatos tevékenységet felvállalja, míg a megmentőt, az uzsorást arra, hogy optimális „megmentési” és keresési döntéseket hozzon.³²⁹ (A 9.1. táblázatban láthatjuk, hogy nincs olyan árszint, amely mind a három szempontból optimális megoldást adna.)

Nem teljes ösztönzési modell. Szerencsére egyes esetekben egyik vagy másik ösztönző nem fontos, hiányzik. Mivel a segítségnyújtás különböző eseteit már elemeztük, így most csak a másik két elemet kell megvizsgálni: mi történik, ha hiányzik a keresési ösztönző, illetve, ha a kockázatvállalást nem kell ösztönözni?

Induljunk ki abból, hogy mi történjen akkor, ha a *megtalálás véletlen eredménye!* Ekkor a kereséssel összefüggő ösztönzők eltűnnek – marad a segítségnyújtás a megmentő oldalán és a kockázatvállalás az áldozatén. Ha a segítségnyújtás módjáról nem kell dönteni, csak arról, hogy az egyetlen lehetséges lépést megtegyük-e, akkor van „optimális alacsony ár”. De ez ekkor sem mindig egyenlő a megmentés költségével: ha a segítségnyújtás sikere nem biztos, akkor ettől az összegtől felfelé el kell térni. Az optimális ösztönző, illetve az optimális ár megállapításához ismerni kellene a siker esélyét.

Ha az esemény előreláthatatlan, akkor a *kockázatvállalási ösztönző tűnik el:* nem befolyásolja az áldozat kockázatvállalását, hogy mekkora a várható mentési költség, illetve, hogy várhatóan mekkora kár éri „uzsorásra nem találás” esetén. Ilyenkor az optimális ellenértéket a segítségnyújtás és a keresés optimális ösztönzése alapján kell megállapítani: ha ezek közül bármelyik is releváns, akkor a legjobb a teljes megmentett értéket a megmentőnek juttatni. Vagyis a szerződést érvényben tartani.³³⁰

Még élesebb ez az érvényesség melletti érv akkor, ha a *kockázatos tevékenységet* nem ösztönözni, hanem éppen valamiképpen *ellenöztönözni* kell. Ha a veszély felvállalása nem indokolható (például az elvárt magatartással ellentétes tevékenység eredménye), ha a kockázatvállalás társadalmi értelemben nem hatékony, nem ésszerű, akkor a kockázatvállalás „büntetése”, vagyis a magasabb ár lenne indokolt.

Költségmérés. Az eddigiekben egyszerűen feltettük, hogy ismerjük a megmentő költség szintjét. Ennek mérése azonban nem feltétlenül evidens. Két fontos elemre kell itt felhívni a figyelmet: az egyik a költség, a másik a kockázat problémája.

³²⁹ Ez a megmentő tevékenység állami támogatása (finanszírozása) melletti legfontosabb érv. Azonban a modell arra is felhívja a figyelmet, hogy az optimális ösztönzők megteremtéséhez az szükséges, hogy az áldozat a költségeket meghaladó mértékben járuljon hozzá a mentőcsapatok finanszírozásához.

³³⁰ A szerződés érvényben tartása természetesen nem ugyanaz, mintha a teljes megmentett érték a megmentőnek jutna. Vélhetően az áldozat azért fogadta el az ajánlatot, mert a kifizetendő ár alacsonyabb, mint amennyit veszítene, ha a segítség elmaradna. Bizonyítási nehézségek miatt azonban a bíróság nyilvánvalóan nem fogja a kialakított árat megemlíteni.

A költség soha nem azonos a könyv szerint kimutatható költségekkel. Ez mindig alacsonyabb a valós költségszintnél. A közgazdaságtan számára a költség soha nem a számviteli költség, hanem az ún. *lehetőségköltség*, vagyis annak a lehetőségnek a haszna, amelyet választhattunk volna ahelyett, amelyet valójában csináltunk. Vegyük észre, ha elfogadjuk, hogy a költséget a lehetőségköltség alapján kell mérni, akkor azt meghatározza, hogy ki milyen egyéb lehetőségekkel rendelkezik! Az, aki a két fél közül több lehetőséggel rendelkezik, vélhetően nagyobb haszonról mond le az adott szerződés miatt – vagyis költségalapon is igazolható, hogy a szolgáltatás és az ellenszolgáltatás aránya az ő irányába torzuljon. Ha az uzsorásnak több alternatív lehetősége van, akkor már a lehetőségköltség-érvelés is arra utal, hogy az árak magasabbnak kell lennie.

Értékmérés: kockázatmegosztás. Az ösztönzési kérdés vizsgálat tehát arra utal, hogy sokszor nehéz meghatározni, hogy mi az optimális ellenszolgáltatás. Most arra térünk rá, hogy ez csak még bonyolultabbá válik – maga az ellenszolgáltatás értéke is nehezen becsülhető – akkor, ha nem egyszerűen egy árról kell gondolkodni, mint azt a legtöbbször a közgazdaságtan teszi, hanem egy összetett szerződésről.

Az nyilvánvaló, hogy az ár annál magasabb, minél több kockázat van valamelyik félen – ez a kockázat értéke, ellentételezése. A magas ár tehát lehet, hogy egyszerűen a kockázat ellentételezése miatt alakul ki. A kérdés csak az, hogy a külső szemlélő, a bíróság felismeri-e a felek közötti sokszor implicit megállapodást a kockázatviselésről. Tipikus probléma ez akkor, ha más „haszonló” termékek árából következtet az „értékre”. Piaci termékek esetén kisebb a probléma – de ott is akad. Piaci termékeket általában homogén szerződésekkel (ha tetszik, gyakran ÁSZF-ekkel), vagyis standard kockázatmegosztással értékesítenek – így minden vevő ugyanazt a kockázatot kell, hogy felvállalja. Csakhogy az áreltérés ezen homogén termékeknél is indokolt lehet. Például, ha az egyik vevő jobban viseli a kockázatot, mint a másik, akkor az első ugyanazt a kockázatot olcsóbban fogja felvállalni. (Ne felejtjük: ha a vevő olcsóbban viseli a kockázatot, az azt jelenti, hogy többet hajlandó fizetni az ugyanazt a kockázatot hordozó szolgáltatásért!) Minden szerződésben más és más kockázatviselő képességű felek találkoznak, a kockázati elem értékelése tehát meglehetősen nehéz: mivel a partnerek változnak, így minden szerződésben más az optimális kockázatmegosztás.

Azzal, hogy a joggazdaságtan a kockázatmegosztásnak erre az egyediségére (és bizonyíthatatlanságára) felhívja a figyelmet, erős érvet szolgáltat azok számára, akik szerint az értékaránytalanságot piaci érték nélküli szerződések, szolgáltatások esetén nem tudja a jog, a bíróság megfelelően megítélni: ehhez a konkrét felek kockázatait, kockázati attitűdjeit (kockázattűrő képességét)

kellene mérnie. (Ha piaci ár esetén sem tudjuk pontosan mérni, akkor e nélkül még nagyobb a tévedés kockázata.)

Tegyük hozzá, az sem feltétlenül szerencsés, ha például más országok hasonló szolgáltatásaival, a máshol hasonló szerződésekben kikötött fizetendő ellenértékekkel mérjük össze az adott szerződést. Itt ugyanis a másik ország jogrendjét és annak kockázatosztási hatásait is értékelni kellene: figyelni kellene arra, hogy milyen kötelező szavatossági, jótállási szabályokkal, milyen felmondási-kilépési opciókkal, vagy éppen milyen gyors és pontos bírói kikényszerítéssel segíti az adott jogrendszer a feleket. (Tegyük hozzá ez az érvelés, természetesen nemcsak az uzsora és a feltűnő értékaránytalanság esetére igaz, hanem természetesen ugyanígy korlátot jelent az árban való tévedés alkalmazása számára is!)

A kockázatmegosztással függ össze az értékmérés egyik legfontosabb veszélye is: elképzelhető, hogy a bíróság nem egységében az egész szerződést, hanem csak egyes elemeit külön-külön értékeli. Klasszikus tankönyvi példája ennek a hitelszerződések túlbiztosítása (Menyhárd [2004] pp. 164-166). Gyakori hiba, hogy maga a biztosítéki elem önmagában értékelődik: ha a bíróság azt látja, hogy a biztosíték nagyobb, mint a tartozás, ha nem teljesítés esetén az adóst nagyobb kár éri, mint amennyi a tartozása, akkor értékaránytalannak minősíti a szerződést. Holott a biztosíték – mint láttuk – nyilvánvalóan összefügg a szerződés más pontjaiban megjelenő kockázatmegosztással. Magas biztosíték esetén a kamat csökkenhet. Kaphat a biztosítékot adó más előnyöket is a szerződés más pontjain. Lehet, hogy egyszerűen a magas biztosíték teszi lehetővé azt, hogy szerződjön: ezzel a többletbiztosítékkal tudja magát megkülönböztetni a többi versenytársától, ezzel tudja hihetően kommunikálni a saját megbízhatóságát. Ha ezt a többletgaranciát, aránytalanságot nem engedjük meg, akkor igaz, hogy a szerződés elvileg „arányosabb” lesz – csak nem lesz elérhető. Persze az, aki az adott pert megindította, kétségtelenül jól jár: az aktuális felperesnek (*ex post*) kétségkívül előnyös, ha mentesítik a szerződésből fakadó aránytalannak tűnő kötelezettségei alól, de ezzel éppen a többi – lehet, hogy nála is rosszabb helyzetben levő – partnert fosztjuk meg a szerződés lehetőségétől.

A magyar joggyakorlat szabad kezet ad a bíróságoknak abban, hogy miképpen ítélik meg a két oldal közötti értékeltérést. A témában megkerülhetetlen PK. 267. kollégiumi állásfoglalás is csak annyit mond ki, hogy „az eset összes körülményét mérlegelni kell” – külön kiemelve azonban néhány olyan elemet, amely a költségmérés itt elemzett problémája miatt fontos.

- Vizsgálni kell a kereslet és kínálat alakulását – ez megfelel (pontosabban közgazdasági értelemben meg kellene, hogy feleljen) annak, hogy ha valamelyik fél jobb külső lehetőségekkel rendelkezik, akkor indokolható, ha az érték eltolódik az irányába.

- Értékelni kell azt, ha „a szerződő felek bármelyikének esetleges külön igényé[t], fokozott érdekelttségé[t] fejezte ki] a szerződés létrejöttében” – vagyis azt, ha a vevő fizetési hajlandósága magasabb vagy az eladó olcsóbban is eladná a dolgot, értékesítené a szolgáltatást.
- Figyelembe kell venni, ha például részletfizetésre kerül sor – ezzel a kockázatmegosztás egyik (igaz csak az egyik) elemére hívja fel külön is a figyelmet a Legfelsőbb Bíróság.

Az aránytalanság feltűnő volta. Ezzel el is értünk az uzsora definíciójának egyik kulcskérdéséhez, a szolgáltatás és ellenszolgáltatás értéke közötti *feltűnő* aránytalansághoz. (Láttuk az előző fejezetben, hogy az árban tévedésnél a magyar bíróság szintén csak *feltűnő* tévedés esetén hajlandó lépni.) A költségmérés, a kockázatértékelés itt jelzett problémái, illetve az előbb látott ösztönzési hatások nem azt jelentik, hogy soha semmilyen körülmények között nem lehet pontosan megállapítani, hogy valaki visszaélt-e a másik szorult helyzetével. De azt mindenképpen jelentik, hogy erős vélelem kell, hogy szóljon amellett, hogy az értékeltérést az ösztönzők, a valós költségek vagy a kockázatmegosztás igazolja. Az eltérésnek igen nagynak, „feltűnőnek” kell lennie ahhoz, hogy feltehessük: az értékeltérés már nagy valószínűséggel túl van azon a határon, amelyet az ösztönzés, illetve a nem számviteli költségek miatt engednünk kell. Benedek és Gárdos szerint a 40-50%-os értékkülönbséget a magyar bírói gyakorlat már majdnem mindig ilyennek találja (Benedek – Gárdos [2007a] p. 726).

2.3. Joggazdaságtani elemzés: szükséghelyzet

Mint láttuk a mai magyar írott jog, a más jogrendszerben megszokottaktól vagy a második világháború előtti magyar jogtól eltérően nem adja meg, hogy mely esetekben lehet a feltűnő értékaránytalanság esetén uzsorára hivatkozni. Jelen alfejezetben azt vizsgáljuk, hogy ezzel a széles felhatalmazással mikor szerencsés, ha él a magyar bíróság – mikor lenne hatékony a feltűnő értékeltérés mellett szükséghelyzetet is találni, és ezért az uzsoratilalmat életbe léptetni. Mielőtt az elemzéshez hozzáfogunk, mindenképpen érdemes felidézni azt is, hogy a magyar jog nemcsak annyiban speciális, hogy a bírói gyakorlatra bízza a „hátrányos helyzet” definícióját, hanem annyiban is, hogy ezen kívül ismeri az objektív uzsorát is (vagyis, amikor ilyen szükséghelyzet fennállását nem is vizsgálja a jog). Sőt, lehetővé teszi a szerződés megtámadását is az árban való tévedés okán.

Ismét alkalmazzuk az intézményi választás logikáját! Először nem azt határoztuk meg, hogy mi a szükséghelyzet, majd ezt követően, hogy van-e feltűnő értékeltérés, hanem előbb azt vizsgáltuk, hogy ha erre hivatkozva beavatko-

zik a jog, annak milyen ösztönző hatásai vannak – és most ezen ösztönzők ismeretében próbáljuk megválaszolni, mikor érdemes ezt a jogi beavatkozást megtenni, mikor fontosak ezek az ösztönzők. Ezeket a helyzeteket érdemes „szükséghelyzetnek” tekinteni.

Ahhoz hogy ezt megértsük, először szembeállítjuk az uzsorás szerződések következményeit egyrészt a jogellenes fenyegetéssel, amely esetben a szerződést érvénytelenítjük, vagyis az alperes nem kap semmiféle ellenszolgáltatást, másrészt a „megmentés” esetével, amikor a szerződést érvényben tartjuk. Ezen összevetése után három a szükséghelyzet definiálásakor fontos szempontot veszünk sorra: (i) a tranzakciós (szerződéskötési) költségek nagyságát, (ii) az áldozat kockázatvállalásának racionalitását (illetve az olcsóbb kockázatviselő elvét) és (iii) az előzetes biztosítási, opciós szerződések esélyét.

Uzsora vs. fenyegetés: a szerződés érvénytelenítése. Ösztönzési logikánk szerint a fenyegetés és az uzsora között az a fő különbség, hogy míg fenyegetésnél az eredeti állapot helyreállítása történik, addig uzsoránál az uzsorás valamilyen tisztességesnek tűnő ellenszolgáltatásra jogosult lesz.³³¹ Induljunk ki a fenti modelltől: amennyiben az „ajánlattevő” nem kap semmit, akkor mindenféle tranzakciótól tartózkodni fog. Ennek megfelelően a fenyegetés doktrínáját, akkor érdemes alkalmazni, ha

1. teljesen el akarunk riasztani az ajánlattételtől (a járadékvadászat nyilvánvalóan ilyen, de ha a szerződés megkötése – még „feltűnően aránytalan formában is” – jobb az áldozatnak, mint a kiinduló állapot, akkor a fenyegetés nevében fellépni kifejezetten veszélyes); vagy
2. nincs ösztönző hatás a megmentő oldalán, vagyis sem a keresésre (beruházásra), sem a szolgáltatás minőségére nem tud hatni.

Utóbbi vélhetően meglehetősen ritka eset. És még ha így is lenne, akkor is vigyázni kell: a fenyegetés miatti fellépés az áldozatot az adott kockázat felvállalására ösztönzi. Ha ezt helytelennek, túlzott kockázatvállalásnak tekintjük, vagyis inkább el akarunk riasztani tőle, akkor inkább az ajánlattevő kifizetését kellene növelni, és nem az „áldozatot” védeni – nem az ő ösztönzése (mert az ebben a speciális helyzetben úgysem lehetséges), hanem az áldozat ellenösztönzése miatt.

Uzsorás vs. segítségnyújtó. Az előző alapján úgy tűnik, hogy amennyiben a megmentő ösztönzése fontos, akkor semmiképpen sem szerencsés a fenyegetés alapján eljárni. Kérdés, hogy egyáltalán kell-e bármit tenni vagy egyszerűen érvényesíteni kell a szerződést. A fenti ösztönzési modelltől (vagy a 9.1. táblázatból) az olvasható ki, hogy a túl magas ár ellen csak akkor érdemes fellépni,

³³¹ Elképzelhető ugyan, hogy uzsorás szerződést is érvénytelenítsenek, de ebben az esetben a segítségnyújtó továbbra is – például jogalap nélküli gazdagodás miatt – megfelelő nagyságú jutalmat kell, hogy kapjon.

ha az áldozat tevékenységének ösztönzése a kulcskérdés. Ha ez – a megmentő ösztönzéséhez képest – kevésbé lényeges, akkor láthatjuk, hogy a hatékony megoldást az, ha az ár a teljes megmentett értékkel azonos. Ez adminisztrációs, jogi szempontból a szerződés érvényben tartását jelenti.

Tranzakciós költségek. A szerződésnek uzsorásnak minősítése, és ezzel a bírósági beavatkozás mellett akkor tudunk megfontoltan dönteni, ha tudjuk, hogy ez egyben a második és a harmadik fél általi kikényszerítés közötti választás is. Láttuk, hogy a fenyegetési és a megmentési (uzsorás) szituáció abban tér el egymástól, hogy utóbbinál az áldozat számára jobb a szerződés megkötése, mint a kiinduló helyzet fennmaradása. Tudjuk, hogy az árról való tárgyalás, annak időigénye komoly tranzakciós költséget jelent, megakadályozhatja, de legalábbis eltolhatja a szerződés létrejöttét. Ez, vagyis a szerződéskötés nehezítése fenyegetés esetén ésszerű lépés a jogrendszer részéről, ilyenkor több érv szól a második fél általi kikényszerítés mellett. Megmentési szituáció (uzsorás szerződés) esetén azonban reális veszély, hogy a segítségnyújtás elmulasztása vagy késlekedése miatt érték pusztul el, ilyenkor az alkunak a költsége (vagyis az idő értéke) meglehetősen magas. Itt a segítség mielőbbi megérkezése a cél; vélhetően így lehet kisebb károkkal megúszni a veszélyhelyzetet.

Az uzsoraszabályozás melletti egyik fontos érv lehet, hogy az ár utólagos kontrollja a tárgyalást értelmetlenné teszi, és ezzel a tranzakciós költségeket csökkenti. Amennyiben ugyanis a felek tudják, hogy a megállapodásukat a bíróság felülírhatja, akkor nem fognak hosszas alkudozásba bocsátkozni.³³² De az ösztönzési kérdésről itt sem feledkezhetünk el. A harmadik fél majdnem mindig rosszabbul informált, mint a második, vagyis a szerződő fél. Amennyiben a bíróság akarja megállapítani az elkérhető maximális árat (vagyis azt az értékeltérést, amely még éppen nem feltűnően nagy), akkor, mint láttuk, nagyon sok szempontot, adatot kellene mérlegelnie. Ha ezeket rosszul méri fel, komoly ösztönzési problémákat okozhat.

Károsult ösztönzői: kockázatvállalás és a lehetséges esetek köre. Többször szóltunk arról, hogy vannak olyan esetek, amikor az áldozat kockázatvállalását nem tekintjük igazolhatónak, prudensnek – és ezért inkább ellenősztönözni akarjuk. Ezen esetekben, mint láttuk is, mind a három ösztönző (megmentés, keresés, kockázatkerülés) ugyanabba az irányba mutat: a szerződés kikényszerítése, az uzsora-vád visszautasítása irányába.

³³² Épp ebből a megfontolásból alakult ki ilyen esetekre az angolszász jogban az *implied contract*-nak nevezett jogintézmény. Eszerint az ilyen helyzetekben úgy tekintik, mintha szerződés jött volna létre, olyan szerződés, amelynek az esetleges vitás pontjait utólag, ha máshogy nem, bíróság útján, rendezik a felek. Az ilyen „megbízás” gyakorlatilag egy előzetes alku nélkül, így minimális (gyakorlatilag nulla) tárgyalási költséggel létrejövő szerződés.

Az áldozat milyen tevékenységei tartozhatnak ide? Ha egy tevékenység a társadalom többi tagjára jelentős, illetve (ami közgazdaságilag fontosabb) a várható nyereséget meghaladó költséget ró, akkor azt általában nem kell ösztönözni. A másik olyan esetkör, amelynek az uzsora köréből való kizárását megfontolhatjuk az, amikor a veszteséget a két fél közül a károsult olcsóbban tudná megelőzni, mint a másik „kezelni”, illetve, amikor az áldozat jobban tűri a kockázatot. Ő a jobb kockázatviselő, ahogy az első és a harmadik fejezetben R. Posner és Rosenfield modelljében láttuk (R. Posner – Rosenfield [1977]).³³³

Előzetes szerződés esélye. A jobb kockázatviselő tesztből levezethető szempont az előzetes szerződés esélyének figyelembevétele is. Amennyiben lehetőség van előzetes szerződést kötni a megmentővel – például biztosítást kötni vagy előzetes „tagsági díjért” megvásárolni azt, hogy baj esetén ingyenes lássanak el, mentsenek meg minket³³⁴ –, akkor ez az „uzsorás” szerződésekkel szembeni gyengébb védelem mellett szólhat.

2.4. Magyar jogi problémák

Az uzsora témájának lezárásaként öt további elemet érdemes kiemelni. Az első például kifejezetten az uzsora definíciójának a része a legtöbb jogrendben: a tájékozatlanság kihasználása. Látjuk majd, hogy azért kezeljük külön, mert erős érveket találunk amellet, hogy ezt az esetkört a jogrend egyszerűsége, a kiszámíthatóság érdekében ne kezeljük az uzsora részeként. A második a vállalkozók elkülönítése egyes jogrendekben – például, mint láttuk, a németben. Ki kell térnünk ezen kívül arra is, hogy szerencsés-e az ajándékozás kizárása az uzsora vizsgálata alól – különös tekintettel a bírósági tévedések esélyére. Negyedik kérdésként megvizsgáljuk a szankciókat. Az alfejezet lezárásaként az uzsora és a fenyegetés egymást átfedő esetköreit vizsgáljuk, kiemelve a harmadik fél részéről érkező fenyegetés problémáját.

Tájékozatlanság. A járatlanság (az adott ügyben), az ítélőképesség hiánya, a tapasztalatlanság, a tudatlanság – olyan körülmények ezek, amelyeket szinte minden jogrendszer az uzsora alaphelyzetéhez sorol. Azonban első látásra nem illik a fenti „megmentési” modellünkbe. Sokkal inkább tartozna a tévedés tényállásához.

³³³ Az elv tökéletesen megfelel annak az előző elemzésünkől kiolvasható elvnek, hogy azokban az esetekben kevésbé csökkentsük az árat, ha a keresési és a segítői ösztönzők fontosabbak, mint az elővigyázatossági ösztönző.

³³⁴ A közgazdaságtan ezeket a szerződéseket opciós szerződéseknek nevezi: fix díjért a későbbi szolgáltatásra való (opciós – vagyis lehívható) jogot vásárolhatunk.

Kezdjük az elemzést azzal: miért tájékozatlan valaki az adott ügyben? Láttuk a tévedés tárgyalásakor: az aktuális járatlanság annak köszönhető, hogy korábban nem ruházott be az információszerzésbe, a tanulásba. És itt már látható párhuzam a fenti „uzsora-példával”. Ebben az esetben a kockázatvállalás nem az, hogy autóval indul el valaki éjszaka elhagyott vidéken, hanem az, hogy nem gyűjtött információt valamiről, nem ismerte meg annak a veszélyeit, amibe belefogott, stb.. Vagyis itt is a korábbi kockázatvállalási döntés (esetünkben az információgyűjtés elmaradása) hoz valakit kiszolgáltatott, ha tetszik „megmentési” helyzetbe. Ha így tekintjük, akkor könnyű azonnal arra a következtetésre jutni, hogy a nem tanulás olyan kockázatvállalás, amelyet a társadalomnak nem hogy támogatni nem, hanem kifejezetten „büntetni” kellene: maradjon tehát érvényben az ilyen helyzetben kötött szerződés.

Csakhogy ez túlzott leegyszerűsítés lenne. Vannak ugyanis olyan helyzetek, amikor nem a tanulás a legjobb megoldás. Jó helyettesítője ugyanis annak az, ha szakértőket, ügynököket kérünk meg arra, hogy segítsenek a döntésünkben. Ezt gyakran meg is tehetjük – erre ösztönözni is lehet (például megtagadva azt, hogy uzsora címén felülírja a bíróság a szerződést). Csakhogy a szakértő sokszor éppen az, akivel az üzletet kötjük: orvoshoz vagy autószerelőhöz fordulunk. Ilyenkor a szakértő nem „független”: egyszerre várunk szakértői véleményt, segítséget annak eldöntésében, hogy mi – és mennyiért – lenne a lehetséges megoldás, és az ajánlott megoldás megvalósítását is. Ezekben az esetekben igenis elvárás lehet, hogy ők, éppen mivel a szolgáltatói mellett szakértői megbízást is kapnak tőlünk, ne éljenek vissza a tudatlanságunkkal.³³⁵

Vállalkozók. A vállalkozók eltérő kezelése mellett a fenti modell alapján viszonylag egyszerűen érvelhetünk. A vállalkozóktól hatékony elvárni a nagyobb kockázatvállalást – már csak azért is, mert más jogintézményekkel, mint a csőd, illetve a hitelbiztosítékok elemzése kapcsán láttuk, a jog igen erősen támogatja őket ebben. (Az egyik legfontosabb, e kötetben most nem tárgyalt formája ennek a korlátolt felelősség.) Ezen egyéb kockázatvállalási ösztönzők az uzsora elleni védelem hatásos alternatívái, vagyis a vállalkozók uzsora-védelme kevesebb szükséges, kevésbé hatékony.

Ajándékozás és egyezség. Láttuk, hogy az ajándékozás az uzsorát kizáró elem. Azonban annak megítélése, hogy valami mikor ajándékozás, nem egyszerű. Lássuk erre a fenyegetésnél látott példát: az egyik fél azzal veszi rá a másikat

³³⁵ Az, hogy ezeket a helyzeteket érdemes-e uzsora alapjának tekinteni, azon dől el, hogy az adott jogrendszerben milyen egyéb intézményi alternatívák érhetők el. Ilyen alternatíva lehet az előző fejezetben tárgyalt tájékoztatási kötelezettség, a tévedés miatti megtámadhatóság, de ilyenek lesznek azok a jogintézmények is, amelyek kifejezetten a bizalmi helyzet, illetve a partner „ítélőképességbeli hiányainak” kihasználását akarják megakadályozni – ezeket a tizenegyedik fejezetben látjuk majd.

arra, hogy valamely követeléséből engedjen, hogy a csökkentett szolgáltatást azonnal nyújtja, a csökkentett vételárat azonnal kifizeti! Kijelenti azonban, hogy ha nem fogadja el a csökkentett ajánlatát, akkor a partnere hosszantartó pereskedésre, behajtási, végrehajtási procedúrára számíthat. Az ettől való félelem gyakran készíti a hitelezőket arra, hogy elfogadják a felkínált új, számukra kedvezőtlenebb feltételeket – ezzel legalább részben hozzájuthatnak a szolgáltatáshoz, pénzükhöz. Azonban, amennyiben ők utólag uzsorás szerződésre (és nem fenyegetésre) hivatkoznak, akkor kiteszik magukat annak a veszélynek, hogy a bíróság úgy értékeli majd a lépésüket, mint ingyenes joglemondást: a követelés elengedése a másik oldallal szembeni igény beszámítása (vagyis ellenérték) nélkül történt. Az ellenszolgáltatás hiánya viszont ajándékozási elem, amely ezt az egyezséget kizárja az uzsora köréből. (BH 1996/326)

Érdekes ezt a mai gyakorlatot összevetni a második világháború előttivel. Azt Szladits is külön kiemeli, hogy gyakori az egyezés megtámadása uzsora címén. Ilyenkor azonban a Kúria nem zárkózott el az uzsora vizsgálatától, csak lényegesen keményebb tesztet alkalmazott, az érvénytelenséghez lényegesen nagyobb értékeltérést várt el: azt vizsgálta, hogy „a szokásos mértékét messze meghaladó” engedmény miatt a két fél szolgáltatása, engedménye között a sérelmet szenvedő felet „tetemesen károsító”, „kiáltó aránytalanság” alakult-e ki. (Szladits [1941] p. 61) A gyakorlati probléma nyilvánvaló: ha elégséges kibúvó az ajánlat megvédéséhez az, hogy ajándékozásnak állítjuk be, akkor ezzel megkerülhetővé tesszük az uzsora jogintézményét.

Szankció: szerződésmódosítás. A szerződés bírósági módosításával (vagy konverziójával) szemben komoly kritikák fogalmazódnak meg mind az angol, mind a német bírói gyakorlatban. A német legfelső bíróság (BGH) például egy ítéletének indoklásában (idézi Menyhárd [2004] p. 187) kifejezetten a hatékony ösztönzés hiánya miatt volt elutasító a módosítással szemben: „ha valakinek, aki az ő szerződéses partnere terhére túlzottan előnyös helyzetbe hozza magát, csak azzal kell számolnia, hogy legrosszabb esetben a bíróság fenntartja úgy a szerződését, ahogy az megengedett és erkölcsös volna, az ő számára a jóerkölcsebe ütköző ügylet elveszíti azt a kockázatot, amely annak semmisségével jár.”

Ez az érv, mint láttuk, tökéletesen helytálló akkor, ha a fenyegetés eseteiről beszélünk: ha a szándékos károkozó csak azt kockáztatja, hogy azokban az esetekben, amikor a megfenyegetett fél perel, visszaállítják az eredeti állapotot, akkor a szándékos károkozón még mindig nyer – amikor nem támadják meg, a szerződés megmarad, a többinél pedig nem veszít semmit a kísérleten. A fenyegetés esetén a cél a teljes elriasztás: a járadékvadászat miatt fellépő pazarlást csökkenteni kell. Ezzel szemben megmentési szituációnál, uzsoránál, vagyis amikor a szerződés megkötése (a kiinduló helyzethez képest) az „áldozat” érdeke is, akkor a módosítás kifejezetten jobb eszköz, mint a teljes érvényte-

lenítés, hiszen valamekkora – ha csak kisebb mértékű – hozamhoz még akkor is hozzájut a megmentő, ha azt később uzsorásnak minősítik.

Uzsora és fenyegetés átfedése. A fenyegetés és az uzsora esetkörét az írott magyar jog nem választja ketté. A kettő közül az enyhébb szankció (mint láttuk jogosan) az uzsorához kapcsolódik. Éppen ezért komoly veszélyt rejt magában, hogy a magyar jog logikája alaphelyzetnek az uzsorát tekinti: a bíróságnak először – még akkor is, ha ezt a felperes nem is kérte –, hivatalból a semmisségi feltételt, vagyis az uzsorát kell vizsgálnia. Ha a joggyakorlat az uzsora esetkörét nem határolja le, és emiatt olyan esetben is az enyhébb szankciót, az értékki egyenlítést alkalmazza, amikor pedig a fenyegetés miatti erősebb fellépés lenne indokolt, akkor az túl gyenge ösztönzőt jelent csak.

Lássunk erre egy példát! A magyar jog szerint fenyegetés (és megtévesztés) megvalósulhat harmadik személy részéről is – ha ez az alperes előtt ismert vagy ismert kellene, hogy legyen. A kérdés: az ilyen fenyegetés elhárítása érdekében felajánlott segítség fenyegetés vagy megmentés, uzsora-e? (Esetleg, mint láttuk, a „fenyegető fél” részéről egyszerű tájékoztatás.) Ha az ilyen „ajánlatoktól” teljesen el akarunk rettenteni, akkor jobb azokat fenyegetésnek tekinteni (és a szerződést érvényteleníteni), ha viszont az ajánlatot „segítségként” értékeljük, akkor ösztönözni kell, vagyis jobb uzsoraként elbírálni és értékki egyenlítésre törekedni. A hatékony teszt sem túl bonyolult, mint az előző alfejezetben láttuk, több ország jogában is megjelenik: ha a harmadik fél részéről érkező fenyegetést a másik fél befolyásolta, akkor nyugodtan mondhatjuk, hogy fenyegetésről van szó – és a teljes elrettentésre törekvés lenne hatékony, vagyis joggazdaságtani alapon igazolható. Amennyiben azonban nem tudja befolyásolni a fenyegető felet, akkor az uzsora, illetve a figyelmeztetés között kell választani – a jogellenes fenyegetés miatti érvénytelenítés túl erős, és ráadásul esetleg az áldozatnak is káros megoldás lenne.

3. FELTŰNŐ ÉRTÉKARÁNYTALANSÁG, OBJEKTÍV UZSORA

A feltűnő értékaránytalanság objektív uzsora. A magyar joggyakorlat szerint pusztán az értékeltérés is elégséges a szerződés sikeres megtámasztásához: nincs szükség az uzsoránál megismert szükséghelyzet vizsgálatára. Első ránézésre úgy tűnik, hogy a jogintézmény inkább rontja a hatékonyságot: nem véletlenül vizsgáltuk az előbb is hosszasan, mit érdemes „szükséghelyzetben” érteni. Láttuk, hogy ennek alapján különíthetjük el azokat az eseteket, amikor érdemes és amikor nem érdemes fellépni az értékki egyenlítés érdekében. Azonban ne feledjük: minden jogrendszerben fel lehet lépni valamilyen formában az uzsorásnak nem tekintett, de a feltűnő értékaránytalanságot felmutató szerződés-

sekkel szemben – olyan speciális helyzetekben, amelyek egyébként az uzsora jog által elismert, illetve az általunk előbb igazolt esetkörébe nem férnek be! Ezt a legtöbb jogrendszer a jóerkölcsbe ütközés intézményével éri el, a magyar a feltűnő értékaránytalansággal. (A jóerkölcsbe ütközés tágabb, kevésbé egyértelmű kategória, ezzel majd a következő fejezetben foglalkozunk.)

Mivel a feltűnő értékaránytalanság az uzsorától csak annyiban tér el, hogy hiányzik a szükséghelyzet, ezért az ösztönző hatások tárgyalásakor kifejezetten arra szorítkozunk, hogy mely esetekben lehet hatékony a szükséghelyzetten túl egy ilyen szerződési szabadságot gátló, a forgalom biztonságát némileg gyengítő szabályozás.

3.1. Magyar szabályozás

A magyar jogba a második világháború után, de még a Polgári Törvénykönyv elfogadása előtt a Legfelsőbb Bíróság 1950. évi 9. sz. elvi döntése vezette be az objektív uzsorafogalmat. Ez megdönthetetlen vélelemként uzsorásnak minősített a magánfelek közötti minden olyan szerződést, amelyből valaki maga vagy harmadik személy javára ingyenes vagy feltűnően aránytalan előnyt köt ki vagy szerez úgy, hogy a másik felet ajándékozási szándék nem vezeti. Az elvi döntés ezzel valójában az ajándékozás szándéka nélkül nyújtott feltűnően aránytalan előnyt kivette a klasszikus (szubjektív) uzsorakategóriából, és megteremtette a feltűnő értékaránytalanságot, amelyet innentől (mivel hiányzik belőle a „nyertes fél” magatartásával kapcsolatos elvárás) objektív uzsorának is nevez a magyar jogtudomány. A döntés, pontosabban a tudatos helyzetkihasználás kérdésének mellőzése hátterében az a meggyőződés húzódott meg, hogy a sérelmet szenvedett fél szorult helyzetére, tapasztalatlanságára, értelmi gyengeségére, könnyelműségére, illetőleg ezen körülmények kihasználására már eleve következtetni lehet abból, hogy az ügyletből a másik feltűnően nagy előnyhöz jut. Ezt az elvet tartotta ezután életben a Ptk. is. Kiindulópontként érdemes leszögezni, hogy az értékaránytalanság ilyen kiterjedt definiálása más jogokban ismeretlen. (Lásd a 9.4. szövegdobozt!)

Fontos azonban jelezni, hogy önmagában a feltűnő értékaránytalanság csak megtámadási ok – vagyis az érvénytelenség a károsult akaratától függ, szemben az uzsorával, amely semmisségi. Ebből is következik, hogy az erre való hivatkozást ki is lehet zárni. Ezt a 2013-as kódex kifejezetten ki is mondja a 6:98.§ (2) bekezdésben: fogyasztó és vállalkozás közötti szerződés kivételével a megtámadási jogot a fele kizárhatják.

A 2013-as kódex még egy fontos változást hoz: korlátozza a korábbihoz képest a megtámadás lehetőségét – a tévedéshez hasonlóan bevezeti az önhiba

tesztet. A 6:98.§ (2) bekezdés ugyanis kimondja, hogy „nem támadhatja meg a szerződést az, aki a feltűnő értékaránytalanságot felismerhette vagy annak kockázattá vállalta.

9.4. szövegdoxoz. Értékaránytalanság, *laesio enormis* más jogokban

Az objektív uzsorafogalom, a feltűnő értékaránytalanság ebben a meglehetősen kiterjesztett formájában a magyar szerződési jog egyik sajátossága. Érdeemes éppen ezért megvizsgálni az alternatíváit: hogyan kezelik az ilyen problémákat más jogrendszerekben.

A felén túli sérelem római kori intézmény: elállási jogot biztosított az ingatlan eladójának abban esetben, ha az általa kapott vételár nem érte el az ingatlan értékének felét. Azonban az egyenértékkontroll roppant korlátozottan érvényesült. Látható egyrészt, hogy csak meglehetősen szűk esetkörre volt alkalmazható: csak olyan adásvételi szerződésre vonatkozott, amelynek tárgya ingatlan volt, és csak az eladó számára biztosított jogot, a vevő számára nem. Ráadásul időben is viszonylag rövid ideig élt. Célja ugyanis annak megakadályozása volt, hogy az elszegényedő rétegek földjeiket áron alul adják el – így kívánva gátat vetni további elszegényedésüknek. A gazdaság stabilizálásával mind az árrögzítő rendeletek, mind pedig a *laesio enormis* szerepe elenyészett, gazdasági rendeltetésük megszűnt. Ettől a rövid időszaktól, és korlátozott esetkörtől eltérően a római kor szerződési jogának kiindulópontja az, hogy „az adásvételnél természetszerűleg meg van engedve, hogy ami többet ér, azt olcsóbban vegyük meg, s ami kevesebb értékű, azt drágábban adjuk el.”

A felén túli sérelem elsősorban a középkori morálteológiában, a skolasztikában vált meghatározóvá, érdekes módon azonban nem etikai érvekre alapozva, hanem ezt az alapelvet épp az előző római jogi szabályból – annak korlátaírói elfeledkezve – emelték át. A skolasztika jelentős erőfeszítéseket tett az igazságos ár meghatározása érdekében, ebben látva az értékeltérés mércéjét. A késő skolasztika (egyébként már Aquinói Szent Tamásnál is meglévő alapokon) végül a piaci ár igazságos voltát mondta ki: a piaci áron való cserét igazságosnak tekintve függetlenül attól, hogy azon egyik vagy másik fél mennyit nyer.

A *lésion* a Code civilbe is bekerült, igaz csak – a római korihoz sokban hasonlító – kivételes szabályként: ingatlan adásvétele esetén az eladó jogosult a szerződést felbontani és a dolog visszaszolgáltatása fejében a vételárat visszafizetni, illetve ő kérheti a vételár és az ingatlan értéke közötti különbség csökkentését, ha a vevő által fizetett vételár kevesebb, mint az ingatlan értékének 5/12 része. Ráadásul például Nicholas [1992] szerint (idézi Menyhárd [2004]), a szabályozás indoka is roppant hasonló volt a római korihoz: a napóleoni háborúk idején otthonukat elhagyó családok visszatartása. Feltűnő értékaránytalansága miatt a szerződés érvénytelensége egyébként a francia bírói gyakorlat szerint a *causa* hiánya címén is megállapítható, ha a fizetett vételár „komolytalan”. A *lésion*-t francia bírói gyakorlat sem terjeszti ki olyan szerződésekre, amelyeknek tárgya nem ingatlan, illetve az ingatlanokon belül sem alkalmazza ezt a tartási és életjáradéki szerződésekre.

Az osztrák polgári jog is ismeri a felén túli sérelem fogalmát: érvénytelen a szerződés, ha a szolgáltatás és ellenszolgáltatás között ötven százalékot meghaladó értékkülönbség áll fenn. Ez a szabály ugyan nem szűkíti le a *laesio* alkalmazását néhány szerződéstípusra, de jó néhány általános feltételhez köti. Így nem lehet ennek alapján érvényteleníteni egy szerződést (i) ajándékozásnál (vagy, ha feltehető, hogy a szerződés ajándékozással vegyes volt); (ii) ha a szerződés tárgyának értéke nem állapítható meg; (iii) bíróság által elrendelt árverés esetén; (iv) abban az esetben, ha a fél a szerződéskötéshez fűződő fokozott, akár a magas áron is fennálló, érdekeltségét kinyilvánította (másképp: ha őt a dologhoz kapcsolódó előszereteti érték is motiválta); illetve, (v) ha a dolog valós értékét ismerte.

A német joggyakorlat ugyan a BGB előtt ismerte és alkalmazta a feltűnő értékaránytalanság tesztjét, a BGB-be azonban mégsem került be. Ezzel szemben a német bírói gyakorlat az ilyen szerződéseknél a jóerkölcsbe ütközés címén jár el. Egészen pontosan, más jogokhoz, így a mai magyar joggyakorlathoz is hasonló módon, ha az uzsora két feltétele közül valamelyik nem teljesül, akkor a szerződés jóerkölcsbe ütközés címén még érvényteleníthető. (Az uzsora a német jogban kifejezetten összefügg a jóerkölcsbe ütközéssel.) A külön tényállás hiánya elsősorban azért fontos itt, mert a német bíróságok csak akkor állapítják meg a jóerkölcsbe ütközést, ha az értékaránytalanság mellett valamilyen többlet tényállási elem is megvalósul. Vagyis az uzsora feltételeinek részleges megvalósulása nem vezet automatikusan a generálklauzula alkalmazhatóságához. Tegyük hozzá, ez az elv a többi országban is teljesül: a franciáknál, ha nem ingatlanról van szó, az osztrákoknál, ha nem teljesülnek az említett feltételek, akkor önmagában a feltűnő értékeltérés nem vezet jóerkölcsbe ütközéshez. Ha a szükséghelyzettel kapcsolatos szubjektív feltétel fennáll, akkor uzsora, ha más elem, akkor jóerkölcsbe ütközés miatt lehet a szerződés érvénytelen.

Az angol *common law*ban a feltűnő értékaránytalanság szintén nem létezik, viszont az ilyen szerződéseket a fent már látott *consideration* doktrína alapján érvénytelenítheti – pontosabban létre nem jöttek nyilváníthatja – a bíróság. A másik ide tartozó jogelv (amit Cooter és Ulen például expliciten a *lésion*-nal is hozza összefüggésbe³³⁶) az *unconscionability*. Maga az *unconscionability* jelentése, vagyis, hogy a szerződés a lelkiismerettel össze nem egyeztethető, a bírói jogalkotás felé mutat: a bírónak ad lehetőséget arra, hogy olyankor, amikor a döntés ugyan jogszerű lenne, de a jó lelkiismerettel ütközne, akkor ezt a doktrínát hívja segítségül. Ezt a szerződést érvénytelenné tevő elvet jellemzően aránytalan szolgáltatás és ellenszolgáltatás esetén hívják segítségül a bíróságok – azonban ennek nem feltétele az, hogy a két fél alkupozíciója jelentősen eltérjen egymástól. Lássuk erre a két nagy amerikai gyűjtemény, „törvénykönyv” megfogalmazását a feltűnő értékaránytalanságot is magában foglaló *unconscionable contract* vagy *unconscionable clause* kapcsán:

„Az [*unconscionable contract* vagy *unconscionable clause*] próbája az, hogy... a [szerződés] kérdéses cikkelyei olyannyira egyoldalúak-e, hogy a szerződéskötés idején fennálló körülmények között a jóerkölcsbe ütköznek... Az elv alkalmazásának

³³⁶ Lásd Cooter – Ulen [2005] p. 242

célja az elnyomás, valamint a méltánytalan meglepetések megelőzése...” (*Uniform Commercial Code, 2–302.§. 1. megjegyzés [1977]*)

„Az ellenszolgáltatás elégtelensége önmagában nem érvényteleníti az egyezséget, de a csere tárgyát képező dolgok jelentős értékbeli aránytalansága fontos figyelembe veendő tényező annak meghatározásakor, hogy a szerződés jóerkölcsbe ütközik-e... A tapasztalt aránytalanság megerősítheti azokat a jeleket, amelyek az alkufolyamat hiányosságaira utalnak... [A]z alkuerő nagyfokú egyenlőtlensége, ha az erősebb félnek indokolatlanul kedvező szerződéses feltételekkel jár együtt, megerősítheti az arra utaló jeleket, hogy az ügylet megtévesztésre vagy kényszerítésre épült, illetve megmutathatja, hogy a gyengébb félnek nem volt valódi választási lehetősége, nem állt a rendelkezésére tényleges alternatíva, és ezért ténylegesen nem egyezett bele, illetve nem tanúsított arra utaló magatartást, hogy beleegyezne a szerződés méltánytalan feltételeibe.” (*Restatement (Second) of Contracts, 208.§. [1979]*)

Értékelési szempontok. Nem nehéz belátni, hogy a Ptk-ba végül bekerült objektív uzsorafogalom komoly visszaélések alapjául szolgálhatna. Ilyen lenne például, ha a szerződő fél a szolgáltatás tényleges piaci értékét ugyan ismeri, de mivel a dolog megszerzése igen fontos a számára, ezért a piaci értéket jóval meghaladó vételárat ígér, majd a szerződést a vételár mérséklésének érdekében a bíróság előtt megtámadja, annak árát „mérsékelteti” (Menyhárd [2004] pp. 79-80). Az elv betű szerinti alkalmazása (minden feltűnően aránytalan szerződés semmis) a sérelmet szenvedő fél információgyűjtési ösztönzőjét is megszüntetné: nem kellene a szerződés valós értékének megismerése érdekében semmit tennie – neki felróható tévedés esetén utólag mindig hivatkozhatna a feltűnő értékaránytalanságra.³³⁷ Mindezek vezettek el a Legfelsőbb Bíróság PK 267. sz. kollégiumi állásfoglalásához, amely meghatározza – pontosabban korlátozza –, hogy mely esetekben léphet fel a bíróság feltűnően nagy értékaránytalanság címén, milyen szempontokat kell vizsgálnia ilyenkor. Ennek elemzését fenn már láttuk.

Éppen ezért a magyar jog a feltűnő értékaránytalanságot önmagában – ha az uzsora jellemzői nincsenek jelen – meglehetősen ritkán alkalmazza. A köz-zétett bírósági esetek többségében is inkább arra szolgál, hogy ennek alapján állapítsák meg a szerződésből egyébként hiányzó ellentételezés nagyságát.

Eredete. A második világháború előtti magyar joggyakorlat nem ismerte a feltűnő értékaránytalanság fogalmát. Általános felfogás volt, hogy „a felek dolga, hogy ők milyen dolgot milyen vételárral tekintenek egyenértékűnek.” Amennyiben mégis előfordult feltűnően aránytalan csere, „nevetségesen csekély ár, például egy palotáért egy arany”, akkor nem feltűnő értékaránytalanság, hanem más doktrínák alapján vizsgáldtak: „ilyen esetben ajándékozásról,

³³⁷ De tegyük hozzá, az árban való tévedésre is.

harmadik személyek kijátszásáról, színlegességről, az ügyletkötő fél elméleti képességének a csökkent voltáról, kizsákmányolásról vagy egyéb semmis, megtámadható vagy hatálytalan ügyletről van szó...” (Antalfy [1941] p. 237)

Így lett volna azokban az esetekben is, amelyekre válaszul a Legfelsőbb Bíróság az objektív uzsorafogalmat megalkotta. Ezeknél a problémát a korábbi zsidótörvények következményei jelentették. A zsidótörvények, a zsidókat a gazdasági és társadalmi életből eltávolítani kívánó intézkedések, a zsidó származásúak vagyonának ellenérték nélküli elvételét helyezték kilátásba. Számukra, ha vagyonukat nem akarták elveszíteni, egyetlen alternatíva maradt: értékesítették javaikat, elsősorban ingatlanjaikat. Emiatt a piacon túlkínálat alakult ki, ami miatt jelentősen csökkent az ár. Az adásvételi szerződések megkötésére ezen az aktuális piaci áron került sor. A probléma épp ebből adódott: a szerződések a piaci áron kötöttek. A Kúria korábbi gyakorlata szerint azonban a piaci lehetőségek kiaknázása nem lehetett kizsákmányoló vagy uzsorás szerződés.

3.2. Joggazdasági elemzés: ösztöntő hatások

Az objektív uzsorafogalom, a feltűnő értékaránytalanság miatti érvénytelenség mellett két joggazdaságtani érvet találhatunk. Az egyik az, hogy vannak speciális esetek, amikor a felek által a szerződésben kikötött árat nem tartjuk elfogadhatónak. Az ár olyan mértékben eltér a forgalmi értéktől, hogy ezt már – a felek szerződési szabadságának korlátozását is felvállalva – meg akarjuk akadályozni. A másik bizonyos szempontból éppen az első fordítottja: a forgalmi érték, amely nagyban meghatározza a szerződésben meghatározott árat, nem elfogadható. Látjuk majd, hogy ezek az érvek meglehetősen ambivalensek. Ki kell ezért térni az objektív uzsora két kétségtelen előnyére is. Az egyik egyfajta biztosítási funkció, a másik az árazási kérdések bíróságra hárítása. Természetesen, a joggazdaságtani elemzés itt sem foglalkozik a feltűnő értékaránytalanság kapcsán leggyakrabban felbukkanó érveléssel, az igazságossággal – az keresi, hogy hatékonyak-e ezek a szabályok.

A szerződési szabadság korlátozása. Szemben a fejezetben eddig tárgyalt témákkal, a feltűnő értékaránytalanság a szerződés szabadságát korlátozó jogelv. (A fenyegetés és a kényszerhelyzetet kihasználó uzsora felfogható a szerződési – pontosabban a szerződéstől való tartózkodási – szabadság garanciájaként is: ha a fél valójában nem akar, akkor nem kell szerződést kötnie, nem kell teljesíteni az ilyen módszerekkel ráerőszakolt szerződést.) A szerződési szabadság elve szerint a felek olyan – a bíróság által érzékelt – értékeltérésekkel köthetnének szerződést, amilyennel csak akarnak. Sőt, az elv erős vélelmet fogalmaz meg amellet, hogy egyik fél sem fogadna el számára hátrányos szerződést, olyat,

amelyben a maga számításai szerint többet ad, mint amennyit kap. (A fentiekhez hasonlóan az „adást” és a „kapást” a lehető legtágabban értve – mint azt például az ajándékozás esetén is láttuk, vagyis nem csak az anyagi, hanem az egyéb, akár érzelmi „hozamokat” is idevéve.) Ha valaki mégis ilyen szerződést fogad el, akkor feltételezhetjük, hogy valamely más akarathiba (például fenyegetés, vagy szükséghelyzet – uzsora) vagy információs probléma okozta azt. Más jogrendszerek vagy a második világháború előtti magyar magánjog is ezeket keresi, kereste ilyen helyzetben. Nincs szükségük az értékeltetés miatt önálló érvénytelenségi okra. Szladits például kifejezetten ki is zárja ezt, úgy fogalmaz, hogy a szerződésben szereplő két szolgáltatás *jogilag egyenértékű*: „A szembenálló szolgáltatások értékegyensúlyát a felek szabad belátásuk szerint határozzák meg, jogilag tehát szabály szerint a két szolgáltatás egyenlő értékűnek tekintendő.”

Mint a fentiekben láttuk, a magyar szerződési jog alapelve is a szerződési szabadság – a PK. 267. is ebből indul ki: a feltűnő értékaránytalanságot csak ennek fényében lehet értelmezni. Arra kell választ találni, hogy egyéb akarathiba (tévedés, megtévesztés, fenyegetés, uzsora) hiányában mikor, miért fogadna el valaki egy számára kedvezőtlen szerződést. Melyek azok az esetek, amikor feltételezhető, hogy a forgalmi értéktől való eltérés már *ex ante* is sértette a felperes érdekét? Két ilyen érvet érdemes megvizsgálni: a piaci viszonyok nem ismeretét, vagyis a tévedést az árban, illetve a racionalitási problémákat.

Az árban való tévedés kérdését az előző fejezetben már tárgyaltuk. Láttuk azt is, hogy az árban (értékben) való tévedés és a feltűnő értékaránytalanság miatti megtámadás egymás igen közeli helyettesítői a magyar jogban – tulajdonképpen csak az igényérvényesítés kezdő és végpontjában térnek el. Az ottani érveink tehát itt is igazak lesznek: amennyiben az értékbeli tévedés mögött nem a szerződés tárgyával vagy annak lényeges minőségi elemével kapcsolatos hiba húzódik meg, akkor a viszonylag alacsony információs költség miatt nem sok érv szól a szerződés érvényességének kétségbevonása és ezzel az információgyűjtés ellenősztozzése mellett. Ehhez az ottani érvhez hozzátehetjük a bizonyítási problémát is: a felek eltérő kockázatviselő-képességük miatt ugyanazt a szerződést eltérően értékelhetik. Érdemes ezen a ponton felhívni a figyelmet az osztrák definíció egy elemére: ott kizárja a *laesio*-alapú érvénytelenséget, ha a felperes a valós értéket ismerte. Ha kiegészítjük ezt a magyar polgári jogot jellemző jóhiszeműség-elvvel, az elvárható magatartás többször tárgyalt kötelezettségével, akkor ez gyakorlatilag azt jelenti, hogy a feltűnő értékaránytalanságra nem hivatkozhat az, akinek a forgalmi értéket *ismernie kellett volna*.³³⁸

³³⁸ Hasonló megfontolások alapján egészítené ki a Ptk-reform kapcsán készült szakértői javaslat a feltűnő értékaránytalanság mai tényállását azzal, hogy nem lehet azt alkalmazni, ha a felperesnek ismerni kellett volna a valós értéket. (Kemenes – Vékás [2008] pp. 783-784)

A racionalitási problémát eddig csak röviden érintettük – az első fejezetben, illetve az ajándékozás kapcsán. Részletes tárgyalása itt is elmarad – megteszük majd a következő két fejezetben. Anélkül tehát, hogy ennek részletes elemzésébe belefognánk, érdemes jelezni, hogy hasonlóan ahhoz, ahogyan az akarathibák kezelésére is több jogintézmény áll rendelkezésünkre, ugyanígy a racionalitási problémák kezelésére is több megoldás alkalmazható: mindenképp előtt a szerződésképtelen személyek védelme vagy éppen a fogyasztóvédelmi szabályok; végső soron pedig mindig nyúlhatunk a jóerkölcsbe ütköző szerződések semmisségéhez.³³⁹ Amennyiben tehát a feltűnő értékaránytalanságot hívjuk segítségül, akkor ezzel nem a probléma egyetlen lehetséges megoldásához nyúlunk, hanem a többi opció *helyett* nyúlunk ehhez – ezt a választást is indokolni kell.

Értékprobléma. Az értéket a jog – mint láttuk, a közgazdaságtan szemszögéből némileg túl szűken is – a forgalmi értékből próbálja levezetni. Így tesz a PK 267., így tesz a magyar joggyakorlat is. A feltűnő értékaránytalanság intézménye – mint a szövegdobozban az ókori római parasztság, a napóleoni Franciaország vidéki lakossága, avagy a magyar eredetnél az üldöztetést szenvedett zsidóság példáján láttuk – kritizálja a forgalmi értéket: nem tekinti azt igazságosnak. A kérdés nem teljesen alaptalan: ne feledjük, hogy évszázadokon keresztül komoly vita tárgya volt, hogy a forgalmi érték, vagyis az az ár, amennyiért egy szolgáltatást a piacon értékesíteni lehet, jól jelzi-e a szolgáltatás valós értékét. Sokak szerint „feltűnő értékproblémák” esetén, vagyis amikor valaminek az ára, forgalmi értéke erőteljesen eltér annak valós fontosságától, értékétől, be lehet, sőt esetleg be is kell avatkozni a folyamatokba.

A legismertebb, minden közgazdasági tankönyvben, illetve minden, a neoklasszikus közgazdaságtan értékelméletét kritizáló könyvben felbukkanó paradoxon a gyémánt és a víz forgalmi értékének eltérése. Ez nyilvánvalóan nincs arányban a két dolog „értékével”.³⁴⁰ A forgalmi érték egy jól működő piacon a határérték, vagyis az utolsó még eladott darab értéke alapján alakul ki. Azonban minden vevő többet is adna az adott dologért, szolgáltatásért – leszámítva az „utolsó vevőt”. Többet is megadna érte: ezt neveztük eddig a vevő fizetési hajlandóságának. Ugyanez igaz az eladókra is – csak ott az elfogadási hajlandóság a kérdés: az érték az utolsó, a „határon levő” eladó által még éppen

³³⁹ Az utóbbi kapcsán vegyük észre: azt mondtuk, hogy a jóerkölcsbe ütközés feltételez az értékeltéréseken kívül valamilyen egyéb problémát is! Ez ugyan megszorító értelmezés az objektív uzsorához képest, de a racionalitási problémákra hivatkozás eleve ilyen többlet probléma.

³⁴⁰ A választ persze a közgazdász könnyen megadja: a gyémánt az alacsonyabb kínálat miatt ilyen drága. Ha a vízből is olyan kevés állna rendelkezésre, annak az ára lényegesen magasabb lenne, mint a gyémánté, pontosan tükrözve az „értékeltérést”. De ez nem válasz arra a kritikára, hogy a piaci ár és az „érték” nem feltétlenül arányos egymással.

elfogadhatónak ítélt ár; mindenki más olcsóbban is eladná. Ez volt az eddig érvelésünk, de ezt ezen a ponton kicsit pontosítani kell: ha tökéletes piacról van szó, ahol a vevők és az eladók gond nélkül megtalálják egymást (így nincs szerződésekkel kapcsolatos tranzakciós költség sem), akkor senki nem venne ennél magasabb, és senki nem adna ennél a forgalminál alacsonyabb áron. A vevők nem fizetnének többet, mert tudják, hogy van eladó, aki adná ennyiért is; az eladók nem adnák ennél olcsóbban, hiszen tudnák, hogy van, aki megvenné ennyiért is. A forgalmi árat az határozza meg, hogy a vevők szerint mekkora az a legalacsonyabb ár, amelyen vásárolni tudnak – és nem az, amennyiért még hajlandók lennének vásárolni; másik oldalról a forgalmi árat az határozza meg, hogy az eladók szerint mekkora az az ár, amennyiért értékesíteni tudnák szolgáltatásaikat. A közgazdaságtani tankönyvek ezért különbséget tesznek használati érték (fizetési és elfogadási hajlandóság) és forgalmi érték között.³⁴¹ Annyit mondhatunk, hogy normálisan működő piac esetén a létrejött szerződések esetén a forgalmi érték a két fél használati értéke, értékelése között lesz. Mi történjen azonban akkor, ha extrém szituációban, valamelyik fél értékelését, illetve a piaci viszonyokat valamilyen intézmény megengedhetetlen formában befolyásolja? Például mi történjen, ha a fenyegetés nem kifejezetten egy-egy ember ellen irányul, aki emiatt a piaci áraktól messze eltérő szerződéseket is hajlandó megkötni, hanem például a piaci szereplők nagy részét érinti, akik emiatt olyan lépéseket tesznek (például értékesíteni próbálják vagyonuk egy részét), amely már a piaci árakat is befolyásolja? Ez volt ugye az a helyzet, amelyre válaszul a magyar jogba, de mint láttuk az ókori római vagy a napóleoni francia jogba is beépült a feltűnő értékaránytalanság doktrínája.

Az első kérdés, hogy ezt a helyzetet a polgári jog eszközeivel (is) kezelni akarjuk-e? Nyilvánvaló, hogy itt olyan esetről van szó, amikor az eladók jó része olyan árért adta el értéktárgyait, amely „normális helyzetben” nem lett volna elfogadható számukra. Nem beszélhetünk uzsoráról, hiszen az adásvétel piaci árakon történt. De fenyegetésről sem (pedig az nem feltételezné az értékeltérést), ha azt a rombolás-teszt alapján ítéljük meg.

Ha elismerjük, hogy az értékeltérés nem áll fenn, nem feltűnő, és a szerződéseket ennek ellenére mégis megpróbáljuk érvényteleníteni, akkor kézenfekvő eszköz lehet a fenyegetés értelmezésének kiterjesztése. Jogellenes fenyegetésnek lehetne minősíteni ugyanis például a hatóságként fellépő forradalmi közegek terrorját, amennyiben a sérelmet szenvedett felet ez bírta rá a szerződés megkötésére. Vegyük észre: ez a megoldás a fenyegetés speciális tényállását követeli, amely kilóg a többi fenyegetési eset közül: nem az alperes okozza a másik szorult helyzetét, csak – mint az uzsoránál – él a lehetőséggel!

³⁴¹ Lásd például Hirshleifer et al [2009] pp. 266-267

Ha a fenyegetést nem akarjuk ilyen speciális fogalommal kiegészíteni, akkor marad az az út, hogy ilyen esetekre speciális értékfogalmat alkotunk, amely elszakad a forgalmi értéktől. Pontosabban kimondjuk, hogy speciális helyzetekben, amilyen a terror, az értékelés kiindulópontja – szemben a sok száz éves hagyománnyal – nem lehet az aktuális forgalmi érték. Akkor mi? Kézenfekvő lenne azt mondani, hogy kössük ezt valamiképpen a sérelmet szenvedő fél használati értékéhez (fizetési, elfogadási hajlandóságához), ez azonban bizonyíthatatlan. Marad az a megoldás, hogy a nem torz piacon kialakuló forgalmi értéket vesszük számításba.³⁴²

Vegyük azonban észre, hogy bármelyik megoldást is alkalmazzuk, igazából nincsen szükség a *laesio* intézményére. A fenyegetés esetén ez nyilvánvaló – csak speciális fenyegetési tényállást kell alkotni. A második esetben pedig elég, ha az uzsora tényállásában, az értékelítés megállapításakor figyelembe vesszük a speciális helyzet létét. Ha pedig egyiket sem akarjuk megtenni, akkor még mindig ott a más országokban látott megoldás: a jóerkölcsbe ütközés, illetve jöhíszeműség és tisztességesség követelménye.

Biztosítási funkció. Az objektív uzsora egyfajta implicit biztosítást nyújt az érték rossz felmérése, a tévedés ellen. Ha valamelyik fél téved is az adott szolgáltatás értékében, akkor a jogrendszer ahhoz hasonló biztosítást nyújt számára, amelyhez hasonlóval a biztosítási piacon is gyakran találkozunk: a biztosítást kínáló fél azt garantálja, hogy költsége, vesztesége nem lehet egy adott szintnél nagyobb. Ez egy ún. *deductible*-t, az önrész egy formáját tartalmazó biztosítás. Nem veszi le a teljes kockázatot: ha valaki hibázik, akkor annak költségeit egy bizonyos szintig ő viseli – a jogrendszer csak az értékelítés „feltűnő” részét tünteti el. Ez a fajta önrész (a többi önrész-típushoz hasonlóan) a biztosítási piacon a biztosított ösztönzése miatt van jelen: ha a biztosítotttól minden kárát levennénk, akkor az első fejezetben látott morális kockázat roppant magasra nőne, a biztosított nem védekezne a károk ellen – esetünkben semmit nem tenne az érték felderítése érdekében.

Persze ne feledjük, lehet olyan helyzet, amikor jobb, ha a feleket ahelyett, hogy maguk informálnódnának egy-egy szolgáltatás értékéről, inkább arra ösztönözzük, hogy bízzák ezt a bíróságra! Ilyen érveket láttunk a szubjektív uzsoránál, a kényszerhelyzetnél: az egyik érv éppen az volt, hogy az uzsorakontroll egyik fontos hatása, hogy a feleknek nem is éri meg előzetesen alkudozni – van olyan helyzet, amikor ez az alku roppant magas tranzakciós költséggel járna, ezért hatékony kiiktatni a rendszerből.

³⁴² Tegyük hozzá, hogy a *laesio* a magyar jogba egy olyan időszakban került be, majd a Polgári Törvénykönyvbe is olyan időszakba került át, amikor a magyar gazdasági gondolkodás meghatározó tétele volt, hogy az „igazságos árat”, az „igazságos forgalmi értéket” a piaci mechanizmusok nélkül, pusztán „tudományos alapon”, a tervezés módszerével is meg lehet állapítani!

Árképzés hiányos szerződések esetén. Ne feledkezzünk meg arról sem, amit fent már említettünk: az objektív uzsora a magyar jogban erősen összeolvad a paragrafus másik bekezdésével, az ellenszolgáltatás követelményével. Említettük, hogy a feltűnő értékaránytalanság a magyar jogban egyebek mellett éppen azért fontos, mert ennek alapján tudja a bíróság kipótolni azokat a szerződéseket, amelyekben az árat nem rendezik. Diszpozitív szabályt kínál ezzel (igaz olyat, amelytől eltérni roppant nehéz) arra az esetre, ha az áralku elmarad. Csökkenti ezzel a tranzakciós költséget. Feltéve természetesen, hogy a felek bíznak a bíróság ítéletében. Az, hogy a bíróságot szerencsés-e ilyen „tárgyalást-helyettesítő” célra használni (vagyis a második fél védekezése helyett a harmadik fél általi kikényszerítésre áttérni), a következő fejezetben elemezzük majd.

4. ÖSSZEFOGLALÁS

A fejezetben a nehéz helyzetben tett ígéretek különböző formáival találkozhatunk. Az itt bemutatott joggazdaságtani modellek az intézményi megközelítést követték: nem a helyzeteket próbáltunk egymástól elkülöníteni, majd azokhoz rendelni szankciókat (bár ilyen próbálkozásokat is láttunk), hanem azt vizsgáltuk, hogy milyen helyzetben érdemes az egyes szankciókat alkalmazni. Annak alapján különíti el az itt tárgyalt három jogintézmény, a jogellenes fenyegetés, uzsora és feltűnő értékaránytalanság esetkörét, hogy mikor érdemes a szerződés érvénytelenítésére és mikor az értékkiegyenlítésre (a feltűnő eltérés kiküszöbölésére) törekedni. A modell egyik kulcsa annak megértése volt, hogy az uzsora – szemben a fenyegetéssel – a „megzsarolt” félnek is jó. Jobban jár, mintha nem találkozna az uzsorással, akit, mint láttuk, nem mindig egyszerű elkülöníteni a munkájáért tisztességes díjat felszámoló megmentőtől.

A fejezetben kifejezetten nagy teret kapott az értékelítés vizsgálata, hiszen ez az uzsora és a feltűnő értékelítés tényállásának is alapeleme. A joggazdaságtan régi klasszikus állítása szerint az értékkontroll általában a megvédett csoportnak is több kárt okoz, mint amennyit használ. Emellett azonban láttuk itt azt is, hogy (i) a közgazdasági és a köznapiság értékfogalom eltérése milyen komoly ösztönzési problémákhoz vezethet, illetve azt is, hogy (ii) a kockázatértékelés milyen nagy jelentőségű lenne.

És természetesen ezt a fejezetet is hasonlóan kell zárni, mint az előző ketőt. Ne feledkezzünk el arról, hogy ezek a jogintézmények is veszélyeztetik a forgalom biztonságát – lehetőséget kínálnak arra, hogy az egyébként „normális” szerződéseket (erre különösen az uzsoránál láttunk példákat) a bíróság tévesen érvényteleníthesse! Csökkenti ezzel a kikényszerítés esélyét, életre hívja mindazokat a hatásokat, amelyeket a kártérítés csökkentése esetén láttunk.

Irodalomjegyzék

- Antalfy Mihály [1942]: Vétel, csere. In: Szladits Károly [szerk. 1942]: *Magyar Magánjog. Kötelmi jog különös rész.* Budapest, Grill Kiadó
- Bar-Gill, O. – O. Ben-Shahar [2005], *Credible Coercion*, *Texas Law Review* 83, 717–778
- Benedek Károly – Gárdos Péter [2007a]: XVII. fejezet: Általános szabályok. in: Gellért György: *A Polgári Törvénykönyv magyarázata I. kötet*, Complex, Budapest
- Benedek Károly – Gárdos Péter [2007b]: XVIII. fejezet: A szerződés megkötése. in: Gellért György: *A Polgári Törvénykönyv magyarázata I. kötet*, Complex, Budapest
- Cooter, Robert – Thomas Ulen [2005]: *Jog és közgazdaságtan.* Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest
- Craswell, R. [1989], *Contract Law, Default Rule, and the Philosophy of Promising*, *Michigan Law Review* 88, 489–529
- Craswell, R. [1993], *Property Rules and Liability Rules in Unconscionability and Related Doctrines*, *University of Chicago Law Review* 60, 1–65
- Cserne P. [2011], *Duress in Contracts: An Economic Analysis.* in: G. de Geest [ed. 2011], *Contract Law and Economics*, Cheltenham: Elgar
- Cserne Péter – Szalai Ákos [2010], *On the Necessity of Necessity: An Economic Analysis of Contracts Concluded in a Situation of Need.* *Silesian Journal of Legal Studies* 2 (2010), 11–25
- Dixit, Avinash [2009], *Governance Institutions and Economic Activity.* *American Economic Review* 99:1, pp. 5–24
- Ehrenberg, Ronald G. – Robert Smith [2003]: *Korszerű munkagazdaságtan.* Panem, Budapest.
- Epstein, R.A. [1975], *Unconscionability: a Critical Appraisal.* *Journal of Law and Economics* 18, 293–315
- Esposito, A.G. [1999], *Contracts, Necessity and Ex Ante Optimality*, *European Journal of Law and Economics* 9, 145–156
- Földi András – Hamza Gábor [1996]: *A római jog története és institúciói.* 5. átdolgozott és bővített kiadás. Budapest, Nemzeti Tankönyvkiadó.
- Gaynor, M. – W. Vogt [2000], *Antitrust and competition in health care markets.* in: A. Culyer, and J. Newhouse [ed.], *Handbook of Health Economics.* Elsevier 2000
- Johnston, J.S. [1993], *Default Rules/Mandatory Principles: A Game Theoretic Analysis of Good Faith and the Contract Modification Problem*, 3 *South California Interdisciplinary Law Journal* 335
- Kemenes István – Vékás Lajos [2008]: *Ötödik könyv második rész: A szerződések általános szabályai.* in: Vékás Lajos (szerk): *Szakértői javaslat az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez.* Budapest, Complex
- Kennan, John [1999], *The economics of strikes.* in: Ashenfelter O. and R. Card [1999 eds.], *Handbook of Labour Economics Volume 3.* Elsevier
- Kovács Kázmér [1998]: *A Ptk. 201.§ (2) bekezdése védelmében.* *Magyar Jog* 1998/8. 403-407. oldal.
- Menyhárd A. [2004]: *A jóerkölcsbe ütköző szerződések.* Gondolat, Budapest

- Menyhárd Attila – Mike Károly – Szalai Ákos [2006]: A tiltás hatástalansága. Kógens szabályok a szerződésjogban. *Századvég* 41, pp.3-46
- Nicholas, Barry [1992], *The French Law of Contract*. 2nd ed. Oxford.
- Nizsalovszky Endre [1951]: Uzsora – tévedés – forgalmi jóhiszem. *Jogtudományi Közlöny*, 1951/5. 246-250. oldal.
- Nozick, R. [1969/1997] Coercion. in: Nozick, R. [1997], *Socratic Puzzles*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press
- Pope, T.M. [2004], Counting the Dragon's Teeth and Claws: the Definition of Hard Paternalism. *Georgia State University Law Review* 20, 659–722
- Posner, Richard A. [2011], *Economic Analysis of Law*, 8th edition. New York: Aspen Law and Business
- Posner, Richard A. – Andrew M. Rosenfield [1977], 'Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis', 6 *Journal of Legal Studies*, 88 (1977).
- Schwartz A. [1992], *Relational Contracts and the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies*, 21 *Journal of Legal Studies*. 271 (1992);
- Shavell, Steven [2007], Contractual Holdup and Legal Intervention *Journal of Legal Studies* 36, 325–354
- Shavell, Steven [2004], *Foundations of Economic Analysis of Law*, Belknap Press
- Szladits Károly [1941]: *Kötelmi jog – Általános rész*. Grill Károly Kiadóvállalata, Budapest
- Vékás Lajos [1998]: Autópálya-használati szerződések és a Ptk. 201.§ (2) bekezdése. *Magyar Jog* 1998/6. 321-327. oldal.
- Williamson, Oliver E. [1979/2007], A tranzakciós költségek gazdaságtana: a szerződéses kapcsolatok szabályozása. *Kormányzás, Közpénzügyek, Szabályozás* 2 pp. 235-255.

X. fejezet

Szerződés tartalma, értelmezése

A szerződésből fakadó jogok és kötelezettségek, a szerződés tartalma soha nem egyenlő azzal, amiben a felek a tárgyalások lezárásaként megegyeznek. A szerződés tartalma mindig több ennél: tartalmaz olyan elemeket, amelyekről nem jutottak egyetértésre. Sőt, időnként tartalmazhat olyan elemeket is, amelyek kifejezetten ellentétesek azzal, amiben a szerződés megkötésekor megegyeztek. Az előbbiek a diszpozitív szabályok, amelyektől a szerződő felek eltérhetnek, amelyeket felülírhatnak, de ha nem rendezik a kérdést, akkor ezeket fogja a bíróság alkalmazni vita esetén. A második csoport a kógens szabályok köre – ezek akkor is kötik őket, ha a szerződésben egybehangzó akarattal el akarnak tőlük térni.

Az első fejezetben már találkoztunk a szerződési jog e két fő eszközének: a diszpozitív és a kógens szabályoknak az elemzésével. Ott a diszpozitív szabályok tranzakciós költségeket csökkentő hatását emeltük ki: fő funkciójuk, hogy a szerződéskötési költségeket csökkentsék. Ennyiben ezeket a szerződési szabadságot elősegítő, és nem azt korlátozó szabályoknak tekinthetjük. Más a helyzet a kógens szabályokkal. Ezeket általában a szerződési szabadság legfontosabb korlátainak tekintik.

Ez azonban csak kiindulópontnak jó. Szintén láttuk az első fejezetben, hogy nem mindig egyszerű a diszpozitív szabályoktól eltérni – ezeket neveztük ragadós diszpozitív szabályoknak. Láttuk, hogy a kógens szabályok lehetnek nyilvánvalók, amelyeknél magától értetődő, hogy mi az az eszköz, szerződési kitétel, amelyet a jog nem ismer el. De léteznek tágabban megfogalmazott tilalmak (*standardok*, *generálklauzulák*), amelyek nem annyira a konkrét lépést, hanem inkább bizonyos célokat tiltanak. Az utóbbiak közül talán a legfontosabb a jóerkölcsbe ütköző, illetve a jóhíszeműség és tisztességesség elvét sértő pontok tilalma. (Elfogadva a magyar jogban kialakulni látszó álláspontot³⁴³, ezt a kettőt együtt kezeljük majd.) Bevezetünk azonban ebben a fejezetben egy harmadik formát, amely valamiképpen a kettő között helyezkedik el – ezek a jogi definíciók. Ezek révén a jog egy menüt kínál, amelyből a felek választhatnak; viszont a választott megoldás általában sok kógens elemet tartalmaz (igaz,

³⁴³ Lásd erről Menyhárd [2004] pp. 248-251.

más elemeik pedig felülírhatók). Végezetül nem feledkezhetünk el arról, hogy a jogrendszernek, a bíróságoknak az egyik legfontosabb feladata vita esetén a szerződések értelmezése. Mint majd látjuk, ezek az esetek ugyan roppant közel állnak a diszpozitív szabályok problémájához, mégis érdemes külön szólni róluk.

A fejezet első részében a diszpozitív szabályokkal foglalkozunk. Az egyszerűség kedvéért itt mutatjuk be a jog által adott menüket is. A második alfejezet tárgyalja a kógens szabályokat – külön kitérve a szabályozás pontosságára, vagyis a tételes szabályok és a generálklauzulák közötti választásra. Itt elemezzük majd a jóerkölcsbe ütköző szerződések tilalmát, illetve a jóhiszeműség és tisztességesség követelményét is. Míg az első két alfejezet elsősorban a szerződés teljesítésével kapcsolatos diszpozitív és kógens szabályokat vizsgálja, addig a harmadik alfejezet, egy roppant fontos speciális esetkörrel foglalkozik, azon helyzetek diszpozitív és kógens szabályozásával, amikor a szerződő felek személye megváltozik vagy a kötelezett, vagy a jogosult oldalán csere történik. Látjuk majd, hogy az első két alfejezetben megismert modellek itt is jól használhatóak lesznek.

1. DISZPOZITÍV SZABÁLYOK ÉS ÉRTELMEZÉS

A szerződési szabadság a joggazdasági értelmezése szerint nem egyenlő a negatív szabadsággal, a tiltás hiányával. Az első fejezetben a *Coase-tétel* kapcsán láttuk, hogy a joggazdaságtan szerint ahhoz, hogy a szerződések megköthetők legyenek, elengedhetetlen, hogy alacsonyan tartsuk a tranzakciós költségek szintjét, vagyis kell a pozitív szabadság is. Ennek egyik legegyszerűbb módja a diszpozitív szabályok és az értelmezési módszerek megfelelő kialakítása: amennyiben ezek megfelelnek a feleknek, akkor nem szükséges a szerződési tárgyalást sokáig húzniuk, elég csak az alapvető pontokban megegyezniük, és minden mást a jogrendszerre bízhatnak, amely a diszpozitív szabályokkal kitölti a szerződésben levő lyukakat, az értelmezés során feloldja a vitákat.

A jogirodalom általában³⁴⁴ különbséget tesz a két eset között: *diszpozitív szabályokról* akkor beszélünk, amikor a szerződésben valamit nem rendeznek, és ezért a bíróságnak meg kell válaszolnia valamilyen nyitott kérdést egy nem teljes szerződés kapcsán, az *értelmezési problémával* pedig akkor szembesülünk, amikor válasz ugyan van a szerződésben, de a felek nem értenek egyet abban, hogy mi az, miben is állapodtak meg. A két kérdést azonban a joggazdaságtani irodalomhoz³⁴⁵ hasonlóan ez a fejezet is együtt kezeli.

³⁴⁴ Lásd R. Posner [2005].

³⁴⁵ Áttekintésért lásd Cohen [2011].

1.1. Magyar jogi alapelvek

A magyar jogrend a szerződési szabadság elve kapcsán mondja ki, hogy egy-két kivételtől eltekintve a szerződési jogban szereplő szabályok nagy része diszpozitív. Ezeket csak akkor kell alkalmazni, ha (i) van szerződés, és (ii) a szerződésben a felek nem térnek el ezektől – pontosabban, ha nem nyilvánvaló, hogy a felek el akarnak térni. Ezzel előttünk is áll a két kritikus kérdés: tudni kell, hogy létezik-e szerződés, továbbá, hogy mit tartalmaz az. El kell dönteni, hogy a felek el akartak-e térni, és miként a törvényi megoldástól.

A *szerződés létezése*. Láttuk többször, a magyar jog is abból indul ki, hogy nem kell megkövetelni, hogy a felek a szerződés valamennyi elemében megállapodjanak a tárgyalások során. A szerződés létrejöttének feltétele nem az, hogy minden kérdésben egyetértésre jussanak; csak a szerződés lényeges vagy az általuk lényegesnek minősített kérdéseiben szükséges ezt elérni. Érdemes leszögezni, hogy a Ptk. nem határozza meg, hogy mely kikötések minősülnek lényegesnek. (Benedek – Gárdos [2007b] p. 751)

A lényegesség értelmezése ezért a bírói joggyakorlat során alakult ki. Az 1959-es kódex Ptk. 205.§ (2) bekezdéséből, illetve a 2013-as törvénykönyv 6:63.§ (4) bekezdéséből implicite következik, hogy nem lényegesek azok a kérdések, amelyeket akár a Ptk., akár más jogszabály diszpozitív módon rendez. Ha ezekben nem születik megegyezés, akkor a diszpozitív megoldásokkal él a szerződés. E tekintetben a bírói joggyakorlat a diszpozitív szabályok mellé sorolta azokat a megoldásokat is, amelyek a felek közötti *korábbi szerződésekből* vagy éppen a *szakmai szokásokból* következnek: eltérő szerződési szabályozás hiányában ezek is a szerződés részévé válnak. Az új Ptk. expliciten ki is mondja, hogy mindazok a szokások is kötelmet jelentenek, a szerződés értelmezésekor figyelembe veendő, amelyek az adott iparágban bevettek vagy a felek közötti korábbi üzleti gyakorlatban kialakultak. (6:63.§ (5). bek.)

Értelmezési alapszabály. A magyar jog szerint vita esetén a szerződést úgy kell értelmezni, ahogyan azt a szerződéskötéskor a feleknek három szempontra tekintettel vélhetően érteniük kellett. Ezek a szempontok: (i) a szavak általánosan elfogadott jelentése, (ii) az eset körülményei és (iii) a nyilatkozó feltehető akarata. Ez utóbbi kapcsán fontos kérdés a gazdasági ésszerűség is: az nyilatkozó akaratának keresése során a feleknek, illetve az értelmező bíróságnak is fel kell tételeznie adott szerződés célja nem állhat szemben a felek *gazdaságilag is ésszerű akaratával* (Benedek – Gárdos [2007b] p. 775). A 2013-as kódex másképp fogalmazza meg a szabályt: „Az egyes szerződési feltételeket és nyilatkozatokat a szerződés egészével összhangban kell értelmezni.” (6:86.§ (1) bek.) Ez a szabály (legalábbis a jogalkotó szándéka szerint, ahogy a javaslatához fűzött indoklásból kitűnik) nem kívánja felülírni a korábbi gyakorlatot, hanem

csak még erősebben kívánja kötni az értelmezést az adott szerződés körülményeihez – és ezek között természetesen mindenképpen szerepet kell játszania az adott esetben hatékony megoldás keresése is.

In dubio contra proferentem. Amennyiben egy szerződési kitétel értelme egyszerűen az előző alapelv alkalmazásával nem állapítható meg világosan, akkor a magyar jog is alkalmazza a kitétel kidolgozójával szembeni döntés elvét: az 1959-es törvénykönyv szerint fogyasztói szerződések és az általános szerződési feltételekkel kötött szerződések esetén a vitatott passzusokat úgy kell értelmezni, ahogyan az annak kidolgozásában részt nem vevő fél számára kedvezőbb. A gyakori félreértés miatt fontos kiemelni itt, hogy az *in dubio contra proferentem* elv nem a „gyengébb felet” védi, hanem a kidolgozót hozza nehezebb helyzetbe. Amennyiben a kidolgozó egyben a „gyengébb fél” is, akkor a szabály a neki hátrányos értelmezést követeli meg.³⁴⁶

Azonban ilyen helyzet a fogyasztói szerződések és az általános szerződési feltételeken kívül is fennállhat. Nem érthető, hogy a szabályozás miért csak ezekre vonatkozik. Az új Ptk. éppen ezért a fogalmazóra hátrányos értelmezés elvét ki is terjeszti minden egyedileg meg nem tárgyalt feltételre.

Teljességi záradék (merger clause). A 2013-as kódex vezeti be a magyar jogba azt az intézményt, amely lehetővé teszi a feleknek, hogy írásbeli szerződés esetén leszögezhessék, hogy az adott szerződés minden elemet tartalmaz, és ezzel azok az egyéb korábbi megállapodások, amelyekre tipikusan a tárgyalás során jutottak, hatályukat veszítik, azokat a szerződés értelmezése során nem lehet figyelembe venni. Korlátozza ez a passzus ezzel azt, hogy az értelmezés során a korábban adott információkra, illetve a korábbi gyakorlatra hivatkozni lehessen.

Bírósági szerződésmódosítás. A bíróság az értelmezésen túl még egy eszközzel befolyásolhatja a szerződések tartalmát, azt, hogy abból a felekre milyen jogok és kötelezettségek hárulnak: a bírósági szerződésmódosítás révén. A magyar jog „tartós jogviszonyok” esetén ad a bíróságnak ilyen jogot. Erre azonban a következő alfejezetben fogunk visszatérni.

³⁴⁶ Erre kifejezetten hivatkozik is a magyar jogalkotó: amikor az ÁSZF-eket is beemelték ezen értelmezési szabály körébe, akkor ennek indoklásaként kifejezetten kimondták, hogy a szabály célja nem a kiszolgáltatottabb pozícióban lévő fél védelme. A cél az, hogy a pontatlan vagy bizonytalan megfogalmazás kockázatait az azt megfogalmazó a félre terheljék – függetlenül attól, hogy a kidolgozó az „erősebb” vagy a „gyengébb” fél-e.

1.2. Joggazdaságtani alapkérdések

Az előbb látott magyar szabályok joggazdaságtani értelmezéséhez három kérdést kell megválaszolni. Egyrészt el kell dönteni, hogy mikor avatkozzon be a bíróság. Mikor nyújtson segítséget a szerződő feleknek, és mikor tartsa távol magát ettől – mondván például, hogy a megállapodás oly mértékben hiányos, zavaros, hogy abban a lényeges pontokat sem szabályozták, vagyis nincs is szerződés? Másrészt kérdés, hogy milyen elvek szerint avatkozzon be, vita esetén minek alapján értelmezze a szerződést. Végül: legyen-e különbség az értelmezéskor szerződéstípusok között?

Mikor avatkozzon be a bíróság? A szerződés léte – lényeges elemek. Mielőtt a diszpozitív szabályok és értelmezési elvek közötti választásra rátérnénk, érdemes visszatérni az alfejezet első mondataira. Azt állítottuk, hogy ezek a szabályok azért fontosak, mert egyszerűsítik a szerződéskötést: a bíróságokban, illetve a diszpozitív szabályokban bízva nem rendezett vagy csak kétértelműen megválaszolt kérdéseket is hagyhatunk a szerződésben (Cooter – Ulen [2005] pp. 227-235).

Nem arról van természetesen szó, hogy a felek azért nem szabályoznak mindent a szerződésben, mert léteznek diszpozitív szabályok, amelyekre hagyatkozni lehet. Már a legelső fejezetben a szerződések pontosságánál is láttuk, hogy ha a jogrendszer nem nyújt segítséget, akkor sem születnek teljes szerződések, ekkor is maradnak nyitott, szabályozatlan kérdések, kétértelmű pontok. Az egyes kockázatok egymás közötti megosztása, ennek megtárgyalása költségekkel jár és ezt a költséget nem biztos, hogy érdemes felvállalni. Ugyanis a nem rendezett (vagy kétértelműen rendezett) kockázat nem biztos, hogy valóban realizálódik is. Ráadásul, ha valóban be is következik az adott esemény, a vita végül ki is robban, akkor is megpróbálhatják azt *ex post*, annak felbukkanásakor rendezni. Amennyiben ezt a várható költséget az *ex ante* tárgyalás biztos költsége meghaladja, akkor a felek inkább nyitott szerződéssel vágnak bele a kapcsolatba – még bírósági, jogi segítség nélkül is.³⁴⁷

A tárgyalás költsége mellett érdemes számításba venni más olyan elemeket is, amelyek az *ex ante* pontos megállapodás ellen hatnak. Ilyen az ellenőrzés nehézsége, az információ-visszatartás és a menekülési út fenntartásának vágya. Az *ellenőrzés nehézsége* azért fontos szempont, mert vannak olyan elemek, problémák, amelyeket szabályozni ugyan könnyen lehet, a betartásukat ellenőrizni, azt harmadik fél előtt bizonyítani nehéz. Ezek esetében még a minimális tárgyalási költség sem éri meg: hasznuk – az ellenőrzés, a kikényszerítés hiányában – ugyanis gyakorlatilag nincs. Az *információ-visszatartás* lényege, hogy bizonyos esetekben valamilyen magáninformáció létre lehet következtetni

³⁴⁷ A következő érveket bővebben lásd Cohen [2011].

abból, ha felvetünk egy kérdést, elkezdünk arról tárgyalni. Ha az információt meg akarjuk tartani magunknak, akkor inkább fel sem vetjük a kérdést, maradunk a szabályozatlanságnál. Ez a büntető diszpozitív szabályok melletti érvelés alapja. (Látjuk a hasonlóságot ezen érvelés és a *Hadley-szabállyal* kapcsolatos érvelés között?) A *menekülési út* mint motiváció pedig azt jelenti, hogy a felek kifejezetten azért is hagynak kétértelmű passzusokat a megállapodásban, hogy arra hivatkozva, azok felbukkanása esetén később felbonthassák azt.

Ha a szerződésben kétértelmű vagy nem szabályozott kérdések maradnak, akkor az tehát *ex post* költségeket okoz. Ha a felek ilyenkor bírósághoz fordulhatnak, és a bíróság által követett értelmezési elvek, a szerződéshez kapcsolt diszpozitív szabályok hatékonyak, akkor ez a költség csökken.³⁴⁸ A hatékony *ex post* (bírói) döntések tehát csökkentik a lyukas szerződések költségét. De ezek nemcsak a szerződéskötésre, illetve a szerződés pontosságára hatnak, hanem annak tartalmát, illetve a teljesítési ösztönzőket is befolyásolják. Kezdjük a *tartalmi* kérdésekkel! Ha a diszpozitív szabályozás, a szerződésértelmezés nem hatékony, akkor az egyébként hosszabb távra tervezett szerződéseket a felek hajlamosak lehetnek feldarabolni: alkalmanként, kisebb összegre kötelezik csak el magukat, hogy problémák, viták esetén valamivel kisebb legyen a veszteségük. Emiatt persze az idioszinkratikus beruházások szintje is csökken. Ha azonban nem akarják a szerződéseket feldarabolni, ha biztosítani akarják az erőteljesebb elköteleződést, akkor kénytelenek lesznek a másik irányba eltérni: szerződés helyett tulajdoni megoldást keresni – például nem szerződni fognak a beszállítóval, hanem felvásárolják azt, maguk kezdik gyártani a számukra fontos inputot. (Láttuk ezt a hetedik fejezetben a *Fisher Body* példáján.) A *teljesítés* kapcsán pedig nyilvánvaló a nem hatékony szabályozás hatása: több nem hatékony teljesítésre, illetve több nem hatékony szerződésszegésre kerül majd sor. Ez viszont, mint a harmadik fejezetben láttuk, egyben erősebben ösztönzi a feleket a szerződés újratárgyalására is.

A megfelelő bírói szerződésértelmezés, illetve a hatékony diszpozitív szabályozás költségeiről se feledkezzünk azonban el! Amennyiben kisebb a felek *ex ante* megállapodásának biztos költsége, mint az *ex post* bírói hiánykitöltés

³⁴⁸ Nem feledkezhettünk azonban meg a többi *ex post* megoldásról sem. Ilyenek a jogon kívüli megoldások is: a reputáció, az erkölcsösség vagy az ismétlődő játék. Hill [2009] ezek és a bíróságok közötti érdekes összefüggésre hívja fel a figyelmet: a szerződésekben épp azért hagyhatnak a felek tudatosan kétértelmű, vagy lyukas helyeket, mert ezzel akarják akadályozni a jogi kikényszerítést. Ne feledjük: a szerződés jogi kikényszerítés nélkül, önkéntesen, vagy más jogon kívüli szankciók nyomására is teljesíthető! A kétértelmű passzusok elfogadása vagy elutasítása révén szűrhetjük a potenciális partnereket. Akik jobban bíznak bennünk, azokkal vélhetően egyszerűbb lesz az együttműködés – ők azok, akik hajlandók egy informális, nagyrészt nyitott kapcsolatba belemenni (vállalva az *ex post* egyeztetést).

várható (vagyis a probléma bekövetkezési esélyével súlyozott) költsége, akkor a hatékonyság azt követeli, hogy a teljesebb, pontosabb szerződések szülessenek. Ne feledjük, a felek általában többet tudnak arról, hogy az adott esetben mi a megfelelő, *Pareto*-szerződés, mint a bíróság. Hogyan ösztönözheti ezt a jog? Legegyszerűbb módja ennek az, ha azokat a pontokat, amelyekről egyszerűbb *ex ante* megegyezni, a bíróság lényegesnek tekinti, vagyis ezek hiányában megtagadja a szerződés kikényszerítését, értelmezését. Első ránézésre talán kevésbé elegáns, de sok esetben még hatékonyabb megoldás az indirekt ösztönzés: a bíróság nem tagadja meg az értelmezést, a kikényszerítést. De ilyenkor a felek számára nyilvánvalóan kedvezőtlen elveket, nem hatékony megoldásokat alkalmaz. De ide sorolható a bírósági eljárás tudatos nyújtása, a bírósági költségek növelése is.

Mit tekinthetünk ilyen lényeges kérdésnek? Milyen kérdésben jobb az *ex ante* megegyezést ösztönözni? Talán a legérdekesebb probléma az ár, az ellenérték hiánya. Sok jogrendben a bíróság addig hajlandó az elé kerülő ár nélküli megállapodásokat szerződésnek tekinteni, amíg az adott szolgáltatásnak van piaca, piaci ára, ezért annak forgalmi értéke megállapítható. Amennyiben ilyen forgalmi érték nincs, akkor a megállapodást, mivel nem terjed ki minden lényeges kérdésre, nem tekinti a bíróság szerződésnek. (R. Posner [2011] pp. 119-120)

A hézagkitöltés, a diszpozitív szabályozás alapelvei: hipotetikus alku, többségi és büntető diszpozitív szabályok. Az előző érvelésben láttuk, hogy a bírósági eljárás egyéni költségei (ide értve a bíróság tévedéséből fakadó várható károkat is) befolyásolják a felek szerződéskötési, teljesítési, újratárgyalási ösztönzőit is. Láttuk, hogy ezek az ösztönzők erősen függenek attól, hogy ilyen esetben a jogrendszer hatékony megoldást használ-e. Mi a hatékony megoldás? Mint a legtöbb esetben, itt is ellentét feszül a pontosság (a döntés hatékonysága) és az eljárás költségessége között. (Cooter – Ulen [2005] pp. 231-235)

Az adott szerződés szempontjából leghatékonyabb, de – éppen ezért a legmagasabb bizonyítási költséggel járó – megoldás az ún. *hipotetikus alku* modellezése. Eszerint a bíróságnak azt a megoldást kell keresnie, amelyben az *adott felek ex ante* megegyeztek volna, ha minden szóba jöhető kockázat szétosztásáról (így a konkrétan felmerült probléma megoldásáról is) megegyeztek volna. Ez a szerződések egyedi vizsgálatát, a felek egyéni helyzetének értékelését követelné. Várhatóan kevésbé hatékony, több hibával jár, de a bírósági eljárás költségét is csökkenti az ún. *többségi megoldás, többségi diszpozitív szabály* keresése. Ekkor nem az a kérdés, hogy az adott felek miben egyeztek volna meg, hanem az, hogy hasonló helyzetben a *legtöbben* miben egyeztek volna meg. A többségi megoldás két talán legfontosabb formája az iparági szokások keresése, illetve a jobb kockázatviselő tesztje.³⁴⁹

³⁴⁹ A többségi diszpozitív szabály általában, de nem mindig azt is jelenti, hogy azok alkalmazása esetén a legkisebb a hatékonyságvesztés. Azért nem mindig, mert elképzelhető, hogy az

Láttuk az első fejezetben, hogy létezik egy harmadik megoldás is az ún. *büntető diszpozitív szabály*, amelyet kifejezetten úgy alkotnak meg, hogy amennyiben valamelyik fél nem tesz meg egy elvárt lépést, akkor az számára hátrányos legyen. A leggyakrabban arra ösztönöznek ezek a szabályok, hogy a rendelkezésünkre álló információkat osszuk meg. Az irodalomban azonban többen (például E. Posner [2005]) vitatják, hogy létezik-e ilyen döntési elv, szerintük ez egyszerűen a jobb kockázatviselő tesztjének, vagyis a többségi szabálynak egy speciális esete. Érvelésük szerint a jobb kockázatviselő elve is arra terhelné a kockázatokat – ha másképp nem egyeznek meg a szerződésben –, akinek több az információja.

Jogi definíciók. Mielőtt rátérünk az értelmezési elvekre, érdemes kiemelni, hogy a jogi szabályozás egyik legfontosabb célja a definíciók meghatározása. Ezek jelentősége nyilvánvaló: ugyanúgy, ahogyan az élet más területein, a jogban is nagy segítségünkre van, ha rövid és viszonylag elfogadott nevekkel illelhetünk bizonyos dolgokat. Gondoljuk el, mennyivel egyszerűbb azt mondani, hogy halászlét ennénk, mintha mindig el kellene magyarázni a teljes receptet! A jog a nyelvhez vagy éppen egy étlaphoz hasonlóan (remélhetően) pontos fogalmakat bocsát rendelkezésünkre, egy menüt kínál, amelyből mint elemekből építkezhetünk.

Azonban azt is tudjuk, hogy – a tiszai és a dunai halászlé közötti vitához hasonlóan – minden definíció esetén ott a veszély, hogy a másik fél mást ért rajta, mint mi. Különösen jelentős terhet jelenthetnek a definíciók az „újonnan érkezők” számára. Számukra egyszerűbb lenne a részletes jelentést, tennivalókat (a receptet) hallani, mint a bevett kifejezést. A jogi definíciók (vagy, mint majd mindjárt látjuk: az iparági szokások) jelentős többletköltséget rónak az először hasonló szerződéseket kötő felekre – igaz éppen ezért a jogi nyelv elsajátítására is erősen ösztönöznek. (R. Posner [2005], R. Posner [2011] p. 122)

Az értelmezés alapelvei: textualizmus és kontextus-vizsgálat. Értelmezéskor, ugyanúgy, mint a hézagkitöltés esetén, a kiindulópont általában az, hogy a bíróságnak – mindaddig, amíg nem nyilvánvaló, hogy a szerződő felek (esetleg a diszpozitív szabállyal megelégedve) eleve nyitva akarták hagyni a kérdést – a *felek eredeti szándékát* kell keresni. Felmerül azonban az alapl dilemma: vita esetén éppen az eredeti szándék bizonyítható nehezen. Hogyan találhatjuk ezt meg? Kézenfekvő, hogy segítségük hívjuk itt is a többségi diszpozitív szabálynál látott elvet: úgy értelmezzük a vitatott passzust, ahogyan azt a legtöbben tennék. Ezt a „*többségi értelmezést*” keresi a szűken a szöveghez ragaszkodó textualista módszer, és az adott szerződés minden körülményét, minden lényeges kontextust értékelő szerződés-magyarázat is.

esetek többségében valóban az adott szabály hatékony, de annál a néhánynál, amelynél nem, igen nagy károkat generál a kockázat rossz megosztása.

A *textualizmus* kiindulópontja látszólag önellentmondó: felteszi, hogy lehet teljes szerződést írni. Textualista értelmezés esetén a bíróság ugyanis nem vizsgálja, hogy teljes-e a szerződés: felteszi, hogy az – lehetne az. A textualizmus a felekre hárítja éppen ezért annak a kockázatát, ha valamit nem rendeznek pontosan a szerződésben. Nem hagyatkozhatnak arra, hogy a bíróság majd kijavítja a valós szándékuktól eltérő megállapodásukat. Ez nyilvánvalóan emeli a szerződéskötés *ex ante* költségeit, viszont csökkenti az *ex post* eljárási, adminisztrációs költségeket.

A *kontextus vizsgálat* nem tételezi fel, hogy a szerződés teljes lehetne, ezért nem is akarja ennek elérésére ösztönözni a feleket. Ebben az esetben a bíróság egyfajta implicit ígéretet tesz: ha a nem világosan szabályozott helyzet áll elő, megpróbálja azt az elérhető egyéb információkat is felhasználva a lehető leg-
hatékonyabban megoldani. A joggazdaságtani (hatékonysági) elemzés szerint (R. Posner [2005], Cohen [2011]) az értelmezéskor figyelembe veheti a bíróság

- az adott felek kapcsolatából származó tényeket, például a felek tárgyalások során vagy a szerződés megkötése után tett lépéseit, nyilatkozatait;
- az adott iparág szokásait is;
- de segítségül hívhatja a gazdasági racionalitás, hatékonyság követelményeit is – elutasítva az annak ellentmondó értelmezést, megoldást.

Első látásra úgy tűnik, hogy a kontextus-vizsgálat inkább az *ex ante*, míg a textualista módszer inkább az *ex post* költségeket csökkenti. A textualista értelmezés mellett elkötelezett R. Posner [2005] szerint a textualizmus nemcsak azért csökkenti az *ex post* költségeket, mert teljesebbek lesznek a szerződések, és mert ezért aztán ritkábban fordulnak a felek bírósághoz, hanem azért is, mert csökken a bírósági tévedés esélye. Mivel a textualizmus csökkenti a bíróság mozgásterét, ezért csökken a tévedés esélye is. Cohen [2011] azonban vitatja ezt az állítást: a két módszer előnye és hátránya szerinte erősen függ az elérhető bizonyítékok mennyiségétől. Katz [2004] modelljéből kiindulva Cohen arra jut, hogy amennyiben a szerződés szövegén kívül sok egyéb bizonyíték is elérhető, akkor éppen a kontextus-vizsgálat csökkenti jobban az egyes bíróságok ítéletei közötti várható eltérést. Ez pedig kockázatkerülő feleket feltételezve csökkenti az *ex post* vitarendezés költségét. Ha a sok bizonyíték ellenére is ragaszkodunk a textualista módszerhez, akkor az értelmezés eredménye sokkal erősebben függ az adott bíró szaktudásától.

A kontextus-vizsgálat alapelveiben az egyes jogrendszerek viszonylag hasonló állásponton vannak. A vita inkább arról folyik, hogy mi történjen, ha a kontextus-vizsgálat alapján más értelmezésre jutnánk, mint textualista alapon. Felülírhatja-e a kontextus-vizsgálat azt, ami textualista értelmezés alapján nyilvánvaló? Vagy annak pusztán a textualista módszert kiegészítő, azt pontosító szerepe van? Jó példa a textualista módszer mellett erősen elkötelezett

megközelítésre az amerikai jogban ismert ún. négy fal szabály (*four corners rule*): ha van a szavak értelme alapján olyan értelmezés, amely nyilvánvalónak látszik, akkor nem fogadnak el olyan további bizonyítékot, amely miatt ki kellene lépni „a nyilvánvaló feltételezésekre építhető négy fal közül”, vagyis amely ellentmond vagy kiegészíti a nyilvánvaló értelmet.

Szintén fontos szempont az, hogy a felek kapcsolatának mely szakaszából fogad be bizonyítékokat a bíróság. Mindenekelőtt: a szerződéskötést megelőző tárgyalási szakaszában elhangzott nyilatkozatok figyelembe vehetőek-e? Ezek kizárása sok jogrendben lehetséges. Néhány helyen a bíróság maga dönthet így. Ezt szabályozza az amerikai jogban a *parol evidence rule*. Ez annyiban tér el a négy fal szabálytól, hogy csak a tárgyalási szakaszból származó bizonyítékok felhasználását tiltja (a kontextust megvilágító többi elemet nem).

Léteznek olyan jogrendszerek, ahol a felek maguk korlátozhatják a kontextus-vizsgálat lehetőségét. Ilyen a *teljességi záradék*, amely a tárgyalási szakaszban keletkezett bizonyítékok kizárását teszi lehetővé. Ilyen a kontextus-vizsgálatot korlátozó szabály lehet a *választott bírósági kikötés* is, amikor a felek a szerződésben kötik ki, hogy vita esetén nem rendes bíróságon fognak megoldást keresni. A választottbírósági kikötés a rendes bíróságok kontextus vizsgálata előli menekülésként is felfogható. (Persze, mint a 10.1. szövegdobozban bemutatjuk a választottbíróság-kikötés mögött más motivációk is meghúzódhatnak. Sőt, a textualista és a kontextus-vizsgálaton alapuló értelmezés közötti választás szempontjából sem világos a kérdés, hiszen lehet, hogy a felek kifejezetten éppen azért tesznek ilyen kikötést, mert kontextus-vizsgálatot szeretnének, de a *pontos* – a rendes bíróságoknál nagyobb szakértelemmel lefolytatott – kontextus-elemzést.)

10.1. szövegdoboz. Választottbírósági kikötések előnyei és hátrányai a felek és a társadalom számára

A választottbírósági kikötések az irodalom szerint (áttekintésért lásd R. Posner [2005] és Benson [2000]) általában hat fontos előnnyel járnak a felek számára. Ezek: (i) a titkosság; (ii) a nagyobb szakértelem; (iii) az arany középutat kereső, feleket körülbelül egyformán terhelő (*middle-of-the road*) döntéshozatal; (iv) a kiegyezést, megegyezést elősegítő eljárás; (v) a nagyobb kiszámíthatóság; és (vi) a bíróságítól (sőt esetleg a törvényektől is) időnként eltérő jogalkalmazás.

A *titkosság* kapcsán természetesen felmerülnek társadalmi költségek is. Mindenekelőtt ilyen az, hogy ezek az eljárások nem teremtenek precedenst, ezért a hasonló helyzetbe kerülő felek későbbi lépéseit nem ösztönzik. Akadályozza ez azt is, hogy az adott alperessel szemben, aki esetleg ugyanazt a lépést több szerződő partnerével szemben is megtette, a többiek is könnyebben felléphessenek. Azonban a joggazdaságtani érvelés szerint a nyilvánosság hiánya szerencsés is. Egyrészt

azért, mert a rendes perek esetében gyakran megjelenő „meghurcolási motívum” nincs jelen. (Ez a nyilvános döntések esetén az a hatás, hogy a felperest a saját kárainak megtérítésén túl szintén nem a későbbi ösztönzés, hanem egyszerűen vitapartnere megbüntetésének vágya vezeti.) Ezen túl emlékeztetni kell arra is, hogy a precedensteremtő hatás jelen lehet – például, ha nem is a teljes gazdaságban, de adott szektoron belül megjelennek a döntés következményei. Például, ha egyszerűen a szerződésekben jelennek meg olyan változások (először az érintettek szerződéseiben), amelyeket a döntés motivált.³⁵⁰

A *nagyobb szakértelemmel* kapcsolatos várakozás azon alapul, hogy e bíróságokat is, a konkrét ügyben eljáró bírákat is általában a felek választhatják meg. Mivel a bíróság, illetve a bíró is választott, ezért erősebb lehet az ösztönzés a szakértelem kialakítására: anélkül előbb-utóbb felkérés, megbízás nélkül maradnának. Nagyobb szakértelem mellett pedig kisebb az esélye annak, hogy a bírák ne ismerjék fel, félreértsék a felek valós szándékait. A szerződésekben megfogalmazott megállapodások tehát nagyobb biztonságban vannak a választottbíróságok (és bírák) kezében. Ezért aztán kevésbé pontos szerződésekkel is megelégedhetnek a felek. Nem véletlenül hívja fel a figyelmet Benson [2000] arra, hogy a választottbírói eljárás ellenzői gyakran az állami bíróságokon a feleket képviselő ügyvédek. Ők azon túl, hogy a peres megbízásokat elveszítik, egyben a szerződéskötésből is kiszorulhatnak – a felek kevésbé kényszerülnek rá, hogy *ex ante* pontos jogi megfogalmazásokat tartalmazó szerződést kössenek. A nagyobb (választott-) bírói szakértelem az előzetes szerződéskötés helyettesítője.

A feleket *egyformán terhelő döntéshozatal* elsősorban azok számára kedvező, akik az *ex ante* várakozások szerint nagyobb valószínűséggel lesznek a szerződésszegő, az alperes pozíciójában, vagyis akik a bírósági eljárásban magukra kedvezőtlen döntés valószínűsítene. A választottbírói kikötésekkel, szembeni másik fontos ellenérv a középre húzó, a feleket egyformán terhelő döntésekre hivatkozik: emiatt a felek erősen ösztönözöttek arra, hogy követeléseiket eltúlozzák: minél többet követelnek, annál inkább a saját irányukba húz majd a középérték is. Tudni kell mindemellett, hogy a választottbírói gyakorlatát vizsgáló empirikus irodalom nem egyhangú ebben a kérdésben – sőt, úgy tűnik, inkább hajlik arra, hogy a középutas döntések és a tényeket felismerő szakértelem közül inkább az utóbbi domináns; bár kétségkívül jelen van az első is.

A *kiegészítést elősegítő, kereső eljárás* előnye, hogy a felek között kevésbé válik élessé a viszony, ezért a kapcsolat nagyobb eséllyel marad fenn egy-egy ilyen döntés után. Többek között ennek is köszönhető, hogy például az Egyesült Államokban munkajogi esetekben kifejezetten kötelezővé is teszik ezt a megoldást (pontosabban a mediációt). Ez a hatás úgy tűnik elég erős ahhoz, hogy felülírja azt a hatást, amelyet általában a választottbírói kikötésekkel szembeni félelemként fogalmaznak meg, vagyis, hogy a bírák a további megbízások reményében az ügyeket nagyobb számban hozzájuk vivő felek irányába fognak húzni.

³⁴⁹ A nyilvánosság hiányában a választottbírói kikötés osztozik a peren kívüli megállapodásokkal. Ezek értékeléséről lásd Shavell [2004] pp. 411-415

A *nagyobb kiszámíthatóság* olyan hatás, amely miatt a kockázatkerülő felek már nem csak *ex ante*, hanem *ex post* is érdekeltek lehetnek a választottbíróóság felkérésében. Az irodalomban elterjedt vélemény szerint az egyes választottbíróóságok, és választottbírák személy sokkal kevésbé fontos, mint a rendes bírósági: az ő döntéseik sokkal kevésbé függenek a konkrét személytől (*exchangeability*). Természetesen ez erősen összefügg azzal is, hogy a bíróságok és a bírák választása a feleken múlik – emiatt a többiekől élesen eltérő döntéseket hozó bírák egy idő után várhatóan elveszítik a megbízásaikat, felkéréseiket.

A választottbíróóságok gyakran értelmessé a *rendes bíróságoktól eltérően a jogot* vagy éppen elég gyakran történik meg, hogy egyszerűen „denacionalizálják” az esetet, vagyis kilépnek az adott nemzeti jog keretei közül – és inkább az adott iparág szokásait hívják segítségül. Ez természetesen szintén leértékeli a szerződéskötésben közreműködő jogászok, ügyvédek szerepét. Kevésbé válik fontossá, hogy az adott jog által használt nyelven, azokkal a definíciókkal foglalják szerződésbe a megállapodásaikat.

Ennek kapcsán érdemes kitérni az egyik leggyakoribb kérdésre: miért tartják be a felek a választottbíróóságok döntéseit. Gyakori ugyan, hogy a választottbíróóságok döntései mögött ott áll a rendes bíróság kényszerítő hatalma is – de ez a kényszerítő erő lényegesen gyengébb akkor, ha azok eltérnek a helyi jogrendtől. A választottbíróósági kikötések mögött – különösen, ha az iparági szokásokat alkalmazzák – gyakran nem jogi eszközök, hanem az első fejezetben bemutatott kikényszerítési mechanizmusok állnak. Mindenekelőtt a reputációs hatás.³⁵¹ Ennyiben, a választott bíróságok a középkori szinten az érintettek választása alapján felkért „vándorbírák” (*law merchant*) utódainak tekinthetők. Az ő döntéseiket (bár azok nyilvánosak voltak) ugyanúgy a reputációs hatás kényszerítette ki: aki a kiválasztott bíróságot nem tartotta az adott térségben, illetve az adott iparágban igen sokat veszített a reputációjából, ezért a későbbi üzletfeleinek száma jelentősen leszűkült.

A kontextus-vizsgálat speciális formája, amikor a bíróság nem a felek közötti viszonyokat tanulmányozza, nem tőlük várja a bizonyítékokat, hanem inkább a gazdasági ésszerűséget keresi a szerződés mögött.³⁵² Sőt, R. Posner [2005] olyan példákat is hoz, amikor a gazdasági ésszerűségnek megfelelő értelmezést akkor is érvényesíti a bíróság, ha a szöveg kifejezetten annak ellentmondó. Amennyiben textualista értelmezés nyilvánvaló olyan eredményhez vezetne, amely

³⁵¹ Nem keverendő ez a reputációs hatás azzal, amit a szövegdoboz elején említettünk. Ott arról szóltunk, hogy a szerződésszegés a választottbíróósági ítéletek miatt nem kerül nyilvánosságra. Itt viszont arról van szó, hogy ha az adott fél a választottbíróósági döntést nem teljesíti, akkor lehet ennek súlyos reputációs hatása. A szerződésszegés nem kerül nyilvánosságra, a választottbíróósági döntés nem teljesítése viszont igen.

³⁵² Az amerikai jogot tanulmányozva R. Posner (2005) két tesztet sorol ide. Az egyik a *jobb kockázatviselő elve*: a bíróság a felek közül arra terheli a kockázatot, amelyik jobban viseli azt. A másik pedig az *opportunitizmus elleni védelem*: vita esetén a korábban már teljesítő fél számára kedvezőbb értelmezésre hajlik a joggyakorlat.

ellentétes a gazdasági racionalitással, akkor a bíróságok hajlanak a textualizmus meghaladására, és a gazdasági ésszerűség érvényesítésére.

Ragadós diszpozitív szabályok. Az első fejezetben már bevezettük az ún. ragadós diszpozitív szabályok fogalmát. Míg a diszpozitív szabályok elemzése általában azt feltételezi, hogy a szerződésben viszonylag könnyű kifejezésre juttatni, ha a felek el akarnak térni a diszpozitív szabálytól, aközben ez a valóságban közel sem biztos, hogy így van. A diszpozitív szabályok gyakran annak ellenére is érvényben maradnak, hogy a feleknek *ex ante* kölcsönösen előnyös lenne eltérni tőlük.

A diszpozitív szabályok ragadósága magyarázható a bírósági értelmezés módszereivel. A bíróságok a világon mindenhol hajlamosak arra, hogy a felek közötti vita esetén egyszerűen a diszpozitív szabályokat alkalmazzák: bizonyítási nehézségek miatt sokszor magából a vitából következtetnek arra, hogy *ex ante* nem volt megegyezés, vagyis a felek nem tértek el *egyező akarattal* a diszpozitív szabálytól, ezért azt alkalmazni kell.³⁵³ Láttunk erre példát a lehetetlenülés kapcsán is: elképzelhető, hogy a szerződés valójában tartalmaz implicit kockázatmegosztást, de a bíróság ezt mégsem érzékeli. Például egy fix – a nyersanyagárak változására nem reagáló – árat tartalmazó szerződés esetén komoly dilemma, hogy az lyukas-e, mert nem reagál az árváltozásra, avagy a felek épp a fix árral osztották a kockázatot (esetleg hatékonyan) a saját szakmájában eljáró, ezért vélhetően a piacot jobban ismerő eladóra.

Az értelmezési elvek természetesen lényegileg befolyásolják azt, hogy mennyire ragadósak a diszpozitív szabályok. Textualista értelmezés esetén könnyebb azokon túllépni – és ez a könnyű túllépés, a textualista értelmezést támogató R. Posner szerint szerencsés is: ezzel ad ugyanis a bíróság a legnagyobb teret a felek megegyezésének. Az adott eset körülményeit a felek ismerik legjobban, ezért kell azt az ő *ex ante* szándékaik szerint elbírálni. Ha ők úgy gondolták, hogy a diszpozitív szabály helyett mást akarnak alkalmazni, akkor nem szerencsés, ha ezt egy információkkal kevésbé ellátott külső szemlélő, mint a bíróság felülbírálja – hivatkozzon akár a gazdasági racionalitásra is. (R. Posner [2005])

A diszpozitív szabályok nem csak a bíróságok téves szerződésértelmezése miatt ragadósak. Ragadósak azért is, mert sokszor a felek annak ellenére sem akarnak eltérni tőlük, hogy azok esetükben nem jók, nem hatékonyak. Látjuk, a ragaszkodást okozhatja egyszerűen a szerződéskötés magas költsége, de okozhatja azt stratégiai magatartás is: ha valaki javasolja partnerének, hogy térjenek el a megszokott, diszpozitív megoldástól, akkor ezzel általában információt is ad magáról. A másik fél magából a javaslatból következtethet olyan dolgokra is, amelyek anélkül nem lennének előtte ismertek. Az eltérés

³⁵³ Az amerikai jog hasonló jellemzőjéről lásd R. Posner [2005].

kezdeményezése jelzés, amely megváltoztathatja a partner hozzáállását is. Hiába lenne hatékonyabb eltérni a diszpozitív szabálytól az adott ponton, mivel az ilyen módon nyilvánosságra kerülő információk miatt esetleg a szerződés más pontjait is módosítani akarhatja a partner, így jobb lehet a számunkra, ha ezt nem kockáztatjuk, és maradunk a nem hatékony megoldásnál. Így legalább nem tárunk fel magunkról újabb (a másik fél alkupozícióját esetleg erősítő) információt. Ez az ún. *status quo* hatás.³⁵⁴

Az értelmezés alapelvei: szokások mint diszpozitív szabályok és értelmezési elvek. Mint láttuk, a többségi megoldás keresésének egyik – a jobb kockázatviselő tesztjénél időnként lényegesen egyszerűbb – módja az iparági szokások keresése.

Kézenfekvő feltételezés, hogy ezek a szabályok hatékony megoldásokat, hatékony kockázatmegosztást tartalmaznak. Pontosabban, feltételezhetjük, hogy az iparági szereplők nagyobb szaktudása miatt hatékonyabban osztják meg a kockázatot, mint ahogyan arra a bíróság az adott eset kapcsán képes lenne. Nem magától értetődő azonban, hogy vita esetén szerencsés-e, ha a bíróság ezeket az egyébként hatékony megoldásokat hívja segítségül. A probléma ugyanaz, amit fent a jogi definícióknál is láttunk: az iparágban újonnan érkező cégek (új belépők) nem feltétlenül lehetnek tisztában ezekkel a szokásokkal. A szokások szerinti értelmezés őket hátrányos helyzetbe hozza, végső soron olyan kötelezettségeket vállalnak fel emiatt, amelyekkel nincsenek tisztában. Az ilyen szokások, informális elvárások gyakran komoly versenytorzító hatással járhatnak: megtanulásuk jelentős piacra lépési költséget jelenhet.

Sőt, szemben a jogi definíciókkal, ezek a szokások, elvárások sem törvénykönyvekből, sem korábbi bírósági ítéletekből nem olvashatók ki. A jogrend definíciói általában – bár nem mindig – tisztábbak, mint az iparági szokások. Elsajátításuk is egyszerűbb lehet, hiszen azok értelmezésében jogi szakértőket, ügyvédeket vehetünk igénybe. Nem kell megtanulnunk a jogi nyelvet – van tolmácsunk.

R. Posner érvelése szerint a szokások kapcsán két egymással ellentétes szempontot kell megfontolni. A szabály érvényesítése elég erős ösztönző az újonnan érkezők számára, hogy mihamarabb ismerjék, tanulják meg ezeket a hatékony szokásokat. Másik oldalról viszont fel kellene mérni azt is, hogy az adott szerződés esetében kik a partnerek. Az információgyűjtés, a tanulás ugyanis költséges. Könnyen előfordulhat olyan helyzet, amikor épp a szerződési partner a legolcsóbb információforrás: tőle tudna a tájékozatlan fél legegyszerűbben információt szerezni a helyi, iparági szokásokról – vagyis a szokás kikényszerítését időnként ahhoz kellene kötni, hogy a szokásos jelentés mellett érvelő fél tájékoztatta-e erről partnerét. (R. Posner [2011] p. 122)

³⁵⁴ A témáról részletesebben lásd Korobkin [1998a, b], Kahneman, Knetch and Thaler [1991]

Döntési elv: ösztönzés, kockázatmegosztás. Az eddigiekben általában nem tettünk különbséget a felek között – a mindkettőjüknek megfelelő szabályt kerestük. A bíró azonban (legtöbbször) választ a két fél között: egyik vagy másik félnek igazat kell adnia. Ennél a választásnál azonban nem csak az a kérdés, hogy a két fél érvelése közül vélhetően melyik álláspontja fedí jobban az *ex ante* megállapodást – vagy azt a hipotetikus megállapodást, amelyre *ex ante* jutniuk kellett volna. Fontos az is, hogy a továbbiakban a hasonló helyzetű feleket milyen magatartásra akarjuk ösztönözni. Aki olcsóbban tudott (volna) informálódni, védekezni, azt érdemes erre ösztönözni is.

Az értelmezéskor ennek megfelelője az, hogy a kétértelműség kockázatát érdemes arra a félre hárítani, aki egyszerűbben védekezhet vele szemben. Ilyen az ún. *contra proferentem* szabály: a szerződés megfogalmazójára hárítjuk a kétértelműségből fakadó költségeket. Az olcsóbb kockázatviselő elve, vagy a *contra proferentem* elv már egyfajta vétkességre épít: valamelyik féltől elvárható lett volna, hogy felvállalja az adott kockázatot, illetve, hogy a szerződésből kiirtsa a kétértelműségeket. Erre az elvárhatóságra épít például az az amerikai jogban ismert szabály is: ha *A*-tól okkal várhatjuk, hogy ismerje fel, hogy *B* hogyan érti az adott terminust, de *B*-től ugyanez nem várható el (neki nem kéne felismernie *A* értelmezését), akkor *B* értelmezését kell a szerződés tartalmaként elfogadni.

Az elvárható magatartás nyilvánvaló azokban az esetekben, amikor a bíróság a per kezdeményezésében vagy a kétértelmű megfogalmazásban valamelyik fél *opportunistá szándékát* fedezi fel. Ilyen lehet az, ha valaki annak ellenére pert kezdeményez, hogy világos, hogy miben állapodtak meg, vagyis a perindítás oka, hogy így próbál szabadulni a rá háruló kötelezettségek alól. Ilyen az is, amikor valaki eleve azért nem oldotta fel – az általa felismert – kétértelműséget, hogy alkalomadtán arra hivatkozhasson. Az ilyen féllal szembeni fellépésnek a nyilvánvaló erkölcsi rosszalláson túl joggazdasági indoka is van (Cohen [2011]): a fent a jogellenes fenyegetésnél, a megtévesztésnél már látott *járadékvadászattal*, illetve *tudatos károkozással* van dolgunk. Milyen szerepet játszik ez az érv a diszpozitív szabályok megalkotásakor, illetve az értelmezés során? Ha azonosítani tudunk olyan eseteket, amelyeket tipikusan ilyen opportunistá magatartás okoz, akkor ott a diszpozitív szabály általában a (véltetően) opportunistá módon viselkedő fél számára hátrányosabb lesz. Az értelmezésben is inkább a másik fél véleményének elfogadására hajlik a bíróság – erre nemsokára az egyes szerződéstípusok megkülönböztetése kapcsán visszatérünk. Tipikus példái ennek azok a *büntető diszpozitív szabályok*, amelyek a szakmájában eljáró féllal szemben nagyobb elvárásokat tartalmaznak, számukra hátrányosak. De természetesen a *contra proferentem* szabálynak is van opportunistá-ellenes hatása.

Ha a most tárgyalt ösztönzési szempontok nincsenek jelen, vagyis egyik fél sem felelős a helyzet kialakulásáért vagy éppen mindkettő egyformán hi-

báztatható, akkor a döntés alapja a felek *kockázattűrő képességének összemérése* lehet. Ehhez két kérdésre kell választ adni: (i) ki viselje az adott kockázatot, ki képes jobban rá, és (ii) ha előre tisztá lett volna, hogy övé a kockázat, akkor ezért cserébe milyen árat, ellenértéket kért volna. A két kérdés közül az elsővel már többször találkoztunk. Az ár módosítása nehezebb kérdés – ettől a legtöbb esetben a bíróság el is tekint. Milyen hatása van annak, ha a bíróság előreláthatóan erre a második lépésre, vagyis az ármódosításra nem hajlandó? Vegyük az ötödik fejezetben a lehetetlenülés kapcsán már látott példát, a Szuezi-csatorna lezárásának problémáját! A kérdés: a csatorna lezárása esetén Afrika megkerülésével is el kell-e szállítani az árut. Ha erre igent mondunk, még mindig kérdés, hogy emiatt emelni kell-e az árat. Milyen hatása van, ha előre tudjuk, hogy ezt a második kérdést negligálja a bíróság, vagyis a kárt ugyan a jobb kockázatviselőre telepíti, de az ellenértéket, az árat nem módosítja? Ezzel a hatékony kockázatmegosztás hiányáért azt a felet tesszük felelőssé, aki a helyzetet jobban előreláthatta, illetve aki, ha kezelni akarta volna a kockázatot, megtehetette volna. Vagyis erősen ösztönözzük arra, hogy a jövőben tegye ezt meg – mert ha a probléma bekövetkezik, akkor a bíróság a költségeit növelni fogja, viszont az ellentételezést nem emeli.

Döntési elv: rövidere zárt, legegyszerűbb megoldások. Az eddigi döntési elvek a hatékony kockázatmegosztást vagy az azt vélhetően jól tükröző többségi megoldásokat, szokásokat keresték. Léteznek azonban más megfontolások is. Ilyen a gyors és egyszerű döntés vágya. Több olyan – nem feltétlenül a szerződés hatékonyságát szolgáló, de a bíróság, a jogalkotó munkáját egyszerűsítő – megoldást ismerünk, amelyek ide sorolhatók. Az egyik legegyszerűbb ezek közül, amikor a bíróság a legkönnyebben bizonyítható megoldást keresi: ilyen például, hogy ellentétes szerződéses megállapodás hiányában egyenlően osztja fel a felek között a költségeket, illetve a hasznokat.³⁵⁵ Ez a megoldás persze ösztönző szabálynak is tekinthető: a feladatmegosztásról, a hozamok eloszlásáról többet tudó feleket arra ösztönzi, hogy a kérdést a szerződésben rendezzék. De levezethető mindez az optimális kockázatmegosztás elvéből is: bizonyítható, hogy ilyen esetben akkor a legkisebb a tévedés várható költsége, ha egyenlő elosztást alkalmazunk. Ilyen egyszerűsítő elv a szerződéskötés (pontosabban a bízattási kár) kapcsán már látott *visszalépés tilalma* (Ben-Shahar [2004]) is: ha valamelyik fél a szerződés felbontását kéri, akkor az értelmezés során fel-

³⁵⁵ A magyar jog szerint például, ha a szerződésben több egyenrangú kötelezett vagy jogosult van, és nem rendelkeznek a költségek (feladatok) vagy a jogok megosztásáról, akkor mindenki felelőssége és jogosultsága egyenlő. Nem állíthatjuk, hogy ez az egyenlő – minden mástól független – megosztás áll a legközelebb a felek érdekeihez. Könnyedén érvelhetnénk amellett, hogy inkább valamiképpen a felek hozzájárulása, „érdeme” vagy nagysága, teherbíró képessége alapján történő megosztás lenne a „többségi megoldás”. Az azonban vitathatatlan, hogy az egyenlő megosztás elve esetén nincs (minimális) a bizonyítási költség.

merülő vitákat a másik fél számára legkedvezőbb, de a megállapodásnak még éppen ellent nem mondó módon kell megoldani.

Szerződéstípusok. Az 1959-es kódex egyrészt a *contra proferentem* elv kapcsán tesz különbséget szerződések között: az általános szerződési feltételek és a fogyasztás célját szolgáló szerződéseket különíti el – ezek esetében alkalmazható ez az értelmezési elv. (Benedek – Gárdos [2007b] p. 777) Mint láttuk ez a különbség a 2013-as kódexben eltűnik: minden meg nem tárgyalt passzus esetén alkalmazható ez a szabály. Másrészt – és ez az új Ptk-ban is megmarad – a hosszú távú szerződések esetén nagyobb feladatot ad a bíróságnak: nemcsak az értelmezésre, hanem vita esetén annak módosítására is lehetőséget ad számára.

Más jogok egyéb szerződéstípusokat is megkülönböztetnek: a megbízási, a másik érdekében való eljárást ígérő ún. bizalmi (*fiduciary*) szerződéseket, illetve a hosszú távra kötött szerződéseket – korlátozva ezek esetében a bíróság hízagkitöltő vagy értelmező szerepét (Cohen [2011]). *Bizalmi szerződésről* akkor beszélünk, ha a felek kifejezetten kevés elemet tudnak megfogalmazni abból, hogy mit várnak el egymástól. Pontosabban, a helyzet általában aszimmetrikus: az egyik fél feladatai nehezen meghatározhatók. Tipikus példája ennek az, amikor egy vállalatvezető vagy egy, a tárgyalások során viszonylag szabad kezet kapó ügynökkel szemben csak annyit tartalmaz a szerződés, hogy a megbízója érdekében fog eljárni.³⁵⁶ A hosszú távú szerződések ezzel szemben olyan kapcsolatok, amelyek esetében a sok a szerződés időtartama alatt várhatóan bekövetkező változás miatt nem lehet előre meghatározni az elvárásokat. Mind a két esetben igaz az, hogy a pontosan meg nem fogalmazott elvárásokat, illetve azok teljesítését a felek általában lényegesen jobban ismerik, mint a bíróság. Sokszor eleve nem is bizonyíthatók ezek a bíróság előtt. Ezek esetén a hatékony megoldás megtalálása, illetve a felek eredeti eleve sem tisztán megfogalmazott szándékának *ex post* becslése drága. Sokszor ez a bírósági értelmezés az egyéb *ex post* konfliktuskezelési eszközökhöz képest roppant költséges. Ilyenkor alakulnak ki az első fejezetben látott *kapcsolati szerződések* is (Williamson [1997/2007]): a felek nem abban állapodnak meg, hogy a problémák felbukkanása esetén kinek mi a feladata, hanem az irányítási struktúrában, vagyis abban, hogy az adott probléma megjelenésekor milyen módon (milyen *ex post* konfliktuskezelési módszert használva) fognak megállapodásra jutni.

³⁵⁶ A közgazdaságtanban ez a probléma a – már többször látott – morális kockázatként ismert.

Ezt azért is hasznos észben tartani, mert eddig már ennek több kezelési módját láttuk. A közgazdaságtanban tipikusan az ún. *ösztönzési szerződések* jelennek meg. Ekkor az ügynök feladatait nem is akarják a felek pontosan előírni, hanem (i) olyan teljesítménymutatót keresnek, amely jól mutatja azt, hogy az ügynök valóban a megbízója érdekében járt-e el, majd (ii) az ügynök javadalmazását (nagyrészt) ezen mutatóhoz kötik. (Az ilyen ösztönzési sémákról lásd Milgrom – Roberts [2005] pp. 258-267 és 283-334.)

Cohen [2011] az értelmezési elvek közötti választáskor azt is vizsgálná, hogy a szerződést azoknak kell-e teljesíteni, akik a tárgyalásokat folytatták: azon szerződések esetén, amelyeket nem a jelenlegi fél tárgyal meg, inkább a textualista értelmezést érdemes alkalmazni. Például, ha az egyik felet az ügynöke képviseli a tárgyalások során vagy ha valaki később (például örökösként, engedményezés vagy tartozásátvállalás révén) lép be egy szerződésbe, akkor a textualista értelmezés védheti meg őt attól, hogy a korábbi szakaszban az elődje által tett, de a szerződésben közvetlenül meg nem jelenő lépések, kijelentések miatt nem várt meglepetésekkel szembesüljön.³⁵⁷

Láttuk fenn, hogy az ösztönző szabályok esetén a kulcskérdés az oppor-
tunista fél hátrányba hozása. Mivel az opportunizmus bizonyítása általában elég nehéz, ezért a jogrendszerek inkább esettípusokat keresnek: megpróbálják azonosítani, hogy mely szerződések esetén nagyobb az esély a helyzettel való visszaélésre. Ilyen az, ha *valakinek több információja van*, mint a partnerének. A büntető diszpozitív szabályokat a fentiekben úgy határoztuk meg, mint amelyek tudatosan hátrányosak az informáltabb félre. De hasonló okok miatt számíthat vita esetén is kedvezőtlenebb elbírálásra az, aki a másikkal bizalmi viszonyban van – ismét egy érv az előbb említett *bizalmi (fiduciary) szerződések* elkülönített kezelésére. Hasonlóképp: hiába szól a vita a szerződés más pontjáról, általában Cohen [2011] szerint helyes, ha kedvezőtlenebb elbírálásra számíthat az, akire a szerződés olyan kockázatot rótt, ami számára kedvezőtlenül alakult. Javaslata szerint, mivel a szerződés más pontján vesztett, így vélelmezni kell ilyenkor az ő opportunizmusát. Például, ha a szerződés konkrétan valamelyik félre hárítja a nyersanyagár-változás kockázatát, akkor az áremelkedés után hiába hivatkozik ő más okokra, hiába próbálja más alapon megtámadni a szerződést, általában nehezebben ér el sikert, mint az árváltozás előtt. Tegyük azonban gyorsan hozzá: ezek az magától értetődő hüvelykujj-szabályok nem egyértelműek, gyakran ellentétbe kerülhetnek egymással vagy éppen más elvekkel. A leggyakoribb probléma: a szerződés megfogalmazója és az oppor-
tunista fél nem ugyanaz.

³⁵⁷ Azonban ez az érvelés is csak a „legtöbb esetben” igaz: vannak olyan esetek, amikor épp a textualista megoldás fokozza ezt a problémát. Katz [2004] és Cohen [2011] hívja fel a figyelmet arra, hogy a szerződéseket végül formába öntő, és éppen ezért a textualista értelmezést leginkább befolyásoló szereplő, vagyis az adott fél jogi képviselője ugyanúgy tehet a megbízója számára hátrányos lépéseket – amelyekkel szemben éppen a kontextus-vizsgálat védhetné őt meg.

1.3. Magyar példák: a szerződés teljesítése

A mostani pont a fenti elvek fényében áttekinti a legfontosabb magyar diszpozitív szabályokat. Megpróbáljuk értékelni őket aszerint, hogy a fenti megoldások melyikébe tartoznak: (i) a jogrendszer egyszerűen nyelvet teremt, egy menüt ad a segítségükkel, (ii) a többségi megoldásokat, a szokásokat emeli törvényi rangra, (iii) a bíróság munkáját egyszerűsíti a legegyszerűbb megoldást keresve, (iv) kifejezetten (információadási, illetve opportunizmus elleni) ösztönzőket kíván a rendszerbe illeszteni, avagy (v) a kockázatviselő képességet elemzi. Tegyük hozzá persze mindjárt az elején, hogy az egyes megoldások egyszerre több célt is szolgálhatnak. Itt csak egy-egy magyarázatot látunk majd, de az olvasó nyugodtan megpróbálhat a fentiek alapján más érveket is találni az egyes megoldások hatékonysága (vagy éppen hatékonyságrontó hatása) mellett.

A szerződési lyukak, illetve a vitatott értelmű passzusok az esetek túlnyomó többségében a szerződés teljesítését érintik.³⁵⁸ A magyar jog kiindulópontja, hogy a szerződéseket tartalmuknak megfelelően, a megszabott helyen és időben, a megállapított mennyiség, minőség és választék szerint kell teljesíteni. Éppen ezért ebben a pontban a példáink is elsősorban a minőség, a teljesítés mennyiségének (részteljesítés, túlteljesítés), idejének (előteljesítés, késedelmes teljesítés), módjának (például beszámítás, vagylagos, osztható szolgáltatások) és helyének, valamint a teljesítő személyének (harmadik személy teljesítése, többalanyú kötelmek) kérdéseit érintik.

Menük

Kezdjük az elemzésünket azokkal az esetekkel, amikor a jog egyszerűen definíciós funkciót lát el, kifejezéseket, jelentéseket, egy nyelvet ad! Talán legfontosabb példái ennek, hogy a jog definiálja (i) a szolgáltatás oszthatóságának, illetve oszthatatlanságának jogkövetkezményeit, (ii) a fajlagos és zártfajú szolgáltatás közötti különbséget, (iii) a többalanyú kötelmek lehetséges formáit és (iv) a szerződés megszüntetésének lehetséges módjait. Ezek esetében, mivel definíciók, így a megoldás hatékonysága kevésbé kérdés – a lényeg, hogy nyilvánvalóvá válnak a feleket terhelő jogok és kötelezettségek. A rendszer azért hatékony, mert a felek a konkrét esetben nekik legmegfelelőbb, a legjobb ösztönzőket, legjobb kockázatmegosztást tartalmazó megoldást választhatják ki ebből a listából.

³⁵⁸ R. Posner [2005] az értelmezés elemzésekor kifejezetten abból indul ki, hogy az ilyen viták alapesete az, amikor az egyik fél teljesítésének szerződésszerűségét vitatja a partnere – a modelljét is elsősorban erre az esetre dolgozza ki.

Menü: oszthatóság. A jog elkülöníti az osztható és az oszthatatlan szolgáltatásokat. Az oszthatóság legfontosabb jogi következménye, hogy amennyiben a kötelezett egy ilyen szolgáltatás egy részét nem – vagy nem szerződésszerűen – teljesíti, akkor ezzel csak részleges szerződésszegést követ el. Ahhoz, hogy ez az egész szerződés megszegését jelentse, a jogosultnak kell bizonyítani, hogy a további teljesítés már nem áll érdekében. Ezt hívjuk jogi oszthatatlanságnak.

Ha a felek másképp nem rendelkeznek, akkor az olyan szolgáltatás osztható, amelynek fizikailag szétbontott részei külön-külön is használhatók és forgalomképesek. A pénztartozás minden esetben osztható (Benedek [2007c] p. 1195). Jogilag oszthatóvá tehető azonban egy egyébként oszthatatlan szolgáltatás is, ha a felek a szerződésben a munka egyes részeinek külön átadás-átvételében állapodnak meg – például egy ingatlan építésein. Azonban a felek a szerződésben ki is zárhatják az oszthatóságot: jogi oszthatatlanságról beszélünk, ha a megállapodásból következik, hogy a jogosult szerződéses érdekeinek kielégítésére az egyes részek nem alkalmasak (Harmathy [2007b] pp. 1032-1033, Benedek [2007c] p. 1196).

Menü: fajlagos és zártfajú szolgáltatás. A magyar jog elkülöníti az egyedileg meghatározott, a fajlagos és a zártfajú szolgáltatásokat – meghatározva azt, hogy ezeket miképpen kell teljesíteni, illetve, hogy ezek esetében mikor áll be a (fizikai) lehetetlenülés. Akkor fajlagos egy dologszolgáltatás, ha a fajtát és a mennyiséget jelöli meg, és nem a konkrét szolgáltatandó egyedeket (Harmathy [2007b] p. 1038). Ezzel szemben zártfajú akkor, ha az adott fajtán és minőségen belül korlátot szabnak, és csak meghatározott egyedekkel történhet a teljesítés. Tipikus esete ennek, amikor a teljesítés csak olyan egyedekkel történhet, amelyeket a kötelezett maga termel (Harmathy [2007b] p. 1039). A zártfajú szolgáltatás legfontosabb jogkövetkezménye, hogy amennyiben a meghatározott körből a teljesítéshez szükséges mennyiség nem áll rendelkezésére, akkor emiatt a teljesítés lehetetlenné válik: a szolgáltató nem köteles a hiányzó mennyiséget mástól beszerezni. A zártfajú szolgáltatások ilyen problémáit a magyar jog a lehetetlenülésnél megismert úton kezeli: amennyiben ezért egyik fél sem felelős (például a kedvezőtlen időjárás miatt nem termelt meg a szerződésben kikötött mennyiség), a szerződés a megszűnik, és a jogosult további követeléssel nem élhet. Ha az ok a kötelezettnek felróható, akkor ő kártérítési felelősséggel tartozik (Harmathy [2007b] p. 1040). Amíg a szolgáltatás nem kifejezetten zártfajú (csak fajlagos), addig az, hogy a kötelezett konkrétan olyan körből akarta ezt a szolgáltatást nyújtani, amely már nem alkalmas a szerződés kielégítésére (például az egyedek egy része elpusztult), nem lehetetleníti el a szerződést: amíg a dolgok máshol léteznek, a piacon elérhetőek, addig kötelessége azt beszerezni és szolgáltatni.

Menü: többalanyú kötelmek. A Ptk. két lehetőséget ajánl fel arra az esetre is,

ha több egyenrangú jogosult vagy több egyenrangú kötelezett³⁵⁹ van a szerződésben: az egyetemlegességet és az együttséget. A választásnak elsősorban akkor van jelentősége, ha azt kell eldönteni, hogy a kötelezettek teljesítették-e (és mikor) a vállalt kötelezettségüket. A kötelezettek egyetemlegessége azt jelenti, hogy a teljesítés bármelyik kötelezettől vagy éppen valamennyitől egyszerre is követelhető – és ha bármelyikük teljesít, akkor megszűnik a követelés (Benedek [2007c] p. 1202). A jogosultak egyetemlegessége azt jelenti, hogy bármelyikük kezéhez teljesíteni lehet, illetve, hogy közülük bármelyik követelheti is a teljes szolgáltatást. Tegyük hozzá, ez a megoldás elég ritka (Benedek [2007c] p. 1198)! Az együttség a kötelezettek oldalán – ami hasonlóképpen roppant ritka – azt jelenti, hogy csak az összes kötelezettől együttesen lehet a teljes szolgáltatást követelni – egyiküktől vagy másiktól csak a maga részét. A jogosultak együttsége azt jelenti, hogy valamennyiük kezéhez egyszerre kell teljesíteni – illetve, mivel ez elég nehéz, elég bírósági letétbe helyezéssel is lehet teljesíteni (Benedek [2007c] p. 1197). (Az egyetemlegesség definícióját mind a kötelezettek, mind jogosultak oldalán több részletszabály is pontosítja. Ezeket foglalja össze a 10.2. szövegdozoz.)

10.2. szövegdozoz. Egyetemlegesség részletszabályai a magyar jogban

A kötelezetti oldali egyetemlegesség fontos kérdése az, hogy az egyes kötelezettek és a jogosult viszonyának változása mennyiben hat a többiekre. Nagyon leegyszerűsítve: vannak objektív hatályú tények, amelyek valamennyi kötelezetre kihatnak, és szubjektív hatályú tények, amelyek csak az adott személyre. Objektív hatályú a jogosult kielégítése (ide értve a beszámítást is³⁶⁰) és a szerződésszegés (a jogosult késedelembe esése, a jogosultnak felróható lehetetlenülés, bármelyik kötelezett szerződésszegése).³⁶¹ Fontos a kötelezettek egymás közötti viszonya is. A kiindulópont az, hogy teljesítés esetén a kötelezettség megszűnik, így az adós a jogosultságot nem engedményezheti a teljesítő félre – viszont utóbbinak visszkereseti joga támad³⁶², és

³⁵⁹ Az egyenrangú kifejezés fontos: más a helyzet, ha egymást követően szereplnének a kötelekben – például a kezesség esetén.

³⁶⁰ A beszámítás vonatkozásában azt kell hangsúlyozni, hogy minden kötelezett csak a saját követelését számíthatja be, a társkötelezett követelését azonban nem.

³⁶¹ A jogosult kielégítésére nem vezető egyéni kifogásokra a többi kötelezett nem hivatkozhat, ezért szubjektív hatálya van az elengedésnek, egyezségnek, halasztásnak és az elévülésnek is. Tegyük hozzá, a teszt alapja az, hogy valóban kielégítésre vezetett-e – nem pedig az, hogy konkrétan milyen jogintézményről van szó! Villányi például kiemeli, hogy az egyik kötelezettel kötött egyezség ugyan szubjektív hatályú, de ha ezért a jogosult valami ellentételezést kapott, akkor az már hat a többiekre, csökkenti a kötelezettségüket – (rész-) teljesítésnek minősül. (Villányi [1941] pp. 77-78)

³⁶² A kötelezettek közötti viszony fontos lehet a teljesítés előtt is, mert egymástól követelhetik a hozzájárulást már a teljesítés során is. De mivel ez a helyzet ugyanennek a teljesítés utáni elszámolásnak a mintájára épül fel, így csak ezzel foglalkozunk.

a zálogjog, valamint a kezesség a követelés erejéig átszállnak rá. Hasonló definíciós szabály, hogy a kötelezettek belső viszonyukban nem hivatkozhatnak a többi kötelezettel szemben olyan kedvezményre, amelyben a jogosulttól részesültek (például tartozás-elengedés, részletfizetési kedvezmény, stb.). Viszont, ha olyan joguk volt a jogosulttal szemben, amelyet a végül teljesítő kötelezett is érvényesíthetett volna, de ezzel nem élt, és ennek ellenére teljesített, akkor az ilyen (többlet-) követelést velük szemben nem érvényesíthetik. (Benedek [2007c] p. -1201-1206)

A jogosultak oldalán az egyetemlegesség legfontosabb pontja, hogy a kötelezett bármelyiküknek is teljesít, ezzel szabadul a kötelemből. Ilyenkor a kiválasztott jogosult késedelme, a neki járó szolgáltatás lehetetlenné válása mindegyik jogosultra kihat. Ha valamelyik jogosult a teljesítés iránt pert indít, akkor meg kell akadályozni a többszörös perlést: a per befejezéséig a kötelezett a többi jogosult irányában megtagadhatja a teljesítést. Azonban első látásra két furcsa jellemzője van az ilyen pereknek: egyrészt a döntés ítélt dolgot nem teremt, vagyis a jogerős ítélet után a többiek új pert indíthatnak. (A kötelezett persze, adott esetben védekezhet azzal, hogy az előző ítélet alapján már teljesített.) A másik fontos elem: mivel az egyik féllel szembeni szerződésszegés, késedelem az összes féllel szembeni is szerződésszegés, késedelem, így a kötelezett akkor is késedelembe esik, ha a már folyó per miatt nem teljesít a többieknek. Ha a szerződésből (vagy más jogszabályból) más nem következik, akkor a követelést a jogosultak egymás között egyenlő arányban kell megosztaniuk. (Benedek [2007c] p. 1198-1200)

Menü: a szerződés megszüntetése. A polgári jog egy menüt kínál arra az esetre is, ha a feleknek valamiért a továbbiakban nem áll érdekükben a szerződést fenntartani. Két lehetőségük van arra, hogy kétoldalú megállapodással véget vessenek egy szerződésnek: vagy megállapodnak a megszüntetésről, vagy felbontják azt. Ha a *megszüntetést* választják, akkor a szerződést a jövőre nézve (*ex nunc*) szüntetik meg: a korábbi szolgáltatásaikat nem követelik vissza, de az ellenszolgáltatás nélkül maradt szolgáltatás értékét igen. Azokban az esetekben, amikor az eredeti állapot helyreállítása természetben lehetséges³⁶³, a felek választhatják a szerződés *felbontását* is. Ekkor a szerződés visszamenőleges hatállyal (*ex tunc*) szűnik meg: a szerződés megkötése előtti helyzet visszaállítását kell megkísérelni. (Benedek [2007a] p. 1143-1144)

Szintén definiálja a jog az egyoldalú szerződésbontás két alapesetét is, az elállást és a jövőre vonatkozó felmondást. Az *elállás* hatásában megfelel a szerződés felbontásának. *Ex tunc* hatású: amennyiben lehetséges, az eredeti állapot visszaállítását vonja maga után. Szintén hasonlít a felbontáshoz annyiban, hogy az elállás sem gyakorolható, ha az eredeti állapot nem állítható helyre (Benedek [2007a] p. 1145-1146). Ilyen elállási jogot – ha jogszabály azt nem

³⁶³ Nem ilyen valamely dolog használatáról szóló szerződés, a munka teljesítésére és a tartásra, gondozásra vonatkozó szerződés. Nem lehet bontani a megbízási szerződést sem, ha a teljesítés már megkezdődött. (Benedek [2007a] p. 1144)

teszi lehetővé – a felek szerződésben köthetnek ki. Az elállási joghoz kapcsolódó definíció a bánatpénz is – közgazdasági értelemben ez az elállás megvásárlása. (Benedek [2007a] p. 1147).

A *felmondás* a szerződés *ex nunc* hatályú felszámolása. Ezen belül is két esetet definiál a jog: a felmondási jog lehet korlátlan, vagyis az arra feljogosított fél a szerződést bármikor felmondhatja, de köthető bizonyos speciális helyzetek, az ún. felmondási okok egyikének beálltához is. Az elállási joghoz hasonlóan ezt is kiköthetik a felek a szerződésben.

Nyilvánvaló többségi szabály

Az eddigiekben azokkal az esetekkel foglalkoztunk, amikor a jog lehetőségeket, menüket definiál. Ezek fő funkciója tehát az pontosítás volt. Egy részükre még visszatérünk, mert a jog általában kiemeli a több lehetőség közül egyet-egyét, amely kiindulópontul szolgál: ha a szerződésben nem szerepel valamelyik alternatív megoldás, akkor ez lesz érvényben. Ezzel el is jutottunk a lehetséges diszpozitív szabályok közötti választás, az ilyen szabályok hatékonyságának kérdéséhez. Minek alapján döntünk el, hogy a sok alternatíva közül melyikből legyen diszpozitív szabály?

Nyilvánvaló többségi szabály: szokás. A legáltalánosabb elv talán az iparági szokások figyelembevétele: ha nincs a szerződésben más megfogalmazás, akkor ezt olvassa bele a bíróság.

Nyilvánvaló többségi szabály: kamat. Jól látszik a többségi szabály keresésének igénye abban a vitában, amely a pénztartozások különböző eseteinek megkülönböztetéséről folyik. Az 1959-es kódex eltérő diszpozitív szabályt alkot arra az esetre, ha két magánszemély köt egymással szerződést, és ha legalább az egyikük nem az. Előbbi esetben a diszpozitív szabály az, hogy ügyleti kamat nem jár; utóbbi esetben igen (Zoltán [2007] pp. 861-862). Azonban a késedelmi kamatnál a diszpozitív szabály ma is más: szerződés késedelmes teljesítése, késedelmes fizetés esetén késedelmi kamat minden esetben jár (Benedek [2007a] 1064). Ez a különbségtétel nyilvánvalóan ellentétes a többségi elvvel. Ezért a 2013-as kódex egységes diszpozitív szabályként fogalmazza meg, hogy a pénztartozás után – bárkik is a szerződő felek – kamat jár. Eszerint, csak azon, vélhetően ritka esetekben kellene a kamatról, pontosabban annak hiányáról rendelkezni, amikor a felek nem akarnak kamatot kikötni (pl. családon belüli, baráti kölcsönök esetén) (Kemenes – Vékás [2007a] p. 749).

A bizonyítás, eljárás költsége

Láttuk, hogy a különböző lehetséges diszpozitív szabályok közüli választás egyik legfontosabb elve a bírósági költség minimalizálása, vagyis az, hogy a lehető legegyszerűbben alkalmazható, legkevesebb információt követelő szabályt tekintsük kiindulópontnak. Álljon erre itt a mai magyar jogból példaként (i) az, hogy mely esetekben tekinti a jog az együtteséget és mely esetekben az egyetemlegességet kiindulópontnak, (ii) a kamatmérték és (iii) a túlteljesítés!

Bizonyítási probléma: együtteség, egyetemlegesség. A jog az oszthatóság alapján különbözteti meg, hogy az egyetemlegességet vagy az együtteséget tekinti diszpozitív szabálynak, alapesetnek. Ha a szolgáltatás jogi értelemben osztható, akkor minden jogosult csak a rá jutó részt követelheti, és minden kötelezettől csak a rá eső részt lehet követelni. Oszthatatlan szolgáltatás esetén a kötelezettek oldalán alapesetben az egyetemlegesség, a jogosultak oldalán az együtteség érvényesül. (Utóbbit egészíti ki az is, hogy a jogosultak bármelyike követelheti a szolgáltatásnak bírósági letétbe helyezését.) (Benedek [2007c] pp. 1193-1194) Vélhetően könnyedén találhatnánk érveket ezen elvek – különösen az oszthatatlan szolgáltatás esetén a jogosultak oldalán kimondott együtteség – hatékonysága ellen, de az egyszerűség, a bírósági eljárás, a kikényszerítés, illetve a bizonyítás költségeinek alacsony szintje kétségkívül e mögött az elv mögött áll.

Bizonyítási, eljárási probléma: forgalmi érték, kamatmérték. Árról szóló megállapodás hiányában a forgalmi érték az irányadó a bíróságok számára. Ennél a kérdésnél még vitatható, hogy ösztönző (az ár meghatározására ösztönző) vagy egyszerűen a bizonyítást egyszerűsítő szabállyal van-e dolgunk; azonban kétségtelenül a bizonyítás egyszerűsége szól az ügyleti (Zoltán [2007] pp. 863) és a késedelmi kamat (Benedek - Gárdos [2007c] 1065, 1073-1074) mértékére adott diszpozitív szabály mellett. Eszerint a kamat az adott fél év fordulóján érvényes jegybanki alapkamat³⁶⁴. Valószínű, hogy az esetek többségében ez kevésbé hatékony, a kockázatokat kevésbé hatékonyan megosztó megoldás, mint ha a kamat az aktuális piaci kamat lenne – az aktuális piaci kamat bizonyítása azonban kétségkívül nehezebb.

Bizonyítási probléma: túlteljesítés. A teljesítéskor mennyiségi probléma két formában merülhet fel: részteljesítésként vagy túlteljesítésként. A részteljesítés kérdését a magyar jog az oszthatóság kérdéskörében rendezi. Erre nemsokára visszatérünk. A többletszolgáltatás kapcsán pedig a bírói gyakorlat szerint a

³⁶⁴ Az 1959-es kódex szerint az előző fél év utolsó napján, a 2013-as törvénykönyv szerint az adott fél év első napján érvényes alapkamat. Az 1959-es Ptk. megkülönbözteti e tekintetben a gazdálkodó szervezetek közötti szerződéseket, amelyeknél a diszpozitív kamat az alapkamathoz kötött ugyan, de annál hét százalékkal magasabb.

jogosult a többlétszolgáltatás átvételére nem köteles. Nem tudhatjuk itt, hogy többségi szabállyal van-e dolgunk, vagyis, hogy az esetek többségében igaz-e, hogy a felek többsége a mennyiségi előírást szigorúan, mind felfelé, mind lefelé kemény korlátként értelmezi-e. Nem állíthatjuk azt sem biztosan, hogy ez a kockázatokat jobban megosztó szabály. Valószínű, hogy egyes szerződéstípusokat érdemes lenne elkülöníteni e tekintetben. Az azonban bizonyos, hogy amennyiben a bíróságnak ezt a kérdést nem kell vizsgálnia, az jelentősen egyszerűsíti a bizonyítást.

Ösztönző szabályok

Mint láttuk, fontos célja lehet a diszpozitív szabályoknak, hogy valamilyen magatartást ösztönözzenek – általában azzal, hogy az ezzel ellentétes lépéseket „büntetik”. Az ösztönző szabályokat fent két csoportba soroltuk. Az egyikben a fő kérdés az, hogy a tájékozottabb fél adja át a rendelkezésére álló információkat. A másik esetkörben a cél az, hogy a diszpozitív szabály – külön megállapodás hiányában is – teremtsen kellő ösztönzést a szerződés teljesítésére, illetve az együttműködésre, vagyis büntesse az opportunizmust.

Információs ösztönző: elvárt minőség. Ha az elvárt minőség a szerződés tartalmából nem állapítható meg, akkor elvárt minőségnek az ún. törvényes tulajdonságokat kell tekinteni. Röviden ez a használhatóság elvárása, amely két elemből áll: (i) a szolgáltatásnak alkalmasnak kell lennie a rendeltetésének megfelelő felhasználásra, vagyis a forgalomban elérhető hasonló szolgáltatásokat kell alapul venni, (ii) ki kell elégíteni a jogosult sajátos céljait is, ha ezekről a kötelezettnek akár azért, mert a másik fél közölte, akár más forrásból tudnia kellett. (Harmathy [2007b] p. 1008-1009)

Fajlagos szolgáltatások esetén (ezek, mint láttuk, olyan esetek, amikor a szerződésben fajta és mennyiség szerint megjelölt dolog szolgáltatását kötik ki) a forgalomban szokásos jó minőségű dolgokkal kell teljesíteni. Az világosnak látszik, hogy a kötelezett nem elégedhet meg közepes minőséggel, de ezen túl a „jó minőség” meghatározása jelentős mértékben a bírói mérlegeléstől függ³⁶⁵ (Harmathy [2007b] pp. 1038-1039).

Miért ösztönző – és nem, mondjuk, egyszerű többségi – diszpozitív szabály ez a „jó minőség” elvárás? Először is idézzük fel, hogy a jobb minőség elvárása miatt az ár is emelkedik! Vagyis még a pusztán átlagos minőséget kínáló, illetve, még a pusztán átlagos minőségre (és árra) vágó feleket, vagyis a

³⁶⁵ Ki kell emelni, hogy a bírói gyakorlat nem elégszik meg a termék szabványosságának bizonyításával. Minőséghibás lehet egy termék, szolgáltatás akkor is, ha a szabványnak megfelelő, de valamely hiba miatt a „rendeltetésszerű használat” elvárásának nem felel meg.

vélhető „többséget” is információadásra kényszeríti. Azonban tegyük hozzá, a diszpozitív szabályok ragadásak: viszonylag kis minőségi eltérés miatt nem érdemes felvállalni a tárgyalási költséget, ezért a szabály következménye a minőség (és a termékár) emelkedése is lehet! A szabály az információadás mellett, vélhetően nem tudatosan, a minőség folyamatos emelésére is ösztönöz.³⁶⁶ Hasonlóképpen fogalmaz Harmathy is: „a gyakorlatnak támpontul az szolgálhat, amit a miniszteri indokolás kiemel további szempontként. Eszerint nem középminőségű szolgáltatást kell nyújtani, mert a jogalkotó fokozni kívánta a minőségi követelményeket, és ezért írta elő a forgalomban szokásos jó minőséget.” (Harmathy [2007b] p. 1039)

A minőségi előírás, mint látjuk, diszpozitív szabály. Konkrét szerződés esetén az elvárás lehet ennél magasabb is, alacsonyabb is. A szolgáltatásnak olyan minőségűnek kell lennie, nyújtania kell azt a teljesítményt, amelyet a kötelezett kifejezetten a szerződésben vagy nyilvánosan (különösen reklámban vagy az áru címkéjén) ígért³⁶⁷. Szintén eltérít a diszpozitív szabálytól a „szerződéssel elérni kívánt cél” megfogalmazása: amennyiben a szerződő fél a szerződéskötéskor olyan célt közöl, amely a szerződés természetéből egyébként nem derül ki, akkor a szolgáltatásnak ennek elérésére is alkalmasnak kell lennie. De az eltérés történhet lefelé is: hibás dolog vétele sem kizárt jogilag. Különösen használt dolgok esetén, általában csökkentett áron (Harmathy [2007b] p. 1009). A felek magában a szerződésben is kiköthetnek rosszabb minőséget: ennek egyik formája a felelősségkizárás, amikor a szerződésben a kellékek tartalmát másként határozzák meg.

Információs ösztönző: a szerződés megszüntetése. Ha a felek másképpen nem állapodnak meg, akkor a szerződés alapesetben csak közös megegyezéssel bontható fel, szüntethető meg. (A legfontosabb kivétel ez alól a negyedik fejezetben a szavatosság kapcsán látott elállási jog.) Az egyoldalú megszüntetés (felmondás, elállás) szabályozásakor nem mást mond ki a magyar jog, mint a teljesítési kötelezettséget: egyik fél sem léphet ki a szerződésből egyoldalú felmondással, csak abban az esetben, ha ezt előre kikötötte vagy jogszabály erre felhatalmazza (Benedek [2007a] p. 1145, 1148).

Ez a szabály nem feltétlenül többségi szabály. Láttuk a harmadik és a negyedik fejezetben az opciós szerződés kapcsán, hogy ez a megegyezéshez kötés nem felétlenül hatékony: a felek többsége vélhetően inkább egy a maga részéről

³⁶⁶ Folyamatos emelésre, hiszen a következő időszakban már a ma „jó minőségben” nyújtott szolgáltatások is beszámítanak majd az átlagba, így az átlagnál jobb minőségű szolgáltatások szintje még feljebb kerülhet.

³⁶⁷ Kivétel ez alól, ha a nyilvános kijelentést a másik fél (i) nem ismerte, és nem is kellett ismernie, vagy (ii) azt a szerződéskötés időpontjáig megfelelő módon helyesbítették, vagy (iii) az a jogosult szerződéskötési elhatározását nem befolyásolhatta

relatív (az ellenszolgáltatáshoz képest) magasabb szolgáltatásba is beleegyezne, ha a kilépési opció (vagyis az egyoldalú megszüntetés) az ő oldalán nyitva állna. A szabály eredendően ösztönző jellegű, információadást motivál: az egyoldalú kilépés esélyét, illetve hasznát magasra értékelő fél kiszereződhet, de ezzel óhatatlanul információkat ad magáról.

Információs és opportunizmus elleni ösztönző: a határidő. A teljesítés idejére vonatkozó diszpozitív rendelkezések kiindulópontja – visszterhes szerződéseknél – az egyidejű teljesítés követelménye: bármelyik szerződő fél „azonnali” teljesítésre szólíthatja fel partnerét, amennyiben saját teljesítését ezzel egyszerre felajánlja. Az „azonnali” teljesítést persze úgy kell érteni, hogy a teljesítés előkészítéséhez szükséges időt biztosítani kell (Harmathy [2007b] pp 1022-1023).

Egyrészt, a szabály nyilvánvalóan információadásra ösztönöz: annak a félnek, amelyik a másik felet előreteljesítésre akarja kötelezni, ezt a szerződésben kell kimondani. Hasonlóképp, érdeke a határidő megszabása annak a félnek, amely nem akarja magát a teljesítésre való felszólítás kockázatának kitenni.

Másrészt véd az ellen is, hogy a másik előreteljesítésre hívhasson fel: a felek – ha előzetesen határidőt nem kötnek ki – nem követelhetik meg a másik teljesítését mindaddig, amíg maguk nem készek arra. Nem hozhatják partnerüket tehát opportunista módon kiszolgáltatott helyzetbe, nem követelhetik, hogy teljesítsen úgy, hogy ők csak későbbre vállalják azt. Kifejezetten ki is mondja a teljesítésnél is a magyar jog a visszterhesség vélelmét, vagyis azt, hogy amíg a másik nem teljesít, addig mi sem vagyunk kötelesek arra – sőt, ha előbb kéne teljesítenünk, akkor visszatarthatjuk a mi szolgáltatásunkat. Kifejezetten meg is tagadhatjuk azt, ha az ellenszolgáltatásra nincs remény, mivel a másik nem teljesít (például más szerződésből fakadó kötelezettségét) vagy vagyoni pozíciója jelentősen megromlott (Harmathy [2007b] pp 1027).

Információs ösztönzők: elszámolás. A fajlagos és mennyiség szerint meghatározott szolgáltatás esetére meghatározott elszámolási szabály a jogosultat információadásra, kommunikációra ösztönzi: ugyanis, ha egyidejűleg több tartozása is fennáll, és a teljesített szolgáltatás nem elégséges minden tartozás kiegyenlítésére, akkor azt, hogy azt mire kell fordítani, a kötelezett döntheti el. Akár *ex post* is, vagyis akkor, amikor szembesülnek azzal, hogy a teljesítés nem elegendő az összes tartozás fedezésére. Az ilyen problémát a jogosult csak úgy védheti ki, ha a szerződésben köti ki a részteljesítés elszámolását.

Opportunizmus elleni ösztönzők: a kárveszély átszállása. Diszpozitív szabály szerint a kárveszély a szerződés teljesítésével száll át (Harmathy [2007b] p. 1020), vagyis a dologban, szolgáltatásban esett károkat ettől a pillanattól kell a jogosultnak viselnie. Ez kockázatmegosztás szempontjából érthető is: a kockázat viselésére az képes jobban, aki a jószág birtokában van, ő tudja a kárveszélyt jobban felderíteni és elhárítani. Az ösztönzési szempont a szabály alóli egyik

kivételnél nyilvánvaló: ha a jogosult késedelembe esik, akkor már a teljesítés előtt is köteles viselni a dolog megsemmisülésének, elvesztésének, megrongálódásának veszélyét (Harmathy [2007b] pp. 1021-1022). Ez tehát azt jelenti, hogy például pusztán a kárveszély átszállásának megakadályozása érdekében (mondjuk, mert eredeti terveivel szemben, nem tudja még biztonságba helyezni a szolgáltatást) a jogosultnak nem érdemes elhalasztani az átvételt.

Kockázatmegosztó szabályok

Mint már az első fejezetben is láttuk, az ösztönzési cél nyilvánvalóan jelen van minden diszpozitív szabályban, így a hatékony kockázatmegosztásra alapuló diszpozitív szabályok esetén is. Ha valaki ezektől el akar térni, akkor ennek kezdeményezésével információt ad a partnerének. Ez az ösztönzési motívum azonban a kockázatmegosztás esetén csak áttételes: a fő szempont inkább az, hogy a többség számára megfelelő kockázatmegosztás jöjjön létre, minél kevesebb tranzakció esetén kelljen a kérdést a szerződésben rendezni.

Kockázatminimalizálás: személy halála. A szerződési jog diszpozitív szabályként mondja ki, hogy – a csak személyesen teljesíthető szolgáltatások kivételével – a szerződést valamely fél halála nem szünteti meg, hanem az örököse lép a helyébe. Az örökös elállásra is csak akkor és csak annyiban jogosult, amennyiben ez az örökös is megillette volna (Benedek [2007a] p. 1152). Ez a megoldás a hatékony kockázatmegosztás példája: az örököse megterhelése miatt a saját halálának kockázatát az adott félre terheli. (Ha a szerződés ilyenkor megszűnne, akkor a halál miatti kockázatot a partnere viselné.) Észben kell tartani, hogy itt nem maga a kötelezett halála a kockázat, hanem az, hogy a halála megelőzi a teljesítést. Ezt a kockázatot, például a saját egészségi állapotát a kötelezett ismeri jobban (R. Posner [2011] p. 133). A kockázatot – például a munkái ütemezésével, vagy a szerződés miatti terhek viselését az örökösnek egyszerűbbé tevő életbiztosítás kötésével – ő tudja jobban befolyásolni.

Kockázatminimalizálás: pénztartozás helye. A magyar jog szerint a szolgáltatás teljesítésének helye, ha a felek nem állapodnak meg máshogy, a *kötelezett* telep-, szék-, lakóhelye. Pénztartozás esetén viszont a *jogosult* lakóhelye vagy székhelye, és ebből következően a pénztartozás akkor teljesül, amikor eljut a jogosulthoz. Ekkor a transzferformájából fakadó kockázatokat – például azt, hogy a pénz eltűnik – az olcsóbb kockázatviselő, a teljesítő fél viseli. Ő a jobb kockázatviselő, hiszen ő választhatja meg azt a formát, amelyen keresztül a pénzt el akarja juttatni a hitelezőnek (Harmathy [2007b] p. 1043).³⁶⁸

³⁶⁸ Harmathy érvelése szerint itt nincs szó kockázatértékelésről, egyszerűen a jogosult és a kötelezett pozíciójának megfordulásáról. Aki kezdetben kötelezett volt, és aki az alapel

Kockázatviselés: a teljesítés visszatartása. Láttuk, hogy a korábbi teljesítésre kötelezett személy időnként visszatarthatja a teljesítést; sőt, akár meg is tagadhatja azt. E szabály mellett kockázatviselési érveket is találhatunk. Szladits érvelése szerint: „az előre teljesítő fél többnyire abban a feltevésben kötelezi magát, hogy az ellenfél vagyoni viszonyai a teljesítés idejében nem lesznek rosszabbak, mint amilyeneknek ezeket ő a szerződés megkötésekor ismerte (*clausula rebus sic stantibus*).” (Szladits [1941] p. 457) A visszatartás, teljesítmegttagadás joga nyilvánvalóan csökkenti az ő kockázatát. Azonban az esetek túlnyomó többségében a másik félről, akinek viszont emiatt nő a kockázata, feltehetjük, hogy ő a jobb kockázatviselő: ő az, aki a saját teljesítési problémáinak, illetve fizetőképtelenségének valószínűségét jobban ismeri; ő az, aki azt inkább képes befolyásolni.

2. KÓGENS SZABÁLYOK OSZTÁLYOZÁSA

Láttuk az első fejezetben, hogy a *kógens szabályok* kimondhatják, hogy bizonyos kérdések szerződésben – törvénytől eltérő módon – nem rendezhetők; tilthatnak bizonyos tevékenységeket. Másik oldalról kógens szabály korlátozhatja a szerződési szabadságot úgy is, hogy *szerződéskötési kötelezettséget* ír elő. Láttuk fennebb azt is, hogy a jogban kétféle kógens szabályt találunk: szubsztantív és procedurális előírásokat. Az előbbieket azt kötik meg, hogy mit kell, illetve, hogy mit nem szabad tartalmaznia egy szerződésnek. Az eljárásbeli kógens szabályok nem korlátozzák a szerződés tartalmát, a felek szabadon belefoglalhatnak bármit a szerződésbe, de azt megszabják, hogy a felek a szerződéskötés előtt, illetve a szerződés fennállása alatt milyen magatartást tanúsíthatnak. Ilyen procedurális szabály például a megtévesztés, a jogellenes fenyegetés, az uzsora tilalma. Ebben az értelemben elmondhatjuk, hogy a kógens szabályok minden diszpozitív szabály mögött ott rejteznek: a diszpozitív alapgondástól csak akkor lehet eltérni, ha a szerződéskötés során a felek ezeket a procedurális előírásokat betartják.

Mielőtt hozzáfognánk a szubsztantív kógens szabályok elemzéséhez, mindenképpen ki kell emelni egy problémát. Az ilyen megoldások mellett egyik legfontosabb érv az, hogy egy adott tartalmú szerződést vélhetően a helyzetet értő, racionális emberek nem (vagy csak nagyon ritkán) kötnének meg. Tehát már maga a szerződéskötés is valamilyen információs vagy racionalitási problé-

szert a saját lakhelyén, telephelyén szolgáltatott, az a pénzszolgáltatás esetén a jogosult, aki okkal várja el, hogy a partnere, aki a pénzszolgáltatás kötelezettje oda hozza neki a pénzt, ahol ő a szolgáltatást nyújtja számára, az árut átadja neki. (Harmathy [2007b] p. 1043)

mára utal. A szubsztantív kógens szabályok logikáját most úgy fogjuk tárgyalni, hogy ezt a racionalitási problémát nem érintjük – a korlátozott racionalitás problémáját a következő fejezet tárgyalja.

2.1. Kógens szabályok a magyar jogban

Ha egy szerződés kógens szabályba ütközik, akkor a magyar jog szerint ennek többféle következménye lehet. Lehet, hogy a teljes szerződés semmis; lehet, hogy csak a tiltott kikötés semmis; de előfordulhat az is, hogy az érvénytelen kikötés helyébe automatikusan a kógens jogszabályi rendelkezés lép. A kógens szabályok (tilalmak) forrása a magyar jogban is kettős. Léteznek a törvények által expliciten tiltott célok és eszközök, és léteznek olyan konkrét tilalmak, amelyek a bírósági gyakorlatból szűrhetők le. Ezek mögött – néhány speciális felhatalmazást leszámítva – két generálklauzula áll: a jóerkölcsbe ütköző szerződések semmissége, illetve a jóhiszeműség és tisztességesség követelménye.

Alapelv: jogszabályba ütköző szerződés (nem) semmis. A kógens szabályozás kiindulópontja, hogy semmis az a szerződés, amely jogszabályba ütközik vagy amelyet jogszabály megkerülésével kötöttek – kivétel ez alól, ha az adott jogszabály az ilyen szerződésekhez más jogkövetkezményt fűz.³⁶⁹ A „kivéve, ha ahhoz a jogszabály más jogkövetkezményt fűz” kitétel és az azt értelmező bírói gyakorlat azonban erősen megváltoztatta a jogelvet (lásd Menyhárd [2004] pp. 248-249):

- (i) ha a szerződés polgári jogi jogszabályba ütközik, akkor a szerződés mindig semmis, hacsak a jogszabály más jogkövetkezményt nem mond ki; ugyanakkor,
- (ii) ha a szerződés más jogág normájába ütközik, akkor a bíróság a jogalkotó szándékát keresi – ha ez megítélése szerint nem terjed ki a semmisségre, akkor függetlenül attól, hogy a szabály esetleg más jogkövetkezményt sem rendel a szerződéshez, a semmisséget a bíróság nem mondja ki.³⁷⁰

³⁶⁹ Hasonlóan például az uzsorához, a tételes jogszabályba ütközés kapcsán is fel kell tennünk a kérdést: amennyiben emiatt nem is minősül a szerződés semmisnek, nem teszi-e azt semmissé az, hogy jóerkölcsbe ütközik. Konkrétan: nem kell-e kimondani a jóerkölcsbe ütközést azoknak a jogszabályoknak a megsértésekor is, amelyekhez nem fűződik a semmisség következménye. Az érv nyilvánvalónak látszik: a jóerkölcs nyilvánvalóan magában foglalja a törvények követését is. Azonban a magyar joggyakorlat ennél nyomósabbnak tartja az ellenérvet. Amennyiben ugyanis ilyenkor kimondanánk a semmisséget, akkor ez feleslegessé tenné a jogszabályba ütközés miatti semmisség intézményét: minden szerződés a jóerkölcsbe ütközés miatt lenne semmis. Ez pedig nyilvánvalóan ellentmondana annak a jogalkotói szándéknak, amely nem akart az adott jogszabálysértéshez semmisségi szankciót fűzni. (Lásd Menyhárd [2004] pp. 271-276)

³⁷⁰ Menyhárd erre példaként a versenyjogot emeli ki. A versenytörvény a kartelltilalmat megsértő szerződések esetén kifejezetten kimondja a versenyjogi és a polgári jogi kö-

A világháború előtti jogban a bíróság azt vizsgálta, hogy a törvényi tilalomhoz a jogalkotó kívánta-e kifejezetten a semmisség következményét fűzni. Almási például meglehetősen szigorúan fogalmaz: „Oly joganyagban amelyben írott jogszabállyal rendelkezünk a szolgáltatás tilalmazásának vagy kifejezettnek, vagy legalább is oly határozottnak kell lennie, hogy abból kétségtelen legyen a törvényhozónak az a szándéka, hogy a szóban levő szolgáltatás szerződési létesítését mindenképpen ki akarja rekeszteni.” (Almási [1941] p. 198)

A vitákat lezárandó a 2013-as kódex kimondja, hogy a jogszabályba ütköző szerződés – az egyéb szankcióktól függetlenül – akkor semmis, ha az adott jogszabály ezt következményként kimondja vagy a jogszabályból világosan következik, hogy az adott szerződés nem lehet érvényes.

Színlelt szerződések semmissége. A fenti alapelvtől eltérően kezeli a jog a színlelt szerződéseket: a polgári jog maga mondja ki ezek semmisségét. Olyan szerződések ezek, amikor a felek valós akarata másra, és nem a szerződésben megfogalmazottakra irányul – általában a szerződés révén próbálnak valamely jogszabályt megkerülni vagy harmadik személyt megillető valamilyen jogot kijátszani (Benedek – Gárdos [2007b] p. 779). Fontos kiemelni, hogy színlelt szerződés csak akkor jön létre, ha erről minden fél tud. Ha csak egyikük próbálja színlelni, akkor arra ő nem hivatkozhat, mert az nem releváns indokbeli tévedés lesz, a színlelésről nem tudó fél viszont tévedés alapján a szerződést megtámadhatja. (Menyhárd [2000] pp. 13-14)

Tételes tilalom: felelősségkizárás. A magyar szerződési jog általános részében nem sok olyan elemet találunk, amelyet az tételes kógens szabállyal tiltana vagy tenne kötelezővé – a következő fejezetben tárgyalt két alapproblémán az általános szerződési feltételek révén, illetve a fogyasztókkal kötött szerződéseken túl. Az egyik legfontosabb ezek közül a felelősségkizárásra vonatkozott.

A Ptk. 314.§ a felelősség kizárásának és korlátozásának szabályait tartalmazza. Kógens szabályként tiltja a szándékos, a súlyosan gondatlan vagy a bűncselekménnyel okozott szerződésszegés esetén a felelősség kizárását, illetve hasonlóképpen nem lehetséges ez akkor sem, ha a szerződésszegés következtében a kár az életet, testi épséget vagy egészséget érinti. Más esetben, vagyis a nem ilyen károkat okozó gondatlan szerződésszegés esetén a tilalom csak diszpozitív: lehetséges a felelősségkorlátozás, de csak akkor, ha „az ezzel járó hátrányt az ellenszolgáltatás megfelelő csökkentése vagy egyéb előny kiegyenlíti” vagy ha erre kifejezetten jogszabály ad lehetőséget (például a külkereskedelmi szerződések esetén, ahol a felelősségkizárás lehetséges). (Benedek – Gárdos [2007c] p. 1132)

vetkezmények együttes alkalmazását, vagyis a szerződés semmisségét. Más versenyjogi normáknál azonban erről nem rendelkezik (Menyhárd [2004] pp. 250-251).

Azokban az esetekben pedig, amikor a felelősségkizárás lehetséges, szigorú formai követelményeket ír elő a jog. A bírói gyakorlat szerint például önmagában az árleszállítás nem elég ahhoz, hogy valaki utólag a felelősségének hiányára vagy korlátozására hivatkozzon: az eladónak, szolgáltatónak külön meg kell jelölnie, hogy az ár csökkentése konkrétan a felelősség mely elemének kizárását vagy korlátozását kompenzálja (Benedek – Gárdos [2007c] pp. 1133-1134). A joggyakorlat azonban meglehetősen általános megfogalmazásokat is elfogad, arról nem is beszélve, hogy ez esetben sincs egyértelmű teszt arra, hogy mikor lehet az ellenszolgáltatás csökkentését, illetve az egyéb előnyt „megfelelőnek” tekinteni, vagyis hogy mit jelent ebben az esetben az értékegyensúly (Kemenes – Vékás [2008b] pp. 818-819).

Az új Ptk. a kógens tilalmat fenntartja – a diszpozitív elemet erősíti: nem követeli meg, hogy az ezzel járó hátrányt megfelelő előny egyenlítsse ki.

Tételes kógens szabály: pénztartozás idő előtti teljesítése. Az 1959-es Ptk. a teljesítés határidejét diszpozitívan szabályozza: a szerződésben kikötött határidő előtt nem lehet teljesíteni (Harmathy [2007b] p. 1029). Ezzel ellentétben a pénzszolgáltatás esetén a jog kógens szabályt alkot: a határidő előtti teljesítést a jogosult köteles elfogadni, sőt ezért költséget, kamatot sem számolhat fel (Harmathy [2007b] pp. 1043-1044). A többi szolgáltatáshoz képest a pénzszolgáltatások esetén tehát két ponton is változást látunk: megfordul a szabály, és diszpozitív helyett kógenssé válik. Ez a 2013-as kódexben fogyasztóvédelmi szabállyá alakul: mostantól csak a fogyasztó és vállalkozás közötti szerződésben semmis a pénztartozás idő előtti teljesítését kizáró kikötés, illetve az olyan passzus, amely ezt a jogosult közvetlen többletköltségét meghaladó fizetési kötelezettséghez köti.

Tételes kógens szabály: fizetési késedelem. A fogyasztóvédelmi intézkedések és (a szintén fogyasztóvédelmi szabállyá „szelídült”) előtörlesztés nehezítését tiltó szabály mellé a 2013-as kódexbe egy új tételes tilalom kerül: a vállalkozások közötti szerződés esetén a késedelmi kamatot kizáró szerződési feltétel semmis (kivéve, ha ehelyett kötbért tartalmaz a szerződés).

Generálklauzula: nyilvánvalóan jóerkölcsbe ütközés. Az, hogy kevés tételes szabályt tartalmaz a Polgári törvénykönyv általános része, nem jelenti azt, hogy ne lennének kógens szabályok, amelyek korlátozzák a szerződési szabadságot. Elég tág lehet (lehetne) ugyanis azon elemek köre, amelyek ellen a két generálklauzula, vagyis a jóerkölcsbe ütközés és a jóhízeműség és tisztességesség elvárásának megsértése miatt lép fel a jog.

A második fejezetben (alapvetően Menyhárd alapján³⁷¹) a jóerkölcsbe ütközés kapcsán három tipikus esetet azonosítottunk (Menyhárd [2004] pp. 95-96):

³⁷¹ Menyhárd kicsit tágabb kört is javasol, de mi ebben a három elembe foglaljuk össze az esetkört, ugyanis ezek a joggazdaságtan számára jelentősen eltérő érvek. Menyhárd tekin-

- (i) a nem forgalomképes, nem kommercializálható javakra kötött átruházási szerződéseket;
- (ii) a másik fél gazdasági ellehetetlenítését okozó szerződéseket (ide érthetjük a túlzottan hosszú vagy túlzottan terhes szerződéseket és a piaci verseny szabadságát aránytalanul korlátozó szerződéseket is, de vélhetően a magyar gyakorlatban a hitelezői túlbiztosítás is ide sorolódna);
- (iii) a harmadik fél megtévesztése, megkárosítása érdekében kötött szerződéseket (fontos kivételekkel azonban: mindenekelőtt a verseny révén okozott kár értelemszerűen nem tesz jóerkölcsbe ütközővé egy szerződést).

A magyar jogban a jóerkölcsbe ütközés esetköre kicsit szűkebb, mint más jogokban. De ez annak is köszönhető, hogy egyes olyan tipikus helyzeteket (például a feltűnő értékeltérést) leválaszt erről, és külön szabályoz, amelyek máshol e generálklauzula alapján ítéltetnének meg. (A máshol jóerkölcsbe ütközőnek minősülő eseteket láthatjuk a 10.3. szövegdobozban.)

Generálklauzula: Jóerkölcs és jóhíszeműség, tisztességesség. A jóerkölcsbe ütközés és a jóhíszeműség és tisztességesség követelményének viszonya jogelméletileg vitatott. Akad olyan álláspont (például Kelemen [1937]), amely szerint az erkölcsstelenség jogdogmatikailag súlyosabb fogalom, ezért a jóhíszeműség és tisztesség tesztje enyhébb: azt az is sértheti, amelynek tárgyi súlya kisebb. Ezzel szemben a mostani elemzés elfogadja Menyhárd véleményét, amely szerint a kettő között igazi különbség nincs.³⁷² (Menyhárd [2004] pp. 261-262)

10.3. szövegdoboz. A jóerkölcsbe ütközés esetkörei a különböző jogrendekben

A szerződések jóerkölcsbe ütközés miatti semmisségét a római és a középkori jogtudósok is kazuisztikusan kezelték, a jóerkölcsbe ütközés generálklauzulaszerű szabályának alkalmazása nélkül. Konkrét, jól definiált esetekben hivatkoztak arra – új eseteket nem nagyon kerestek. Ilyen jó definiált eset volt, amikor valaki köz- vagy magánbűncselekmény megakadályozása vagy végre nem hajtása miatt

tettel a magyar jogban meglévő, más intézményekre is a hazai joggyakorlat számára négy csoportot lát érdemesnek elkülöníteni: (i) a családi viszonyokat és a nem forgalomképes javakat érintő, (ii) a gazdasági szabadságot korlátozó, (iii) a szerződéses pozíciók egyenlőségére épülő és (iv) a harmadik személyek érdekeit sértő szerződéseket. (Menyhárd [2004] pp. 111-194)

³⁷² Ezen álláspont hívei rámutatnak, hogy a jóhíszeműség és tisztességesség követelménynt „megalkotó” német jog mai irodalmában is ez az uralkodó álláspont. Menyhárd hozzáteszi azonban, hogy miközben a két elvárás azonos, a közöttük levő funkcionális különbség fontos. A jóerkölcsbe ütköző szerződések tilalmának vizsgálatakor a kérdés a már létrejött szerződések érvényessége, semmissége. Ezt a tesztet nem lehet alkalmazni akkor, ha a szerződés létre sem jött, vagy ha annak teljesítése, érvényesítése a kérdés. Hasonlóképpen nem alkalmazható ez a lehetetlenülés vagy a megszüntetés kapcsán sem. Azonban a jóhíszeműség és tisztesség tesztje ekkor is elérhető teszt.

kapott juttatást; ha a tolvaj fogadott el díjat az ellopott tárgy visszaadásáért; ha a kötelmi adós csak külön díj ellenében adta vissza a nála lévő dolgot. Jóerkölcsökre ütközött a házasság elmaradása esetére kikötött kötbér, a várt örökség eladására vagy éppen a szentségtörésre, bűncselekmény elkövetésére kötött szerződés. Visszakövetelhető volt a kéjñőnek adott juttatás.

A francia Code civil volt az, amely szakítva az addigi hagyománnyal, a jóerkölcsbe és a közrendbe ütköző szerződések általános tilalmát a *causa* körében generálklauzulában mondta ki. Szerződés csak akkor jöhet létre, ha annak – megengedett – causája van, és a jóerkölcsbe (vagy közrendbe) ütköző szerződések esetén ilyen nincs. Az osztrák polgári törvénykönyv a régi kazuisztikus módon, a német BGB viszont generálklauzulaként mondta ki az ilyen szerződések érvénytelenségét. Az angol jogban a jóerkölcs fogalma nem jelenik meg, viszont a *common law* semmisnek tekinti a *public policy*-ba ütköző szerződéseket, amely kategória a máshol jóerkölcsbe (vagy közrendbe) ütköző szerződéseket fedi le.

Francia gyakorlat. A francia bírói gyakorlat szerint a jóerkölcsbe, illetve a közrendbe ütköző az a szerződés, amelyeknek célja (*causája*):

- az állam vagy közigazgatási szerv működését akadályozza, (ideértve a katonai vagy közbiztonság veszélyeztetését, a választójog sérelmét, vagy az igazságszolgáltatási működésének nehezítését);
- a pénzügyi közrendet sérti (például adójogszabályok vagy vámszabályok megkerülésére, hatóság félrevezetésére irányul, a nemzeti valuta stabilitását veszélyezteti);
- egyes foglalkozásokkal (elsősorban az orvosi, ügyvédi tevékenységgel) nem egyeztethető össze;
- a személyes szabadság elviselhetetlen korlátozását jelenti (ilyennek tekintik a versenytilalmi kikötéseket);
- a család rendjével nem egyeztethető össze (érvénytelen a válási jog korlátozása, a szülői felügyeleti jog átruházása vagy az arról való lemondás);
- a tulajdoni rendet, a tulajdonos szabad rendelkezési jogát sérti (érvénytelen például az abszolút, korlátlan elidegenítési és terhelési tilalom kikötése);
- szerződésszegésért való felelősséget meg nem engedhető mértékben zárja ki;
- harmadik személyt károsító célra irányul;
- a gazdasági versenyt korlátozza, a gazdasági fejlődést gátolja.

Német jog. A német bírói gyakorlat a jóerkölcsbe ütközőnek tekinti azokat a szerződéseket, amelyek:

- a másik fél helyzetének kihasználására irányulnak, akkor is, ha az nem uzsora (például a visszaélés a monopóliumhelyzettel);
- a másik fél cselekvési szabadságát korlátozzák (például a versenytilalmi kikötések, a beszerzési korlátozások, a biztosítéki célú tulajdon-átruházás és a tulajdonfenntartás egyes esetei, továbbá a szolgáltatás és ellenszolgáltatás értékaránytalansága bizonyos helyzetekben, de a túlzott mértékű kötbér is);
- a hatalmi pozíció kihasználására épülnek (különösen munkaviszonyban és társasági jogviszonyokban);
- a másik fél akaratgyengességét, tapasztalatlanságát vagy félelmét használják ki, akkor is, ha az nem uzsora (ide sorolják például a szerencsejátékkal kapcsolatos

- ügyleteket, a pszichikai kényszer alkalmazását, de a politikai vagy gazdasági nyomásyakorlást is);
- az állam megkárosítását célozzák (csempészet, adó szabályok megkerülése);
 - harmadik személyek megkárosítását célozzák, jogukat, érdekeiket sértik (itt kezelik a hitelezői érdekek sérelmét, de a globális engedményezést vagy a vesztegetést is);
 - a személyes cselekvési vagy lelkiismereti szabadság korlátozásáért cserébe ajánlanak vagyoni előnyt (ilyen a hallgatási pénz, a vallás megváltoztatására szóló szerződés);
 - a nemi erkölcsöt sértik (prostitúcióval kapcsolatos ügyletek, de ide tartozik a termékenység végleges elvesztésére kötött szerződés is);
 - egyes (orvosi, ügyvédei) foglalkozásokkal összefüggő kötelezettségeket sértik;
 - a család és a házasság rendjét sértik (például a szerződésben vállalt válási könnyítés vagy éppen a válás szerződéses nehezítése, lakóhely-korlátozás, rendelkezés a szülői felügyeleti jogról).

Angol common law. Az angolszász jogban a kontinentális jog jóerkölcsbe ütközős fogalmához legközelebb a *public policy*-t sértő szerződések tilalma áll. Ennek alapján az angolszász jogban jogellenes és semmis az a szerződés, amely

- válásra vagy házasságkötésre, házasságtörésre vagy a házasságkötési szabadság korlátozására kötelez;
- összeegyeztethetetlen a szülői kötelességekkel;
- a nemi erkölcsbe ütközik;
- az igazság kiderítését akadályozza (pl. hallgatási pénz);
- a bírói igazságszolgáltatást kizárja;
- a hatóság félrevezetésére irányul;
- a hivatalok eladására, hatósági döntések tisztességtelen befolyásolására irányul;
- háborús ellenséggel létesít gazdasági kapcsolatot;
- a személyes szabadságot korlátozza;
- valamelyik fél gazdasági mozgásterét korlátozza (*restraint of trade*), valamint jogszabályt sért.³⁷³

Nem forgalomképes javak. Érdeemes külön is kiemelni egy esetkört: a nem forgalomképes javak körét. A legtöbb jogrendszer ide sorolja a lemondást az alkotmányos jogokról, a családi helyzetet érintő (például a válási jogról, a gyerekvállalásról kötött) szerződéseket, vagy éppen a nemi kapcsolatokra kötött szerződéseket, illetve az emberi szervek kereskedelmét. Menyhárd külön felhívja a figyelmet két esetkörre. Az egyik a mesterséges megtermékenyítés, ha ahhoz nem a férj, hanem idegen ivarsejtjét használják (ún. heterológ mesterséges megtermékenyítés). Magukat ezeket a szerződéseket a jog általában elfogadja érvényesnek, bár a bíróság vizsgálja, hogy az eljárás indokolt volt-e – ezt az orvosnak is vizsgálnia kellene elvileg. A nagyobb gondot a gyermek jogának sérülése okozza: miközben az anonim donor természetes

³⁷³ A *common law* szerint azok a szerződések, amelyek a jogszabályi rendelkezések érvényesülését akadályozzák, a közérdekbe ütköznek, és ezért érvénytelenek, hiszen a bíróság nem működhet közre a szerződéshez fűzött olyan joghatás kikényszerítésében, amelyet jogszabály tilalmaz (lásd *Mahmoud v. Ispahani* 2 KB [1921] 716).

érdeke a névtelenség, aközben a gyermeket is megilleti a származás megismerésének joga (Menyhárd [2004] pp. 122-123). A másik az ellenérték fejében vállalt béranyaság, amelyet – például a német – bírói gyakorlat általában jóerkölcsbe ütközőnek tekint (Menyhárd [2004] pp. 124). Úgy tűnik, a lényeg itt az, hogy ezzel tulajdonképpen a gyermek üzleti alapú átruházásának nyitna teret a jog.³⁷⁴

Bírósági szerződésmódosítás. A kógens szabályozás speciális módja a magyar jogrendben, hogy a bíróságnak – mint már az előbb is láttuk – „tartós jogviszony” esetén joga van arra, hogy maga módosítsa a szerződést. Mivel ez a szerződési szabadság általános elvét súlyosan sérti, így erre csak speciális esetekben van lehetőség. A bírói gyakorlat szerint három feltételnek kell ehhez egyszerre teljesülnie (Harmathy [2007a] pp. 904-908):

- (i) Szerződésmódosításra csak a *tartós jogviszonyt* jelentő hosszú távú szerződések esetén kerülhet sor. Az 1959-es kódex alapján nem volt egyértelmű, hogy mi tartozik ide.³⁷⁵ Például nem ilyen az, ha az egyik fél teljesítése már lezárult, és most a partnere teljesíti a saját szolgáltatását. Így nem tekintette tartós jogviszonynak a bíróság, amikor valaki 25 éves részletfizetésre vásárolt. (BH 1997/5. sz. 242.). Viszont módosíthatónak látta azt a bérleti szerződést, ahol a bérlő egy összegben előre fizetett (BH 1995/9. sz. 514.). A bírói gyakorlat azonban ezen nem csak a huzamos, ismétlődő szolgáltatást előíró szerződéseket érti, hanem minden olyan esetet, amikor a kötelelem hosszabb időre szól, függetlenül attól, hogy egyetlen aktussal teljesíthető majd. Azonban a kölcsönösség fontos elem: ha az egyik fél már teljesített, akkor a jogviszony nem minősíthető tartósnak.
- (ii) A körülményekben a *szerződéskötést követően következett be változás*. Azonban nem lehet ezen az úton szerződést módosítani, ha az adott körülménnyel a felek a szerződéskötéskor mint jövőbeli bizonytalansággal (kockázattal) számoltak³⁷⁶ vagy ha az az ésszerű üzleti kockázatvállalás körébe tartozik. Természetesen kizárja a szerződésmódosítást az is, ha a körülmény kialakulása az egyik félnek felróható.
- (iii) Az adott fél *lényeges és jogos érdekét* sértené, ha a szerződés változatlan tartalommal maradna fenn. A lényegesség tesztje azonos a tévedésnél látott tesztel: a felek az eredeti szerződésüket nem kötötték volna meg, ha tudtak volna az adott körülményről.

³⁷⁴ A fő jogi, jogfilozófiai hivatkozás e mögött az, hogy ez az anya-gyermek kapcsolat mesterséges manipulálása. Ráadásul ilyen esetekben a gyermek társadalmi státusza (származása) sem világosan tisztázott: ugyanis ő jogilag az öt megszüülő nő és a férfi házasságon kívüli gyermeke.

³⁷⁵ Lásd Harmathy [2007a] pp. 904-905.

³⁷⁶ Érdemes ennek kapcsán utalni Menyhárd érvelésére, amely a kölcsönös tévedés miatti megtámadásnál ugyanezt a tesztet alkalmazná (Menyhárd [2000] p.181) – lásd a nyolcadik fejezetben a tévedés tárgyalásánál.

E hármás felosztáshoz negyedikként hozzátehetjük azt is (Harmathy a változás fogalmát szűkíti ezzel), hogy a változásnak speciálisan a *konkrét szerződést* érintő változásnak kell lennie: a gazdasági élet egészét vagy akár csak az adott szerződéstípusba tartozó minden szerződést érintő változás nem ad lehetőséget a bírósági módosításra (Harmathy [2007a] pp. 905-906).

A 2013-as kódex explicitté teszi, hogy a tartósságon kívül öt elem megléte szükséges a szerződésmódosítás lehetőségéhez: (i) a körülmény a szerződés megkötését követően állott elő; (ii) ez a változás nem volt előre látható, (iii) azt nem az arra hivatkozó fél idézte elő; (iv) az új körülmények közötti teljesítés valamelyik fél lényeges jogi érdekét sértené, és (v) az adott körülmények változása nem tartozik rendes üzleti kockázata körébe. (6:192.§ (1) bek.)

Ki kell emelni azonban, hogy e feltételek megléte még nem jelenti, hogy a bíróság módosítani is fogja a szerződést. Ezek a feltételek ugyanis elégségesek ahhoz is, hogy a bíróság a szerződés lehetetlenülését mondja ki, és megszüntesse azt. Azonban Harmathy szerint „célszerű előnyben részesíteni a szerződés fenntartását, a bíróság inkább a módosítás eszközét használja, és megszüntetésére csak végső esetben kerül sor.” (Harmathy [2007a] p. 904)

A bíróság itt – szemben a tévedéssel – érdekösszemérést végez, vizsgálja az értékegyensúlyt: a szerződésmódosítás a másik felet nem sújthatja egyoldalúan, a másik oldalon jelentkező hasznot meghaladó mértékű hátránnyal (Harmathy [2007a] p. 908).

Bírósági úton ki nem kényszeríthető szerződések – természetes kötelezettség. A bírósági úton ki nem kényszeríthető, de egyébként nem érvénytelen szerződések kapcsán érdemes Szladits gondolatából kiindulni. Úgy fogalmaz, hogy vannak olyan szerződések, amelyek ugyan sem törvénybe, sem jóerkölcsbe nem ütköznek, a jog azonban mégsem tekinti az azokból származó jogokat védendőnek. Ilyenek a bíróság (és végrehajtás útján) ki nem kényszeríthető szerződések, amelyek közül ő a játék, illetve fogadási célú szerződéseket, valamint a kocsmai hiteleket emeli ki. (Szladits [1941] p. 62) Ilyen megoldások ma is léteznek: bírói úton nem kényszeríthető ki

- (i) a nem állami engedély alapján szervezett játék és fogadás,
- (ii) az (akár államilag engedélyezett) játék és fogadás céljára kötött kölcsön-szerződés – utóbbin azt kell érteni, amikor a kölcsönt kifejezetten erre a célra adják, függetlenül attól, hogy később mire használják fel,
- (iii) azok a követelések, amelyeknek állami szerv útján való érvényesítését jogszabály kizárja – ezek közül a legfontosabb a kocsmai hitel, amelyet még egy 1928. évi törvény sorol ezek közé (Benedek – Gárdos [2007a] p. 748),
- (iv) az elévült követelések,
- (v) olyan időszakonként előre fizetendő járadékszerű követelések, amelyek

hat hónapnál régebben lejártak (és az érvényesítésük alapos ok nélkül maradt el) – ennek indokaként Benedek és Gárdos azt hozza fel, hogy „ezek az időszakos szolgáltatások a megélhetést hivatottak biztosítani, felhalmozásuk tehát nem lenne a rendeltetésükkel összeegyeztethető”. (Benedek – Gárdos [2007a] p. 745)

Ezek a szerződések azonban nem érvénytelenek. Például önkéntes teljesítés esetén visszakövetelésre nincs lehetőség, az eredeti állapot visszaállítását a bíróságnál nem lehet elérni. Szintén nem visszakövetelhető az ilyen szerződéseket biztosító és önkéntesen teljesített kezesi szolgáltatás vagy éppen kötbér. Az 1959-es kódex szerint semmis, a 2013-as kódex szerint csak ugyanígy a naturalis obligáció körébe tartozik az ilyen szerződések esetén a zálog vagy óvadék alapítása.

Szerződéskötési kötelezettség: visszaélés gazdasági erőfölénnyel. Speciális formája a kógens szabályoknak az, amikor nem semmisé nyilvánít a jog egy-egy szerződést, hanem kötelezővé tesz. Amíg egy szerződési passzus kötelező voltáról vagy az adott passzustól eltérő megállapodás semmisségéről van szó, addig eldönthető, hogy azokkal a kötelező elemekkel akarunk-e szerződni. Amennyiben a szerződéskötési kötelezettségről, akkor nem – pontosabban csak arról dönthetünk, hogy az adott iparágban, az adott kötelezeti pozícióba be akarunk-e lépni. A szerződéskötési kötelezettséget a magyar jog korábban is ismerte, különösen egyes közszolgáltatások esetén tette kötelezővé. A 2013-as kódex azonban egy fontos új elemet illeszt a Ptk-ba a gazdasági erőfölénnyel rendelkező felek esetére: „Azzal a féllel szemben, aki gazdasági erőfölényével visszaélve indokolatlanul elzárkózik szerződés létrehozásától vagy fenntartásától, a másik fél követelheti, hogy a szerződést közöttük a bíróság a törvényen alapuló szerződéskötési kötelezettség szabályainak alkalmazásával hozza létre.” (6:72.§)

2.2. Joggazdaságtani elemzés: a tilalmak tárgya

Érdemes megvizsgálni, hogy melyek azok a tipikus esetek, amelyeket kógens szabályokkal vagy generálklauzulákkal tiltani próbálnak a különböző jogrendszerek. Kiindulópontként fogadjuk el Menyhárd értékelését, amely szerint a nemzetközi gyakorlatban hét nagyobb esetkör rajzolódik ki! A szerződésekkel szembeni jogi fellépés általános oka lehet (Menyhárd [2004] p. 101): (i) a szabadság korlátozásával szembeni fellépés; (ii) a hatalmi helyzet kihasználásának megakadályozása; (iii) az értékegyensúly túlzott sérelmének korrigálása; (iv) az elismert társadalmi rend biztosítása; (v) harmadik személyek védelme; (vi) az elvetendő célokra irányuló szerződések tiltása; és (vii) védelem bizonyos javak kereskedelem tárgyává válásával szemben.

A szerződési tilalmak kapcsán a joggazdaságtan két kérdést tesz fel: miért és hogyan. Az első a cél kérdése, a második az eszközé. A tilalmak közgazdasági *céljainak* vizsgálatát érdemes azzal kezdeni, hogy megkülönböztetünk két fő célt. Kógens szabályok tilthatnak bizonyos tevékenységeket (szerződési passzusokat) egyrészt valamelyik *szerződési partner* védelmében, másrészt egy *kívülálló* (harmadik fél) érdekében (Ayres [1988]). Az első célt megfogalmazhatjuk úgy is, hogy tilalom alá esnek azok a megállapodások, amelyekről feltételezhetjük, hogy „normális körülmények között” nem jöttek volna létre. A második cél az, amelyet a közgazdaságtanban extern hatásként ismerünk. Kezdjük az elemzést – egyszerűsége miatt – ezzel!

Externália. Az externália az a közgazdasági probléma, amely akkor lép fel, ha két fél szerződése egy harmadik félre is negatív vagy pozitív hatással van. Például, ha a szórakozóhely és az ott fellépő zenekar szerződése (pontosabban az emiatt hajnalba nyúló koncert) miatt a környéken lakók nem tudnak aludni. Vagy, ha a sportverseny résztvevője és egy fogadóiroda közötti szerződés miatt a nézők nem látnak tiszta versenyt.

Mindemellett nem minden harmadik félre gyakorolt hatás externália, nem minden ilyen hatás követel szabályozást: csak az ún. nem piaci, nem tisztán pénzügyi hatásokat tekintjük problémának. Például, ha egy szerződés következtében megnő vagy lecsökken egy-egy erőforrás ára, az nem ilyen. Lássunk erre két példát! Nem externália, ha egy új szórakozóhely indul, és ezért annak üzemeltetője a helyiség tulajdonosával bérleti szerződést köt, hiába hat ez a szomszédban levő hasonló szórakozóhelyekre, hiába csökken emiatt a forgalmuk (a velük szembeni kereslet), hiába kénytelenek áraikat leszorítani. Ez a verseny hatása.³⁷⁷

Elvileg magát a szerződésből származó kötelmet is tekinthetnénk externáliának, hiszen mások rosszabbul járnak, ha az adott dolgot nekünk ígérik, és ezért ők már nem vehetik meg, stb. Láttuk a hetedik fejezetben, a nagy átalakulás elemzésekor: ha két fél szerződést köt egymással, akkor ezzel az adott szolgáltatás és az adott eladó, illetve vevő kikerül a piacról, elérhetetlenek lesznek a továbbra is szerződési partnert kereső többi szereplő számára. De ha ezt externáliának tekintenénk, akkor súlyosan tévednénk: mindaddig, amíg közel tökéletes helyettesítők elérhetők (vagy a szolgáltató nem ütközik kapacitáskorlátba és másokat is ki tud szolgálni), addig ez csak annyiban hat a többiekre, hogy kedvezőtlenebb áron, esetleg mással kell szerződniük. Más a helyzet, ha nincs (közel) tökéletes helyettesítő, és a többieknek már rosszabb minőséggel kell beérnie: ez lehet extenália! Ezt a jog (a versenyjog mindenképpen, de sok helyen a polgári jog is) kezeli: ha egy nem – pontosabban csak

³⁷⁷ Bár tegyük hozzá, történhet ez fordítva is: ha éppen az adott – például jó nevű – szórakozóhely vonzza a környékre tömegesen a vendégeket, akik kipróbálják a többi helyet is.

nagyon nehezen, drágán – helyettesíthető erőforrás elengedhetetlen egy adott piacon, akkor annak tulajdonosát szerződéskötésre kötelezheti a jog. Ez az ún. nélkülözhetetlen eszközök (*essential facilities*) versenyjogi doktrínája, amely az új Ptk-ban szereplő erőfölény-probléma mögött meghúzódik. „Gazdasági erőfölényt” az esetek többségében a nélkülözhetetlen erőforrás birtoklása alapoz meg.

Az egyik speciális externáliával fentebb szintén találkozhattunk. A „jogos, hatékony megtevesztés” kapcsán láttuk, hogy időnként meg kell akadályozni, hogy egyes piaci szereplők olyan információkat hozzanak magukról nyilvánosságra, amelyek alapján diszkriminálni lehet másokat (Aghion – Hermalin [1990] és Baird – Gertner – Picker [1994]). Ott procedurális szabályokat soroltunk fel példaként, amelyek ezt a problémát megoldanák: ne legyen elvárás az igazmondás, a jogrendszer ne szankcionálja a hazugságot, például, amikor a munkaadó a munkavállalók között vallásuk vagy politikai nézeteik alapján szeretne különbséget tenni. De a probléma nem csak procedurális, hanem – időnként – szubsztantív kógens szabályokkal is kezelhető. Sőt, a procedurális szabályok néha túl gyengék. Amikor valaki szól arról, hogy ő a pozitívan megkülönböztetett csoportba tartozik, akkor ezzel jelzi a saját minőségét – ilyenkor elég a procedurális szabály. Ilyen az, amikor a fiatal nő, aki attól tart, hogy azért nem akarják majd felvenni, mert félnék tőle, hogy nemsokára szülni fog, és kiesik a munkából, hazudhatja azt, hogy nem akar gyereket – ezért a hazugságért utólag nem lehet szankcionálni. De a munkaadó kezében más eszköz is van a szűrésre, és ez ellen már nem elég a procedurális (a hazugság szankcionálását tiltó) szabály. Tegyük fel, hogy a munkaadó úgy próbálja megtudni, hogy melyik nő kíván a következő öt évben szülni, hogy olyan fizetési sémát ajánl, amelyben az alkalmazottai akkor járnak jobban, ha az öt évet szülési szabadság nélkül végigdolgozzák! Például az ötödik folyamatosan ledolgozott év végére jelentős jutalmat, előléptetést stb. ígér, az első öt évben azonban alacsonyabb fizetést ad. Nyilvánvaló, hogy ezt az ajánlatot inkább azok fogadják el, akik nem tervezik, hogy öt éven belül elhagyják a munkahelyüket vagy megszakítják a munkájukat. A szűrés tehát működik, a munkaadó diszkriminálni tud, a gyereket tervező nőket ezzel a fizetési sémával elriaszthatja. Ennek megakadályozásához már nem elég a procedurális kógens szabály – szubsztantív kógens szabállyal, az ilyen fizetési séma tilalmával tudjuk ezt megakadályozni (Tegyük persze azonnal hozzá: egy ilyen fizetési séma tiltása nem csak ezt a szűrést teszi lehetetlenné, hiszen ez a séma nem csak arra szolgálhat, hogy kiszűrje a gyerekvállalást nem tervező nőket! Ennek révén lehet a lojalitást is hihetően felmérni, vagyis kideríteni, hogy a munkavállaló csak ideiglenesnek tekinti-e az adott állást, amíg jobbat nem talál vagy hosszabb távra tervez. Ha tetszik: a diszkrimináció kizárásáért a lojalitás tesztjének nehezítésével – esetleg lehetetlenné tételével – fizetünk.)

Szerződési partner védelme. Ha valamelyik szerződő fél védelmére hivatkozva akarjuk felülrni a felek megállapodását, akkor mindenekelőtt arra kell válaszolnunk: miért jönnének létre olyan megállapodások, szerződések, amelyek valamelyik fél érdekeit sértik. A két legismertebb érvelés: (1) valamelyik szerződő fél az alapinformációk hiányában fogadta el a megállapodást vagy (2) nem volt alkuképes. Az első problémát a fentiekben mint az *információs aszimmetria* esetét vizsgáltuk. A klasszikus megoldás a tévedésen alapuló megtámadhatóság, illetve a megtévesztést tiltó procedurális szabály. De léteznek erre hivatkozó szubsztantív kógens szabályok is – tipikusan ilyen a biztonsági és minőségi szabályozás. Láttunk erre példát, és láttuk ennek hasznait és problémáit a hatodik fejezetben a kötelező garancia kapcsán.

Az *alkuképesség* lényegesen bonyolultabb kérdéseket vet fel. Abban mindenki – a joggazdaságtan is – egyetért, hogy a két fél egybehangzó akaratát tükröző szerződés csak akkor jelent biztosan egyben hasznos (*Pareto-hatékony*) megállapodást is, ha a felek „megfelelő” helyzetben vannak, bizonyos tulajdonságokkal rendelkeznek. A hosszas filozófiai viták elkerülése érdekében itt csak három fontosabb feltételt emelünk ki: a feleknek szabadnak, egyenlőnek és racionálisnak kell lenniük. (Racionalitáson csak annyit értünk, hogy a mérlegelő-képesség megfelelő szintjével rendelkeznek.) Nyilvánvalóan az ilyen nem megfelelő helyzetben kötött, a szerződő fél számára ezért káros szerződések megakadályozásának célja húzódik meg olyan procedurális szabályok mögött, mint például a jogellenes fenyegetés vagy az uzsora tilalma. Léteznek azonban szubsztantív előírások is: a jog időnként megtilt olyan szerződési elemeket, amelyeket – a jogalkotó vagy a bíró meggyőződése szerint – „normális helyzetben” nagy valószínűséggel nem fogadott volna el a „gyengébb fél”. Ilyen érvelést láttunk az előző fejezetben a feltűnően aránytalan szerződések esetén, de bővebben visszatérünk erre a következő fejezetben a korlátozott racionalitás elemzésekor.³⁷⁸

Jogi tilalmak. Láttuk az előző pontban (a Menyhárd nyomán készített hetes felosztásban), hogy a polgári jogban mikor jelennek meg a kógens szabályok, tilalmak. Ezek jól megfeleltethetők a hatékonysági elemzés e két nagy érvének. Az első három, vagyis a szabadság korlátozása, a hatalmi helyzet kihasználása és az értékegyensúly túlzott megsértése, az egyik szerződő felet védő szabály: „normális körülmények között” senki nem fogadna el egy ilyen szerződést vagy legalábbis nagyon kevesen tennék azt. A második négy cél, vagyis a társadalmi rend biztosítása, a többiek védelme, az elvetendő célok elleni fellépés és bizonyos javak kereskedelmi forgalmának megakadályozása pedig az externália jogi megfogalmazására tett kísérletnek tekinthető. A legtöbb esetben a jog-

³⁷⁸ Nem elemezzük a kógencia mellett felhozható összes érvet. A kógens szabályok mellett felhozható érvekhez lásd Trebilcock [1993], Cserne [2006].

gazdaságtani és a jogi érvrendszer közötti kapcsolat nyilvánvaló, de az utolsó két célra érdemes röviden kitérni.

Az *elvetendő célok elutasítása* kapcsán elsősorban a morálisan el nem fogadható – de az elismert társadalmi rendet ki nem kezdő, harmadik személy jogos érdekét nem sértő – célokra kell gondolni. A morál rombolása externália: az erkölcstelen lépés költsége másnál jelentkezik, például megbotránkozás formájában. (Természetesen itt a joggazdaságtan nem azt állítja, hogy minden mást megbotránkoztató szerződést tiltani kell: csak azt, hogy *amikor* a jog erre hivatkozva lép fel, akkor igazából az externália egy igen súlyos formáját próbálja megakadályozni.)

Bizonyos *jószágok kereskedelmének tiltása, korlátozása* az externália egy másik speciális esete. A legtöbb jószág esetén annak értéke nem függ attól, hogy milyen úton, milyen típusú tranzakciókon keresztül történik az elosztása a társadalom egyes tagjai között. Van azonban ellenpélda is: amennyiben bizonyos dolgokat kereskedelmi forgalomban be lehet szerezni, akkor azok értéke visszaesik. Ha egy tudományos díjat a tudományos teljesítménnyel, ha egy olimpiai aranyérmét tisztességes versenyben lehet csak kiérdemelni, akkor tudjuk, hogy aki azzal rendelkezik, az azt valami a többség által nagyszerűnek tartott teljesítményért kapta. Amennyiben ezeket venni (vagy Rejtő Jenő példája szerint makaón nyerni) lehet, akkor az értékük visszaesik: azok birtoklása nem jelzi a továbbiakban azt, amit korábban. A kereskedelmi forgalomba kerülés tehát leértékeli az adott szolgáltatást, erősen sérti azon harmadik személyek érdekét, akik erre korábban nem kereskedelmi úton tettek szert. (Látjuk a hasonlóságot azzal az érveléssel, hogy milyen veszélyei lehetnek annak, ha az ajándékozási ígéretet a bíróság kikényszeríti?)

A kereskedelem korlátozásának „tankönyvi” példája a prostitúcióra szóló szerződések, illetve a prostitúcióhoz, nemi erkölcs sérelméhez kapcsolódó „másodlagos ügyletek” (a bordélyház fenntartása, a pornográf termékek előállítás, forgalmazása). Az érvelés itt is a harmadik szereplők védelmére épül (pl. Menyhárd [2004] pp. 125-126): a szexuális szolgáltatások pénzért történő árusítása a többi, a saját szexualitásukat nem áruként kezelő személyt hozza rosszabb helyzetbe. Közgazdaságtani fogalmakkal: a többiek szemében annak az értéke is csökken, ha ők hajlandók szexuális kapcsolatba lépni másokkal, hiszen a szexualitás „természetessé”, sőt adott esetben pénzért könnyen elérhetővé válik.

Állítsuk a prostitúcióra kötött szerződések tilalma mellé és a szervkereskedelmet – ugyanis a két esetben nagyon hasonló további probléma (újabb externália) jelentkezik. Ha szervkereskedelem esetén tudhatnánk azt, hogy csak az önkéntesen felajánlott (eladott) szervek kerülnek a piacra, ha tudhatnánk azt, hogy a prostituáltak mindegyike önkéntesen (és például nem fenyegetés,

erőszak hatására) kínálja szolgáltatásait, akkor az ilyen szervkereskedelem, prostitúció legalizálása ellen az kevés további érvet találunk.³⁷⁹ A tilalom mellett szólhat azonban az a félelem, hogy ezen szolgáltatások piacán sok áru (emberi szerv, szexuális szolgáltatás) nem önkéntesen jelenne meg. A piac legalizálása növelné az erőszak, a kényszer hasznát: kisebb lenne a lebukás esélye, mint most, amikor minden ilyen szolgáltatás illegális.

2.3. Joggazdasági elemzés: a kógens szabályozás paradoxona és a generálklauzulák hatásai

Az előző pontban a célokról beszéltünk – ezek csak azt mutatják meg, hogy milyen célú szerződések esetén érdemes megfontolni a tiltást. De ez még nem jelenti azt, hogy a kógens szabály a megfelelő megoldás. Paradox módon, ha valóban fontosnak tartjuk, hogy egy célt meghiúsítson a jog, akkor sokszor nem tételes kógens szabállyal kell azt tiltani, hanem a „puhább” eszközök – például az előző alfejezetben látott ragadós diszpozitív szabályok – hatásosabbak, nagyobb valószínűséggel akadályozzák meg a tiltani szándékozott interakciót. A tételes szabályokat ugyanis (i) könnyebb megkerülni, (ii) könnyebb elriasztani a másik felet azok bírósági megtámadásától, vagyis a magánkényszerítéstől és (iii) ezek a védekezési módok nagyobb hasznot is hoznak a tiltani vágyott tevékenységben érdekelt fél számára. Ez a *kógens szabályozás paradoxona*. Ezt elemezzük a pont első felében.

A második rész a generálklauzulák vizsgálatáé. A generálklauzulák nagyobb diszkrecionális döntési jogot adnak a bíróságok kezébe – ezért tekintik őket a bírói jogalkotás megjelenésének a kontinentális jogban: a konkrét tilalmakat a bíróság és nem a jogszabályalkotás fő szereplői a politikusok és a minisztériumi (vagy szabályozó hatóságoknál dolgozó) bürokraták mondják ki. (Hatzis – Zervogiani [2006]) Először azonban lássuk a kógens szabályozás paradoxonához vezető három fenti elemét!

A kógens szabályok megkerülése. A legtöbb kógens szabályt különböző legális szerződések hálózatával meg lehet kerülni. Álljon itt erre a kamatmaximum példája (Menyhárd [2004] pp. 41-42)! A középkorban a kamatmaximum ki-játszásának a kontinensen elterjedt, roppant egyszerű formája volt az, hogy

³⁷⁹ Az elmúlt években tapasztalható változásokat (például maga a prostitúció ma már általában nem tiltott, hasonlóképp a szexfilmbeli szereplésre vagy sztriptizbábeli fellépésre kötött szerződések sem) hatékonysági elvek alapján azzal magyarázhatjuk, hogy egyre kevésbé látjuk szükségesnek, hogy magát az adott szerződést megkötő felet védjük paternalista módon a saját döntésétől. Ezzel szemben az externália érv vélhetően ma is sok esetben megállja a helyét.

a kamatra adott kölcsönt két, eltérő vételárral kötött adásvételi szerződéssel kerülték meg. Másik, az angol kereskedők által előszeretettel alkalmazott forma a hármass szerződés (*contractus trinus*) volt. Ez azt használta ki, hogy a társasági szerződés és a biztosítási szerződés kivétel volt a kamatmaximum alól. Egyszerűen a társaságba bevitt tőkét biztosították a vállalkozásból eredő kockázat ellen: az első szerződéssel egy társaságot hoztak létre, a második szerződéssel biztosítást kötöttek a társ által rendelkezésre bocsátott tőkére, ahol a biztosítási díjat egy meghatározott százalékos küszöb feletti nyereségben határozták meg, és végül a harmadik szerződéssel biztosítást kötöttek a tőke elvesztéséből vagy a definiálnál alacsonyabb megtérüléséből eredő kockázatra. A végeredmény egy olyan viszony, amelyben egy meghatározott hozam (ez a kamat) feletti nyereséget biztosítási díjként befizetik azért, hogy az ezen hozam alatti nyereséget erre a szintre kiegészítse a „biztosítást kínáló”, vagyis kamatot fizető fél.

Kógens szabályok magánkikényszerítése. Az első fejezetben bevezettük a magánkikényszerítés fogalmát. Eszerint a szerződési jog egy esetben reagálhat bármilyen jogi problémára: ha valamelyik fél bírósághoz fordul. Az, hogy mi legyen a szerződések sorsa – a szerződés kikényszerítésének megtagadása, a semmisség kimondása és az eredeti állapot helyreállítása, esetleg valamelyik fél büntetése – csak ezután vetődhet fel. Mindenekelőtt azt kell tehát megválaszolni: miért fordulna valaki bírósághoz! Nyilvánvalóan a legfontosabb ösztönzője erre, ha a maga számára kedvező ítéletet vár, valószínűsít. Ez azonban két kérdéstől függ: (i) a győzelem jutalmától és a (ii) győzelem esélyétől, amely viszont a másik fél reakcióinak, megelőző lépéseinek is függvénye.

Mi a perlés hozama? Mit nyer valaki, aki megtámad egy kógens szabályba ütköző szerződést? Tegyük fel először, hogy az ítélet biztos: a kógens szabályba ütköző passzust a kógens szabálynak megfelelővel helyettesítik – a szerződés más elemei azonban változatlanul maradnak. Ekkor lehet olyan szereplő, akinek érdeke a bírósághoz fordulás: ha minden más változatlan, akkor számára kedvezőbb a kógens szabályt tartalmazó szerződés. Azonban a potenciális alperesnek, akinek a tilalomba ütköző passzus fennmaradása érdeke, több eszköz is van a kezében, hogy a felperest elriassza a perléstől. A legegyszerűbb ezek közül az, amelyet a fenyegetésnél is láttunk: a nem jogi szankció. A potenciális alperes szankciókat kapcsol a bírósághoz forduláshoz, a szerződés megtámadásához is (az illegális akciókkal fenyeget, vagy egyszerűen jelzi, hogy újabb szerződést nem köt vele). Csökkenti ezzel a perlés hozamát, amely miatt a „gyengébb fél” lehet, hogy meggondolja magát.

Szemben a most látott példával, a valóságban csak a perlés egyéni költsége biztos, viszont az ítélet bizonytalan, a pert nem biztos, hogy megnyeri a felperes. A biztos költséggel szemben csak várható (a pernyerés esélyével súlyozott)

haszon áll. Éppen ezért nem is kell, hogy a potenciális alperes nyíltan fenyegetse a perindításban érdekelt partnerét. Elég az is, ha hihetően elkötelezi magát amellett, hogy per esetén keményen fog védekezni – ezzel magas bírósági költséget okozva a felperesnek, annak győzelmi esélyeit is rontva. (Látjuk, hogy mi a kapcsolat ezen érvelés és az előző fejezetben a fenyegetésnél látott hihetőségi teszt között?) Ezzel az eszközzel szintén elriaszthat a perindítástól.

Volt azonban egy másik feltevésünk is: sikeres megtámadás esetén csak a megtámadott szerződési passzus változik, a többi változatlan marad. Mi történik ezzel szemben, ha a törvényellenes passzus miatt a szerződés más pontjai is megváltoznak – vagy szélsőséges esetben, az egész szerződés érvénytelenné válik? Tegyük fel, hogy a potenciális felperes által várt szolgáltatás szorosan kapcsolódik a törvényellenes passzushoz: ha az érvénytelen, akkor a szolgáltatást sem kapja meg! Először is ismerjük fel: a felperes számára *ex ante* jobb, ha a szerződés – kógens szabályba ütköző elemével együtt – megvalósul! Épp azért kötött szerződést, mert a várt ellentételezés nagyobb értéket képvisel számára, mint a saját – egyébként tilalomba ütköző – szolgáltatása. Ha a szerződés nem jött volna létre vagy most megsemmisítenék, és az eredeti állapotot állítanák helyre, azzal ő rosszabbul járna, mint a tiltott szerződés teljesülésével. Épp ezért, nem is fogja bíróság előtt megtámadni az adott szerződést.³⁸⁰

A magánkikényszerítés problémái jól magyarázhatják két magyar polgári jog intézmény létét: (i) a jogszabályba ütköző és (ii) a színlelt szerződések kezelését. Az előzőek alapján könnyen találhatunk magyarázatot arra, hogy a magyar jogban a *jogszabályba ütközés* esetén a magyar bíróságok – a törvényi rendelkezéssel látszólag szembemelve – nagyon nehezen mondják ki a semmisséget. Láttuk, a perlési ösztönző akkor erős, ha csak a kógens szabályba ütköző passzus kerül ki a szerződésből, és egyébként a szerződés változatlanul marad. Vagyis a semmisség a részleges. Ez a magyar joggyakorlatban talán a leggyakoribb megoldás ebben az esetben.

Kicsit bonyolultabb, de nem túl nehéz választ találni a színlelt szerződések eltérő szabályozására sem, vagyis arra, hogy ezek viszont semmisek. Amennyiben ezek, mint az a legtöbb esetben történik, egy másik szerződést lepleznek, akkor a jog úgy veszi, mintha az a leplezni kívánt szerződés jött volna létre. Szemben az eddig látottakkal, színlelt szerződések esetén egyik félnek sem áll érdekében, ha a kógens szabály kerülne az azzal ellentétes helyébe: ezen álta-

³⁸⁰ A helyzet egy kicsit persze bonyolultabb ennél, ugyanis a szerződéskötés és a perlés között idő telik el, és ezalatt megváltozhat a szolgáltatás és az ellenszolgáltatás értéke a potenciális felperes szemében. Elképzelhető, hogy a perindítás pillanatában már jobb az ő számára, ha a teljes szerződést érvénytelenítik, és az eredeti állapotot helyreállítják, annak ellenére, hogy a szerződéskötés pillanatában még – a kógens szabályba ütköző passzussal együtt – is jobb volt a szerződés megkötése, mint szerződés nélkül maradni. De a másik fél nyomásgyakorlása ekkor is elég erős lehet ahhoz, hogy elriasszon a perindítástól.

lában a harmadik fél nyerne. Vagyis itt a semmisség kevésbé hat a felek perlési ösztönzésére – egyébként sem perelne egyik fél sem. A színlelet szerződések általában a harmadik fél fellépése miatt kerülnek bíróság elé. Sokszor a közvetlenül károsodó harmadik fél vagy maga az állam (például egy adócsalás miatt kötött színlelet szerződés esetén), vagy legalábbis számíthat az állam segítségére. Ezt neveztük az első fejezetben állami kikényszerítésnek: valamilyen hatóság, felügyelet vagy a rendőrség üldözi a különböző illegális tevékenységeket. Ez a magánkikényszerítés problémáira adott legegyszerűbb válasz. (A legegyszerűbb, de mint mindjárt látjuk nem mindig hatékony válasz: ha az ilyen külső szervek fellépése miatt egy színlelt szerződés semmissége fenyeget, akkor azt mind a két fél meg fogja próbálni megvédeni.)

A szerződések megvédése. Eddig azt láttuk, hogy a kógenciába ütköző passzuson nyerő fél legalább két eszközzel (a szabály megkerülésével és a magánkikényszerítéstől való elrettentéssel) is megvédheti a neki kedvező, de egyébként tiltani akart szerződési kitételeket. De megéri-e segítségül hívni ezeket az eszközöket, felvállalni ezek költségét? A hasznuk: csökkenteni tudják a várható kárt, vagyis a szerződés bukási esélyének és a szerződés értékének szorzatát.

És ezzel előttünk is áll a paradoxon: tételes kógens szabálynál, ha a szerződést megtámadják, akkor az érvénytelenítés szinte biztos. Az ilyen védelem hozama tehát nagy: per esetén a szerződés biztosan bukik – ezt lehet megakadályozni ezekkel a védelmi eszközökkel. Ezzel szemben, az olyan kevésbé világos szabályoknál, amikor az érvénytelenítés esélye kisebb, kevésbé éri meg e költségeket felvállalni; nagyobb lesz az esélye, hogy a szerződést ilyen védelem nélkül kötik meg. Ha az a cél, hogy a szerződéseket „megakadályozzuk”, akkor a „nem tiszta” szabályok időnként több sikerrel kecsegtetnek. Ilyen „nem tiszta” szabályok a – bírósági szerződésértelmezés miatt amúgy is ragadós – diszpozitív előírások. Ilyen a generálklauzula, a bírói jogalkotás.

Intézményi alternatív: generálklauzulák, bírói jogalkalmazás. Generálklauzulák esetén kiszámíthatatlanabb a döntés. A szabályok megkerülése, a védekezés is kevésbé kifizetődővé válik – vagyis a tiltott tevékenységek (nagy valószínűséggel) többször akadnak fenn a rostán.

A generálklauzulák több hatásukban is eltérnek azonban a tételes szabályozástól. Egyrészt sérülhet miattuk a jogbiztonság, nehezebbé válhat a jogkövetés. Nő a bírósági működés költsége – igaz egyben rugalmasabbá is válik a szabályozás. Ráadásul azzal, hogy átkerül a döntési jogkör egy része a bírósághoz változhat is szabályozás – eltérhet a bírósági döntés attól, amelyet ugyanannyi információ alapján a törvényhozó jónak tartana.

Kezdjük a *jogbiztonság* kérdésével! Épp amiatt, mert a generálklauzulák miatt kiszámíthatatlanabb a konkrét döntés, a jogbiztonság is csökken. Ennek joggazdaságtani fontosságáról többször szoltunk már: a kockázat nemcsak a tiltani

szánt passzusok megvédését teszi nehezebbé (kevésbé kifizetődővé), hanem a támogatandó szerződések megkötésétől is elriaszthat. Azok is fennakadhatnak – tévesen – a generálklauzulákon. (Calfee – Craswell [1984], Craswell – Calfee [1986], Kaplow [2000]) A jogbiztonsággal összefügg az explicit tételes szabályozás azon kétségtelen előnye, hogy önmagában a szabály léte is befolyásolja az egyéni döntéseket. Az emberek ugyanis nem csak azért követnek egy-egy szabályt, mert a megsértése esetén valamilyen szankciót várnak, hanem azért is, mert fontosnak érzik, hogy törvénytisztelők legyenek. Ezt

A konkrét tételes szabályozás nyilvánvalóan csökkenti a *bírósági eljárás költségét*. Ezek megsértését egyszerűbb bizonyítani: a bíróság számára könnyebb az adott szerződési passzust a törvénnyel összehasonlítani, mint a generálklauzuláknak megfelelést vizsgálni. Azonban utóbbiak kétségtelen előnye, hogy az alkalmazása során a bíróság az eset több körülményét veheti figyelembe. A politikusok, a bürokraták általában egyes esettípusokat egyszerre, „egy kaptafára” kénytelenek kezelni. A bíróság rugalmassága, a szabályok nyitottsága és ezzel a döntések kiszámíthatatlansága csökkenti a törvényalkotás költségét, illetve a túl merev, idejétmúlt jogszabályok alkalmazásából fakadó károkat (Deffains – Dari-Mattiacci [2007]).

Bár a joggazdaságtanban általában elfogadott érvelés szerint nagyobb bírósági diszkrecionalitás esetén ugyan pontosabb döntések szülehetnek, de nagyobb az esély arra is, hogy a konkrét döntéseket befolyásolni fogja a jövedelemelosztás, a társadalmi státusz. A jobb pozícióban levő társadalmi csoportok a bíróságokon általában könnyebben érik el a nekik kedvező döntéseket, mint ha a politikánál, a bürokraciánál kellene kijárniuk azt. Nem feltétlenül megvesztegetésre kell itt gondolni: már az is ezt eredményezi, hogy több erőforrást tudnak felhasználni a bíróság meggyőzésére a perben.³⁸¹ Ezzel szemben a politikusok és bürokraták döntései gyakrabban szolgálnak nyilvánvalóan politikai

³⁸¹ Az Egyesült Államokban a *common law*n alapuló, a bíróságoknak nagy szerepet szánó jogrendszer elleni egyik első nagy támadást az ún. progresszív időszakra az 1880-es évek második fele és az első világháború közötti időszakra teszik. Ekkor születnek például olyan nagy jelentőségű törvények, mint a *Sherman Act* a monopóliumok szabályozásáról, a munkajogi, a szakszervezetek jogait kibővítő szabályozások, ekkor állnak fel például a vasutak működését, az élelmiszer- és gyógyszerbiztonságot felügyelő hatóságok. Ezt az időszakot a bíróságokkal kapcsolatos szkepszis jellemzi. A törvényi szabályozás, illetve a vizsgálati jogkörrel, szankcionálási lehetőséggel (büntetések megállapításának lehetőségével), esetleg szabályalkotási jogkörrel is felruházott szabályozó hatóságok terjedését elsősorban az magyarázta, hogy a progresszív politikusok, nem bíztak abban, hogy a bíróságok ellen tudnak állni a nagy üzleti körök, a *big business* nyomásának. A progresszív mozgalom azért csökkentette a szabályozók megalkotása révén a bíróságok mozgásterét, azért hozott létre tőlük független állami hatóságokat, mert azt gondolta, hogy így tudja korlátozni a nagy gazdasági hatalommal rendelkező csoportok befolyását. (Glaesar – Shleifer [2003], Djankov et al. [2003, 2007])

érdekeket, ezek erősebben függenek attól, hogy miképpen befolyásolják az adott döntéshozó vagy párthatalmon maradási vagy hatalomra jutási esélyét. (LaPorta et al [1998], Djankov et al [2003], Shleifer et al. [2008]) A politikusi, bürokratikus döntések esetén könnyebben kialakul az ún. *szabályozói csapda* is: mivel ilyenkor a szabályokat az adott szakterületen régóta dolgozó, az adott terület szereplőivel régóta kapcsolatban álló szereplők alkotják, így fenyeget az, hogy az ő és az adott szabályozott szereplők érdekei „összenőnek” – olykor tudatlanul is a szabályozottak, a partnereik érdekeit helyezik előtérbe (Stigler [1971/1989]).

A *bírói jogalkotás területe*. A joggazdaságtan kiindulópontja tehát az, hogy a tételes szubsztantív kógens szabályoknak és a generálklauzuláknak is megvan a „maguk helye”. Ennek fényében a kógens szabályozás paradoxona csak annyit állít: abból, hogy egy lépést tiltani akarunk, nem következik az explicit jogszabályi tiltás; nem biztos, hogy ez a leghatásosabb eszköz. Meg kell fontolni a diszpozitív szabályok, illetve generálklauzulák alkalmazását is – szem előtt tartva persze azt, hogy ezek mellett kisebb a jogbiztonság és a jogszerű szerződések is költségesebbé válnak.

A jóerkölcsbe ütközés (vagy a jóhiszeműség és tisztességesség) fogalma oly mértékben nyitott, hogy lényegesen nagyobb teret enged a bírói diszkrecionalitásnak, mint a többi generálkategória (például „az adott helyzetben általában elvárható magatartás”, vagy a „feltűnő értékaránytalanság” fogalma). Maga a paragrafus miniszteri indoklása is azért zárkózik el a részletes felsorolás, definiálás elől, mert „e fogalom, szókapcsolat tényleges tartalmát a bírósági gyakorlatnak kell majd kimunkálnia”. Ezzel is magyarázható, hogy amint a 10.3. szövegdobozban is láthattuk, a történelem során a legtöbb jogrendszer tartózkodott attól, hogy az olyan generálklauzulákat, mint a jóerkölcsbe ütközés nagyon kiterjesztően értelmezze. Tipikusan arra használták ezeket, hogy egyes jól meghatározott, de a tételes jog által nem tiltott szerződéseket próbáljanak velük ellehetetleníteni. Új esetekre – a szerződő felek számára váratlanul – nagyon ritkán terjesztették ki a doktrínát.

2.4. Magyar példák

A magyar jogban megjelenő tilalmak tárgyalását az általános elvekkel a jóerkölcsbe ütközéssel kezdjük, majd innen térünk át a tételes kógens szabályokra, hogy a végén a szerencsejáték kapcsán a természetes obligációkkal zárjuk az alfejezetet. Mindegyik esetében megpróbáljuk megérteni a tilalom célját és formáját is.

Családi értékek, nemi erkölcsök védelme. A családi kapcsolatok létesítésével és megszűnésével kapcsolatos szerződések közül a legtöbb országban jóerkölcsbe

ütközik a házasság megkötésére, fennmaradására vagy éppen megszüntetésére kötelező szerződés. Ide érhető az is, ha nem kifejezetten arra irányul a szerződés, hogy tiltson vagy kötelezővé tegyen ilyen lépéseket, hanem csak nagyon erős ösztönzőket tartalmaz. Ilyen például, ha valaki válás esetére olyan kötelezettséget vállal, amely több mint amennyi a jogosult fél megfelelő mértékű életszínvonalának biztosításához szükséges, és amely már veszélyezteti a kötelezettséget vállaló házaspár megélhetését. Ide tartozhatnak a gyermekvállalás szabadságát sértő szerződések is (Németországban például az is, ha valaki fogamzásgátló szedésére vállal szerződéses kötelezettséget). Jóerkölcsbe ütközők a családi kötelezettségeket sértő megállapodások (az angol gyakorlat szerint például nem ruházható át a szülői felügyeleti jog, és szerződés nem mentesítheti a szülőt a gyermekével szembeni felelősség alól). Azonban erősen vitatott, például a német bírói gyakorlatban, hogy a tartási igényről való lemondás jóerkölcsbe ütközik-e (Menyhárd [2004] p. 115).

A családi élet védelme mind az externália, mind a szerződési partner védelme alapján magyarázható. A felnőtt családtagok között létrejött szerződés nyilvánvalóan érint harmadik felet: a gyermeküket, gyermekeiket. Ha elfogadjuk, hogy a gyerekek jellemfejlődését lényegileg határozza meg a családjuk, akkor az ilyen szerződések kihatnak mindazokra is, akik az adott családi viszonyok között felnövő gyerekekkel később kapcsolatba kerülnek, tranzakciókba kezdenek. Problémát jelenthet az is, hogy az ilyen fajta ígéreteket, szerződéseket a felek nem biztos, hogy „megfelelően racionális” állapotban kötik – az adott kérdésben, az adott pillanatban lehet, hogy nem képesek racionális mérlegelésre. (Gondoljunk például arra, hogy a gyermekvállalás jogának hosszú időre, esetleg egész életre szóló feladása milyen bonyolult egészségügyi, pszichikai következmények megértését követelné – mindezt ráadásul egy érzelmileg erősen befolyásolt állapotban, amikor az aktuálisan mindenki másnál fontosabbnak gondolt partner köti ehhez a feltételhez esetleg a kapcsolat folytatását, elmélyítését.)

Érdekes kivétel és nagy viták tárgya a válás nehezítése. Itt ugyanis a két érv időnként ütközhet. A válás a joggazdaságtan szemében nem más, mint a szerződés megszüntetése. Azt fent láthattuk, hogy a szerződés megszegése, megszüntetése esetére vállalt garanciáknak fontos jelzőszerepük van: segítik a partnerválasztást. Egyik oldalról nyilvánvaló, hogy az ilyen válási megállapodásokat nem teljesen megfontoltan kötik meg a felek. Másik oldalról viszont lehet, hogy éppen ez a szerződés teszi megfontoltabbá a kapcsolat megkezdéséről, a házasságról hozott döntést. A „megfontoltság” ugyanis nem valamiféle adottság. Befolyásolja azt a tét nagysága is: ha egy döntés következményei súlyosabbak, akkor nő a megfontolt döntések aránya. (Glaeser [2010]) Márpedig a válás nehezítése növeli a tétet. A témával részletesebben a következő fejezetben találkozhatunk.

Tipikus externália probléma a házasságon kívüli kapcsolatokkal összefüggő szerződések kérdése. A nemzetközi gyakorlatból érdemes itt kiemelni a szeretővel kötött szerződéseket (Menyhárd [2004] pp. 116-117). Szemben a prostitúcióval, ez a kapcsolat vélhetően lényegesen erősebben és közvetlenebb formában hat a harmadik félre, a házastársra, mint a prostituáltak eseti szolgáltatásai. Napjainkban a jog azonban – úgy tűnik – megpróbálja a két fél költségeit és hasznait összemérni: ha valaki *kizárólag* a nemi viszony miatt kap juttatást partnerétől, akkor az jóerkölcsbe ütközik, és semmis. Azonban, ha a kapcsolat tartós és bensőséges, valamiféle érzelmi közösségre is kiterjed, akkor a házastárs érdekeinek nyilvánvaló sérelmével szemben a másik kapcsolatban, szerződésben komoly hasznok is jelentkeznek – ezért a bírói gyakorlat ritkábban érvényteleníti ezeket a szerződéseket.

Érdemes kitérni arra is, hogy e célt, a családi kapcsolatok és a nemi erkölcs védelmét a jogrend miért a jóerkölcsbe ütközéssel, és miért nem tételes szabályozással próbálja elérni. Úgy érveltünk az előbb, hogy a generálklauzulák alapján történő fellépés akkor szerencsés,

- ha pontosan meghatározott, könnyen azonosítható a cél, és ezért kevés az olyan „jogszerű szerződés”, amely a jogbizonytalanság miatt elmarad;
- ha az adott célt sok eszközzel el lehetne érni és ezért adott konkrét szabályt könnyű lenne megkerülni;
- ha fontos a rugalmasság.

A családi viszonyokat érintő szerződéseknél vélhetően ezek a feltételek fennállnak. A joggazdaságtan kiindulópontja, hogy családi viszonyok esetében a két fél kapcsolata olyan bonyolult, hogy a bíróság nehezen igazodik el benne. A fontos tények jó része bizonyíthatatlan. Ezért kezeli például Williamson [2007/1997] az első fejezetben bemutatott modelljében a relációs szerződések típuspéldájaként a házasságot. Ha pedig a bíróság is csak nehezen képes az eset körülményeit megismerni, akkor vélhetően még nagyobb veszélyt jelentene az egységes szabályozással, tilalmakkal együtt járó túlzott rugalmatlanság. Persze a rejtve maradó elemek miatt meglehetősen nagy a bírósági tévedés veszélye is.

Harmadik fél explicit védelme. A magyar jogban is megjelenik az explicit externália probléma: nyilvánvalóan jóerkölcsbe ütköznek azok a szerződések, amelyek *célja* harmadik személyek megtévesztése vagy megkárosítása. Fontos azonban, hogy itt kifejezett célról, ha tetszik, szándékosságról beszélünk: önmagában attól, hogy a szerződés harmadik személyek érdekeit sérti, még nem lesz az jóerkölcsbe ütköző. Érdemes ezért inkább a szándékosság kérdésére figyelni: *cél* a harmadik személy sérelme!

A szándékosság fontosságát fent már többször láttuk (például a megtévesztésnél, a fenyegetésnél). Láttuk, hogy azért kell az ilyen eseteket elkülöníteni, mert ilyenkor megváltozik a költségek és a hasznok közötti kapcsolat: nem a

két szerződő fél megtakarítása miatt nő a harmadik fél várható kára, mint más („normális”) esetben, amikor például egy káros hatás megelőzését mulasztják el a szerződő felek, hanem a két fél kifejezetten költségeket vállal azért, hogy növeljék ezt a kárt. Szándékosság esetén járadékvadászattal van tehát dolgunk: kifejezetten azért használnak fel erőforrásokat, hogy a mások jólétét csökkentsek (megszerezzék azt a magunk számára). A fenyegetéshez, megtévesztéshez látott érvek alapján indokolt lehet tehát egy ilyen generális tiltás is.

A harmadik felet generálklauzulával és nem tételes szabályokkal védi a magyar jog. Ennek hatékonysági magyarázata talán már egyértelmű: az adott célt sok módon el lehetne érni – ezért a tételes szabályozás roppant könnyen megkerülhető lenne.

Az adós túlterhelése. A német bírói gyakorlat szerint jóerkölcsbe ütköző az a szerződés, amellyel a hitelező túlbiztosítja magát adósával szemben. Túlbiztosításon azt értik, ha azzal az adós gazdasági mozgásterét, szabadságát „elfogadhatatlan mértékben” korlátozzák. Ilyen, ha az adós mivel az adott szerződésben túl sok biztosítékot ad, nem juthat újabb hitelhez (Menyhárd [2004] p. 164). Ide tartozhat az ún. *globális engedményezés*, amellyel az adós valamennyi jövőbeni követelésére engedményt ad a hitelezőnek. Ide tartozhat az adós teljes vagyonának biztosítéki célú átruházása, illetve, ha a felek az átruházó tulajdonjogát nemcsak az adott dolgon tartják fenn, hanem a dolog helyébe lépő más dolgokra is kiterjesztik azt (az ún. *meghosszabbított tulajdonfenntartás*).

Ugyanezek a megoldások első látásra a hitelfelvevő védelmét szolgálják, de több jogrendszer mégis inkább az externáliát helyezi a középpontba. A német és a svájci joggyakorlat ((Menyhárd [2004] p. 165)), illetve Menyhárd is kiemeli ilyen esetben a harmadik személyek, vagyis a többi hitelező érdekeinek védelmét. Például a „globális engedmény”, a globálcesszió az adott hitelezőt – elsősorban csőd esetén – a többiekkel szemben úgy hozza privilegizált helyzetbe, hogy arról a többi hitelező nem is feltétlenül szerez tudomást. Az engedményező az általa engedményezett követeléseket sokszor csak a szállítói megtévesztésével tudja létrehozni. (Menyhárd [2004] p. 165) Gondoljunk például arra, hogy az adós szállítói okkal gondolhatják, hogy az ő kifizetésük fedezete az adóshoz befolyó jövedelem, okkal gondolhatják, hogy nemfizetés esetén abból kielégítést nyerhetnek – csak hogy ezt a bevételt a partnerük már engedményezte. Érdemes ennek kapcsán kiemelni, hogy az adós túlterhelését elemezve Szladits is arra jut, hogy e szabályok fő oka az, hogy a hitelezők érdekeit kell egymással szemben – és nem az adósét a hitelezővel szemben – védeni (Szladits [1941] p. 53.).

Ez a tilalom is generálklauzulán – a jóerkölcsbe ütközésen és nem tételes tilalmon – alapul. Itt is erős érveink lehetnek e megoldás hatékonysága mellett: mint fent a kamattilalom példáján is láttuk, maga a cél, vagyis itt a túlbiztosítás, sok módon elérhető, azért a tételes tilalom könnyen megkerülhető lenne.

Felelősségkizárás. Hatékonysági érv e mellett a szabályozás mellett inkább a szerződő fél védelmén alapulhat. Jól látható például, hogy a kógens tilalom körébe őt védő esetek kerülnek: az emberi életről, az egészségről szóló károk. Ezek megtérítése kapcsán feltételezhetjük, hogy – szélsőséges esetektől eltekintve – azokról a szerződésben racionális felek nem mondanának le. A közgazdaságtan általában elfogadja, hogy ezekről a „javakról” az adott fél általában nem tud racionális döntést hozni. (Ezen az alapon érvelhetünk például a különböző egészséget károsító termékek – kábítószer, dohány, alkohol, gyógyszer, stb. – piacának erősebb minőségi szabályozása vagy éppen azok teljes betiltása mellett is.) Hasonlóképp, a szándékos károkozásra adott előzetes felhatalmazás – amit az ilyen kizárási klauzula jelentene – *ab ovo* mutatja a racionalitási probléma létét: ezzel gyakorlatilag arra ad valaki felhatalmazást, hogy a másik fél kifejezetten az ő számára káros megoldásokat keresse, erre ösztönzi őt.

Az 1959-es kódex szerint szükséges erősebb tesz, a megfelelő ellentételezés tesztje, nagyon hasonlít ahhoz, amit az ajándékozásnál láttunk: a jog azért állít keményebb formai kritériumokat, mert kétségbe vonhatónak véli a felek racionalitását. Igaz, a megoldás a szerződéskötést nehezíti, a tárgyalási, megegyezési költségeket növeli, de emiatt a kevésbé racionális fél is több információt, illetve segítséget kaphat a megfontolt döntéshez: maga a szerződés hívhatja fel a figyelmét olyan problémákra, amelyek felett e nélkül elsiklott volna. A szabály megkerülése sem túl nehéz: nem a felelősséget kell kizárni, hanem – mint a második fejezetben láttuk – a kötelezettséget, a hibát kell definiálni.

A szabályozás ezen elemének megszüntetése mellett is érvelhetünk azonban: vitathatjuk az eszköz hasznosságát. Ha igaz, hogy a „megfelelőséget” a bíróság meg sem próbálja tesztelni, akkor a szabályozás felesleges. Ha megpróbálja ugyan, de csak komoly hibák veszélyével tudja azt megtenni, akkor komoly jobbizonytalansághoz vezet. Ha igaz, hogy a formai kritériumok erőtlene az irracionális döntések ellen, akkor ezzel igazi haszon nélkül, feleslegesen bonyolítjuk a bírósági eljárást. (Kemenes – Vékás [2008b] p. 818-819)

Pénzszolgáltatás idő előtti teljesítés. A szabály megfordul a pénzszolgáltatás esetén – az egyéb szolgáltatásokhoz képest. Míg ott – diszpozitív szabály szerint – nem lehet előre teljesíteni, a pénztartozásnál – kógens szabály szerint – nem lehet az előtörlesztést visszautasítani. Ezt a fenti logika alapján a megváltozó kockázatokkal igazolhatjuk. Míg egy „normális” szolgáltatás idő előtti teljesítésének esélye jelentős kockázatot ró a jogosultra (például ennek kezeléséhez tárolási kapacitást kellene fenntartania, szolgáltatás esetében lehet, hogy más elemeket – például a saját szolgáltatásait, kötelezettségeit – is át kellene ütemeznie), addig a pénz idő előtti megérkezése jelentős kockázattal nem jár, jelentős többletköltséget nem okoz. Sőt az idő értéke miatt még hasznos is lehet a számára.

Pénzszolgáltatás esetén joggazdaságtani szempontból nem mindegy azonban, hogy egy fix összeg megfizetéséről van szó vagy olyan összegről, amely kamatozik. Ha fix összegről beszélünk, akkor tényleg jobb a hitelezőnek, ha ugyanazt az összeget korábban megkapja. Kamatozó tartozás esetén azonban a hitelező az előteljesítés és a határidő közötti időszakra is bevételként számolt a kamatokkal. Az idő előtti törlesztés e későbbi időszak kamatbevételétől fosztja meg, ami komoly kiesést jelenthet az ő számára. Különösen nagy kockázat ez, ha a másik tartozása miatt maga is kölcsönt kénytelen felvenni vagy bankok esetén betéteket kénytelen gyűjteni –, és arra viszont kamatfizetést (vagy más többletkötelezettséget) vállal. Ebben az esetben az idő előtti törlesztés igenis jelentős költségekkel járhat.

A második világháború előtti magyar jog e tekintetben kicsit szofisztikáltabb – és joggazdaságtani szempontból jobban érthető – volt. Dezső érvelése is abból indul ugyan ki, hogy a határidő elsősorban a kötelezettet védi (most használt joggazdaságtani fogalmaink szerint az ő kockázatait csökkenti), és alapesetben a pénzszolgáltatás idő előtti teljesítése a jogosultnak jelentős többletköltséget nem okoz. Sőt a hasznait is növeli, vagyis igazából ő is nyer rajta – nincs okunk az idő előtti teljesítés korlátozására. A kor elismerte azonban, hogy vannak olyan szerződések is, amikor a helyzet nem ilyen, amikor a jogosult érdeke a határidő szerinti – és nem korábbi – teljesítés. A kor megoldása szerint, ilyen esetekben a kötelezettnek kellett bizonyítani az idő előtti törlesztésre vonatkozó komoly érdekét. Dezső felosztása szerint a kölcsön, a haszonkölcsön határideje az adós, míg a letét, a megbízás lejárat a hitelező, törlesztéses kölcsön lejárat pedig mindkét fél érdekeit védi. Leegyszerűsítve: kamatozó követelések idő előtti törlesztését nehezebben engedték; ekkor az adósnak kellett bizonyítani, hogy a határidőt az adott esetben az ő érdekében kötötték ki, ezért jogosult idő előtti teljesítésre. (Dezső [1941] p. 437)³⁸²

A másik változás a normális szabály és a pénzszolgáltatás szabályozása között a kógencia. Ez a fogyasztói szerződéseket kivéve, hatékonysági szempontból mindenképpen vitatható. Vannak olyan hitelszerződések, amelyek idő előtti törlesztése költséges a hitelező részére, ezért a kógens kockázatmegosztás nem biztos, hogy minden esetben hatékony. A hitelező többletkockázatát más (lehet, hogy drágább) megoldásokkal kell kompenzálni a szerződésben. Láttunk a feltűnő értékaránytalanság esetén az előző fejezetben: ha bizonyos elemeket, például magas előtörlesztési díjat nem építhetünk bele egy szerződésbe, akkor lehet, hogy maga a hitelszerződés sem jön létre (rosszabb helyzetbe hozva ezzel a

³⁸² Tegyük hozzá: ez a gondolat Harmathynál is megjelenik, ő is leszögezi, hogy a mai magyar szabályozás lényege az adós védelme – a hitelezőnek okozott többletköltség révén is (Harmathy [2007b] 1043-1444).

hitelről lemaradó adóst is) vagy például csak magasabb garanciákkal, magasabb ellenértékért, kamatért nyújtanak hitelt.

Szerencsejátékok. Mint láttuk a természetes obligáció egyik legfontosabb esete ma a szerencsejáték. Ezek kapcsán nem nehéz belátni, hogy mind a szerződő partner védelme, mind az externália érve felmerülhet. A szerencsejáték szenvedélybetegséggé fokozódhat, és ettől a pillanattól kezdve kétségbe vonható, hogy az ilyen szerződéseket „megfelelő tudatállapotban” kötik-e. Másrészt, a fogadás – mint más függőségek – esetén komoly veszély, hogy a játékosok az arra költött összeget más, a társadalom által fontosabbnak tekintett célok elől, például éppen a családtagjaik szükségleteinek kielégítése elől vonják el.

Kezdjük azzal, hogy miért csak a szerencsejátékokat nevesíti természetes obligációként a jog, a többi függőséget okozó terméket miért nem?

Ennek kapcsán érdemes felidézni, hogy a többi függőséget okozó termék esetében általában „reálszerződésről” van szó. Reálszerződések, vagyis azonnali adásvételek esetén azonban a természetes obligáció hatástalan. A természetes obligáció és a rendes szerződés közötti különbség akkor látszik, akkor a szerződést már megkötötték, de még nem teljesítették: ha természetes obligáció, akkor a jog nem hajlandó kikényszeríteni. Az egyéb szenvedélybetegséghez fűződő termékek esetén a reálszerződés jelleg miatt a teljesítés általában már megtörtént, így a „gyengébb fél” egyedül visszakövetelni tudná a pénzét, vagyis a természetes obligáció sokat nem segítene.

Akkor a szerencsejáték, mint „szenvedélybetegség” miért természetes obligáció, miért nem tiltott, jogszabályba ütköző szerződés? A természetes obligáció és a kógens tilalom között a különbség akkor fontos, ha a teljesítés már megtörtént. A természetes obligáció ekkor már nem különbözik a normális szerződéstől, kógens tilalom esetében azonban a visszakövetelés lehetséges. Induljunk ki abból, hogy egy szerződés – igaz nem minden esetben – két döntést feltételez: a szerződéskötést és a teljesítést. Feltehetjük, hogy amennyiben ez a két döntés elválik egymástól (nem úgy, mint a reálszerződéseknel), akkor e kettős szűrő miatt a nem megfelelően megfontolt teljesítés aránya alacsonyabb. Például a nem megfontolt döntés vélhetően csak a szerződéskötést befolyásolja, a teljesítést már nem. A kettős szűrő miatt az externália veszélye is kisebb. Az externália itt a családtagokat érinti. Mivel közöttük és a kötelezett között viszonylag szoros kapcsolat van, így feltételezhető, hogy a szerződéskötés (fogadás, játék) után, de a teljesítés előtt a harmadik fél érdekeit a kötelezett jobban megfontolja.³⁸³

³⁸³ Természetesen nem beszélünk itt uzsorásokról, „bukikról” a játék érdekében felvett kölcsönökről, amelyek megfizetésére esetleg erőszakkal, fenyegetéssel veszik rá a kötelezettet. Ez nem a szerencsejáték esete, hanem az erőszakkal való fenyegetése, amely más kategória – és jogilag is tiltott, nem csak természetes obligációként szabályozott.

Azonban itt egy másik fontos elemet is fel kell ismerni, amely nem a joggazdaságtan, hanem a politikai gazdaságtan, a közösségi döntések elmélete alapján magyarázhatja a szabályozást: a szerencsejáték nem *ab ovo* záródik ki a kikényszeríthető szerződések köréből, hanem csak az állam által nem engedélyezett szerencsejátékok esetén. Ezzel kapcsolatban nem túl bonyolult felismerni az állami bevétel növelésének szempontjait: a bírósági kikényszerítés hiánya az államnak viszonylag magas kulccsal adózó játékszervezők felé terelheti a szerencsejátékosokat. (Természetesen azt se felejtjük el, hogy az adóbevételen túl egyéb érvek is lehetnek arra, hogy az állami engedéllyel rendelkező szerencsejáték-szervezők felé próbálja terelni a forgalmat a szabályozás. Ezek működését ugyanis a jogrendszer többek között épp a játékosok védelme, illetve az externáliák minimalizálása érdekében erősen szabályozza. Éppen ezért az előző „szenvedélybetegség” és externália problémák kezelésével ott a szabályozás polgári jogon kívüli elemei megpróbálkoznak. Viszont ezek az egyéb szabályozási elemek nem hatnak az állami engedély nélkül működő szerencsejátékok esetén, így ott a polgári jog marad a fő ösztönző – ezért kell kifejezetten akadályozni azok működését.)

3. SZERZŐDÉSI POZÍCIÓK ÁTRUHÁZÁSA

Az eddigiekben elsősorban a szerződésben kikötött szolgáltatások fő jellemzőit (minőség, szolgáltatás helye, ideje, stb.) meghatározó diszpozitív és kógens szabályokat vizsgáltuk. Érdekes azonban külön is kitérni azokra a szabályokra, amelyek a szerződő felek személyét, annak változását határozzák meg. Látunk ugyan ilyet az előbb is – például a kötelezett halálával a szerződés nem szűnik meg, hanem az örökös lép a szerződő fél helyébe –, de a személycserék diszpozitív és kógens szabályozása a szerződési jogban kiemelt figyelmet kap. Ezért ez a fejezet, mintegy az előbbi szabályozási modellek alkalmazásaként, elkülönítve tárgyalja ezeket.

3.1. Magyar jog

Ha a kötelezetti oldalon történik személycsere, akkor – az 1959-es kódex szerint – tartozásátvállalásról beszélünk, a jogosult oldalán ezt engedményezésnek nevezzük. A kettő együtt pedig a szerződésátruházás.

Kötelezett változása: tartozásátvállalás. A tartozásátvállalás esetén ugyan a kötelezett személye változik, a kötelelem az alanycsere ellenére egyebekben változatlan formában fennmarad. Ehhez azonban alapesetben a jogosult

hozzájárulása szükséges. Ezt az 1959-es Ptk. szerint az új kötelezettnek kell kérni tőle. A tartozásátvállalásra irányuló szerződés azonban a jogosult hozzájárulás nélkül is érvényes: ebben az esetben az új kötelezett nem lép be a kötelembé, de olyan helyzetbe köteles hozni az eredeti kötelezettet, hogy az lejáratkor teljesíteni tudjon. Ekkor a jogosult és az átvállaló nem kerülnek jogviszonyba: a kötelezett nem teljesítése esetén a jogosult nem követelhet teljesítést az átvállalótól. (Benedek [2007b] p. 1189) Ezzel szemben a 2013-as kódex már kifejezetten, a korábbi gyakorlatot elismerve háromoldalú szerződésről beszél.

Az új kódex szerint a tartozásátvállaláshoz a jogosult előzetesen, akár *bianco* módon is, hozzájárulhat. Tegyük hozzá, a *bianco* beleegyezést a bíróságok a korábbi kódex alapján is érvényesnek ismerték el. A kódex azonban nem csak azt mondja ki, hogy az megadható, hanem a tartalmát is rögzíti – egészen pontosan azt, hogy az ilyen hozzájárulás visszavonható.

Kötelezett változása: teljesítésátvállalás, tartozáselvéllalás. A 2013-as új Ptk. nem csak ebben, hanem két a világháború előtt ismert megoldás újraélesztésével is hoz változást – ezeket a tartozásátvállalás közeli helyettesítőinek nevezhetünk: a teljesítésátvállalás és a tartozáselvéllalás. A *teljesítésátvállalás* olyan helyzetet hoz létre, mint ami az 1959-es kódex szerint akkor jött létre, ha a jogosult a tartozás átvállalásához nem járult hozzá: az átvállaló arra vállal kötelezettséget, hogy esedékességkor a kötelezett tartozását az átvállaló fogja teljesíteni. A jogosult és az átvállaló között nincs jogviszonyt, így a jogosult nem követelheti a tartozás teljesítését az átvállalótól – nem teljesítése esetén az eredeti kötelezett szegi meg a jogosulttal szembeni szerződést, és ő fordulhat szembe az átvállalóval. *Tartozáselvéllalás* esetén az eredeti kötelezett és az elvállaló egyetemlegesen lesznek felelősek a teljesítését – az új fél nem az eredeti kötelezett helyére, hanem mellé lép.

Alternatíva: harmadik fél általi teljesítés. Nagyon közel áll a tartozásátvállaláshoz a magyar jog azon diszpozitív szabálya, amely szerint, ha (i) nem a kötelezett személyéhez kötött szolgáltatásról van szó (illetve a teljesítés sikere nem kötődik kifejezetten a kötelezett személyéhez), és (ii) a kötelezett más személy teljesítéséhez hozzájárul, akkor a jogosult köteles elfogadni a nem a kötelezett által felajánlott teljesítést is. (Ha a jogosult a kötelezett hozzájárulása nélkül fogadja el a harmadik személy szolgáltatását, akkor ezzel a szerződés nem teljesül. A kötelezett követelheti az általa felajánlott szolgáltatás elfogadását is, és a harmadik személy a saját szolgáltatását a jogalap nélküli gazdagodás címén visszakövetelheti.)³⁸⁴

³⁸⁴ Benedek kifejezetten kiemeli, hogy a harmadik fél általi teljesítés akkor is megtörténhet, ha a tartozásátvállaláshoz a jogosult nem járul hozzá. „Ennek az a magyarázata, hogy a jogosult szempontjából általában közömbös, ki teljesít, mert a teljesítés felajánlása esetén

Az 1959-es törvénykönyv szerint nem szükséges a kötelezett hozzájárulása akkor, ha a teljesítéshez a harmadik személynek „törvényes érdeke” fűződik (Harmathy [2007b] p. 1034). A harmadik személy a teljesítéssel megszerzi a követelés biztosítékait, csakúgy, mint magát a követelést (Harmathy [2007b] p. 1035). A törvényes érdek teszje nem teljesen pontos fogalom – maga a törvény miniszteri indokolása is felhívta a figyelmet arra, hogy kiterjesztett alkalmazása veszélyes lehet. (Kemenes – Vékás [2008a] pp. 753) Épp ezért a 2013-as kódex szűkíti ezt a kört: csak akkor lehetne törvényes érdekről beszélni – és így a hozzájárulás csak akkor válna feleslegessé –, ha a kötelezett nem teljesít, illetve előreláthatóan nem is fog teljesíteni.

Engedményezés. Az engedményezés a tartozásátvállalás ellentéte: engedményezéssel a jogosult másra ruházza a követelését. Az engedményezés eredményeképp az eredeti jogosult (engedményező) helyére az engedményes lép. A kötelezett hozzájárulása ehhez nem szükséges. A jogi érvelés szerint azért, mert ez a kötelezett helyzetét nem érinti, nem súlyosbítja. Kockázatát nem növeli – szemben a tartozásátvállalással, amikor a partner fizetőképessége változik. (Benedek [2007b] p. 1178)

Az engedményezés definíciójához tartozik, hogy a főkövetelés engedményezésével a kezesség és a zálogjog, illetve az engedményezőt megillető jogok is átszállnak az engedményesre. (Benedek [2007b] p. 1184) (Ez a tartozásátvállalásnál nincs így. Sőt, ott a kezesség és a zálogjog alapesetben meg is szűnik: csak akkor marad fenn, ha a kezes és a zálogkötelezett ehhez külön hozzájárul. Ennek oka Benedek szerint, hogy a kezes és a zálogkötelezett számára fontos, hogy kiért vállal felelősséget. Lásd Benedek [2007b] p. 1192)!

Szemben a tartozásátvállalással az engedményezést bizonyos esetekben törvény zárja ki – fogalmazhatnánk úgy: a jog ezzel próbálja védeni a kötelezettet, ha már a hozzájárulása nem szükséges az engedményezéshez. Kógens szabály tiltja a jogosult személyéhez kötött követelés vagy haszonélvezeti jog engedményezését. Diszpozitív szabály, hogy a szerződéssel engedményezett pénzkövetelés után az engedményezéskor már esedékes késedelmi kamat automatikusan nem tárgya az engedménynek. Az engedményest külön kikötés hiányában csak az engedményezés után esedékessé váló kamatok illetik meg. (Benedek [2007b] p. 1180)

Az 1959-es kódex szerint az engedményezés maga is diszpozitív jog, amelyet a felek a szerződésben korlátozhatnak – akár ki is zárhatnak. Ez a korlát azonban csak annyit jelent, hogy amennyiben mégis megtörténik az engedményezés, akkor az engedményezéssel a jogosult szerződést szeg, és ezért jogilag felel,

már nincs olyan kockázat, amely a tartozásátvállaláshoz való hozzájárulás megkövetelését indokoltta teszi.” (Benedek [2007b] p. 1189)

viszont az engedményezési szerződés ezért nem lesz semmis, az engedményes „teljes jogú” pozícióba kerül. Ez megváltozik a 2013-as kódexben. Megmarad ugyan a harmadik személlyel szembeni hatálytalanság (vagyis az engedményezés érvényes marad), de a két eredeti szerződő fél viszonyát a rendszer másképp szabályozza: semmis az a kikötés, amely ilyen esetre (elvileg kizárt engedményezés esetére) felmondási jogot biztosít vagy kötbérfizetési kötelezettséget ír elő, vagyis a kötelezett csak kártérítést igényelhet.

Az engedményezés csak akkor változtatja meg azt, hogy a kötelezett kinek teljesít, ha erről őt értesítik. Az 1959-es kódex szerint, ha az értesítés elmarad (vagy harmadik személytől, tehát nem az engedményezőtől vagy az engedményestől érkezik), az engedményezés a kötelezettel szemben nem lesz hatályos: ő továbbra is csak az eredeti jogosult javára teljesíthet. Ha a kötelezettet értesítik, akkor viszont már csak az új jogosultnak. A kötelezett ennek feltételül szabhatja az engedményezés igazolását, ha az értesítést az engedményestől kapta. Benedek megfogalmazása szerint: „Ha az engedményes értesíti a kötelezettet az engedményről, és nem tudja hitelt érdemlően igazolni, hogy a követelést engedményezéssel megszerezte, a kötelezett csak saját veszélyére teljesíthet az engedményes kezéhez, mert ugyanúgy kiteszi magát a kétszeri teljesítés veszélyének, mint amikor az engedményező értesítése után továbbra is az engedményező, az eredeti jogosult részére teljesít. Minthogy ilyen esetben a jogosult személye a kötelezett előtt bizonytalanná vált, mód van a letétbe helyezéssel való teljesítésre is.” (Benedek [2007b] p. 1182)

A 2013-as törvénykönyv nehezíti az engedményezést. Előírja, hogy – az engedményes választása alapján – az engedményező köteles (i) az engedményezésről a kötelezettet maga tájékoztatni vagy (ii) az engedményezésről okiratot kiállítani. Ráadásul ez az értesítés, illetve okirat nem is lenne elegendő ahhoz, hogy valóban az engedményes legyen a továbbiakban a jogosult. Ezen túl ugyanis szükséges egy teljesítési utasítás is. Ebben az engedményes, az új jogosult személyét, a teljesítéshez szükséges egyéb adatait kell meghatározni: például címét, bankszámlaszámát.³⁸⁵ (Gárdos [2008] pp. 852-854)

Törvényi engedmény. Engedményezés történhet jogszabály vagy hatósági rendelkezése nyomán is. A legfontosabb ezek közül talán a vagyonbiztosítók ilyen joga: a kár megtérítése után a törvény rendelkezése alapján a biztosító lesz azon jogok jogosultja, amelyek a károkozóval szemben korábban a biztosítottat illették meg. A törvényi és a szerződésen alapuló engedmény közötti legfontosabb különbség az, hogy a korábbi jogosult kezesi felelőssége csak akkor marad fenn, ha ezt kifejezett rendelkezés írja elő. Nincs ilyenkor értesítési követel-

³⁸⁵ Indoklás szerint azért, mert az engedményezés nem jelenti feltétlenül azt, hogy az engedményes hajtja azt be.

mény sem, ilyen esetekben ugyanis a követelés átszállásának és a kötelezettel szembeni joghatás beállításának időpontját maga a jogszabály határozza meg – pontosabban az akkor válik hatályossá, amikor arról a kötelezett tudomást szerzett. (Benedek [2007b] p. 1188)

Factoring. Az engedményezés speciális formája a factoring. Ez alapesetben egy engedményezési szerződés, de ehhez többletelemekek is járulnak. Az UNIDROIT (Nemzetközi Intézet a Magánjog Egységesítéséért szervezet) szerint például az engedményezésen kívül négy elem közül legalább kettőt még tartalmaznia kell: (i) az engedményezőt meg kell előlegezni – akár kölcsön, akár előleg formájában, (ii) a tartozás-nyilvántartás az engedményes feladatává válik, (iii) a kinnlevőségek beszedése az engedményes feladata lesz, (iv) az engedményes védelmet nyújt az engedményezőnek az adós késedelmével vagy mulasztásával szemben. (Gárdos [2008] p. 847)

Szerződésátruházás. Az aktuális magyar jog nem szabályozza a szerződésátruházást, azaz amikor a felek nem csupán egyes jogokat és követeléseket kívánnak átruházni, hanem a szerződési pozícióban (az azzal járó kötelezettségeket és jogosultságokat egyaránt érintve) következik be jogutódlás. Úgy tűnik, hogy ezt kifejezett szabály hiányában nem lehet érvényesen megtenni. Azonban egyre több jogszabály engedélyezi ezt adott esetben, és egyre több olyan ítélet jelenik meg, amely elismeri a felek azon jogát, hogy háromoldalú megállapodással szerződési pozíciót ruházzanak át (lásd például BDT2008. 1760.).

Az új Ptk. megfordítja a logikát: kimondja a Ptk-ban a szerződésátruházás átfogó lehetőségét, és az ettől eltérő eseteket (a tilalmakat) esetenként szabályozná. Tegyük hozzá, ez is csak diszpozitív szabály lenne: adott esetben ezt előre ki lehet zárni, vagy éppen fordítva általános engedélyt lehet rá adni! (Gárdos [2008] p. 861-862)

3.2. Joggazdaságtani elemzés

A szerződés olyan módosítása, amellyel a szereplők személye cserélődik viszonylag ritkán tárgya joggazdaságtani munkáknak (kivétel pl. Hatzis [2000]). Ennek a fő oka az, hogy a probléma nem sokat ad hozzá sem a szerződésmódosítás, sem a diszpozitív és kógens szabályok előbb bemutatott elemzéséhez. A vizsgálatok éppen ezért elsősorban az ilyen módosítások tranzakciós költséget csökkentő hatására koncentrálnak. Ennek során érdemes szem előtt tartani, hogy mi lenne ezen szabályozás hiányában a legfontosabb alternatíva: vagy a szerződésben kellene részletesen szabályozni az új tag belépésének módját, vagy már eleve a szerződést háromoldalúan (esetleg eleve az új belépővel) kellene megkötöni. A teljes szerződésnél látott problémák miatt mindkét alternatíva, de különösen

a második igen magas tranzakciós költséggel járna – vélhetően megakadályozná az ilyen szerződésmódosításokat, illetve magát a szerződéskötést is. Harmadik lehetőség az lenne, hogy az új partner nem lép be a szerződésbe, de a kötelezetti oldalon teljesítési segédként, a másik oldalon pedig a kapott szolgáltatást második lépcsőben megkapó jogosultként jelenne csak meg. A továbbadás persze – például a szolgáltatások egy részénél – komoly nehézségekbe ütközik, ha egyáltalán lehetséges. (Látjuk a kapcsolatot a természetbeni kikényszerítéssel kapcsolatos érvekkel?) A teljesítési segéd belépésének joghatása pedig nem ugyanaz, mint a tartozásátvállalásé.

Tartozáselvállalás, teljesítésátvállalás – menü, nyelv. A két új megoldás törvénybe emelése nyilvánvalóan a szerződéskötési, szerződésmódosítási költségeket csökkenti, szerepe egyedül annyi, hogy a jogi nyelvet fejleszti, menüt ad. Függetlenül ugyanis attól, hogy az 1959-es törvénykönyv ezeket a formát nem ismeri, a felek a szerződési szabadság elve alapján ilyen eddig is kialakíthatnak.

Tartozásátvállalás: a szerződésmódosítás költségei – hatékony diszpozitív szabály. Az, hogy a tartozásátvállalást, az engedményezéssel szemben háromoldalú szerződésmódosításként szabályozzák-e, a diszpozitív szabály hatékonyságának kérdés. A fő kérdés: lemondhat-e a jogosult a hozzájárulás jogáról – például egy előzetes, a szerződéskötéskor adott „bianco” beleegyezéssel? Ha lemondhat, akkor felmerül a kérdés, hogy mi legyen a diszpozitív szabály: az, hogy kell a hozzájárulása, de lemondhat róla vagy az, ha csak akkor van vétőjoga, ha ezt előre kikötik. Mint láttuk, az új szabály az, hogy ilyen előzetes hozzájárulás lehetséges, de az diszpozitív szabály szerint visszavonható.

A választ abban láthatjuk, amit fent – többek között – a kötbér kapcsán mutattunk be: egy szerződésben a diszpozitív szabálytól való eltérés költsége nem minden megoldás esetén ugyanakkora. Amennyiben a jog egy viszonylag bonyolult eljárást tesz alapszabállyá, amelyről le lehet mondani, az általában egyszerűbb, mintha egy roppant egyszerű megoldást fogadna el alapelveként, diszpozitív szabályként, és a speciális védelmi mechanizmusokat kellene a szerződéskötéskor egyedileg szabályozni. A változás mellett a joggazdaságtan a tranzakciós költségek csökkentése alapján érvelhet: nem feltétlenül előrelátható a szerződés megkötésének pillanatában minden olyan probléma, amelyek miatt a beleegyezést vissza kellene vonni, ezért a visszavonásra lehet, hogy *ex ante* ezért nem is térnének ki, a szerződés hiányos maradna. A javaslat is ezzel érvel: az ilyen visszavonhatatlan beleegyezésekből a beleegyezőre háruló túl magas kockázatok megakadályozása miatt van szükség a szabályozásra. (Gárdos [2008] p. 859)

Más helyetti teljesítés szabályozása: tranzakciós költségek csökkentése. Az, hogy a magyar jog megköveteli, hogy a kötelezett hozzájárulása esetén a jogosult a teljesítést mástól is el kell, hogy fogadja, a hatékony kockázatmegosztás alapján

indokolható – persze csak bizonyos, bár ésszerűnek tűnő feltételezések mellett. Vegyük észre, hogy az alapesetben, amikor az eredeti kötelezett hozzájárulása is szükséges ehhez, akkor végső soron a teljesítésátvállalás speciális esetével van dolgunk – a teljesítő oldalon a két fél között megszületik az egyezség, de ezzel a jogosult csak akkor szembesül, amikor a teljesítés már megtörténik! Igaz, a jogait ezután is a szerződés szerinti kötelezettel szemben gyakorolhatja. Ez tehát az ő kockázatait nem érinti. Ezzel szemben a kötelezett kockázata csökkenthető ezen az úton: ő azon körülmények következményeit szűrheti így ki, amelyek őt késedelmes teljesítésre, szerződésszegésre kényszerítenék. Vagyis itt valamiféle kockázatmegosztásról van szó. A jogosult elfogadási kötelezettsége ebben az esetben az opportunizmussal szembeni védelemnek tekinthető: a másik szorult helyzetével nem élhet vissza.

Érdekesebb a helyzet akkor, amikor nem szükséges a kötelezett hozzájárulása. Láttuk, erre akkor kerülhet sor, ha a harmadik személynek ehhez törvényes érdeke fűződik. Ráadásul ezzel meg is szerzi a követelést, illetve annak biztosítékait. Ez az opportunizmus másik formájára ad lehetőséget: a harmadik fél a más helyetti teljesítéssel a kötelezett hozzájárulása nélkül (de az elfogadás miatt a jogosult tudtával) magát jogosulti pozícióba hozhatja. Sajátos engedményezés történik. Elvileg az érv emellett az lehet, hogy a helyzet a kötelezett pozícióját nem érinti; a másik két fél viszont csökkentheti ezzel a maga kockázatát. A kötelezett helyett teljesítő fél, akinek – ha a törvényes érdeket jól fogjuk fel – valamiféle vesztesége keletkezne a szerződés megszegésekor, illetve a szerződésszegéstől féltő jogosult egyaránt csökkentheti ezzel a költségeit. A probléma azonban az, hogy bírói tévedés, a törvényes érdek nem megfelelő értelmezése esetén túl nagy kockázatot háríthat mindez a kötelezetre. Láttuk, a 2013-as kódex megoldása épp ezt az opportunizmust gátolná azzal, hogy erre csak a szerződésszegés (majdnem) biztos tudatában kerülhetne sor. Látszik ebből is, hogy vitatható az az állítás, mely szerint a kötelezett pozíciója egy ilyen jogosulti oldalon bekövetkező változás, vagyis engedményezés nyomán ne változna. Ezzel el is érkeztünk az engedményezés problémájához!

Az engedményezés többletköltsége. A legtöbb jogrendszer – a tartozásátvállalással szemben – az engedményezést nem köti a másik fél hozzájárulásához. Azonban teljesen szabaddá sem teszi, a kötelezett érdekeit az engedményezés korlátozásán keresztül valamilyen módon a jog védi. Az ő helyzete ugyanis egy engedményezés nyomán romolhat. Nem csak arról van ugyanis szó, hogy másnak szállít. Nyilvánvaló, hogy az engedményezés lehetősége miatt magasabb adminisztrációs költség lesz – például figyelnie kell, nyilván kell tartania, hogy nem engedményezte-e az eredeti jogosult a szerződését. De, mint többször láttuk, a felek közötti esetleges relációs viszonyok, az ezekre épülő idioszinkratikus beruházások is elvesznek. Elképzelhető például, hogy egy

kifejezetten behajtásra szakosodott cégre engedményezik a követelést, akkor az új jogosult más eszközökkel, „erőszakosabban” lép fel igényei védelmében, mint azt az engedményező tette volna.

Az új Ptk. a kötelezett önvédelmi eszközeit gyengítené, a bírósági védelmet azonban erősítené. Előbbi lényege, hogy a kötelezett az engedményezés ellen kevésbé védekezhet – a kizárás kevésbé hatásos eszköz. Ezzel szemben törvényi előírással védené a kötelezettet, akadályozná, hogy az engedményezés miatt többletköltségek jelentkezzenek nála: az engedményező és az engedményes egyetemleges felelősséget kellene, hogy vállaljon ezekért a többletköltségekért.

Az engedményezés kizárása. Erősen vitatott, hogy szerződésben engedményezést érvényesen ki lehessen-e zárni. Az 1959-es kódex szerint, mint láttuk, az ilyen kizáró kikötés érvényes, de ha az engedményezés mégis megtörténik, akkor az engedményes teljes joghoz jut, a kötelezett csak az engedményezővel szemben léphet fel szerződésszegés címén. A kizárás semmissége mellett olyan érvet hoznak fel, amely az engedményezés jelenlegi egész rendszerét érdekes megvilágításba helyezi: az ilyen kizáró kikötések a piacon roppant elterjedtek (Gárdos [2008] p. 852). Ez arra utal, hogy az engedményezés könnyen lehet, hogy nem többségi szabály, és ezért hatékony diszpozitív megoldás sem lehet: vélhetően éppen a kötelezett, a nem megfelelő védelme miatt zárja ki az esetek jelentős részében ezen eszköz alkalmazását.

Mondhatjuk persze, hogy a kötelezett erőteljesebb védelmével – vagyis azazal, hogy az engedményezőnek és az engedményesnek az ő többletköltségeit meg kell fizetni – ez az érv kihullik, de ekkor is fennmarad egy másik indok a kizárás mellett. A kizárás lehetősége információ-feltárást ösztönző, kvázi-büntető diszpozitív szabályként funkcionál, jelzésre, szűrésre ad lehetőséget. Az engedményezés kizárásakor legtöbbször a nem teljesítő kötelezettekkel szembeni fellépés akadályozása jut eszünkbe: a jogosult, aki maga nem képes behajtani az őt megillető szolgáltatást, inkább – vélhetően alacsonyabb áron – engedményezi a követelését egy nála hatékonyabb, a behajtásban jártasabb személynek, szervezetnek. Amennyiben a kötelezettnek lehetősége van már a szerződéskötéskor kizárni az engedményezést, ezzel a megbízhatóságáról fontos információt küld a partnerének: az engedményezés kizárása viszonylag egyértelmű jelzés a kötelezett szolgáltatásának bizonytalanságáról.

Engedményezés: értesítési követelmény, formai követelmények. Az 1959-es Ptk. szerint értesítés hiányában a kötelezett joga megválasztani, hogy kinek teljesít – de a nem megfelelő teljesítés kockázatát akkor zárhatja csak ki teljesen, ha az engedményezőnek, az eredeti jogosultnak teljesít. Hacsak az engedményesnek való teljesítés nem lényegesen olcsóbb (például a teljesítés helye miatt), akkor e kockázatcsökkentés miatt valószínűleg ez is fog történni. Elsősorban az engedményezőnek és az engedményesnek érdeke tehát, hogy értesítse a kötelezettet:

ekkor már csak az engedményesnek teljesíthet szerződés szerűen. Minden olyan változás, amely az értesítést nehezíti, az engedményezés ellen hat.

A 2013-as kódex ebbe az irányba mozdul el. Az engedményezés nehezítése a kötelezett költségeit és kockázatát csökkentené. Másik oldalról viszont megtiltanák neki, hogy ezt a lehetőséget szerződésben kizárja.

4. ÖSSZEFOGLALÁS

A diszpozitív szabályok, a szerződésértelmezési elvek és a kógens szabályok erősen befolyásolják a tranzakciós költségeket. A hatékonyan kialakított diszpozitív szabályok, illetve értelmezési elvek kifejezetten a pozitív értelemben vett szerződési szabadság szükséges feltételeinek tekinthetők. Az ebben a fejezetben tárgyalt szubsztantív kógens szabályokat (a procedurális szabályokkal az előző fejezetekben foglalkoztunk) inkább a szerződési szabadság korlátaiként szokás felfogni. Ezek a korlátok lehetnek szükségesek, hatékonyak, de mindenképpen korlátoznak.

A fejezetben megismerhettük azokat a hatékonysági célokat (a félreértések elkerülése, a tárgyalási költségek csökkentése, az opportunizmus elleni és az információadást szolgáló ösztönzők, a hatékony kockázatosztást elősegítő hatások, a nem teljesen racionális vagy nem elég tájékozott szerződési partner védelme, illetve a szerződésben nem képviselt „harmadik felek” érdekeinek megóvása), amelyeket ezen szabálytípusok alkalmazásával megpróbálhatunk elérni. Láttuk, hogy – az első fejezetben már jelzett – összefüggés miatt nem igaz: miért nem igaz az, hogy a diszpozitív szabályoktól mindig el lehet térni (láttuk e szabályok ragadosságának okát); miért nem igaz, hogy a kógens tilalmak mindig megakadályozzák az adott tevékenységet, szerződési kikötés alkalmazását (láttuk a magánkikényszerítés problémáit, a kógens szabályozás paradoxonát). A fejezet kiemelt témája volt a szabályozás (elsősorban a kógens szabályozás, de kisebb mértékben igaz ez a diszpozitív szabályozásra is) specifikus vagy generális volta: a generálklauzulák (a „bírói jogalkotás”) rugalmasságát vetettük össze a tételes szabályok kiszámíthatóságával, külön kiemelve, hogy mind a két rendszer korrumpálódhat, bár más-más okok miatt. A bíróságok kiemelt szerepe jelent meg az értelmezési elvek összevetésekor: a textualista értelmezés esetén kisebb a bíróság szerepe, azonban a kontextus vizsgálat pontosabb döntésekhez vezethet.

Míg a diszpozitív szabályok, az értelmezési elvek és a szubsztantív kógens szabályok (legyenek azok tételesek vagy generálisak) általában a szerződés tartalmát, a szerződés teljesítésének vagy éppen felbontásának részletkérdéseit szabályozzák, aközben majdnem minden jogban kiemelt szerepet kap a szerződő

felek személyének megváltozása: az engedményezés, a tartozásátvállalás vagy éppen a szerződési pozíciók átruházása. A fejezet utolsó része ezeket elemezte – demonstrálva, hogy a diszpozitív és a kógens szabályozásról bemutatott modellek ezen a területen is jól alkalmazhatók.

Szokásunkhoz híven, a fejezet lezárásaként foglaljuk össze, hogy ezen szabályok miképpen hatnak az első fejezetben megismert ösztönzőkre. Nyilvánvaló, hogy az itt elemezett szabályok erős hatással vannak a szerződés tartalmára, teljességére: ezen szabályok explicit célja éppen a szerződés tartalmának befolyásolása. De láttuk, hogy indirekten is hatnak – például akkor, amikor az opportunizmus ellen védelmet nyújtanak, megteremtve ezzel a bizalmat és a lehetőséget a hosszabb távú szerződések kialakításához. Az eddigiek alapján az sem jelenthet nagy meglepetést, hogy ezek a szabályok hatnak az információs ösztönzőkre (kiemelten szerepet kapott az információ-feltárás ösztönzése a diszpozitív szabályok elemzésekor – de láthattuk, hogy a kógens szabályok ezt gyakran akadályozzák). Szintén többször láthattuk, hogy a szabályok – például a büntető diszpozitív szabályok, de bizonyos szerződési megoldások tilalma vagy éppen kötelezővé tétele is – a szűrés és a jelzés mechanizmusainak működését is megnehezíthetik, vagy éppen megkönnyíthetik, vagyis a partnerválasztást is befolyásolják. A kockázatmegosztás a kógens szabályoknál időnként explicit cél is (például az adósvédelem esetén), de a diszpozitív szabályok esetén is az egyik legfontosabb szempont – nem véletlenül mutattuk be külön célként. Láttuk, hogy különösen a teljesítéssel kapcsolatos előírások a hatékony teljesítést, szerződésszegést erősen befolyásolják: sokszor a felek által várt diszpozitív szabály határozza meg, hogy milyen minőségben, mikor (vagyis implicite, hogy hatékony módon) fognak-e teljesíteni. Ezen utóbbi hatás, illetve az opportunizmus elleni fellépés (különösen a szerződésből menekülni akaró féllel szemben az értelmezéskor megjelenő bírósági elfogultság) növeli az idioszinkratikus beruházások (illetve az elővigyázatosság) szintjét is. Láttuk azt is, hogy a túl könnyű engedményezés azonban kifejezetten ellentétesen hathat erre. A szerződésmódosításra a szerződések teljességének megteremtésével (pontosabban a hiányok csökkentésével) hat: mivel tisztább a kiindulópont, így a szerződésmódosítás tárgyalási, tranzakciós költsége is csökken. Emlékezzünk vissza: az első fejezetben bemutatott *Coase-tétel* egyik alapfeltétele volt, hogy a felek jogai és kötelezettségei tiszták – ezt segítik elő ezek a szabályok! Nem kell (kevesebbet kell) róluk vitatkozni, csak arról, hogy miképpen módosítsuk őket. Mindemellett néhány eszköz (bírósági szerződésmódosítás lehetősége, a személycserék lehetővé tétele) időnként bizonytalanságot is hoznak a rendszerbe. Más kérdés, hogy ezek egyéb előnyei igazolhatják ezt a hatást – illetve bizonyos standardizálással, nyelvteremtéssel, menü-kínálat teremtésével egyben a tárgyalási költségeket csökkenthetik is.

Befejezésül fel kell persze hívni a figyelmet arra, hogy a kógens szabályok tárgyalása nem zárult itt le. A két nagy elv (az extern hatás csökkentése és a szerződő felek védelme) közül az egyik, a szerződésbe belépő személy védelme még további elemzést igényel. Meg kell értenünk, hogy mikor van erre szükség – ehhez azonban túl kell lépni az eddigi racionalitás-feltevésünkön. Ezt tesszük meg a következő fejezetben.

Irodalomjegyzék

- Aghion Phillipe and Benjamin Hermalin [1990] Legal Restrictions on Private Contracts can Enhance Efficiency, *Journal of Law, Economics and Organisations* 6(2). pp. 381.409
- Almási Antal [1941]: A kötelmi szolgáltatások általában. in: Szladits Károly (szerk.): *Magyar magánjog. Kötelmi jog általános része*. Budapest, Grill.
- Ayres, Ian [1998], *Default rule for incomplete contracts*, in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* (Peter Newman ed.)
- Baird, Douglas, Robert Gertner, and Randal Picker [1994], *Game Theory and the Law*. Cambridge: Harvard University Press
- Benedek Károly – Gárdos Péter [2007a]: XVII. fejezet:Általános szabályok. in: Gellért György (szerk): *A Polgári Törvényköny magyarázata*. I. Kötet. Budapest, Complex
- Benedek Károly – Gárdos Péter [2007b]: XVIII. fejezet: A szerződés megkötése. in: Gellért György (szerk): *A Polgári Törvényköny magyarázata*. I. Kötet. Budapest, Complex
- Benedek Károly – Gárdos Péter [2007c]: XXV. fejezet: A szerződésszegés. in: Gellért György (szerk): *A Polgári Törvényköny magyarázata*. I. Kötet. Budapest, Complex
- Benedek Károly [2007a]: XXVI. fejezet: A szerződés megszűnésének egyes esetei. Az elévülés. in: Gellért György (szerk): *A Polgári Törvényköny magyarázata*. I. Kötet. Budapest, Complex
- Benedek Károly [2007b]: XXVII. fejezet: Az engedményezés és a tartozásátvállalás. in: Gellért György (szerk): *A Polgári Törvényköny magyarázata*. I. Kötet. Budapest, Complex
- Benedek Károly [2007c]: XXVIII. fejezet: Több jogosult és több kötelezett a szerződésben. in: Gellért György (szerk): *A Polgári Törvényköny magyarázata*. I. Kötet. Budapest, Complex
- Ben-Shahar, O. [2004] Contracts Without Consent, *University of Pennsylvania Law Review* 152, 1829
- Benson, Bruce L. [2000], Arbitration. in: Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V. The Economics of Crime and Litigation*, Cheltenham, Edward Elgar
- Calfee, John, and Richard Craswell [1984], Some Effects of Uncertainty on Compliance with Legal Standards, *Virginia Law Review* 70 pp. 965-1003
- Cohen, George M. [2011], Interpretation and Implied Terms in Contract Law. in:
- Cooter, Robert – Thomas Ulen [2005]: *Jog és közgazdaságtan*. Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest
- Craswell, Richard, and John E. Calfee [1986], Deterrence and Uncertain Legal Standards, *Journal of Law, Economics and Organization* 2, pp. 279
- Cserne Péter [2006]: Szerződési szabadság és paternalizmus: adalékok a szerződési jog közgazdasági elemzéséhez. *Századvég* 41. 41-78.o.
- Deffains, Bruno and Giuseppe Dari-Mattiacci [2007], Uncertainty of law and the legal process, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 163(4), pp. 627-656, December.
- Dezső Gyula [1941]: A teljesítés ideje. in: Szladits Károly (szerk.): *Magyar magánjog. Kötelmi jog általános része*. Budapest, Grill.
- Djankov, Simeon, Edward Glaeser, Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, and

- Andrei Shleifer [2003], The new comparative economics. *Journal of Comparative Economics* 31 pp. 595-619.
- Djankov, Simeon, Caralee McLiesh, and Andrei Shleifer [2007], Private credit in 129 countries. *Journal of Financial Economics* 84 pp. 299-329.
- Glaeser, Edward, and Andrei Shleifer [2003], The Rise of the Regulatory State, *Journal of Economic Literature* 41 pp. 401-25
- Glaeser, Edward L. [2010]: Paternalizmus és pszichológia. *Kormányzás, Közpénzügyek, Szabályozás*. IV. évfolyam 1. szám 65-80.
- Harmathy Attila [2007a]: XXII. fejezet: A szerződés módosítása. A tartozáselismerés. in: Gellért György (szerk): *A Polgári Törvénykönyv magyarázata*. I. Kötet. Budapest, Complex
- Harmathy Attila [2007b]: XXIV. fejezet: A teljesítés és a beszámítás. in: Gellért György (szerk): *A Polgári Törvénykönyv magyarázata*. I. Kötet. Budapest, Complex
- Hatzis, Aristides N. – Eleni Zervogianni [2006], Judge-Made Contracts: Reconstructing Unconscionable Contracts (unpublished working paper), <http://ssrn.com/abstract=953669>
- Hatzis, Aristides [2000], Rights and Obligations of Third Parties. in: Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume III. The Regulation of Contracts*, Cheltenham, Edward Elgar,
- Hill, Claire [2009], Bargaining in the Shadow of the Lawsuit: A Social Norms Theory of Incomplete Contracts, *Delaware Journal of Corporate Law*, 34 (1), 191-220.
- Kahneman, Daniel, Jack L. Knetch, and Richard H. Thaler [1991], *The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias*, 5 Journal of Economic Perspectives 193
- Kaplow, Louis [2000], *General Characteristic of Rules*, in Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V. The Economics of Crime and Litigation*, Cheltenham, Edward Elgar
- Katz, Avery [2004], The Economics of Form and Substance in Contract Interpretation, *Columbia Law Review*, 104 (2), 496-538.
- Kelemen László [1937]: *A jóhiszeműség és tisztesség a magánjogban*. Szeged, 1937.
- Kemenes István – Vékás Lajos [2008a]: V. Könyv Első Rész: A kötelek közös szabályai. in: Vékás Lajos (szerk): *Szakértői javaslat az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez*. Budapest, Complex
- Kemenes István – Vékás Lajos [2008b]: Ötödik könyv második rész: A szerződések általános szabályai. in: Vékás Lajos (szerk): *Szakértői javaslat az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez*. Budapest, Complex
- Gárdos Péter [2008]: V. Könyv Második Rész VII. Cím: Engedményezés, tartozásátvállalás, szerződésátruházás. in: Vékás Lajos (szerk): *Szakértői javaslat az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez*. Budapest, Complex
- Korobkin, Russell [1998a], *Inertia and Preference in Contract Negotiations: The Psychological Power of Default Rules and Form Terms*, 51 Vanderbilt Law Review 1583
- Korobkin, Russell [1998b], *The Status Quo Bias and Contract Default Rules*, 83 Cornell Law Review 608
- La Porta, Rafael, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer, and Robert Vishny [1998], Law and Finance, *Journal of Political Economy* 106 pp. 1113-1155.

- Menyhárd Attila [2000]: *A szerződés akarathibák miatti érvénytelensége*. Szladits Szeminárium kiadványai 1. ELTE ÁJK Polgári jogi tanszéke, Budapest
- Menyhárd A. [2004]: *A jóerkölcsbe ütköző szerződések*. Gondolat, Budapest
- Milgrom, Paul – John Roberts [2005]: *Közgazdaságtan, szervezetelmélet és vállalatirányítás*. Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest
- Posner, Eric A. [2005], 'There Are No Penalty Default Rules in Contract Law', *Chicago Working Papers in Law and Economics* No. 237, University of Chicago
- Posner, Richard A. [2011], *Economic Analysis of Law*, 8th edition. New York: Aspen Law and Business
- Posner, Richard A. [2005], The Law and Economics of Contract Interpretation, *Texas Law Review*, 83(6), 1581-614.
- Shavell, Steven [2004], *Foundations of Economic Analysis of Law*, Belknap Press
- Shleifer, Andrei, Florencio Lopez-de-Silanes, and Rafael La Porta [2008]: The Economic Consequences of Legal Origins. *Journal of Economic Literature* 46, pp. 285–332
- Stigler, Gary J. [1971]: Az állami szabályozás elmélete. in: Stilger G.J.: *Piac és állami szabályozás*, KJK, Budapest, pp. 325-352
- Szladits Károly [1941]: *Aszerződések tartalma*. in: Szladits Károly (szerk.): *Magyar magánjog. Kötelmi jog általános része*. Budapest, Grill.
- Trebilcock, Michael J. [1993], *The limits of freedom of contract*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Villányi László [1941]: A kötelelem alanyai. in: Szladit Károly (szerk.): *Magyar magánjog. Kötelmi jog általános része*. Budapest, Grill.
- Williamson, Oliver E. [1979/2007], A tranzakciós költségek gazdaságtana: a szerződéses kapcsolatok szabályozása. *Kormányzás, Közpénzügyek, Szabályozás* 2 pp. 235-255.
- Zoltán Ödön: XX. fejezet: A szerződés tartalma és tárgya. in: Gellért György (szerk.): *A Polgári Törvénykönyv magyarázata*. I. Kötet. Budapest, Complex

XI. fejezet

Speciális szerződések

Az eddigi fejezetekben a szerződési jog régi klasszikus kérdéseit vettük számba. Az utóbbi évtizedekben azonban sok olyan téma, amely klasszikusan a szerződési jog (és a magánjog egyéb klasszikus) keretei között rendeződött, kivált onnan és más – sokszor most önállósodó – jogágakba került. Például a fogyasztóvédelemben vagy a munkajogban. De a szerződési jogban is bekerültek korábban nem ismert intézmények, mint például az általános szerződési feltételek szabályozása.

Ezek a változások általában olyan szerződéseket érintettek, ahol a jogalkotó megítélése szerint sérül a szerződési jog alapfeltétele, nem két egyenrangú fél áll egymással szemben. A joggazdaságtan számára ebben semmi meglepő nincs: láttuk azonban az első fejezetben, hogy vannak olyan helyzetek, amikor a magas tranzakciós költségek miatt csak úgy lehet a szerződést nyelbe ütni, ha az egyik fél elfogadja az egyenlőtlen pozícióját, azt, hogy a szerződést a másik fél például egyoldalúan módosíthatja, újraírhatja, megmondhatja neki, hogy mikor mit tegyen (utasíthatja). Ilyen például a *munkaszerződés*. A hatékonysági elemzés kiindulópontja: mivel az alárendelt fél elfogadja a szerződést, ezzel azt is elismeri, hogy az még ilyen feltételek mellett is előnyösebb számára, mint annak elmaradása. Láttuk többször, például az előző fejezetben is: ha a jog fellép az ilyen szerződések vagy akár csak egyes szerződési kitételek ellen, akkor ezen előnyöktől is megfosztja a „gyengébb felet”. A hatékonysági elemzésnek tehát további érvekre van szüksége, ha ezen tilalmak mellett akar érvelni – nem elégedhet meg a felek közötti egyensúlytalanság deklarálásával. Természetesen felhozhatók a már eddig is tárgyalt problémák: az információhiány (a gyengébb fél nem tudja mit fogad el) és a kényszer (vagy legalábbis a szükséghelyzet kihasználása). Ezek azonban a szerződési jog klasszikus eszközeivel kezelhetők lennének, nem lenne szükség új típusú szabályozásra.

Az új szabályozás alá vett szerződések esetében azonban egy másik probléma is megjelenik, egy olyan probléma, amely a klasszikus közgazdaságtani és a klasszikus jogi elemzéstől is távol áll: a racionalitás korlátozott volta. Sok esetben érvel azzal a joggazdaságtan, hogy a felek nem racionális mérlegelés alapján fogadnak el szerződési ajánlatokat. Vagyis az adott megállapodás – beleegyezésük ellenére – sem szolgálja az ő érdekeiket, sőt rosszabb helyzetbe is hozhatja

őket, mint amilyenben a nélkül lennének. (Emeljük ki mindjárt az elején: ezek nem egyszerűen információhiányos helyzetek, vagy kényszer hatására kötött szerződések – éppen ezért követelnek azon doktrínáktól eltérő megoldásokat!) Ezen érvek a szerződési jog klasszikus elveitől valóban távoli állnak.

Ebben a fejezetben némileg megfordítjuk az eddig (többnyire) követett logikát. A korábbi fejezetekben az évszázadok során (a római jog fejlődése vagy a *common law* gyakorlatában) kialakult jogintézményeket elemeztünk. Ezek kapcsán a fő kérdés az volt, hogy megfelelnek-e a hatékonyság első fejezetben látott elvárásainak. Most azonban olyan szabályozási eszközök kerülnek terítékre, amelyeket az utóbbi években tudatosan építettek be a jogrendszerbe, hivatkozva olyan társadalomtudományi, közgazdaságtani elvárásokra, amelyekre a klasszikus polgári jogi intézmények (az új szabályozás hívei szerint) nem volt tekintettel. Mivel ezek politikai, szabályozói döntések voltak, így itt a logikánk is „politikai”, közpolitikai lesz: először azt vizsgáljuk meg, hogy milyen közgazdasági megfontolásokat kellene a klasszikus megközelítés kritikusai szerint figyelembe venni a szabályozás során: Ezután kerül sor a magyar jog elemzésére: ezekkel az elvárásokkal vetjük majd össze a magyar szabályokat.

1. FOGYASZTÓI SZERZŐDÉSEK

A polgári jogban is mind nagyobb szerepet kap a fogyasztók védelme. Láttunk erre több példát a könyv eddigi részeiben. Például láttuk, hogy a magyar jog a fogyasztói szerződés kapcsán jó néhány – általában kógens - részletszabályt rögzít. Ezekről ad áttekintést a 11.1. szövegdoboz. Az ilyen szabályok száma a 2013-as kódex általános részében lényegesen megnő. Ez azonban (véltetően) nagyrészt három elemnek köszönhető:

- egyrészt változik a fogyasztó definíciója és az újonnan definiált kör nagyobb védelmet követel, mint a régi tágabb értelmezés – véltetően ennek (is) köszönhető a kezességvállalás vagy a zálogjog szabályozása újraszabályozása;
- másrészt néhány olyan elem, amely korábban minden szerződésben tilos volt, most csak a fogyasztói szerződésekben maradt az (vagyis a többi esetben megszűnt a kógenca) – például a pénztartozás előtörlesztése kapcsán;
- harmadrészt bekerültek a kódexben eddig máshol szabályozott elemek, mint például a tisztességtelen magatartásról szóló fekete- és szürkelista.

Az első indokot érdemes mindjárt itt az elején kiemelni. A fogyasztói szerződések megkülönböztetése és a fogyasztók erőteljesebb védelme mellett hatékonysági alapon általában azzal érvelhetünk, hogy a fogyasztóktól nem várhatjuk el azt a fokú körültekintést, mint egy normális kereskedelmi szerződést kötő

féltől. Ez, mint majd látjuk (talán) igazolható is, de jogi alkalmazása megkívánja a fogyasztói és a „normális” kereskedelmi szerződések, pontosabban a fogyasztók és a nem fogyasztók megkülönböztetését. Az 1959-es kódex ezt sokat vitatott formában teszi meg: mindenki, aki nem saját üzleti tevékenységében jár el – függetlenül attól, hogy egyébként egy jól menő vállalat – fogyasztónak számít. A 2013-as törvénykönyv definíciója szerint a fogyasztó „a szakmája, önálló foglalkozása vagy üzleti tevékenysége körén kívül eljáró természetes személy”. (Érdeemes itt utalni arra, hogy ezzel nemcsak a nem saját üzleti körében eljáró vállalkozó került ki a fogyasztó fogalmából, hanem minden jogi személy, a non-profit szervezetek is – akár üzleti körükben, akár azon kívül járnak el.)

Az alfejezetben először ezeket a nem teljes racionalitásra hivatkozó érveket vesszük számba, majd ezek ismeretében térünk rá a fogyasztó-definíció és a fent már látott eltérések legfontosabbjainak elemzésére.

11. 1. Fogyasztói szerződések speciális rendelkezései a Polgári törvénykönyvben

Az 1959-es Ptk fogyasztói szerződésekről szóló általános szabályai

In dubio contra proferentem. A fogyasztói szerződések esetén akkor is alkalmazni kell az *in dubio contra proferentem* szabályt, ha azt nem általános szerződési feltételek révén kötik. (207.§ (2) bek.)

Általános szerződési feltételek alkalmazása nem ÁSZF-nél. Nem kell általános szerződési feltétel, elég, ha egyedileg nem tárgyalták meg az adott szerződési feltételt a fogyasztóval, ahhoz, hogy vizsgálja a jog annak jóhízműségét és tisztességét. Ezt megalapozhatja az is, ha a feltétel nem világos vagy nem érthető. Az ilyen kikötés semmis. A semmisségre azonban csak a fogyasztó érdekében lehet hivatkozni. (209.§ , 209/A.§)

Részleges érvénytelenség. A részleges érvénytelenség a fogyasztói szerződés esetén kifejezetten erős szabály: „Fogyasztói szerződés részbeni érvénytelenség esetén csak akkor dől meg, ha a szerződés az érvénytelen rész nélkül nem teljesíthető.” (239.§ (2) bek.) Vagyis nem elég ahhoz annak bizonyítása, hogy a felek, akár a partner azt az érvénytelen rész nélkül nem kötötték volna meg.

Szavatosság, jótállás. A szavatossági jogok sorrendje egyoldalúan kógens: attól nem lehet a fogyasztó hátrányára eltérni. (306.§ (5) bek.) A szavatossági kötelezettséggel összefüggő költségek a felek közös megállapodásával sem háríthatóak át a jogosultra. (309.§ (1))

A különböző határidők is hosszabbak a fogyasztói szerződések esetén. Így

- a teljesítést követő hat hónapon belül felismert hiba kapcsán az a vélelem, hogy az már a teljesítés időpontjában megvolt (305/A.§ (2) bek.);
- a két hónapon belül közölt kifogás pedig mindenképpen kellő időben történik (307.§ (2) bek.);
- az elévülési idő pedig – a szokásos egy évvel szemben – két év, és csak használt dolog adásvétele esetén lehet egy év (308.§);

– ha a szavatossági igény menthető okból nem érvényesíthető (például, ha a hiba nem felismerhető), akkor a szavatossági jogokat a szokásos egy évvel szemben három évig lehet gyakorolni (308/A.§ (2) bek.).

Ezen túl a jog komoly formai követelményeket ad fogyasztói szerződés esetén a jótállási nyilatkozathoz. (Tartalmaznia kell (i) a jótállás kötelezettjének nevét és címét, (ii) a jótállás tartalmát, időtartamát, (iii) területi hatályát és (iv) a belőle eredő jogok érvényesítésének módját; (v) utalnia kell továbbá arra, hogy a jótállás a fogyasztónak a törvényből eredő jogait nem érinti. (248.§ (3) bek.)

Teljesítés helye. „Rendes szerződésben” a teljesítés helye a kötelezett lakóhelye, illetőleg székhelye –fogyasztói szerződés esetén a teljesítés a fogyasztó részére való átadással történik meg. (278.§ (1) bek.)

Hiba fogalma. Speciális szabály vonatkozik az összeszerelés hibájára: fogyasztói szerződésben semmis az a kikötés, amely szerint nem hiba, ha a szolgáltatott dolog szakszerűtlenül szerelik össze – ha a szerelés szerződéses kötelezettség, és azt a kötelezett maga vagy teljesítési segédje végezte, illetve, ha a hiba a használati útmutató hibájára vezethető vissza. (305.§ (2) bek.)

A 2013-as kódex fogyasztói szerződésekről szóló általános szabályai

Feltűnő értékaránytalanság. A feltűnő értékaránytalanság miatti megtámadhatóságot fogyasztó szerződés esetén nem lehet kizárni. (6:98.§)

Előtörlesztés. Pénztartozás idő előtti teljesítését inentől csak fogyasztói szerződésben nem lehet kizárni, illetve ilyenkor a fogyasztóra az idő előtti teljesítésből közvetlenül fakadó költségeken túl további terhet róni nem lehet. (6:131.§)

Kezesség. Fogyasztó által vállalt kezesség³⁸⁶ esetén hiába vállal felelősséget a kezes a „kötelezettnek a jogosulttal szemben fennálló valamennyi kötelezettségéért vagy meghatározott jogviszony alapján fennálló valamennyi kötelezettségéért”, a szerződésben akkor is meg kell határozni a legmagasabb összeget, amelyért a kezes felel. Ilyen esetben a jog komolyabb tájékoztatási kötelezettséget ír elő, mint egyéb esetben – így például a kezes jogai és kötelezettségei mellett, tájékoztatást kell adnia a hitelezőnek a kötelezett helyzetéből, illetve az előtte ismert különleges kockázatokról. Hasonlóképpen azonnal információt kell kapnia a kezesnek a kötelezett késedelméről. (6:430.§)

Garancia. Fogyasztó nem vállalhat garanciát, az ilyen nyilatkozata egyszerű készfizető kezességet jelent. (6:438.§)

Zálogszerződés. Fogyasztói zálogszerződés esetén³⁸⁷ zálogtárgy csak egyedileg meghatározott vagyontárgy lehet, illetve olyan, amelynek tulajdonjogát épp a zálogjogosult által nyújtott kölcsön (vagy fizetési haladék) révén szerzi meg; és a zálog

³⁸⁶ Itt a fogyasztói szerződés nem az jelenti, hogy magánszemély vállal kezességet – egy fontos kör ebből kimarad: nem számít ide az, ha a kezes egy jogi személy vezető tisztségviselője vagy többségi befolyással rendelkező tagja, és a kezességet ezen jogi személy érdekében vállalja.

³⁸⁷ Ezen nemcsak azt kell érteni, hogy a zálogkötelezett természetes személy, hanem emellett szükséges az is, hogy a zálogtárgy és a zálog célja nem a szakmája gyakorlásához kapcsolódik.

meghatározásakor pontosan meg kell adni annak összegét is – nem elég pusztán az alapjogviszonyt megjelölni (mert így a kötelezettséget akár nőhet is). (5:90.§)

A fogyasztói zálogszerződés esetén a kielégítési jog is korlátozottabb: a zálogtárgyat csak nyilvánosan lehet értékesítheti (kivéve, ha a felek a kielégítési jog megnyílása után írásban eltérő értékesítési módban állapodtak meg); és a zálogjogosult nem szerezheti meg annak tulajdonjogát. (5:128.§)

Diszpozitív rendelkezések kógenssé válnak. A fogyasztó nem mondhat le jogszabályban megállapított jogáról fogyasztói szerződésben. (6:101.§) A fogyasztói jogot megállapító törvényi feltételek egyoldalúan kógenssek – azoktól a fogyasztó hátrányára eltérni – még kellő ellentételezés esetén sem lehet. (6:100.§) Az elektronikus szerződéskötés törvényben leírt szabályai a fogyasztói szerződések esetén nem diszpozitívak, hanem kógenssek. (6:85.§)

In dubio contra proferentem. Fogyasztói szerződés minden pontjára – nem csak az egyedileg meg nem tárgyalt feltételekre – alkalmazni kell a *contra proferentem* értelmezési elvet. (6:86.§)

Általános szerződési feltételek alkalmazása. A fogyasztóval szemben a főkötelezettség teljesítésért járó ellenszolgáltatáson túl további pénzkövetelés csak akkor válik a szerződéses részévé, ha azt - külön tájékoztatást követően – a fogyasztó kifejezetten elfogadta. (6:79.§)

Részleges érvénytelenség. Megmarad a szabály, mely szerint „normális esetben” részleges érvénytelenség esetén a szerződés akkor dől meg, ha feltehető, hogy a felek azt az érvénytelen rész nélkül nem kötötték volna meg – fogyasztói szerződés esetén azonban csak akkor, ha az az érvénytelen rész nélkül nem teljesíthető. (6:114.§)

Szavatosság, jótállás. Alapesetben, ha a dolog kicserélésére a kellékszavatossági határidő jelentős részének eltelte után kerül sor, a kötelezett kompenzációt (a gazdagodás megtérítését) kérheti a jogosulttól. Kivéve, ha fogyasztói szerződésről van szó. (6:167.§)

A kellékszavatosságra és a jótállásra vonatkozó törvényi előírások egyoldalúan kógenssek (6:157.§ (2) bek.):

(a) teljesítést követő hat hónapon belül felismert hiba kapcsán vélelmezi a jog, hogy az már a teljesítés időpontjában megvolt (6:158.§);

(b) a két hónapon belül jelzett hiba „késedelem nélkül közöltnek” számít – szemben az egyéb szerződések esetén meghatározott nyílt (a bíróság által esetenként megállapított) határidővel: „késedelem nélkül” (6:162.§ (2) bek.);

(c) a kellékszavatossági igény, ha nem használt dolog vásárlásáról van szó, két év után évül el – szemben az egyéb szerződések egy éves elévülésével (6:163.§).

Termékszavatosság. A termékszavatossági igény csak fogyasztói szerződések esetén él. (6:168.§)

Tisztességtelen szerződési feltétel. A bíróság által tisztességtelennek nyilvánított feltétel fogyasztói szerződés esetén semmis – igaz erre csak a fogyasztó érdekében lehet hivatkozni.

Fogyasztói szerződés esetén az általános szerződési feltételre vonatkozó tisztességtelenségi szabályokat kell alkalmazni, addig, amíg a vállalkozás nem bizonyítja, hogy az adott szerződési feltételt a felek egyedileg megtárgyalták. Az ÁSZF-

szabályozás általános tisztességtelenségi feltételein túl a fogyasztói szerződésben az is elegendő a tisztességtelenség megállapításához, ha a feltétel nem egyértelmű.

Ezen túl a 6:104.§ egy hosszú listát ad – a korábban a magyar jogban máshol szereplő „fekete- és szürkelistát” átvéve – azon feltételekről, amelyek tisztességtelenek a fogyasztói szerződésekben. Bizonyosan tisztességtelen az (feketelista), ha

a) a szerződés pontjának értelmezésére egyoldalúan a partner jogosult;

b) a partner egyedül meghatározhatja, hogy a teljesítése megfelelő (szerződés-szerű) volt-e;

c) a fogyasztónak teljesítenie kell akkor is, ha a partnere nem teljesít;

d) a partner egyoldalúan (a fogyasztó ilyen joga nélkül) jogot kap az elállásra vagy a felmondásra;

e) a szerződés – akár szerződésszegés miatti – megszűnésekor a fogyasztó nem követelheti vissza már teljesített, de ellenszolgáltatás nélkül maradt szolgáltatását;

f) kizárja vagy korlátozza a fogyasztó beszámítási jogát;

g) a partner tartozásának átvállalásához nem kell a fogyasztó hozzájárulása;

h) kizárja vagy korlátozza a közreműködőért való felelősséget;

i) kizárja vagy korlátozza a fogyasztó igényérvényesítési lehetőségeit, ide értve a választottbírói kikötést is, vagy azt, ha a fogyasztót olyan dolog bizonyítására kötelezi, amelyet jog szerint a másik félnek kellene bizonyítani;

j) a bizonyítási terhet a fogyasztó hátrányára változtatja meg.

Az alapos ok, illetve az indokoltság bizonyításáig tisztességtelen az (szürke lista), ha

a) a fogyasztónak nagyon rövid határidővel kellene valamilyen nyilatkozatot megtenni;

b) a nyilatkozat megtételéhez nagyon magas alaki követelményeket határoz meg;

c) a határozott időre kötött szerződés csak ilyen nyilatkozat megtétele esetén nem hosszabbítja meg;

d) a partner egyoldalú szerződésmódosításra kap jogot úgy, ha ennek „alapos” okát nem rögzíti előre a szerződés vagy ha alapos okkal történő módosítás esetén a fogyasztó nem állhat el a szerződéstől;

e) a partner egyoldalúan alapos ok nélkül megváltoztathatja a szolgáltatás szerződésben kikötött, ígért tulajdonságait;

f) a partner egyedül meghatározhatja, hogy beállt-e olyan feltétel, amely az ő teljesítését kizárja – kivéve, ha ilyen esetre a fogyasztó elállási vagy felmondási jogot kap;

g) a partner fizetési határideje hosszabb, mint negyvenöt nap, vagy nem megfelelően határozza meg a határidőt, amely alatt teljesítenie kell, vagy a fogyasztó nyilatkozatairól nyilatkoznia kell;

h) kizárja vagy korlátozza a fogyasztó szerződésszegés esetén érvényesíthető – jogszabályban meghatározott – jogait;

i) a fogyasztó nem kaphatja vissza az általa fizetett összeget, ha nem teljesít, vagy nem szerződésszerűen teljesít, feltéve, hogy a vállalkozásra nem vonatkozik hasonló szabály;

j) a fogyasztónak túl magas összeget kell fizetnie, ha nem vagy nem szerződésszerűen teljesít.

1.1. Racionalitás körüli joggazdaságtani viták

A fogyasztói szerződések a világ legtöbb polgári jogi rendszerében kitüntetett szerepet játszanak – a fogyasztók több védelmet élveznek, könnyebben szabadulhatnak kötelezettségeik alól, mint a normális szerződő felek. A joggazdaságtan ennek igazolására általában a *korlátozott racionalitás* modelljeit hívja segítségül. A korlátozott racionalitás kapcsán a fő érv úgy szól, hogy a fogyasztók nem feltétlenül (egyések szerint: általában nem) képesek olyan döntést hozni, amely a saját érdekeiket szolgálná. Még akkor sem, ha a hiányzó információkkal ellátjuk őket, vagyis ha az információk hátrányukat felszámoljuk. A fogyasztók nem képesek az információk megfelelő értelmezésére, könnyen befolyásolhatók.

A korlátozott racionalitás kérdését részletesen vizsgáló, a klasszikus közgazdaságtan racionalitás-feltevését kritizáló, ún. *viselkedési közgazdaságtan* (*behavioral economics*) művelőinek álláspontját Barr-Gill alapján három pontban foglalhatjuk össze (Bar-Gill [2010]):

1. A fogyasztók gyakran hoznak a saját céljaikat nem szolgáló döntéseket – sőt ezek a tévedések „tipikusak”, vagyis jól azonosíthatók. Ezért a tévedésekre az ellenérdekű fél építhet is, vissza is élhet azokkal. A fogyasztók könnyen befolyásolhatók, döntéseik *kontextus függők* (Vincze [2010]): ha a kérdést másképp fogalmazzuk meg, akkor ugyanolyan információk mellett is megváltozik a döntésük. Tegyük hozzá, hogy itt nem hazugságról vagy információk elhallgatásáról beszélünk, hanem igaz, teljes, de a kontextus függést felismerve hibás döntésekhez vezető információkról!
2. A fogyasztók hibáit, mind saját maguk, mind a partnereik felismerhetik. Éppen ezért azok jogi segítség nélkül is elkerülhetők lennének. A fogyasztók tanulhatnak, döntéseikhez segítséget kérhetnek. Partnereik – ha ebben érdekeltek – figyelhetnek a hibák elkerülésére, felhívhatják rájuk a figyelmet. A korlátozott racionalitás miatti hibák a való életben lényegesen kisebb gondot okoznak, mint az az 1. állításból (és az azt megalapozó kísérletekből) kitűnik. Különösen a fontos döntéseknél a fogyasztói racionalitás teljesebb: maguk a fogyasztók is sokat tesznek a hibák elkerülése érdekében. (Mint majd látjuk, arról azonban erőteljes vita bontakozott ki a joggazdaságtani irodalomban, hogy a partnerek mely esetekben érdekeltek a problémák csökkentésében és mely esetben „játszanak rá” azokra.)
3. A korlátozott racionalitás problémáira hivatkozó állami, jogi beavatkozás nem veszélytelen – gyakran több gondot okoz, mint maga az alapprobléma. Különösen így van ez a kógens szabályok esetén, amelyek azokat is korlátozzák a döntéseikben, akik nem esnének ilyen hibákba. Az irodalom ma már inkább az ún. *puha paternalizmus* (elsősorban diszpozitív szabá-

lyokkal, kötelezően felkínálандó alternatívákkal élő) eszközeit, illetve a figyelemfelkeltést, a figyelmeztetési politikát, tájékoztatási kampányokat (*debiasing*) ajánlja. De ezek esetében is erős ellenérvekkel találkozhatunk a szabályokat megalkotó, a fogyasztói döntéseket korrigálni, befolyásolni akaró politikai szféra közgazdaságtanának – az ún. *közösségi döntések elméletének* [public choice] – érveire alapozva.

Lássuk ezeket – a meglehetősen bonyolult helyzetet leíró – állításokat, és az az azok mögötti vitákat egyesével!

Döntési anomáliák

A kísérleti közgazdaságtan (*experimental economics*) többször azonosított olyan szisztematikus hibákat, eltéréseket, amelyeket az első fejezetben bemutatott racionális döntéshozó nem követne el. A hibákat két nagy csoportba szokás sorolni: ezeket vagy a korlátozott racionalitás okozza vagy a túlzott rövidlátás, illetve az ún. hiperbolikus diszkontálás megjelenésére utalnak.

Döntési anomáliák: korlátozott racionalitás. A korlátozott racionalitás miatt fellépő anomáliákat többféleképp szokták csoportosítani.³⁸⁸ Álljon most itt Cullis és Jones – a többenél talán részletesebb – csoportosítása! (Cullis – Jones [2003] pp. 195-196) Eszerint az anomáliák három nagy csoportját különböztethetjük meg: (i) létezik a *múlt* olyan befolyása, amely normális esetben nem lenne szabad, hogy megjelenjen; (ii) léteznek olyan tényezők, amelyek a döntés *jelenlegi* kontextusának megváltoztatásán keresztül hatnak, és (iii) végül figyelembe kell venni a *jövő* mérlegelésével kapcsolatos hibákat is.

(i) A *múlt* hatása: a racionális döntéseknek, mint az első fejezetben láttuk, a határköltségről és a határhaszonnról kellene szólnia. Azonban a múlt sokszor kísért – a korábbi lépések, helyzetek is befolyásolják a döntéseket. Ilyen az *elsüllyedt költségek* (*sunk cost*) hatása, vagyis amikor döntéseinkben múltbeli költségeket is figyelembe veszünk. „Késő bánat, eb gondolat” – tartja a magyar mondás is. És ez felelne meg az első fejezetben látott racionális döntésnek is. Ezzel szemben sokszor csak azért folytatunk valamilyen tevékenységet, mert *eddig már* sokat fektettünk bele. Úgy érvelünk magunknak, hogy nem akarjuk azt elbukni – holott a múltbeli befektetéseket már elbuktuk. A *racionális* kérdés, mint láttuk, az, hogy amit *ezután* be akarunk, be kellene még fektetni, az megéri-e, vagyis annál többet kapunk-e vissza, nem az, hogy eddig mennyit tettünk valami érdekében.

³⁸⁸ Más csoportosításokért lásd Csontos [szerk. 1998], Tversky – Kahneman [1991], Vandenberghe [2011]!

Ide sorolhatjuk a *kiinduló helyzet-hatást* (*endowment effect*) is, vagyis amikor pusztán azért értékelünk többre egy dolgot, mert azzal rendelkezünk. Tipikus megjelenési formája ennek: amikor arról kell dönteni, hogy mennyit áldozzunk valami megszerzésére (vagyis mennyi a „fizetési hajlandóságunk”), akkor lényegesen kevesebbre értékeljük az adott dolgot, mint akkor, amikor az a kérdés, hogy mit kérünk azért cserébe, hogy megváljunk tőle (vagyis mekkora az „elfogadási hajlandóságunk”).

(ii) A *jelen hatása*: a kontextus függés. Ilyen a *megfogalmazási vagy keretezés (framing) hatás*, a *viszonyítási (reference point) hatás*, a *horgonyhatás*. Ezek mindegyike arra utal, hogy a probléma, illetve a döntéshez szükséges információk megfogalmazása befolyásolja a döntésünket. Ha ugyanazt az információt más formában közöljük, másképp fog annak alapján dönteni a döntéshozó. Többre értékelünk egy félig teli poharat, mint egy félig ürest. Éppen ezért, ha a másik fél ügyesen befolyásolja ezt a viszonyítási pontot (ügyesen dobja ki a „horgonyt”), akkor a korlátozottan racionális döntéshozó döntését elhúzhatja annak irányába. Lássunk erre két példát! Tversky és Kahneman híres kísérletükben azt kérdezték, hogy az ENSZ-ben levő országok hány százaléka afrikai. A résztvevőket két csoportba osztották, és mind a kettőben úgy tették fel a kérdést, hogy mondtak egy-egy nyitó értéket, és azt várták, hogy a válaszadók azt mondják meg, hogy az arány kisebb vagy nagyobb annál. Ha a válaszadó kisebbnek becsülte, akkor csökkentették az értéket és újra feltették a kérdést, ha nagyobbak ítélte, akkor növelték. A két – minden más tekintetben hasonló – csoportban élesen eltérő eredményt kapott: azok, akiknél a „licit” 10%-ról indult (és mivel az emberek azt mondták, hogy annál azért több, ezért onnan emelkedett) az átlagos válasz 25% lett, míg abban a csoportban ahol a licit 90%-ról indult, 45% (Tversky – Kahneman [1974]). A másik példa jogi. Pogarsky és Babcock azt figyelte meg, hogy a kártérítésként megítélt összegek jelentősen nőnek akkor, ha a jog tartalmaz egy az adott esetben megítélhető maximális kártérítési szintet: a bírakat ez még akkor is befolyásolta, ha a felső határ jelentősen meghaladta a tényleges kárértéket – ha volt ilyen horgony, akkor a kártérítés magasabb lett (Pogarsky – Babcock [2001]).

Különösen sok gondot okoz a döntések során a kockázat kezelése. Ilyen például a *preferenciasorrend megfordulásának (preference reversal) hatása*: általában hajlunk arra, hogy inkább a kisebb eredménnyel járó, de nagyobb valószínűségű alternatívát válasszuk, viszont a nagyobb eredménnyel kecsegtető, de kisebb valószínűségű alternatíváért többet vagyunk hajlandók fizetni. Lichtstein és Slovic például azt találta, hogy ha ingyen van, akkor a megkérdezettek 71%-a inkább egy olyan játékba nevezne be, ahol 90% az esélyük arra, hogy kapjanak 4 dollárt, mint abba, ahol 10% eséllyel kapnak 40-et. Viszont, ha azt kérdezzük, hogy mi az a maximális ár, amelyért beszállna az adott játékba, akkor

azt látjuk, hogy az utóbbiért 67% többlet lenne hajlandó adni. (Lichtenstein – Slovic [1971])

A kontextus fontosságára hívja fel a figyelmet a *lehetőségköltség-hatás* is: a döntéshozatal során hajlamosak vagyunk elfelejtkezni a nem pénzbeli költségekről – legalábbis kevésbé vesszük ezeket számításba, mint az ugyanakkora pénzbeli kiadásokat. A készpénzben fizetendő kiadások fontosabbak, mint az azonos értékű „idő és fáradtság”. Befolyásolható tehát a döntés: inkább fogadnak el a korlátozottan racionális döntéshozók olyan ajánlatot, amelyért alacsonyabb árat állapítunk meg, de a döntéshozóra egyéb költségeket hárítunk – például, hogy utazzon el az adott szolgáltatásért.

A döntéseket erősen befolyásolja az *önhittség* (*over-confidence*) hatása is. Gyakran alapozzuk döntéseinket ugyanis tévhitekre – általában túlzottan is bízunk magunkban, a rendelkezésünkre álló információkban.

(iii) A *jövő* szintén azon keresztül hat, hogy az emberek általában nem képesek megfelelően értékelni kockázatos programokat. Túlzottan is nagy jelentőséget tulajdonítunk annak, ha valamilyen alternatíva esetén nincs kockázat – ez az ún. *bizonyosság-hatás*. Például míg a legtöbbször inkább a biztos 3000-t választja, ha az alternatíva az, hogy 80% eséllyel nyerhetünk 4000-t. Ezzel szemben, ha a két alternatívát úgy módosítjuk, hogy a 3000 esélye 25%, míg a 4000-é 20%-ra csökken, akkor már a legtöbbször az utóbbit választaná. (Cullis – Jones [2003] p. 196) Miért probléma ez? A második játékot képzeljük el úgy, mint egy kétlépcsős folyamatot. Ha az első szinten elbukunk, akkor nem léphetünk a második szintre. Az első szinten a bukás esélye 75%. Ha sikerrel vettük ezt (aminek ugye 25% az esélye), akkor a második szinten az eredeti (biztos 3000, vagy 80% eséllyel 4000 közötti) döntéssel szembesülünk. Nem mindegy, hogy még az első lépés előtt kérdezzük meg a döntéshozót arról, hogy a második körben melyik alternatívát akarja majd választani (ezt érdemes akkor tennünk, ha inkább a 4000-es választására akarjuk rávenni) vagy csak az első kör után. Ha a második szinten (miután az elsőt sikeresen vette), akkor a biztos, de kisebb alternatíva nyer. Ha már az első előtt, akkor viszont a nagyobb.

A bizonyosság hatás ellentéte a *kicsi valószínűség* (*small probability*) hatása: az alacsony valószínűségeket gyakran túlértékelik a döntéshozók – ez magyarázza a szerencsejátékok népszerűségét. Tudjuk például, hogy a rulett várható kifizetése (vagyis a nyereség esélyével súlyozott nyeremény) kisebb, mint a tét³⁸⁹, vagyis kockázat semleges döntéshozó nem választaná. Egy kockázatkerülő még kevésbé. Mégis, mivel az adott helyzetben a nyereség esélyét nagyobbnak érzékeljük, mint amekkora az a valóságban, így hajlandók vagyunk játszani.

³⁸⁹ A nyereség esélye, ha számra teszünk 1:37, míg a nyeremény csak 36-szoros. Ha színre vagy páros-páratlanra teszünk, akkor a nyereség esélye 18:37, vagyis 50%-nál alacsonyabb, a nyeremény viszont csak kétszeres.

A valószínűség becslését sok módon torzíthatjuk – adott eseményt a valószínűsége valószínűbbnek tűntethetünk fel, ha kihasználjuk a *közelség torzítását* (*availability bias*) vagy a *reprezentativitási torzítást* (*representativeness bias*). Előbbi lényege, hogy egy mostanában átélt vagy legalábbis felidézett események valószínűsége nagyobbak tűnik. (Tipikus példája: ha az autót mentén egy balesetre emlékeztető jelet, például egy keresztet helyezünk el, akkor az autóvezetők lassítani fognak.) A reprezentativitás hatás híres kísérlete³⁹⁰: tegyük fel, hogy egy személyről közlik velünk, hogy vagy kereskedő, vagy könyvtáros! Ezek után azt is megtudjuk, hogy „félénk, visszahúzódo, segítőkész, szerény, rendes, rendszerető, aprólékos” – ezek után megkérdezik, hogy melyik. Valószínűleg legtöbbünk a könyvtárosra szavazna – mivel a közölt tulajdonságok gyakoribbak a könyvtárosok között. De ha pusztán ez alapján döntünk, akkor elfelejtkezünk arról, hogy mennyivel kevesebb könyvtáros van, mint kereskedő. Ha e jellemvonásokról adott információk nélkül kellene dönteni valószínűleg – mivel ebből van a több – kereskedőnek gondolnánk. A kapott információ csak arra jó, hogy növelje a könyvtáros és csökkentse a kereskedő *valószínűségét*, de vélhetően nem annyival, hogy megforduljon az, és már valószínűbb legyen, hogy könyvtáros. Formálisan fogalmazva: általában rosszul becsüljük, pontosabban elfelejtjük az események előzetes (vagyis többletinformáció nélküli) valószínűségét.

Döntési anomáliák: hiperbolikus diszkontálás. A racionalitási probléma itt nem abból fakad, hogy ki milyen fontosságot tulajdonít a jövőnek. Lehet, hogy nekünk nem tetszik, ha valaki túl keveset foglalkozik vele (számára nemcsak egy veréb ér ma többet, mint egy holnap tuzok, hanem egy fél vagy egy negyed veréb is), de itt a probléma nem ez, hanem a diszkontálás konzisztenciája. Láttuk az első fejezetben: a közgazdaságtan diszkontálásnak nevezi azt, ha valaki a jövőt a jelennel veti egybe. A diszkontálás azt a *mostani* költség- vagy hasznosintet keresi, amely a döntéshozó számára ugyanakkora jóléti veszteséget vagy nyereséget jelent, mint egy *jövőbeni* költség vagy haszon. Ha közömbösek vagyunk aközött, hogy jövőre kapjuk 100-at vagy ma 90-et, akkor az egy év múlva következő költséget és hasznót 10%-kal értékeljük le. A racionalitás, a diszkontálás konzisztenciáját követeli: ez a diszkontláb ugyanakkora kell, hogy maradjon akkor is, ha az a kérdés, hogy öt vagy hat év múlva kapjunk valamit. Példánkban: ha a mai 90 ugyanolyan jó, mint a jövő évi 100, akkor az öt év múlva kapott 90-et és a hat év múlva kapott 100-at is ugyanannyira kellene értékelnünk. A hiperbolikus diszkontálás problémája épp az, hogy ez nem így van. Rövidtávon erősebben diszkontálunk: ha a mai 90 és a jövő évi 100 nekünk ugyanannyit is ér, akkor is bizonyosak lehetünk abban, hogy a

³⁹⁰ Kicsit egyszerűsítve – az eredeti Kahneman – Tversky [1973]

hatodik évben kapott 100-at választjuk inkább az ötödik évi 90-nel szemben. (Konzisztencia esetén e között a kettő között sem tudnánk választani.) Tegyük fel, hogy a hatodik évi 99-et is többre értékeljük, mint az ötödik évi 90-et! Most így gondoljuk – a gond az, hogy amikor eljutunk az ötödik évhez, akkor már nem így fogjuk vélni. Akkor már megint az lesz a helyzet, hogy az azonnali 90 többet ér, mint az egy év múlva várható 99. Ha ma meg tudjuk kötni az üzletet, akkor elkötelezhetjük magunkat egy olyan választás (hat év múlva 99) mellett, amelyet akkor, az adott pillanatban, az ötödik évben már veszteségesnek fogunk tartunk, akkor nem fogadnánk el.

Magán- és piaci védekezési mechanizmusok

Az előző példák legtöbbször a kísérleti közgazdaságtanból ismert jelenség. Vagyis meglehetősen speciális körülmények között – általában a kísérletet lefolytató kutató egyetemi hallgatóival – lejátszott, a szó szoros értelmében vett játékok eredményeit tükrözik. Azonban a viselkedési közgazdaságtan bírálói szerint a valós életben kétkorrekciós mechanizmusnak köszönhetően az előbb felsorolt hibák már közel sem ilyen fontosak. Pontosabban: megjelenhetnek ugyan, de nem sokáig maradnak fenn. Az egyik ilyen mechanizmus a tévedéstől fenyegetett felek önvédelme, a másik pedig az, hogy az eladók is törekednek a fogyasztók képzésére.

Magán- és piaci védekezési mechanizmusok: önvédelem. A viselkedés közgazdaságtan bírálói gyakran emlegetik Odüsszeusz példáját (pl. Elster [2001] p 57): ha a hibát felismerjük, akkor védekezhünk is ellene. Odüsszeusz nem esett a szirének csapdájába, mert az árbochoz kötöttette magát, elkerülve ezzel, hogy letérjen a csábítás miatt a legjobb útról, veszélyes vizekre keveredjen. Szó szerint megkötötte a saját kezét. A szerződések egyik alapmotívuma is ez – sokszor éppen azért kötünk szerződést, hogy később ne gondolhassuk meg magunkat, ne engedhessünk a későbbi csábításnak. Elster másik példája (Elster [2001] p. 55) az az ember, aki azért jelentkezik be előre több hétre a fogorvoshoz és azért hatalmazza fel a fogorvost arra, hogy akkor is számlázza ki neki az ellátást, ha esetleg nem jelenne meg, mert így akar védekezni a hiperbolikus diszkontálás problémája ellen. Tudja, hogy amikor majd közeledik a kezelés időpontja, akkor mindent el fog követni egy újabb halasztásért.

Az egyébként korlátozottan racionális emberek a számukra igazán fontos kérdésekben megfelelő védekezési mechanizmusokat alakítanak ki. Például *tanulhatunk*. Tehetünk tehát lépéseket a korlátozott racionalitás ellen – ha tudjuk magunkról, hogy hajlamosak vagyunk bizonyos hibákra. A kérdés, hogy miért tennénk? Tudjuk, hogy nagyobb erőfeszítéseket teszünk a jobb

döntések érdekében, ha többet nyerhetünk, vagy veszthetünk azokon. Például, Sorensen [2001] eredményei szerint a fogyasztók tovább keresik az olcsóbb gyógyszereket, ha nincs biztosításuk és olyan gyógyszerről van szó, amelyet sokszor használnak.³⁹¹ Az ember persze legkönnyebben a saját hibáiból tanul. De ha egy piacon ritkán vagyunk jelen – például ritkán veszünk fel hitelt –, akkor ez az út kevésbé járható. Viszont ilyenkor *segítséget, tanácsot kérhetünk* a témához értőktől. Mivel nem tanulhatunk a saját hibáinkból, így tanulunk a másokéiból. Ha a tétet csökkentjük, mint amit a fogyasztóvédelem tesz, akkor ez az önvédelmi ösztönző csökken.

Magán- és piaci védekezési mechanizmusok: kitanítás. A fogyasztók erősebb védelme mellett érvelők általában abból indulnak ki, hogy ezen tendenciózus hibák – ha a fogyasztók előtt nem is – partnereik előtt ismertek. Ők ezekkel visszaélhetnek. (Bar-Gill [2010]) Termékeik, szerződéseik és árazási politikájuk stratégiai újratervezésével reagálhatnak a fogyasztók tévedéseire, befolyásolhatják azokat. Például, mint az előbb láttuk: ha fellép a lehetőségköltség-hatás, akkor érdemes a pénzbeli árat csökkenteni, és a költségeket, a kockázatot más formában a partnerre hárítani. Hasonló ez ahhoz, mint amit nyolcadik fejezetben a fogyasztók tájékoztatanságát kihasználó káros versenynél láttunk: a verseny azokban a dimenziókban a minőség javítása irányába hat, amire a fogyasztó figyel – viszont ezt a javítást gyakran abból finanszírozzák, hogy a nem figyelt dimenziókban viszont rontják a minőséget. Ez a káros verseny azonban csak akkor létezik, ha (i) a partner érdeke is ezt kívánja, illetve, ha (ii) mint szintén a nyolcadik fejezetben láttuk, a piaci verseny, például a reklámháború nem számolja azt fel.

Miért ne lenne a hiba kihasználása a partner érdeke? Az, hogy a korlátozottan racionális fél megköt egy olyan üzletet, amelyet racionális döntéshozó nem fogadna el, a partnerének még nem biztos, hogy előnyös. Persze, ha egy rosszul értékelt kockázat miatt a fogyasztó olyan szolgáltatást, dolgot vesz, amelyet racionális helyzetben nem venne, az üzlet a partnerének pedig nyereséges, akkor ezt a hibát érdemes *lehet* kihasználni. De csak lehet... – ha a kapcsolat itt véget ér. Amennyiben azonban tartós kapcsolatról van szó, akkor ez nem magától értetődő. Lássuk erre a hitelpiac esetét! Tudjuk, hogy a hitelezők egy-egy adós fizetéseképtelensége esetén elbukják a még fennálló tartozás nagy részét. Ezért nekik sem jó, ha olyan adósnak adnak hitelt, aki korlátozott racionalitása miatt túl nagy kockázatnak teszi ki magát. Maguknak a hitelezőknek is érdekük, hogy megvédjék az adósokat (és persze magukat) a téves döntésektől. Többen

³⁹¹ Tegyük hozzá, a tét hatása az előző pontban látott kísérletekben is kimutathatók! Tversky – Edwards [1966] szerint például, ha a résztvevők 5 centet nyerhettek vagy veszíthettek a válaszuk helyességétől függően, akkor a helyes válaszok pontossága nő. (Más példákért lásd Glaeser [2010].)

vitatják azonban, hogy a bankoknak valóban nem áll-e érdekében veszélyes hiteket nyújtani. Bar-Gill szerint az csak az egyik üzleti stratégia – szerinte egy másik fontosabb, amit ő „izzasztókamra”-modellnek (*sweatbox model*) nevez. Ebben az esetben a megtérülést inkább abból reméli a hitelező, ha még a csőd előtt magas kamatot és egyéb díjakat szed – ebből képezve alapot a csőd esetén valóban kieső bevételek fedezetére. (Fel kell azonban hívni a figyelmet arra, amit a hatodik fejezetben láttunk: ebben az esetben a hitelező vélhetően kontraszelekción indít el, hiszen a magas kamattal éppen a jó adósokat, a szerződést nagy valószínűséggel teljesítőket riasztja el. Az izzasztókamra modell tehát vélhetően csak az eleve magas kockázatú adósokat fogja megtalálni.)

Tegyük fel, hogy a fogyasztó egy kockázatot hibásan értékeli, ezért a valósnál értékesebbnek tűnik számára az adásvétel és nem tartós kapcsolatról van szó! Még ekkor sem biztos, hogy a kockázatot a partner el fogja titkolni. Rövidtávon lehet, hogy ez történik, de Epstein érvelése szerint ez a helyzet nem maradhat fenn hosszabb távon. (Epstein [2010]) Mint a reklámháborúnál láttuk: elég, ha az egymással versengő szolgáltatók egyike felhívja a fogyasztó figyelmét a veszélyre. Például azért, mert az adott kockázatot ő a többiekénél könnyebben tudja csökkenteni vagy átvállalni. Számíthat arra, hogy amennyiben az adott kockázatot a fogyasztók felismerik, akkor az ő kevésbé kockázatos szerződését fogják választani a többieké helyett, vagyis versenyelőnybe kerülne. Ez azonban csak átmeneti előny. Ha az adott vállalat megteszi ezt, akkor a többiek is követni fogják, ők is csökkentik, átvállalják majd az adott kockázatot – de nekik már nem kell a felvilágosító kampányra költeni. A tájékoztató vállalat tehát csak akkor „tanítja ki” a fogyasztókat, ha a kockázatviselésben jelentős az előnye vagy, ha a hasznokat más módon megtarthatja. Például a tájékoztatás miatt olyan reputációt vagy egyéb előnyt szerezhet, amely miatt a fogyasztók később sem pártolnak át az – őket korábban „megvezető” – versenytársaihoz. Nem feledkezhetünk meg arról sem, hogy egy ilyen felvilágosító-kampány eredményeként vélhetően a teljes piac is zsugorodni fog: a fogyasztók innentől figyelembe vesznek egy olyan költséget, kockázatot, amellyel eddig nem számoltak. A két oldal közötti vita arról szól, hogy elég erősek-e a felvilágosító kampányba kezdő cégnél kétségtelenül megjelenő (reputációs és egyéb) előnyök ahhoz, hogy felvállalja a kampány direkt és indirekt (vagyis például a piac zsugorodásából származó) költségeit.

Az azonban bizonyos – mint arra például Epstein felhívja a figyelmet –, hogy a fogyasztói hibák kihasználása csak addig működhet, amíg ahhoz minden versenytárs tartja magát. Ha csak egyetlen is eltér ettől a stratégiától, és sikeresen kitanítja a fogyasztókat, akkor a többieknek is alkalmazkodniuk kell. Bármilyen indítsa erre a tájékoztatásba kezdő céget, még ha egy rossz helyzetfelmérés, a versenyelőny téves értékelése is, ezzel az első dominó eldőlt. Ha a fogyasztók

emiatt már számításba veszik az adott kockázatot, akkor már egyik versenytárs szolgáltató sem titkolózhat.

Magán- és piaci védekezési mechanizmusok: standardizálás. A két korrekciós mechanizmus erőssége elsősorban attól függ, hogy mennyire homogén egy adott termék – a különböző szolgáltatókkal kötött szerződések esetén: mennyire helyettesítői azok egymásnak. A fogyasztóvédelem mellett érvelők is egyetértenek abban, hogy egy standardizált, homogén termék piacán a hibákat a piaci verseny és a tanulás valószínűleg felszámolja. (Bar-Gill [2010]) Ezekről ugyanis lényegesen könnyebben gyűjthető információ. Amit korábban vásároltunk, az (közel) ugyanaz, mint amit most szándékozunk venni. Lényegesen könnyebb másoktól is információt szerezni: amit a másik fogyasztó vett az (közel) ugyanaz. Könnyebb ezért az informálódás, és könnyebb az információ feldolgozása is – nem is beszélve arról, hogy mivel ugyanazt a terméket vehetjük a jövőben is, nagyobb annak haszna is, hiszen nem csak egyszerű vételt szolgál. A másik oldalon a partner is jobban érdekelt a tájékoztatásban: ha minden eladó közel ugyanazt a szerződést, terméket kínálja, akkor a felvilágosító kampány következtében több vevőt is szerezhet. Ha a termék nem lenne standardizált, akkor hiába az adott kockázatban megjelenő előnye, a többi termékjellemző eltérése miatt kevesebb fogyasztó váltana.

Az erősebb fogyasztóvédelem mellett érvelők tagadják, hogy sok ilyen standardizált, homogén termék lenne. Bar-Gill a heterogenitás egy speciális dimenziójára is felhívja a figyelmet: roppant fontos lehet az is, hogy ki mire akarja azt felhasználni. Nem standardizált szerinte az a termék, és ezért nem indulhat meg a kitanítás sem, amelynél a fogyasztók hasznossága attól függően más és más, hogy miképpen használják azt fel. Ugyanaz a minőségű, kockázatú autó más értéket képvisel annak a fogyasztónak, aki áruszállításra, aki családi autónak szánja vagy annak, aki sportkocsiként akarja használni. Ez persze egészen addig nem probléma, amíg a fogyasztók tisztában vannak azzal, hogy az adott terméket mire akarják használni – eldönthetik, hogy melyik autóért mennyit akarnak fizetni. Bar-Gill szerint az igazi probléma ott kezdődik, amikor az információs aszimmetria megfordul: a fogyasztók tévesen vélekednek arról, hogy később miképpen is fogják az adott terméket használni. Különösen, ha túlzottan optimisták. A partnereik, ha az adott fogyasztóra a jövőben leselkedő kockázatokat nem is, de legalábbis a piaci átlagokat ismerik. Például. azt ugyan nem tudják, hogy az adott személy esetén mekkora a hitel-visszafizetési problémák kockázata, de azt igen, hogy az adott fogyasztói csoport esetén mekkora. A fogyasztók túlzott optimizmusával a hitelezők visszaélhetnek.

Ezen érvelés kapcsán Epstein okkal hívja fel a figyelmet arra, hogy még ha el is fogadjuk, hogy az ugyanolyan minőségű termékek is eltérő kockázatot jelentenek a különböző fogyasztói csoportok számára, és ezért az interperszonális

tanulás nehéz, ez akkor sem érv a fogyasztóvédelem mellett: ezt a problémát a fogyasztóvédelem sem tudja, vagy csak nagyon nehezen tudja kezelni. Ha az ilyen eltérések ellen a fogyasztóvédelem eszközével akarunk fellépni, akkor a szabályalkotónak is ismernie kellene az adott fogyasztó (vagy legalábbis az adott fogyasztói csoport) várható felhasználási módját, és egészen testreszabott szabályozással kellene arra reagálnia.

11.2. szövegdoboz. Empirikus példák a hitelpiacon – korlátozott racionalitás vagy hatékony piaci reakciók

A lakossági hitelpiacon, illetve a hitelkártya-szerződésekben sok olyan jelenséggel találkozhatunk, amelyet a fogyasztóvédelem mellett érvelők annak jeleként értelmeznek, hogy a hitelezők felismerik és kihasználják partnereik racionalitási problémáit. Ilyen a (i) rövid és a hosszú távú kamatok közötti eltérés, (ii) a megtakarítások és a tartozások egyidejű léte, (iii) az adós által is elfogadott büntetések szintje és (iv) az egymással össze nem függő hiteltermékek összekapcsolása. Vita-partnereik állítása szerint azonban ezekre a jelenségekre nem csak a racionalitási problémákkal való visszaélés, hanem teljesen szokásos piaci jelenségek is indokolt szolgáltathatnak, vagyis ezek nem igazolják, hogy itt a racionalitási problémák miatt fogyasztóvédelmi fellépés lenne szükséges.

Alacsony bevezető kamat, éves díjak vs. hosszú távú kamat. Hiteleik, hitelkártyáik megválasztásakor a fogyasztók inkább az induló törlesztőrészleteket, nem pedig a hosszú távon fizetendő kamatokat tartják szem előtt. Természetesen nem racionalitási probléma az, ha valaki több hitelkártya közül azt választja, amely a kezdeti időszakban kisebb kamatot kér. Sokak (például Bar-Gill [2010] vagy Shui – Ausubel [2004]) szerint az azonban már annak tekinthető, ha a bevezető időszak végén sem térnek át a kisebb kamatot kérő, például akkor új és ezért ismét „akciós” hitelkártyákra. Maga az akciós kamat jelensége is racionalitási kudarcra utal: a bevezető kamat csak akkor éri meg a hitelezőnek, ha utána az ügyfelek nem hagyják ott a terméket. Érvelésük szerint ez arra utal, hogy a hitelfelvételkor a fogyasztók túlzottan is optimisták a jövőbeli hitelszükségletüket illetően: arra számítanak, hogy egyáltalán nem lesz (vagy csak nagyon kismértékű) olyan hiteltartozásuk, amely után nem az akciós, hanem a rendes, hosszú távú kamatot kell majd fizetniük.

Ezzel a racionalitási problémára, a túlzott optimizmusra hivatkozó magyarázatával szemben három fontos ellenérvet kell megfontolni. Az egyik maga is a fenti érvelésből következik: a jelenség lehet egyszerűen az akaratgyengeség felismerésének jele. Eszerint a fogyasztók – Odüsszeuszhoz vagy a fogorvosával szerződést kötő beteghez hasonlóan – valójában tudják, mennyire tökéletlen az önkontrolljuk, és eleve olyan hitelkonstrukciókat keresnek, amelyekkel a későbbiekre egy magasabb kamattal előre megpróbálják megkötni a saját kezüket, hogy ne vegyenek fel hitelt. A másik érv szerint, a hitel- a hitelkártya-váltás nem költségmentes: az adott hitel felbontása és az új – akciós kamatú – hitelre való áttérés sokféle költséget von maga után, vagyis roppant racionális lépés is lehet, ha valaki nem várt az akciós időszak

végén. A váltás nem csak egy nyomtatvány kitöltését követeli. Időbe telik, amíg választ kapunk. A váltás megjelenhet egy központi hiteladatbázisban, és emiatt könnyen lehet, hogy a későbbi hitelkérelmeknél máshogy állnak majd az ügyfélhez a hitelezők, a kártyakibocsátók. És nem feledkezhetünk el az erkölcsi – ha tetszik pszichikai – költségekről sem: sokan nem tartják tisztességesnek egy hosszú távú elkötelezettségből csak azért kilépni, mert egy kedvezőbb szerződés is elérhető. (Emlékezzünk az első fejezetre: a preferenciák eltérése nem racionalitás, vagy irracionalitás, korlátozott racionalitás kérdése!)

Komoly példákat hozhatunk arra is, hogy a fogyasztók – úgy tűnik – tanulnak: Epstein [2010] szerint például egyre több jel mutat arra, hogy nagyobb figyelmet fordítanak a hosszú távon megfizetendő kamatokra is. Ma már a hitelkártya-cégek is csak úgy tudnak új ügyfeleket szerezni, illetve a már meglévőket megtartani, ha változtatnak a korábbi konstrukcióikon és csökkentik a hosszú távú kamatokat.

Folyószáma és magas kamatozású hitel, hitelkártya-tartozás egyszerre. Szintén többen (Bar-Gill [2010] mellett például Gross – Souleles [2002]) racionalitási problémát látnak abban is, hogy sokan, miközben alacsony hozamú, likvid eszközöket tartanak, magas kamatokat fizetnek jelentős hitelkártya-adósságaik után.

Az ellenérvek (például Epstein [2010]) szerint legalább egy alternatív magyarázatot meg kell fontolni: a folyószámla-egyenleg csökkentése, a folyószámla felszámolása nem költségmentes – vagyis az alig kamatozó betét és magas kamatú hitel egyidejű léte is lehet racionális döntés. Ilyen költség lehet az a banki előírás, amely egy minimális számlaegyenleget követel meg, amely alatt jelentősen megnő a számladíj. Másrészt a megtakarítás léte egyben a likviditást is növeli – például egy hirtelen kiadást erről fedezhetnek, nem szükséges hozzá újra hitelt kérniük, holott arra szükség lenne, ha a megtakarításaikat felszámolva, azokkal a hiteleiket törlesztenék.

Büntetések. A fogyasztóvédelem szükségessége mellett érvelők szerint szintén az adósok túlzott optimizmusa miatt maradhat fenn a meglehetősen magas büntetőkamatok rendszere is. A hitelfelvételkor az adósok nem számolnak azzal, hogy a tartozásaik fizetésével nehézségeik miatt megcsúszhatnak. Ezért fogadják el, hogy késedelem esetén jelentős büntetést legyenek kénytelenek fizetni. Ha valaki tisztában lenne ennek esélyével, inkább elfogadná az eleve magasabb kamatot, cserébe azért, hogy az egyébként is nehéz helyzetében, amikor megcsúszik a törlesztéssel, kisebb többletterherrel sújtsák.

Az ellenérv szerint ez a jelenség sem a racionalitási problémák kihasználásának a következménye. A magas büntetés nem egyszerűen azért garantál magasabb megtérülést a hitelezőnek, mert így fizetési nehézség esetén magasabb bevételre tehet szert, hanem azért is, mert ez elriaszthatja a késedelemtől az adósokat. A fizetési késedelem ugyanis nem teljesen exogén adottság: az adós általában megválaszthatja, hogy nehéz helyzetben melyik fizetési kötelezettségének tesz eleget. A magasabb büntetés miatt ilyen helyzetben előbbre sorolódik az adott hitel.

Különböző hitelek összekapcsolása. Bar-Gill szerint racionalitási kudarcra utal az is, ha a fogyasztók elfogadják, hogy különböző tartozásaik fizetését összekapcsolják a hitelezők: az egyik késedelme esetén a másik kamatát, költségeit növeljék vagy esetleg erre hivatkozva fel is mondhatják azt.

Epstein [2010] szerint itt sincs okunk feltételezni, hogy ez egyszerűen a kognitív probléma kihasználása volna. Itt ugyan nem az ösztönzés a kérdés, hiszen mindegy, hogy az adós az adott hitelt vagy más tartozását nem törleszti. Ezzel szemben azok a lépések, jelenségek, amelyeket így szankcionálnak (nem feltétlenül más hitel késedelmes törlesztéséről van ugyanis itt szó: egyes hitelszerződések esetén ehhez vezet például egy új hitel felvétele vagy egyáltalán kérelmezése is) arra utalnak, hogy nő az adott hitel visszafizetésének kockázata. Ha csökken az adott hitel visszafizetésének esélye, akkor racionális magatartás a hitelező részéről, hogy a fennálló hiteleket vagy felmondja, vagy a kockázatokat a kamatok, díjak emelésén keresztül beárazza.

Összefoglalás: eseti mérlegelés. Úgy tűnik nincs olyan egyértelmű elméleti alap, amely alapján akár a fogyasztóvédelem melletti, akár az azokat ellenző érvek mellett *ab ovo* elkötelezhetnénk magunkat. Egyes piacokon a fogyasztói hibák vélhetően fennmaradnak, máshol eltűnnek. A válasznak tehát piacról piacra eltérőnek kellene, hogy legyen.

Csak hogy a viták az egyes piacok vizsgálatakor is fennmaradnak. Nincs ugyanis közvetlen adatunk a fogyasztók racionalitásáról, csak egyes piaci folyamatokat azonosíthatunk. Az azonban sokszor eldönthetetlen, hogy az adott jelenség a fogyasztók – vélt vagy valós – racionalitási kudarcának vagy valamilyen más (általában hatékony) piaci mechanizmusnak az eredménye-e. Ennek példaként a 11.2. szövegdoxoz a talán legtöbbet elemzett piac, a fogyasztói hitelek egyes jelenségeinek, egymásnak is ellentmondó értelmezéseit tartalmazza; szembeállítva a korlátozott racionalitáson nyugvó érveket és a közgazdaságtan klasszikus magyarázatait.³⁹²

Szabályozás – paternalizmus

A korlátozott racionalitás és a nem szokványos preferenciák egyre növekvő irodalma sok kutatót készített arra, hogy kétségbe vonja a közgazdaságtan hagyományos ellenszenvét a paternalizmussal szemben – kialakult körükben valamiféle anti-antipaternalizmus, puha vagy libertariánus paternalizmus (Cserne [2006], Camerer, et al. [2003], Jolls, et al. [1998], Jolls – Sunstein [2006], Sunstein – Thaler [2003, 2011],). Igaz ez általában nem a paternalizmus klasszikus formája melletti elkötelezettséget jelent. Nem támogatják (vagy csak nagyon ritkán) a klasszikus paternalista eszközöket, mint például a kógens szabályokat. nem támogatják az ún. szenvedélyadókat [*sin taxes*] sem. Ezek olyan többletterhek, amelyeket a korlátozott racionalitás miatt folytatott, de

³⁹² A másik klasszikus probléma az árukapcsolásé, foglyul ejtési problémáé, amit a hetedik fejezetben láttunk. A fogyasztók csak az első szerződés megkötésének költségeit érzékelik, a később ennek folyományaként megkötött – már „felülárzott” – szerződéseket nem.

a döntéshozó számára káros tevékenységekre vetik ki – gondolhatunk például a szerencsejátékra, a dohányzásra, alkoholra, stb. kivetett adókra, amelyek megdrágítják a nem racionális döntéseket. Nagyobb szerepet kap a javaslataik között a játékszabályok megváltoztatása, a fogyasztói racionalitással visszaélők ellenőztönzése („büntetése”), a diszpozitív szabályok ragadósságának kihasználása, illetve a felvilágosító politika (*debiasing*).

Kógens szabályok, tiltások. Mielőtt azonban ezekre rátérnénk, nézzük meg, hogy mennyiben hajlandó ez az újfajta paternalizmus támogatni a klasszikus, kemény eszközöket! A kógens szabályozás kapcsán a joggazdaságtan és a fogyasztóvédelem mellett érvelők kiindulópontja egybeesik: egy-egy kógens szabály ugyan sokakat megvédhet a számára káros döntésektől, viszont mások számára megdrágítja, törvénytelené teszi a nekik kedvező alternatívákat. Éppen ezért az ilyen eszközök csak akkor igazolhatók, ha kellően erős bizonyítékok vannak a kezünkben arra, hogy ez utóbbi csoport (lényegesen) kevesebbet veszít a tiltáson, mint amennyit a korlátozottan racionális döntésektől fenyegetett csoport nyer. Ezt az érvet fent már többször hangsúlyoztuk, mint a joggazdaságtannak a kógens szabályok vizsgálatakor javasolt érvét. Itt ezt annyival mindenképpen érdemes kiegészíteni, hogy figyelembe kell venni ennek alternatíváit is. Választani nem egyszerűen a korlátozottan racionális (hibás) döntés és a szabályozás között, hanem inkább (i) a fogyasztó önvédelmi ösztönzése és (ii) a szabályozás között kell.

Játékszabályok átalakítása. Korlátozott racionalitás elleni lépésekkel fent már találkoztunk – például az ajándékozás kapcsán. Ott a szerződéskötést kötötte a jog szigorúbb feltételekhez, konkrétan általában írásbeliséghez. A fogyasztóvédelem ezen klasszikus szerződési jogi eszköz mellé általában két másik fontos játékszabályt állít: a szerződés érvénybe lépésének kitolását (más oldalról megközelítve a költségmentes visszalépési lehetőséget), illetve az ajánlatok menüjének szabályozását. Az előbbi esetben a fogyasztónak a szerződéskötéstől vagy a szerződéskötési szándék kijelentésétől számított meghatározott ideig visszalépési lehetőséget biztosítanak – ide sorolható tehát a *visszalépési időszak* (*cooling-off period*) éppúgy, mint a szerződéskötés előtti kötelező *várakozási, türelmi idő* (például egy speciális – a joggazdaságtan szemében – szerződés, a házasságkötés esetén).

A második eszköz, a *menü* és az *információadás szabályozása* erősen összefügg a ragadós diszpozitív szabályok kérdésével. A szabályozó ilyenkor a fogyasztó számára – a szabályozó szerint – előnyös megoldást nem kógens szabályként írja elő, hanem azt követeli meg, hogy az adott megoldást a szolgáltató ajánlja fel a fogyasztónak. Gyakorlati diszpozitív szabályt alkot: ha a fogyasztó és a szolgáltató közös megegyezéssel nem térnek el a szabálytól, akkor az lép érvénybe. Ezek az ún. *plain vanilla* szabályozások, amelyek különösen a fogyasztók

által nehezen értelmezhető kockázatos termékek piacain, a hitelszerződések és a biztosítási szerződések esetén terjednek. Lényegük, hogy a szolgáltatónak egy – a szabályozó szerint – a fogyasztók többségének kedvező megoldást fel kell ajánlania a fogyasztónak. Emellett azonban kínálhat más megoldást is. A kormányzat, a szabályozó a rendelkezésekre álló eszközökkel népszerűsíti is ezeket – megpróbálja ragadós diszpozitív szabállyá tenni. Például úgy is, hogy a szerződő féltől is megköveteli, hogy mondja el: a szabályozó ezt a megoldást javasolja – gyakorlatilag minimálisra csökkentve ezzel a fogyasztó információ-gyűjtés, és -feldolgozás költségét.

A játékszabályok átalakításának speciális – már a visszaélések ellenőrzését is magában hordó – esete a tájékoztatási kötelezettség átalakítása. Láttuk, hogy például Bar-Gill szerint az információs aszimmetria korlátozott racionalitás esetén megfordul: itt már nem a fogyasztó tud többet a saját igényeiről, hanem gyakran a szolgáltató ismeri jobban az adott döntéshozóra leselkedő veszélyeket. Ezért javaslata szerint a korlátozott racionalitás miatt fellépő problémákért (pl. a nem megfelelően választott, majd később visszafizetni nem tudott hitelért) a *partnert* kell *felelőssé tenni* – pontosabban neki kell lenyelnie az emiatti veszteséget. Érvelése szerint ezzel lehetne ösztönözni őket a korlátozott racionalitás miatti tévedések felismerésére, korrigálására – vagy, ha másképp nem megy, az ilyen fogyasztók számára hátrányos ajánlatok megszüntetésére.

A szolgáltatók ellenőrzése. A tiszta ellenőrzés lényege, hogy ha valaki – a szabályozó megítélése szerint – kifejezetten a fogyasztók racionalitási problémáival visszaélő eszközöket alkalmaz, akkor őt valamiféle büntetéssel vagy adóval sújtják. Például, ha a plain vanilla szabályoktól eltérő megoldást ad el, akkor azok volumene alapján fizet valamilyen adót. Vagyis, nem magát a terméket adóztatják, mint a szenvedélyadók esetében, hanem csak azt, ha speciális formában, speciális szerződési feltételekkel értékesítik azokat. A szenvedélyadók fontos hatása, hogy az adott termék fogyasztását en bloc visszafogja. Ez a mostani megoldás nem rettent el a terméktől, de az adott – nem homogén – termékcsoponton belüli választást erősen befolyásolja. A legfontosabb eltérés: az „adóztatott” terméknek a szabályozó maga hoz létre helyettesítőt. Ez nemcsak azért fontos, mert a fogyasztói döntéseket a felé tereli, hanem azért is, mert – a közeli helyettesítő miatt – ezeket a büntetéseket nem lehet, kisebb mértékben lehet az adott termék (vagyis a másféle szerződés, hitel) fogyasztóira terhelni, azokat a szolgáltatónak nagyobb mértékben kell magának viselnie.³⁹³

³⁹³ Közgazdasági logika: ha minden terméket, minden gyártó termékét ugyanakkora adó sújtja, akkor mindegyiknek emelni lehet az árát. Ha csak egyes termékeket, akkor azt nem lehet áremelés formájában áttolni a fogyasztókra, mert akkor (egy részük) átvált a nem adóztatott termékekre. Persze tegyük hozzá, ilyenkor felléphet a keresztár-hatás is: ha

Tájékoztatási kampányok. A *tájékoztatási kampányok (debiasing)* lényege, hogy a fogyasztók figyelmét ráirányítsák az egyes hibákra. Lehetővé teszik ezzel, hogy maguk is felismerhessék, elkerülhessék a bajt, például felhagyhassanak az adott tevékenységgel. Nyilvánvaló példái ennek a dohányzásellenes kampányok. De ide sorolható a hitelfelvétel kockázataira figyelmeztető tájékoztatási politika is. Glaeser értékelése szerint nem másról van itt szó, mint egyfajta pszichés adó kivetéséről (Glaeser [2010]). Míg a klasszikus paternalizmus úgy próbálta ellenősztönözni a fogyasztókat, hogy adók révén megemelte a káros döntések pénzbeli költségét, árát, a puha paternalizmus nem a pénzbeli árat emeli, hanem a pszichését: az adott alternatívát választóban igyekszik rossz érzést kelteni (ha úgy tetszik: a hasznát csökkenti). Az ilyen fogyasztói tudatosságot növelő, fogyasztói preferenciákat megváltoztató lépéseket – a szerződési szabadságot a legkevésbé korlátozó jellegük miatt – még a szabályozás legyenhőbb formáit elutasítók is gyakran támogatják. Persze nincs szó arról, hogy ez a fajta beavatkozás soha nem árthat. A kemény paternalizmus hatásai ugyanis könnyen ellenőrizhetők – a fogyasztás alakulása mellett csak az adóbevételeket kell figyelni. A pszichés adó azonban a tevékenység megbélyegzésén alapul, amely sajnos könnyen fordulhat át a *tevékenység folytatójának* megbélyegzésébe. Gondoljunk a dohányzásellenes kormányzati kampányok hatására! Egyre többen és többen gondolják úgy, hogy a dohányosok (nemcsak azok, akik mások megkérdezése nélkül gyújtanak rá, hanem *általában* a dohányosok) érzéketlenek a körülöttük élőkkel szemben.

A paternalizmus, a szabályozás kritikája: a közösségi döntések elmélete. Azonban tudni kell, hogy a közösségi döntések elméletére támaszkodó modellek (lásd például Glaeser [2010]) érvelése szerint, a korlátozott racionalitás miatt nem hogy jobban, hanem éppen ellenkezőleg, kevésbé kellene támogatnunk a szabályozást – még kevésbé kellene bízunk a kormányzati döntéshozatalban. Ha ezek a racionalitási korlátok exogének, vagyis a saját rossz döntéseink ellen nem tehetünk semmit, akkor miért gondoljuk, hogy a kormányzati pozíciót betöltő emberek kevésbé vannak kitéve ezeknek, mint az egyes fogyasztók? Miért hoznának jobb döntéseket? Ha viszont e korlátok kicsit is endogének, vagyis küzdhetünk ellenük, akkor még erősebb érveket hozhatunk fel: a közösségi döntéshozatal várhatóan még súlyosabb hibákhoz vezethet, mintha a fogyasztók egyéni döntéseire hagyatkoznánk. A fogyasztók ugyanis, mivel közvetlenül érintettek, erősebben ösztönöztek a helyes döntés meghozatalában, mint azok a kormányzati tisztviselők, akik helyettük döntenek, és akiknek

például egy kivétellel az összes helyettesítőt adóztatják, akkor annak az eladója viszont megteheti, hogy emeli az árait!

nem megy a bőrére a játék.³⁹⁴ Igaz ez még akkor is, ha sokszor a kormányzati apparátus valóban könnyebben ismeri fel a hibát, mint a fogyasztó.

Láttuk: a döntési hibák a másik fél befolyásoló tevékenységétől is függenek. Ekkor viszont nem felejtkezhetünk el arról sem, hogy az ezzel visszaélni akaró félnek általában olcsóbb, és nagyobb haszonnal is kecsegtet egyetlen (vagy nem túl sok) szabályozót meggyőzni, „átverni”, mint a piac összes fogyasztóját. Az sem biztos, hogy szerencsés, ha a kormányzat „csak” a puha paternalizmus vagy a meggyőzés eszközeivel él: ha a kormányzat a korlátozott racionalitásra hivatkozva kiépíti a fogyasztók meggyőzésére használt technikáit, akkor azzal vissza is élhet, saját céljaira, elsősorban hatalma megtartására is felhasználhatja azokat.

Megjelenik a *szabályozók klasszikus foglyul ejtésének* probléma is. Ez azt jelenti, hogy egyik vagy másik érdekcsoport, ez esetben a fogyasztók érdekében hivatkozva ér el a versenytársaira hátrányos, a saját érdekeit viszont jól szolgáló szabályozást. Egyik tipikus példája ennek az, amikor a hitelkártyák használatakor (a fogyasztók által valóban nem érzékelt, ezért figyelembe nem vett) bankközi átváltási díjakat szabályozza a kormányzat. Ezek az átutalások ún. négyoldalú tranzakciók: a kereskedők bemutatják a hitelkártyás vásárlást bizonyító iratokat a saját bankjuknak, utóbbi megkapja annak ellenértékét a vevő bankjától, amely pedig megterheli a vevő számláját. A két bank közötti átutalás költsége az átváltási, tranzakciós díj, ezt a költséget a bankja a kereskedőre terheli. A szabályozás ezt a bankközi díjat próbálja korlátozni. Ez idáig szépen hangzik – mivel a vásárló és a kereskedő által nem is észlelt díjtételről van szó, így a korlátozott racionalitás modelljei alapján is igazolhatónak tűnik. A gond az, hogy míg ezen hitelkártyák esetére ez a szabályozás általában kiterjed, addig az ún. háromoldalú rendszerre nem: ilyenkor a kártyakibocsátó

³⁹⁴ A szabályozó csak annyiban érintett egy-egy rossz döntés következményeiben, hogy az a miatt károkat elszenvedő szavazók esetleg „megbüntetik” őket a következő választáson – nem rájuk, nem az őket megbízó politikusokra szavaznak. Erre azonban több ok miatt is kevés az esély. A hatás azt feltételezné, hogy a fogyasztók tudják, hogy az adott szabályozás megalkotóját „meg kell büntetni”. De miért tudnák ezt, miért figyelnének erre? A választók a politikai életben vélhetően még kevésbé informáltak, még kevésbé racionálisak, mint a piaci döntéseik során – kevésbé érdekeltek ezen tévedések kiküszöbölésében. A döntésük ugyanis csak akkor okozna bármilyen kárt, ha az ő szavazatukon fordulna meg a választás. (Lásd erről Downs [1990].) Mivel ennek roppant kicsi az esélye, így a politikai döntés várhatóan sokkal távolabb áll majd a valós preferenciáinak megfelelő racionális választástól, mint a fogyasztói döntés.

Ráadásul egy politikai választás során hozott döntés sokkal komplexebb is. Ilyenkor sok kérdést kell egyszerre mérlegelni. Hiába hoz valaki rossz fogyasztóvédelmi, piacsabályozási döntéseket: ha más kérdéseket a szavazó fontosabbnak tart, akkor a számára rossz döntései ellenére is újra rá fog szavazni.

Mindezek miatt, épp az egyének korlátozott racionalitására építve, befolyásolni is olcsóbb egy választást, mint megváltoztatni a fogyasztói döntéseket; a választások bonyolultsága miatt összezavarni is könnyebb a szavazókat.

bank és a kereskedő bankja ugyanaz. Így működik például az American Express. Ilyenkor természetesen nincs bankközi díj, amit a négyoldalú tranzakcióknál szabályoznak, viszont a bank ilyenkor is megtartja a kifizetések egy részét. Sőt ennek aránya néha magasabb is, mint a négyoldalú rendszerben megjelenő bankközi díj. (Evants–Schmalensee [2005]) Felmerülhet: a négyoldalú tranzakciók megnehezítése mögött nem a háromoldalú tranzakciókban érdekelt versenytársak lobbija áll-e.

A viselkedési közgazdaságtan paradoxona

A viselkedési közgazdaságtan eredményeinek áttekintését érdemes egy olyan paradoxonnal zárni, amely éppen a viselkedési közgazdaságtan állításainak fényében kérdőjelezi meg a viselkedési közgazdaságtanra épülő modelleket. Láttuk, hogy a kísérleti közgazdaságtanban bemutatott anomáliák fontossága sokak szerint kétségbe vonható. A szabályozók gyakran a „nyilvánvaló tévedésekre” hivatkoznak, és olyan rossz fogyasztói döntéseket sorolnak, amelyeket nem nehéz felismerni, felidézni. Azonban mint az anomáliák között láttuk, az ilyen „felidézések”, az ilyen „kontextusba helyezések” egyben az egyik legfontosabb döntés-torzító anomáliát is jelentik: a hírekben felbukkanó eseményekről azonnal az jut eszünkbe, hogy bizony-bizony, ennek nagy az esélye. Olyan ez, mint amikor lassítunk az út menti kereszt láttán. De ugyanúgy, ahogy a kereszt nem azt jelzi, hogy az autóbalesetek tömegesek lennének, ugyanígy ezekből a hírekből sem következtethetünk erre. Egyszerűen a nagy számok törvénye alapján is igazolható, hogy amikor nagy számban jönnek létre bizonyos szerződések (például hitelszerződések), akkor azok közül egy-kettő hibás lesz! Ezekre a hírekre építeni a szabályozás melletti érvelésünket végső soron nem más, mint a *közelség torzítására* vagy a *reprezentativitás-hatás elfelejtésére* építeni egy fogyasztói döntést.

1.2. Magyar jog

A magyar jogban a fogyasztóvédelem szabályozása lényegesen túlterjed a polgári jogon. Ide tartozik a tisztességtelen piaci magatartást definiáló szabályozás (mindenekelőtt a versenyjog), az elfogadható kereskedelmi gyakorlat határait megszabó törvények, rendeletek, de ezek részletes vizsgálata meghaladja a mostani könyv kereteit. Most csak a polgári jogban megjelenő jellegzetességekre koncentrálunk – pontosabban azok közül is kettőre: a fogyasztó definíciójára és a pénztartozás határidő előtti törlesztésének szabályozására.

Fogyasztói szerződés fogalma. Láttuk, hogy a fogyasztó definíciója alapján eltér az 1959-es és a 2013-as kódexben. A 2013-as törvénykönyv sokak esetében tekinti elvárásnak a magasabb gondosságot, ezért indokolatlannak tartja a fogyasztóknak járó többletvédelmet.

A fogyasztói szerződések esetén fontos a másik fél személye is, vagyis nem minden fogyasztó által kötött szerződés fogyasztói szerződés: például két magánszemély szerződése nem fogyasztói szerződés. A magyar polgári jog fogyasztói szerződésen ezért a magyar jog csak azt a szerződést érti, amelyet a fogyasztóval olyan személy köt, aki (amely) gazdasági vagy szakmai tevékenysége körében jár el.³⁹⁵

A fogyasztó elhatárolása a fenti joggazdasági elemzés alapján soha nem egyszerű feladat. Mint láttuk, még adott fogyasztó vagy adott termék, szerződés esetében is csak nehezen dönthető el, hogy racionalitási probléma vagy más normális piaci reakció következményeként jött az létre. (Lásd a 11.2. szövegdoboz példáit!) Érdeemes lehet ezért a problémát pozitív kérdés helyett normatívként kezelni, vagyis nemcsak azt meghatározni, hogy mely esetekben valószínű a racionalitási probléma megjelenése, hanem azt is, hogy mely esetben szükséges az (esetleg) ilyen problémával szembesülő szereplőket tanulásra vagy önszegélyre ösztönözni. Amennyiben a jogrendszer, némileg paternalista módon, megvédi őket az óvatlanul aláírt szerződéseik következményei alól, csökkentve ezzel döntéseik tétjét, akkor az ösztönzésük csökken. Mivel ezzel erősen normatív kérdéshez jutunk, a probléma sokkal inkább filozófiai, etikai, mint joggazdaságtani, társadalomtudományos választ követel. Azonban a túlzottan széleskörű definíció ellen két hatékonysági alapú ellenérvet mindenképpen felhozhatunk:

- (i) amennyiben racionalitási problémáktól egyébként nem terhelt feleknek adunk ilyen menekülési lehetőséget, az opportunizmushoz vezethet (aláírhatnak olyan szerződéseket, amelyekből eleve tudják, hogy bizonyos esetekben ki fognak lépni azokból – vagyis a partnerüket tudatosan tévedésben tartják),
- (ii) ha bizonyos csoportok esetében az önszegély lényegesen olcsóbb, mint a szabályozói kudarcoktól vélhetően erősen terhelt paternalista védelem, akkor inkább az öngondoskodást kellene ösztönözni.

Előtörlesztés: pénzzolgáltatás idő előtti teljesítése. Mint láttuk az 1959-es törvénykönyv szerint a pénzzolgáltatás idő előtti teljesítését a jogosult köteles

³⁹⁵ Érdeemes kiemelni még egy elemet: az adott megállapodás fogyasztói szerződés volta nem függ attól, hogy a felek erről a szerződés megkötésekor tudnak-e. Nem függ attól, hogy tudja-e a vállalkozás, hogy fogyasztóval szerződik. Ezt a problémát Kemenes és Vékás úgy próbálta kezelni, hogy megfogalmazta a normális, nem fogyasztói szerződés vélelmét, vagyis mindig a fogyasztónak kellene bizonyítani, hogy ő fogyasztói minőségben járt el, a szerződés fogyasztói szerződés volt. (Kemenes – Vékás [2008] p. 758)

elfogadni, sőt ezért költséget, kamatot sem számolhat fel (Harmathy [2007] pp. 1043-1044). Láttuk az előző fejezetben, hogy ez a szabály alapesetben nehezen védhető. A 2013-as kódex ezt a kötelezettséget leszűkíti a fogyasztói szerződések esetére. Fogyasztók esetén valóban van a joggazdaságtan számára megfontolható érv: a szerződő fél védelme, a racionalitási probléma. A fogyasztó vélhetően egy szerződés megkötésekor nemcsak annak kockázatát becsli alul, hogy megcsúszhat a fizetéssel, hanem azt is, hogy egy kedvező körülmény – például egy jobb hitellehetőség – miatt előbb is törleszthet. Ez magyarázható például a közelség torzításával: a fennálló helyzet megváltozásának esélyét alulbecsüljük. (Más kérdés, hogy az előző fejezetben látott ellenérvek – és így a hitelező érdekeinek védelme mellett szóló indokok – fennmaradnak itt is.)

2. ÁLTALÁNOS SZERZŐDÉSI FELTÉTELEK

Az általános, előre kidolgozott, több partnerrel szemben is alkalmazandó, általában velük le nem tárgyalt feltételekkel létrejött szerződések (*boilerplate contract*) szinte minden jogrendben külön, szigorúbb szabályozás alá esnek. A magyar jogirodalom szerint az ÁSZF szabályozás jogi alapja az, hogy a felek „rendszerint nincsenek gazdaságilag megközelítően sem egyenlő pozícióban – különösen a fogyasztók a kiszolgáltatók –, a szerződéskötés mechanizmusában az ’alkufolyamat’ elmarad.” A „gyengébb fél” csak két alternatíva közül választhat: vagy elfogadja a feltételeket, vagy elveti azokat, vagyis a jogi érvelés szerint „az érdekek kölcsönös ütköztetése és kiegyensúlyozása így elmarad, hiányzik a garanciája a jogok és kötelezettségek szerződési egyensúlyának.” (Kemenes – Vékás [2008] p. 766)

Azonban ez az érv – még ha igaz – sem mutatja világosan, hogy a szabályozás hatékony. Sok olyan szerződés van, amelyet elfogadunk szerződésnek, sőt kifejezetten hatékonynak gondolunk, mégsem részletesen végigtárgyalt feltételekkel jön létre. Gondoljunk egy bolti vásárlásra, ahol standard termékeket veszünk, a feltételekről senkivel nem tárgyalunk! A közgazdaságtan tanítása szerint, minél inkább hasonlítanak egymáshoz a termékek – minél standardizáltabbak –, annál erősebb a verseny, annál kisebb a fogyasztói tévedés esélye. Az ÁSZF pedig éppen standardizál. Ráadásul, mivel egységesíti a szerződéseket, ezért a szerződéskötési költséget is csökkenti.

A joggazdaságtan más érveket, és ellenérveket talál az ilyen szerződések részletesebb szabályozása kapcsán. Először itt is ezeket az érveket foglaljuk össze, ügyelve azonban arra, hogy szétválasszuk az irodalomban gyakran összemosódó elemeket. Ugyanis gyakran keverednek az érvekben az ún. *homogén* és az ún. *heterogén* ÁSZF-ek tulajdonságai, hatásai. Az irodalomban az

általános szerződési feltételeket gyakran azonosítják a választás hiányával: a versenytársak ugyanazokat a feltételek kínálják. Ez homogén esetben így is van. Azonban ez nem tisztán az előre kidolgozott feltételek következménye. Elképzelhető az is (sőt talán ez az általánosabb), hogy a versenytársak más-más szerződést kínálnak, vagyis van választási lehetőség – persze csak, ha megértjük a különbségeket. Szintén figyelni kell arra, hogy szétválasszuk azokat az érveket, amelyek a *korlátozott racionalitásra* hivatkoznak és azokat, amelyek *raciónalis felek* közötti szerződés esetén is problémát jelentenek. Utóbbi azért igazán fontos, mert a magyar jog nemcsak a fogyasztókkal kötött szerződések esetében fogalmaz meg keményebb követelményeket az ÁSZF-ek esetén (nem csak fogyasztókkal kötött szerződéseknél alkalmazza például a tisztességtelenség tesztjét), hanem minden ÁSZF esetén; akkor is, amikor két vitathatatlanul (vagy legalábbis elvárhatóan) racionális üzletfél köt egymással ilyen szerződést.

2.1. Az általános szerződési feltételek joggazdaságtana

A joggazdaságtan tehát nem fogadja el azt az érvet, hogy az általános szerződési feltételekkel kötött szerződéseket a felek egyenlőtlensége különböztetné meg a normális szerződésektől. Láttuk az első fejezetben, hogy például a relációs szerződéseket a joggazdaságtani irodalom a szerződések egy roppant fontos, speciális formájaként kezeli – ezek gyakran ugyanazon problémákra reagálnak, mint az általános szerződési feltételek: hosszú távú, bonyolult kapcsolatokat rendeznek. Relációs szerződések esetében a felek gyakran egyikükhöz delegálják a szerződés egyoldalú módosításának jogát is. Más érvek kellene tehát, ha az általános szerződési feltételeket a többi szerződéstől el akarjuk különíteni. Ilyen lehet a játékelméletből ismert torzítás: aki ajánlatot tehet, mindig jobb helyzetben van, mint az, aki csak igent vagy nemet mondhat. (Ez az ún. *ultimátum-játék*) Ilyen a *korlátozott informáltság* érve. És ilyen a *korlátozott racionalitás*é.

Ultimátum-játék. A játékelméletben ezen a néven ismert az a játék, amikor a két fél közül csak az egyik tehet ajánlatot; a másik ezt nem módosíthatja, vagyis ellenajánlatot nem tehet, hanem csak az elfogadás vagy elutasítás között választhat. Ilyen például a „viszi vagy nem” szerződési ajánlat (*take it or leave it contract*). Ezzel a megoldással fent a harmadik fejezetben már találkoztunk: amennyiben magas idioszinkratikus beruházásokra van szükség, akkor érdemes a beruházó félhez rendelni az ajánlattétel jogát, hiszen ezzel megvédheti a saját beruházását. Amennyiben azonban a játékszabály fordított, akkor a másik fél olyan szerződésmódosítást is elfogadtathat a partnerével, amellyel a beruházás miatt megnövekvő hasznát elvonja tőle. A logika: aki az ajánlatot teheti, az a

másik fizetési, illetve elfogadási hajlandósága közelében – *ad absurdum* pontosan annak szintjén – határozhatja meg az ellenértéket, árat, megszerezve ezzel a teljes szerződési többletet. Tegyük fel, hogy az eladó, aki az ÁSZF-et kidolgozza, tudja, hogy a vevő 120-at fizetne maximum! Érdemes tehát neki az árat 120-nál (kicsit az alatt) meghúzni. A vevő el is fogja ezt fogadni – különben elveszít egy neki 120-at érő szerződést, amelyért (igaz csak kicsivel) kevesebbet kell fizetnie. Ha azonban a vevő, aki nem tud ÁSZF-et kidolgozni, jön rá arra, hogy az eladó már 80-ért is belemerne a szerződésbe, ezt nem tudja érvényesíteni.

Mint többször láttuk, a joggazdaságtani probléma ezzel persze nem az, hogy az ajánlattevő félhez kerül majd a teljes szerződési többlet – amíg a másik is jobban jár a szerződéssel, mint a nélkül, addig a szerződés továbbra is kölcsönösen előnyös. Ha az ÁSZF-fel kötött szerződéseket ellehetetlenítjük, akkor a „gyengébb felet” a szerződésből rá jutó minimális előnytől is megfoszthatjuk. A probléma az ebből fakadó ösztönzés. Egyrészt, mint a harmadik fejezetben láttuk, ilyen esetben a másik fél visszafoghatja az idioszinkratikus beruházásait, fellép az akadályozási probléma. Másrészt, mint a fenyegetés esetén láttuk: ha esélyünk van a másik fél hasznát ily módon megszerezni, akkor érdemes is azért tenni, vagyis járadékvadászat indulhat.

Az idioszinkratikus beruházásokat tárgyalva nem feledkezhetünk el arról, hogy ÁSZF esetén nem szerződésmódosítással, hanem szerződéskötés esetével állunk szemben. Ilyenkor az idioszinkratikus beruházás még lényegesen kisebb, és mint a szerződés létrejöttének elemzésekor láttuk, nem is feltétlenül érdemes azt ösztönözni.

A járadékvadászat érve azonban fennmarad: ha az ÁSZF révén majd a teljes szerződési többletet meg lehet szerezni, akkor ez erős ösztönzést jelenthet arra, ÁSZF-ek kidolgozásába fogjunk. Tudni kell azonban, hogy az ÁSZF esetén a járadékvadászat érve is elég gyenge. Az ÁSZF ugyanis nem egyszerűen a fent látott „viszi vagy nem” ajánlat. Ez az ajánlat több esetre szól: annak kidolgozója nem (vagy csak nehezen) tudja az ajánlatot személyre szabni, nem tudja minden partnerétől elvonni a szerződési többletet. Érdemes kiemelni: ha valaki ilyen ultimátum-játékba kényszerítheti a partnerét, akkor éppen az egységes feltétel akadályozza a szerződési többlet mind teljesebb kisajátításában. Egy olyan szerződés, amely az egyik partner teljes többletét elviszi, a másikat csak részben juttatja a kidolgozónak, míg lehet, hogy egy harmadiknál már túllő a célon, és a szerződést az el sem fogadja. A kidolgozónak ezért éppen, hogy az egységes feltételek oldása, a differenciálás lenne az érdeke. Próbálkozhat persze az ÁSZF differenciálása érdekében különböző eszközökkel, de egyik sem biztosítja számára a teljes többletet. Hogyan differenciálhat az ÁSZF-en belül? Megteheti, hogy (i) nem teljes ÁSZF-et dolgoz ki (tipikus esetben az ár tárgyalás kérdése marad, csak a többi pontot rögzítik előre), (ii) többféle ÁSZF-et dolgoz

ki, (ii-a) amelyek közül ő maga választja ki, hogy kinek melyiket ajánlja fel, vagy (ii-b) amelyek közül a partnere választhat.

Ha kezelni akarjuk a partnerek közötti eltéréseket, és mindegyiküktől a többlet lehet a legnagyobb részét el akarjuk vonni (a számunkra legkedvezőbb szerződést akarjuk megkötni), akkor a legegyszerűbb megoldásnak az tűnik, ha az ÁSZF nem teljes: csak az áron kívüli egyéb feltételeket, a kockázatmegosztást rögzítjük, majd az árról az egyes partnerekkel külön tárgyalunk. Pontosabban erről mindenkinek eltérő ajánlatot teszünk. Ha a másik fizetési, illetve elfogadási hajlandósága, például a piacon számára elérhető alternatívák haszna, ára, költsége ismert, akkor a „gyengébb fél” többletének megszerzése elvileg lehetséges. De a szerződési feltételek általánossága miatt ekkor is csökken a hozamunk. Tudjuk ugyanis, hogy a másiktól maximálisan elkérhető ár a szerződés egyéb (általános) feltételeitől, a kockázatmegosztástól is függ. Ha a feltételek egységesek, akkor a kidolgozó legjobb választása, ha az átlagos partnerének megfelelő kockázatmegosztást ajánlja – ez azonban egyesekre túl sok, másokra túl kevés kockázatot telepít, ezért vagy csökken a fizetési hajlandóságuk, vagy túl magasak lesznek a teljesítési költségek. Mindkét esetben csökken a szerződési többlet.

A szerződésből elérhető többletet növelheti a kidolgozó, ha termék-, pontosabban szerződés-differenciálásba kezd: több eltérő szerződést dolgoz ki, minden egyes, jól meghatározható csoport számára a nekik optimális kockázatmegosztást ajánlva. Alapesetben – ha el tudja dönteni, hogy az adott szerződési partnere melyik csoportba tartozik – az ajánlatok között ő választ. Ezzel minden csoportban a szerződési többlet nagyobb részét szerezhethi meg, mint egységes ajánlat esetén. Csakhogy ehhez ismernie kell a partnereit, illetve – mint mindjárt látjuk – le kell küzdenie a szerződési formák között valójában választó képviselőivel kapcsolatos ügynökproblémát. Ha erre nem képes, akkor valószínűbb, hogy a választást inkább a partnerére bízza. Ezzel eljutunk a fent már látott szűrési problémához: ha a kidolgozó megfelelően alakítja ki a konstrukciókat, akkor a partnerei mindegyike önmagától beáll a neki megfelelő csoportba. Viszont – mint például az előreláthatósági tesztnél láttuk – ilyenkor egyik vagy másik csoportnál a kidolgozónak le kell mondania arról, hogy a teljes többletet megszerezze. Például, ha két szerződési formát, egy több és egy kevesebb kockázatot a partnerre hárító alternatívát dolgoz ki, akkor a több kockázatot felvállaló csoportnak az (átlagos) fizetési hajlandóságához képest kedvezményt kell adnia: ezzel lehet őket rávenni a kockázatok átvállalására. Ha ezt nem tenné, akkor ők is a kisebb kockázatot rájuk terhelő szerződést választanák.

Az ultimátumjáték újabb problémája jelenik meg akkor, ha a körülmények megváltozása miatt a szerződést *módosítani* kellene. Ilyenkor hiába találja meg a kidolgozó az adott csoport számára (átlagosan) optimális megoldást, ezeket

elég nehezen érvényesítheti. A legegyszerűbb megoldás persze az egyoldalú szerződésmódosítás, vagyis amikor ugyanúgy, ahogyan a kidolgozás a módosítás is egyoldalúan a kidolgozón múlik, de – még ha a jog ezt nem is akadályozza – ez komoly hatékonysági problémákat hoz felszínre. Akkor is szinte lehetetlen az ugyanazon szerződést aláíró partnereket külön kezelni, ha egyébként a változások ezt indokolnák. A materializálódó kockázatot egyik csoport jobban tűri, mint a másik. Ha viszont minden szerződést egységesen módosítunk, akkor egyes partnerek emiatt felmondhatják azt.

Az ÁSZF módosítását tehát jobb elkerülni, sőt lehetőleg valamiképpen lehetőséget kellene teremteni a csoporton belüli későbbi differenciálásra. Megtehetjük ezt. Az egyik jól ismert megoldása az, ha az ÁSZF-ben sok „főlősleges”, adott szerződésben soha nem alkalmazott passzust foglalnak bele. Ezzel a kidolgozó olyan lehetőségeket teremt a maga számára, amellyel később nem is feltétlenül akar élni. Tegyük fel, hogy a szerződés során kiderül, hogy az adott partnere a számára kedvező csoportba tartozik vagy a viszonyok kedvezően alakulnak: ekkor a szerződés módosítása nélkül is egyszerűen el lehet tekinteni az adott eszköz alkalmazásától – bár a kidolgozónak joga lenne valamilyen számára kedvező lépést megtenni, attól, mivel a partner a jó csoportba tartozik, eltekint! Jól dokumentált jelenség (lásd például Gillette [2011]. Posner [2011] p. 145), hogy az ÁSZF-ek gyakran keményebbnek tűnnek papíron, mint a valóságban.

Nyilvánvaló azonban, hogy a szerződés módosítását még nehezebben lehetne a másik félre (a csoportra) bízni. Ha a helyzet megváltozása miatt nem a kidolgozónak, hanem a partnereknek lenne érdekük a szerződésmódosítás, akkor nekik le kell küzdeni a már többször látott kollektív cselekvés problémát (Olson [1997]): találni kellene a csoportban valakit vagy néhány tagot, akik a többiek érdekében is kiharcolják a módosítást. Egyénileg azonban valószínűleg senki nem nyer annyit a szerződésen, hogy az összes csoporttársa számára hasznos lépéseket tegyen. Tegyük hozzá, ez a kollektív cselekvési probléma nemcsak akkor lép fel, ha szerződésmódosításról gondolkodunk, hanem akkor is, ha a bíróságon kellene megtámadni, érvényteleníttetni, vagyis végső soron módosíttatni egy-egy passzust: ekkor is valószínűtlen, hogy egy-egy fél felvállalja a fellépés költségét!

Információs problémák. Az előző játékelméleti szituáció azt feltételezte, hogy a partner ismeri, érti a szerződést, és csak az a gond, hogy nem képes módosítani azt. Lépünk most át arra az esetre, amikor a partner nem érti a szerződést! De először maradjunk a racionalitás keretein belül: a partner racionálisan tájékozatlan! Láttuk többször – legutóbb az előző fejezetben –, hogy a feleknek nem érdeke olyan helyzeteket szabályozni, amelyek csak kis eséllyel bukkannak fel. Ugyanez igaz a szerződés szövegére is: a másik által kidolgozott passzusok közül nem érdemes sok figyelmet fordítani azok értelmezésére, amelyek kis

valószínűséggel bekövetkező eseteket szabályoznak. A szerződés értelmezése ugyanis költséges. Minél több részletkérdést próbál rendezni, annál magasabb költséggel jár a megértése. A kidolgozó ezzel tudatosan vissza is élhet: minél bonyolultabb szerződést dolgoz ki, annál kisebb az esélye annak, hogy partnere azt kellően tudatosan végigolvassa, értelmezi (*bliff-stuffers*). (Erről részletesebben lásd Vincze [2010]!) Vegyük észre: az itt tárgyalt információs probléma pontosan a fordítottja annak, amelyet a tájékoztatási kötelezettségnél láttunk! Itt a gondot éppen az okozza, hogy sok később feleslegesnek tűnő információt is az ajánlatba, szerződésbe foglal annak kidolgozója – ott az információk elhallgatása volt az alapvető probléma.

Az információs problémák kapcsán emeljük ki, hogy az általános szerződési feltételek egyik legnagyobb előnye a nyelvteremtés! Ugyanarról a hatásról van itt szó, mint amelyet az előző fejezetben a jogi definíciók kapcsán említettünk: tudhatjuk, hogy mit értünk az adott szerződés esetén az egyes fogalmakon. Ezzel a jogi viták kockázata csökken. Ez pedig mind a két fél számára előnyös.

Korlátozott racionalitás érve. Az információs problémáknál eddig arról a helyzetről szóltunk, amikor valamilyen kockázat ugyan ismert, de a szerződésben lévő kezelését nincs értelme a partnernek megvizsgálni – túl bonyolult a szabályozás, túl kicsi a probléma bekövetkezési esélye. A helyzet kissé más, ha olyan kockázatról van szó, amelyet az előző alfejezetben látott okok miatt a partner rosszul becsül. Láttuk erre példaként az elötörlesztés vagy a szerződésbontás esélyének kezelését: a korlátozottan racionális fél a szerződéskötéskor alábecsülheti ezek esélyét, és ezért nem figyel az – egyébként lehet, hogy könnyen értelmezhető – kilépést akadályozó passzusokra, az elötörlesztési díjra, a szerződésbontás esetére kikötött kötbérre stb..

Versenykorlátozás. Az általános szerződési feltételekkel kapcsolatos irodalom általában azok versenykorlátozó jellegét hangsúlyozza: a piacon előbb-utóbb „összetartó szerződések” alakulnak ki, vagyis az egyes versenytársak által alkalmazott ÁSZF-ek nagyon hasonlítani fognak egymáshoz. Ezzel nemcsak attól fosztják meg a partnereket, hogy befolyásolhassák a kidolgozóval kötött szerződés tartalmát, hanem attól is, hogy szolgáltató-váltással más feltételhez jusson.

A versenykorlátozásra hivatkozó érv szerint az ÁSZF-ek léte elősegíti a kartellek megjelenését, fennmaradását. Ennek megértéséhez induljunk ki a kartelltagok örök problémájából: a kartellek egyben tartatása meglehetősen nehéz, hiszen egyenileg minden tag a kilépésben érdekelt! A többieknél alacsonyabb árakkal vagy kedvezőbb feltételekkel elviheti a kartell-megállapodást betartó többi tag vevőinek nagy részét. A kartell csak akkor maradhat egyben, ha az ilyen kiugrási kísérleteket felfedezi és szankcionálni tudja. Itt kap szerepet az ÁSZF: a kiugrás felderítését segítheti. Akkor is, ha heterogén, akkor

is, ha homogén feltételekről van szó. Utóbbinál az összefüggés nyilvánvaló: ha a szerződési feltételek egységesek, akkor csak a többiek által szabott árakra kell figyelni – minőségi verseny nem indulhat meg. De a heterogén ÁSZF-ek is egyszerűsítik a kilépési törekvések felismerését: ha az egyes szolgáltatók feltételei el is térnek, azok változtatása akkor is kilépési kísérletre utalhat. További előnye a kartelltagok számára az (akár heterogén) ÁSZF-nek, hogy csökkenti a partnerek közötti megkülönböztetés lehetőségét. Azért fontos ez, mert a kartellt nem csak akkor sérti valaki, ha minden szerződését módosítja, hanem akkor is, ha csak egyes – vélhetően jelentősebb – partnereknek ad kedvezményt. Az ÁSZF léte arra garancia, hogy az ilyen „vonzó” partnerekért sem indulhat meg a többiek szeme elől kezdetben rejtve maradó verseny. Vagyis a heterogén ÁSZF, ha nem is jelent olyan erős garanciát, mint a homogén, de mindenképpen nehezíti a kartell megszegését.

Eddig arról beszéltünk, hogy az ÁSZF-ek segítik a kartellek fennmaradását. De ha a kartell létezik is, akkor sem biztos, hogy annak tartalmát – például a tisztességtelenség-teszt segítségével – szabályozni kellene. A kartellek, illetve a monopóliumok kapcsán ki kell emelni, hogy két káros hatás szokott velük kapcsolatban felmerülni: túl drágán és az optimálisnál rosszabb minőséget (kockázatosabb terméket) kínálnak. Ha kartell esetén az ÁSZF-eket tartalmilag szabályoznánk – és nem egyszerűen megakadályoznánk azok létrejöttét –, akkor az utóbbit, vagyis a rossz minőség, a túl sok kockázat problémáját kezelni lehetne ennek révén. A piacszerkezeti irodalomban azonban az sem magától értetődő, hogy szükséges-e ez. Többen (például Katz [1998]) érvelnek azzal, hogy ha a kartell számára adott a monopolárazás lehetősége, akkor inkább azzal fog élni, hiszen az sokkal nagyobb hasznot biztosít a számukra. Mások (például Hirschleifer et al. [2009] pp. 337-342) ezzel szemben azt állítják, hogy egy monopólium nemcsak az áremelésen, hanem a minőségrontáson – pontosabban az abból elérhető költségmegtakarításon – keresztül is megpróbálja majd a profitját emelni.

A kartellek elősegítése mellett az ÁSZF-ek másik fontos versenykorlátozó hatása, hogy belépési korlátot is teremthetnek – különösen, ha kellően bonyolultak. A bonyolultság nemcsak azt akadályozza, hogy a partnerek pontosan értelmezni tudják a feltételeket, hanem az új belépőknek is komoly gondot okozhat. Egy a piacon elterjedt homogén feltételrendszer megtanulása és átvétele nekik is komoly költséget jelenthet. Amennyiben pedig nem akarnak ahhoz alkalmazkodni, akkor a különbségek elmagyarázása, elfogadtatása szintén jelentős többletköltséggel járhat.

A versenykorlátozás speciális formája lehet a túlbonyolított ÁSZF akkor is, ha nem a belépést, hanem csak a szolgáltatóváltást teszi nehezebbé. Ha a partnerek csak annyit értenek a szerződésekből, hogy azok jelentősen eltérhetnek,

de a kockázatok pontos összehasonlítására már nem szánnak energiát, akkor – mivel csak azt tudják, ha szolgáltatót váltanak, nem ugyanazt kapják – az egyes szolgáltatók könnyebben emelhetik áraikat: nem kell partnereik jelentős elvándorlására számítani. (Tovább nehezítheti a bonyolult ÁSZF a kilépést akkor, ha a szerződés komplexitása miatt a partner nem is figyel annak elfogadásakor a kilépés következményeire.)

Érdemes kiemelni, hogy a versenykorlátozási érvek ereje is függ attól, hogy a partner korlátozottan racionális-e. A racionális döntéshozó ugyanis vélhetően könnyebben felismerheti az ilyen veszélyeket, könnyebben összehasonlíthatja, megérti a különböző ajánlatokat – így az újonnan piacra lépő is – könnyebben felismeri a kartellt, kisebb költséggel jár neki bírósághoz, vagy más hatósághoz (például versenyhatósághoz) fordulni, ha ilyen tapasztal. Esetükben tehát a versenykorlátozás kisebb haszonnal jár, kockázatosabb.

A homogén ÁSZF-ek kapcsán mindemellett tudni kell, hogy az nemcsak a verseny korlátozására utalhat, hanem kifejezetten a verseny következménye is lehet. Amennyiben igaz a fent látott modell, vagyis a szolgáltatók abban érdekeltek, hogy feltételeik az átlagos minőséget elváró, átlagosan kockázatkerülő csoportnak megfeleljenek, akkor egyszerűen a verseny hatására jönnek létre azonos feltételek: az átlagos csoport által elvárt szerződés terjed el.³⁹⁶ Gond akkor lehet, ha a szerződés kidolgozója más összetételű csoportot szolgál ki, mint az, aki átveszi tőle a megoldást. Az a szerződési feltétel, amely a kidolgozónál hatékony, az átvevőnél nem feltétlenül az. A probléma persze felszámolható, ha az átvevő felismeri az eltérést és módosítja a szerződést – de az eltérést, azt, hogy ez az ügyfeleinek miért előnyös, el kell magyaráznia. Ha már valamilyen szerződési minta elterjedt a piacon, akkor az újabb minta bevezetésének ilyen tájékoztatásból fakadó többletköltségét fel kell vállalnia.

Előnyök. Eddig elsősorban az általános szerződési feltételek hátrányait láthattuk. Mindemellett számos előnyüket is számba kell venni – tudni kell: ha a jog fellép az ÁSZF-ek ellen, akkor ezeknek az előnyöknek a megjelenését gátolja! Már eddig is láttuk az egyik legfontosabbat: a standardizálást, a homogén termékek létrehozását. Tegyük most hozzá hármat: (i) a tárgyalási, illetve a keresési költségek csökkentését; (ii) az ügynök-probléma minimalizálását és (iii) a jelzés lehetőségét!³⁹⁷

³⁹⁶ A szerződésváltozatok is hasonló okok miatt terjedhetnek: amelyek képesek megfelelően szűrni a partnereket, amelyek hatékonyan osztják meg a kockázatot, azokat szintén több szolgáltató fogja átvenni.

³⁹⁷ Bebchuk – R. Posner [2006] egy további érvet is felhoz. Az, hogy az általános szerződési feltételek egyenlőtlen tárgyalási pozíciót eredményeznek, hatékony is lehet, amennyiben figyelembe vesszük, hogy a kidolgozónak és a partnernek eltérő jogon kívüli eszközök állnak rendelkezésre, eltérő ilyen ösztönzők hatnak rá. A kidolgozó általában az adott piacon hosszabb távon jelenlévő fél, akinek a reputációja is fontos. A nem megfelelő működése

Amennyiben egy cégnek tömegesen kellene szerződéseket (vagy azok módosításait) megtárgyalnia, akkor az egy nagy piacon komoly költséget jelenthet, akár a szerződések létrejöttét is megakadályozhatja. Lényegesen egyszerűbb egyszer kidolgozni a feltételrendszert, mint minden alkalommal újra és újra végigtárgyalni azt. Bár első látásra úgy tűnik, hogy ez a tárgyalási érv csak amellet szól, hogy legyen *valamilyen* egységes szerződés, de gyakran annak tartalmát is meghatározza. A tartalom ugyanis, mint láttuk, jelzésként szolgálhat. Vegyük például a fent látott jótállás vagy garancia esetét! Az, hogy valaki a jótállást ÁSZF-ben rögzíti, vagyis kinyilvánítja, hogy erről tárgyalni sem hajlandó, az egyben azt is jelenti, hogy a garancia, az abban rejlő jelzés hihető: az összes termékét (nem pedig csak azokat, amelyekre ezekkel a feltételekkel szerződik) magas minőségűnek véli. (Ha tárgyalna, akkor elvileg lehetősége lenne arra, hogy a rosszabb termékeket azoknak adja, akiknek a szerződése nem tartalmaz ilyen passzust.)

Az előre kidolgozott feltételek esetén a szerződéseket megkötő cégek ügynök-problémával kapcsolatos ellenőrzési költségei is csökkenhetnek. Egységes feltételek hiányában ugyanis a konkrét szerződés tartalma a partner és a céget képviselő ügynök, ügyintéző megállapodásától függene. Például a megkötött szerződések értéke alapján díjazott ügyintéző ügy is növelhetné a szerződések számát, értékét, ha a partnernek a számára olyan kedvező feltételeket kínálna, olyan kockázatokat vállalna fel a cég nevében, amelyről a megbízó nem is tud – és amely épp ezért nem is jelenik meg az árban. Az ÁSZF bevezetésével az ő mozgásteret hatékonyan korlátozható.

Homogén ÁSZF-ek esetén a partnerek oldalán is komoly ösztönzők jelennek meg. A homogén, standardizált feltételek a partnerek keresési költségét is csökkentik, illetve a könnyebb összehasonlíthatóság miatt a keresés hasznát is növelik – vagyis a homogén (minden szolgáltatónál azonos) ÁSZF-ek ösztönzik az információszerzést, a tanulást.

Az általános szerződési feltételek hatékonysági előnyeinek és hátrányainak elemzését lezárandó érdemes még egyszer áttekinteni, hogy attól függően, hogy (i) az előre kidolgozott feltétel azonos-e a versenytársaknál vagy nem (vagyis homogén vagy heterogén ÁSZF-ekkel van-e dolgunk), illetve, hogy (ii) az ÁSZF-fel szembesülő partner racionális-e, különböző érveket kell megfontolni. A 11.1. táblázatban az látható, hogy melyik esetben melyik elméleti érvet érdemes megfontolni.

vagy az, ha visszaél az egyenlőtlen helyzetével, visszahat a későbbi üzleteire. Ezzel szemben a partnere lehet, hogy csak egyszer vagy nagyon ritkán lép fel az adott piacon, az ő opportunista magatartása nem hat vissza rá – amikor majd sok idő múlva újra megjelenik, akkor az új partnere erről nem fog tudni. Éppen ezért indokolt lehet az, hogy az ÁSZF-ben – látszólag egyenlőtlen módon – inkább az ő kötelezettségeit részletezik.

11.1. táblázat. Az általános szerződési feltételekkel kapcsolatos érvek különböző esetekben

| | Racionális partner | | Racionalitási problémák a partnernél | |
|---|--------------------|--------------|--------------------------------------|--------------|
| | heterogén ÁSZF | homogén ÁSZF | heterogén ÁSZF | homogén ÁSZF |
| Ultimátum-játék – viszi vagy nem szerződés | + | + | + | + |
| járadékvadászat | + | + | + | + |
| ár-nélküli, nyitott ÁSZF | + | + | + | + |
| differenciált ajánlat, szűrés | ++ | (+) | + | (+) |
| Módosítás problémái (egyoldalú) | + | + | + | + |
| túl kemény feltételek | + | + | + | + |
| Információs problémák | | | | |
| Racionális tájékozatlanság | + | + | | |
| Túlbonyolítás | + | + | + | + |
| Nyelvteremtés | (+) | + | (+) | + |
| Fel nem ismert kockázatok áthárítása | | | + | + |
| Kartell egyszerűsítése | (+) | (++) | + | ++ |
| Versenyproblémák | | | | |
| Minőségromlás – egyenlőtlen kockázatelosztás | | (+) | | + |
| Belépési korlát | (+) | (++) | + | ++ |
| Szolgáltató-váltás | (++) | (+) | ++ | + |
| Összehasonlíthatóság csökkenése | (+) | | + | |
| Előnyök | | | | |
| Standardizálás | | + | | + |
| Tárgyalási költségek csökkentése | + | + | + | + |
| Ügynökprobléma feloldása | + | + | + | + |
| Vevői keresési költségek csökkentése | | + | | + |
| Jelzés árumínőségéről | + | + | | |
| Vevő tanulási ösztönzése | | | (+) | + |

A táblázat soronként olvasandó: azt mutatja, hogy melyik érv melyik piaci helyzetben a legfontosabb, hol gyengébb. A pluszjelek száma azt jelzi, hogy az érv abban az esetben fontosabb. A zárójelben szereplő esetekben az érv kevésbé fontos (a zárójeleken belül is igaz az, hogy a több pluszjel esetén fontosabb az érv. Az üres cellák azt jelentik, hogy az érv abban az esetben nem használható.

2.2. Magyar jogi szabályozás

Az előzőek értelmében az általános szerződési feltételek szabályozása három fontos elemre terjedhet ki. Alapesetben megpróbálhatja elérni, hogy a kidolgozó fél oldja fel partnere információs problémáját: ha a szerződési feltételek bonyolultsága miatt nem kerülhet azokkal tisztába, akkor tájékoztassa partnerét arról, hogy mit vállal. Amikor pedig a tájékoztatás előírása nem elég, mivel a partner racionalitása sem teljes, akkor a szabályozás többletvédelmet is nyújthat: a szerződési passzus akkor is megtámadható lesz tisztességtelenség címén, ha arról előzetesen tájékoztatás történt. Mindenekelőtt azonban érdemes a definíciót szemügyre vennünk.

Definíció. A magyar jog szerint az a szerződés minősül általános szerződési feltétellel kötött szerződésnek, amelyet (i) az egyik fél több szerződés megkötése céljából, (ii) a másik közreműködése nélkül készített, és (iii) azt a felek külön nem tárgyalták meg (Benedek – Gárdos [2007] p. 763). A három feltétel közül a legtöbb gondot a közreműködés vizsgálata okozza – a kérdés: volt-e a másik félnek valódi lehetősége az adott szerződési feltétel tartalmát befolyásolni. Ha a másik két feltétel adott, akkor a feltételt kidolgozó félnek kell bizonyítania, hogy a feltételt a felek megtárgyalták.³⁹⁸

A magyar jog specialitása, hogy azokat a szabályokat, amelyeket az uniós szabály (93/13/EGK irányelv) szerint csak a fogyasztóval ilyen módon kötött szerződéseknél kellene alkalmazni, kiterjeszti általában az általános szerződési feltételekre, vagyis minden ilyen esetben érvényesíti. Azonban a magyar jogban a fogyasztók erőteljesebb védelme mégis megjelenik: az általános szerződési feltételek – elsősorban a tisztességtelenségről szóló – szabályait a fogyasztói szerződések minden egyedileg meg nem tárgyalt, de általános szerződési feltételnek nem minősülő passzusa esetében is alkalmazza. Így például akkor is, ha az adott kikötést ugyan egyik fél dolgozza ki, de csak az adott szerződés céljára. Mindez az általános szerződési feltételeknél látott első érveléssel, az ultimátumjátékkal, és az az által keltett járadékvadász ösztönzőkkel alátámasztható is lehet: ilyen módon akkor is elvonható a partner szerződéses többlete, ha az előre kidolgozott feltételt csak egyetlen szerződésnél alkalmazzák. Sőt, ilyenkor még nagyobb haszonnal is kecsegtet: nem az átlagos partnerre, hanem az adott szereplőre illesztheti azt a kidolgozó. Emiatt különösen érdekeltek lehetnek a szolgáltatók a járadékvadászatban, vagyis abban, hogy megkössék magukat és csak az általuk kidolgozott feltételek elfogadása esetén legyenek hajlandóak szerződni. Azonban nem feledkezhetünk meg az ellenérvről sem:

³⁹⁸ Kemenes és Vékás itt megengedőbb lett volna: a Szakértői Javaslat ezt a vélelmet, a bizonyítási teher illetően megfordítását csak a fogyasztói szerződéseknél tartotta volna meg. (Kemenes – Vékás [2008] p. 765)

az előre kidolgozott, az ellenajánlatot kizáró, igen-nem szerződéses ajánlat jelentősen – ha nem is annyival, mint egy sok szerződésre kidolgozott ÁSZF esetén – csökkenti a szerződést megelőző tárgyalási költségeket.

Információs elvárások: az általános szerződési feltétel érvényessége. Egy általános szerződési feltételt két esetben nem fognak kikényszeríteni. Egyrészt, ha azt nem tekinti a bíróság a szerződés részének, másrészt, ha tisztességtelen.

Láttuk, hogy az általános feltételek problémái közül a legtöbb azzal függ össze, hogy azok terjedelme, bonyolultsága miatt a racionális partner is lemondhat annak megismerésétől. A magyar jog az ÁSZF szabályozást kiterjeszti mindenkire, aki ilyen szerződést ír alá, azokra is, akik racionalitása nem vonható kétségbe. Esetükben a racionális tájékozatlanság, amelyet mint láttuk a szerződés bonyolítása révén maga a szerződést kidolgozója is indukálhat, érv lehet emellett, hogy a „gyengébb fél” jogi védelmét, a tájékoztatását megköveteljük.

Alapszabály szerint az általános szerződési feltétel csak akkor válik a szerződés részévé, ha (i) a kidolgozója lehetővé tette, hogy a másik fél annak tartalmát megismerje, és (ii) azt a másik fél kifejezetten vagy ráutaló magatartással elfogadta. Mind a két feltétel többletkövetelmény a normális szerződésekhez képest. A jogi indoklásuk az, hogy ÁSZF esetén kérdéses, hogy a felek konszenzusa valóban kiterjed-e az adott szerződés, az adott feltétel valamennyi elemére. A GK 37. számú állásfoglalás szerint a feltétel akkor megismerhető, ha a kidolgozója, alkalmazója azt a partnere rendelkezésre bocsátja, vagy megjelölt helyen közzéteszi.

Azonban eltérő, keményebb feltételek vonatkoznak azokra az esetekre, amikor a feltétel (i) lényegesen eltér a szokásos szerződési gyakorlattól, (ii) jelentősen eltér a jogszabályoktól, vagy (iii) bármilyen mértékben eltér a felek között korábban alkalmazottól kikötésektől. Ilyen esetben a másik fél figyelmét ezekre külön fel kell hívni, és neki azokat kifejezetten el kell fogadnia. (Benedek – Gárdos [2007] pp 765-766) A 2013-as kódex a második feltételt pontosítja: „lényegesen eltér a jogszabályoktól vagy a szokásos szerződési gyakorlattól”.

Az első és a harmadik esetkör kiemelt kezelése a joggazdaságtani elemzés szerint is hatékony lehet. A szerződést végig nem olvasó racionális fél tudja, hogy nem ismeri a szerződés minden részletét, tisztában van vele, hogy abban jó néhány olyan szabály van, amelyet nem tud. Mit tétel ezokról? A racionális várakozás azt követeli, hogy ilyenkor valamiféle többségi megoldást vélelmezzon, azt várja, hogy a szerződésben a leginkább elterjedt megoldás szerepel. Ennek az átlagos megoldásnak a feltételezése esetén a legkisebb a várható vesztesége. Mivel ez a racionális várakozás, így hatékonysági elvek mentén indokolható, ha nem az ő információgyűjtésének növelését, hanem a másik információadását akarjuk elérni.

Az első esetkör (a lényeges eltérés a szokásos gyakorlattól) kapcsán érdemes felhívni a figyelmet egy fontos pontra. A szabály arra az esetre vonatkozik, amikor a piacon a szerződések ugyanolyan vagy nagyon hasonló általános szerződési feltételekkel jönnek létre. Azzal, hogy a jog az eltérést ettől többlettájékoztatási kötelezettséghez köti, egyben a homogenizálást, a standardizálást is támogatja. Ez az előzőek értelmében igazolható is – viszont élesen ellentmond annak a homogén, összetartó ÁSZF-ek esetén gyakran felhozott érvek, amellyel a versenyhatások tárgyalását kezdtük. Ez a szabály kifejezetten nehezíti a heterogenitás megteremtését: a standardtól eltérő szolgáltatásokat extra költségekkel terheli meg.

A második esetkör (a szerződéses gyakorlattól jelentős eltérés) azt foglalja magában, amikor az ÁSZF valójában csak a jogszabályokból átemelt diszpozitív rendelkezéseket tartalmaz. Ilyenkor azonban az eltérés a diszpozitív rendelkezésektől magában is lényegesnek minősül. (Kemenes – Vékás [2008] p. 767) Első látásra ez a szerződési szabadságot súlyosan korlátozza. Ugyanakkor ez az elv nem minden diszpozitív szabálytól eltérő általános szerződési feltételt tekint problémásnak, csak azt, amely „lényeges” rendelkezéstől „jelentősen” tér el. A szabály így generálklauzulaként fogható fel, amely jelentős teret enged a bírósági mérlegelésnek: a „lényeges”, a „jelentős” fogalma nem egyértelmű. Azonban ez a szabály alkalmazható lenne a fent látott *plain vanilla* szabályozás alapjaként is – ha a diszpozitív szabályok a racionális fogyasztók által vélhetően választott megoldásokat tartalmaznák. Láttuk azonban az előző fejezetben, hogy ez általánosságban (ahogyan ez az ÁSZF-szabály fogalmaz) nem mondható el.

A szerződési feltételek tisztességtelensége. Ha az általános szerződési feltétel tisztességtelen kikötést tartalmaz, akkor azt normál esetben a sérelmet szenvedett fél megtámadhatja. A Ptk. azonban kimondja a fogyasztói szerződések tisztességtelen kikötéseinek relatív semmisségét is, vagyis a semmisséget csak a fogyasztó érdekében lehet érvényesíteni. Az előzőekből következően a tisztességtelenség, egyoldalúság vizsgálata azokra az esetekre terjed ki, amelyekről az aláíró tudott. (Benedek – Gárdos [2007] p. 796)

Tisztességtelen az a feltétel, amely sérti a *jóhiszeműség és tisztesség követelményét*. Tisztességtelen a Ptk. szerint az a feltétel, amely a szerződés kidolgozója, alkalmazója számára egyoldalú és indokolatlan előnyt tartalmaz. A kiindulópont tehát a feltűnő értékaránytalansághoz vagy az uzsorához hasonlóan, itt is az, hogy a jog biztosítani kívánja a szerződésből fakadó jogok és kötelezettségek egyensúlyát. Azokhoz képest azonban itt két fontos eltérést találunk. Az egyik az, hogy a jog az egyensúlyt kifejezetten a diszpozitív szabályok által látja biztosítottnak. A másik, hogy a beavatkozásra már kisebb eltérésnél is sor kerülhet. Az 1959-es törvénykönyv bírói gyakorlatát vizsgálva Benedek és Gárdos arra jut, hogy „[a] Ptk. a szerződések visszterhességéből [201.§ (1) bekezdés] indul ki, és

ha a felek jogai és kötelezettségei jelentős mértékben elmozdulnak az egyensúlyi állapot közeléből, akkor a kódex több lehetőséget is teremt a beavatkozásra. Ilyen beavatkozási lehetőséget biztosítanak az általános érvénytelenségi rendelkezések, elsősorban a feltűnő értékaránytalanság [201.§ (2) bekezdése], az uzsorás szerződés (202.§) és a jóerkölcsbe ütközés [200.§ (2) bekezdés]. Ezek a rendelkezések azonban kizárólag akkor teszik lehetővé az állami beavatkozást, ha a felek közötti egyensúly rendkívül jelentős mértékben felborult. *Egyedileg meg nem tárgyalt szerződési feltételek körében azonban nem lehet kiindulásként sem elfogadni azt, hogy lényegében egyenlő piaci szereplők kötnek szerződést egymással, akik képesek az érdekeiknek megfelelő megállapodást elérni. [...]* Ilyen piaci körülmények között indokolt, hogy az állam *a felek egyensúlyának kisebb felborulása esetén is beavatkozzon a gyengébb fél védelmében. A tisztességtelenségi szabályok ezt biztosítják.* (Benedek – Gárdos [2007] pp. 791-792 – kiemelés SzÁ.)

Az egyoldalúság (a feltétel tisztességtelenségének) megállapításakor minden a szerződéskötéshez vezető körülményt vizsgálni kell. Kivételt képez ez alól a fogyasztói szerződésekre vonatkozó fekete és szürke lista. A 2013-as kódex ezt már a Ptk. általános szerződésjogi szabályai közé illeszti (lásd 11.1 szövegdoboz). Ezek mellett, ha az egyedileg meg nem tárgyalt feltétel nem világos vagy nem érthető, akkor az – az *in dubio contra proferentem* szabályból származó védelmen túl – tisztességtelenségnek is minősül. Nem lehet azonban tisztességtelen az a feltétel, amelyet jogszabály határoz meg.

Az egyoldalúsághoz, tisztességtelenség ezen felfogása két esetben lehet hatékony. Az egyik ilyen a racionalitási hibák esete: hiába tud róla az adott fél, nem érti, és megfelelőnek ítélt öngondoskodás, tanulás mellett sem értheti azokat. Amennyiben tehát a fogyasztók köre azokat fogja át, akiknél ilyen öngondoskodási, tanulási elvárásokkal nem élünk, akkor itt a fogyasztói szerződések megkülönböztetett kezelése indokolhatóan látszik. Racionális felek esetében azonban ez az érv nem áll: a hatékonyság azt követelné, hogy tőlük várjuk el az ilyen feltételek megértését.

Esetükben a másik érvet kell megvizsgálni: uzsora érvét. Láttuk ugyan a kilencedik fejezetben, hogy az uzsoraszabály alkalmazását a joggazdaságtani vizsgálatok szerint csak viszonylag kevés esetben indokolhatjuk, de időnként igen. Ilyenkor viszont a joggazdaságtan szemében nincs különbség normális és ÁSZF alapján kötött szerződés között. Azonban az uzsoraszabály alkalmazását a magyar jog kizárja akkor, ha a partner helyzetét a feltűnő előnyhöz jutó fél nem ismeri – ebből következően kizárt az uzsora alkalmazása a tömeges szerződéskötés, az ÁSZF esetében is. Vagyis az ÁSZF ezen szabályozása végső soron itt az objektív uzsoraszabály kiterjesztése. Más jogok ezt egyszerűen a jóerkölcsbe ütközéssel oldják meg; a magyar az ÁSZF-ek esetén alkalmazott tisztességtelenség-teszt kiterjesztésével a racionális felek által kötött szerződésekre. Ezzel

azonban azt is állítjuk, hogy a tisztességtelenség teszt ilyenkor ugyanazokat a veszélyeket (és hasznokat) rejti magában, mint az uzsoraszabályozás.

Mindenképpen ki kell emelni, hogy a magyar jog szerint a főszolgáltatást és az ellenszolgáltatást meghatározó kikötések – ha azok egyébként világosak és érthetőek – nem lehetnek tisztességtelenek (Benedek – Gárdos [2007] p. 793). A bíróság árelőzőzési jogát korlátozza ez: a tisztességtelenség nem veszi át a feltűnő értékaránytalanság szerepét. A főszolgáltatás és az ellenszolgáltatás vizsgálatának kivonása e teszt alól azonban azért problémás, mert, amint azt épp az uzsora tárgyalásánál láttuk, nem egyszerű a nem ár- és az árjellegű elemek szétválasztása, vagyis a joggazdaságtani elemzés szempontjából kérdéses, hogy mely elemek is tartoznak ide.

Közérdekű kereset. Láttuk, hogy az általános szerződési feltételek esetén azok nem hatékony, vagy legalábbis az elfogadó felek számára hátrányos feltételei ellen nem, vagy csak roppant ritkán fognak fellépni az érdekeltek. Le kellene ugyanis küzdeni a kollektív cselekvési problémát, a potyázást: valakinek a többiek érdekében is lépnie kellene. Ha egyetlen érdekelt egyéni hasznai sem kellően nagyok a szerződésmódosításból vagy a bírósághoz fordulásból, akkor az elmaradhat. A nem kellően racionális felek által kötött ilyen szerződés esetén a kollektív cselekvési problémához adódik az is, hogy a problémát nem is feltétlenül ismerik fel. Hiába ad a jog az előbb látott módon széles megtámadási lehetőséget az érdekeltek kezébe, ha azokkal ők nem élnek. Első látásra úgy tűnik, hogy a magánkikényszerítés külön segítség nélkül nem hatásos eszköz ezekben az esetekben (sem).

Ilyen segítség lehet a közérdekű kereset intézménye: az indokolatlanul egyoldalú előnyt biztosító ÁSZF-eket külön meghatározott szervezetek is megtámadhatják a bíróságon ún. közérdekű keresettel. Az ilyen perek végeredményeként, ha a feltétel valóban tisztességtelen, akkor a bíróság annak érvénytelenségét valamennyi szerződésre mondja ki – más kérdés, hogy ez nem jelenti azt, hogy a már teljesített szerződések is érvénytelenek lennének, vagyis azoknál az eredeti állapotot helyre kellene állítani.³⁹⁹ (Benedek – Gárdos [2007] p. 798) Mivel a közérdekű kereset csak akkor éri el célját, ha utána az egyes egyedi szerződéseket is megtámadják, így fontos valamiképpen megoldani az ítélet nyilvánosságra hozatalát is: a kikötés alkalmazójának költségére kell a bíróságnak közlemény közzétételéről gondoskodnia. Ennek a közleménynek tartalmaznia kell a tisztességtelen kikötést, a tisztességtelenség tényét, és ennek indokait. A bíróság határozza meg a közzététel módját is. (Benedek – Gárdos [2007] p. 799)

³⁹⁹ Érdemes azonban kiemelni, hogy amennyiben nem a kijelölt szervezetek lépnek fel a szerződés ellen, hanem az egyik fogyasztó, akkor az ő perében született ítélet a többi szerződés, illetve az általános szerződési feltétel érvényességét nem érinti. (Benedek – Gárdos [2007] p. 799)

Mivel a közérdekű kereset nem az egyes károsultak érdeksérelmét akarja orvosolni, hanem az összes az adott szerződéssel szembesülő féleét próbálja védeni, így, ha egy feltétel tisztességtelen, akkor nincs értelme megvárni azt, hogy az első kár bekövetkezzen. Épp ezért amennyiben egy feltétel nyilvánosságra kerül (például az adott cég közli, hogy azt alkalmazni fogja vagy akár csak egy szakmai szervezet, érdekképviselő, kamara ajánlja annak alkalmazását a tagjai számára), akkor már érdemes megpróbálni a károk megelőzését. Erre a magyar jog lehetőséget is ad. Ilyenkor a bíróság a tisztességtelennek minősülő feltétel érvénytelenségét a jövőre nézve mondja ki, illetve eltilthatja annak alkalmazásától az azt kidolgozó, illetve alkalmazni kívánó felet.

Az 1959-es kódex az ilyen lépést csak fogyasztói szerződés esetén tette lehetővé, a 2013-as már minden általános szerződési feltétellel kötött szerződés esetén, vagyis a vállalkozások érintő ÁSZF-eknél is. Ez utóbbi azért is fontos, mert így nem kellene azt a kérdést vizsgálni, hogy az adott szerződés fogyasztóval vagy nem fogyasztóval kötött-e. Már csak azért sem túl hatékony ez a megkülönböztetés, mert az ilyen perben hozott döntések úgyszólván kiterjednek a nem fogyasztókkal kötött szerződésekre is. (Kemenes – Vékás [2008] p. 787)

3. MUNKASZERZŐDÉSEK, MUNKAVISZONY

A munkaviszony speciális szerződés, amelyet a polgári jogon kívül a munkajog is sok kógens és (más szerződésekhez képest kevesebb) diszpozitív szabállyal korlátoz. Szinte minden jogrendszerben szabályozza valahogy a munkajog (a polgári joggal együtt) a munkakörülményeket, a munkabiztonságot vagy a munkabalesetekért fizetett kompenzációt; korlátozza a munkavállaló személyiségi jogainak védelme érdekében a munkaadó ellenőrzési jogait, lehetőségeit. Meg lehet követelni természetbeni juttatásokat (minden munkavállalónak vagy csak bizonyos csoportok számára – ide értve például a fizetett szabadságot is). Nehezíteni lehet az elbocsátást (például az elfogadható felmondási indokok meghatározásával, elbocsátási prioritások – védett csoportok – meghatározásával, ki lehet kötni felmondási időt, végkielégítést). Meg lehet szabni minimálbért, munkaidőt, a túlóra kompenzálásának módját. Keretek közé lehet szorítani az alkalmazott bérrendszert (a béremelés rendszerét). A munkaadóra lehet hárítani a munkavállalók által okozott károk egy részét vagy egészét; stb.. E közvetlen szabályozási eszközökhöz járul a munkavállalók kollektív fellépésének szabályozása, ideértve a szakszervezetek szerepét, a kollektív szerződések funkcióját és a sztrájkjog lehetőségét is.

Ezen meglehetősen széles szabályozási paletta egyik legfőbb oka, hogy az elmúlt évtizedekben a munkaviszonyt egyre kevésbé tekintették szerződésnek,

és inkább a szociálpolitikai beavatkozások egyikének: a munkajog segítségével ugyanis a jövedelemelosztást nemcsak adókon és juttatásokon keresztül szabályozhatja az állam, hanem közvetlenül a bérek és a tőkehozam (ahogyan a közgazdaságtan nevezi, a transferek előtti, ún. elsődleges jövedelmek) szintjét is megpróbálhatja befolyásolni. A mostani elemzésünkben ezt az elosztási, szociálpolitikai kérdést figyelmen kívül hagyjuk. Erre fő okunk az, amit az első fejezetben láttunk: a hatékonyság és nem az igazságosság kérdésével foglalkozunk.⁴⁰⁰

A munkaviszony szerződéses elemeinek háttérbe szorulását magyarázhatjuk azzal is, hogy itt a klasszikus szerződési alaphelyzet, amikor két közel egyenlő helyzetben levő fél köt megállapodást, sérül és a munkaviszonyt szívesen írja le a modern társadalomtudomány hierarchikus viszonyként. Mint az első fejezetben láttuk, ez a nézet Williamson [1977/2007] modelljével is összhangban van. Csakhogy azt is láttuk, hogy a hierarchikus viszony még nem mond ellent a szerződéseknek: a hierarchia csak azt jelenti, hogy a felek a szerződés megkötésekor, esetünkben a munkaviszony létesítésekor megegyeznek abban, hogy az utasítás, ha tetszik, a szerződésmódosítás jogát – bizonyos határok között – az egyik félnek, a munkaadónak adják.

⁴⁰⁰ A szociálpolitikai célok, az újraelosztás, a munkások védelme mellett elsősorban akkor tudunk érvelni, ha feltesszük, hogy a feleknek mindig jelentős mozgásterük van abban, hogy mekkora munkabért, illetve milyen munkafeltételeket alakítanak ki. Ilyen mozgástér azonban csak akkor van, ha a munkaerőpiacon járadék keletkezik, vagyis ha az a legkisebb munkabér, amennyiért a munkavállaló éppen elvállalná az adott munkát, elmarad attól a maximális összegtől, amennyiért a munkaadó még éppen alkalmazná. Természetesen ezt a két határértéket erősen befolyásolja, hogy a munkavállaló számára milyen más állások, a munkaadó számára pedig milyen más munkavállalók érhetőek el. A szociálpolitikai érvelés lényege, hogy ezt a többletet nem határozhatja meg pusztán az, hogy a munkaadó és a munkavállaló között milyen megállapodás jön létre.

Tudni kell, hogy erősen kérdéses, hogy a szociálpolitikai beavatkozásokból a támogatni kívánt csoport valóban hasznot húz-e! A legismertebb elemzés e tekintetben Lazear [1990], amely a végkielégítés hatásait vizsgálta. Fő állítása: a munkavállalókat ilyen módon védő szabályozás eredménye egyszerűen az, hogy a munkaadók csökkentik a bérszintet, a munkavállaló bérének kifizetését csoportosítják csak át, annak egy részét a munkaviszony felmondásának pillanatára tartva vissza. Több szerző (Addison – Teixeira [2001], Jolls [2007]) is felveti, hogy alacsony tranzakciós költségek, jól működő piac mellett az ilyen kógens szabályozás nem lehet kölcsönösen előnyös, hiszen amennyiben az ilyen fizetési séma a munkavállalónak többet érne (ezért bére nagyobb csökkentését is hajlandó lenne elfogadni cserébe), mint amennyibe az a munkaadónak kerülne, akkor ezt a lépést szabályozás nélkül is megtennék. Ilyenkor tehát a szabályozás csak felesleges adminisztrációs kiadásokat eredményez. Azonban, ha a szabályozás valóban a kezdeményezettek hasznára van is, akkor sem biztos, hogy annak újraelosztási hatása a vágyott. Például, ha egy adott csoportot sikerül megsegíteni, akkor a kedvezmények költségeit azok a csoportok viselik, akik abból nem vagy csak kisebb valószínűséggel részesülnek, hiszen annak hatására megnőnek a munkaadók működési költségei, és ez lehet, hogy az ő béruk, illetve foglalkoztatásuk csökkenéséhez vezet.

A mostani fejezet alapgondolata, hogy a munkaviszony alapproblémája a szerződési jogban megismert ösztönzők optimális kialakítása: a partnerkeresés (a megfelelő munkaadók és munkavállalók megtalálása), az információs problémák kezelése, a teljesítési ösztönzők (morális kockázatkezelése), az idioszinkratikus beruházások (tanulás) kérdéseit kell itt is megoldani.

3.1. Joggazdasági kérdések: a munkaviszony fő problémái és eszközei

Alfejezetünkben először a munkaviszony fő szerződéses problémáit, a joggazdaságtani eleméletet tekintjük át. Ha elfogadjuk, hogy a munkaviszony speciális szerződés, akkor át kell tekintenünk azokat a specialitásokat, amelyek az egyéb szerződésektől elválasztják.

Célok

A hatékonyságot keresve négy kérdést érdemes szem előtt tartani (Malcomson [1999], Vandenberghe [2008]): a munkajog szabályozása hat (i) a párosítási probléma megoldására, (ii) az idioszinkratikus beruházások szintjére, (iii) a kockázatmegosztásra munkaadó és munkavállaló között és (iv) a morális kockázat nagyságára (elővigyázatossági és teljesítési döntésekre). Ezen ösztönzők optimális kialakításához a fő eszköz általában a megfelelő bérpolitika kialakítása.

Célok: párosítási probléma. A munkaszerződések egyik alapfunkciója a heterogén munkavállalók és a heterogén állások összepárosítása. A munkaadók a megfelelő embert akarják megtalálni, míg a munkavállalók a megfelelő munkát keresik. Csakhogy a munkavállaló többet tud a saját jellemzőiről, a munkaadó pedig a munkáról, és mind a kettő el akarja titkolni a negatív jellemzőket. Emiatt könnyen lehet, hogy nem kölcsönösen előnyös szerződések jönnek létre: munkavállalók olyan munkát fogadnak el, ahol később a munka körülmények nem elégitik ki őket, a munkaadók pedig nem megfelelő, nem kellően motivált munkavállalókat vesznek fel.

Célok: idioszinkratikus beruházások. A munkával kapcsolatban is megjelenik az idioszinkratikus beruházás. Tipikusan a tanulás. A tanulás két formáját különíti el az oktatás-gazdaságtan. Az egyik az ún. *általános tudás*: valaki olyan információk, képességek birtokába jut, amelyet minden munkaadónál kihasználhat. Ez a fajta tanulás a munkavállaló oldalán nem idioszinkratikus. A másik a *specifikus tudás*: a munkavállaló olyan tudást szerez, amelynek értéke egy másik munkaadónál gyakorlatilag nulla. Az ilyen tanulás a munkavállaló részéről idioszinkratikus beruházás. Viszont a munkaadó oldalán a tanulás

finanszírozása, bármelyik formájú tudásról legyen is szó, idioszinkratikus: ha a munkavállaló elmegy, akkor azzal az adott tudás elvész a számára. Az idioszinkratikus beruházások kapcsán többször láttuk, hogy akadályozási probléma jelenhet meg: ha annak hozamát egy szerződésmódosítás révén a másik fél elvonhatja a beruházást finanszírozó féltől, akkor az ilyen beruházásoktól tartózkodni fognak, szintjük túl alacsony lesz. Munkaviszony esetén a hozam elvonása a felmondással, elbocsátással való „zsarolás” képében jelentkezhet: ha a munkavállaló nem egyezik bele a bér csökkentésébe (alacsonyabb mértékű emelésébe), akkor a munkaadó „kénytelen lesz” elbocsátani; fordított esetben: ha a munkaadó nem adja meg a kért bért, akkor a munkavállaló kilép. A tanulási ösztönző kapcsán a kulcskérdés a felmondás, a kilépés, az elbocsátás szabályozása.

Célok: kockázatmegosztás. A munkaviszony mindig egyfajta kvázi-biztosítás is, amelyet a munkaadó nyújt a munkavállalónak. Ha nem így lenne, akkor a bérek mindig alkalmazkodnia kellene a cég aktuális jövedelmezőségéhez. Ezzel szemben a valóságban a bérek mindig lényegesen kevésbé változékonyak, mint a vállalatok nyeresége. Ennek oka a kockázatmegosztás: a munkaadó általában jobban képes a kockázatok (például a vállalat piaci helyzetének, nyereségének változékonyaságából fakadó kockázatok) kezelésére, ő a jobb kockázatviselő. Ezért a fix (vagy legalábbis erősen rugalmatlan) béreken keresztül valójában biztosítást is nyújt a munkavállalónak. Ez a biztosítási elem, éppen mivel a kockázatot az azt jobban elviselő félre helyezi, kölcsönösen előnyös: a munkavállalók a nagyobb biztonságért cserébe alacsonyabb bérért is hajlandóak elvállalni a munkát.

Célok: morális kockázat kezelése, ösztönzés. A munkaviszony egyik legfontosabb kérdése, hogy a munkavállalókat optimális erőfeszítésre ösztönözze. A munkaadónak meg kell próbálnia elérni, hogy a munkavállaló valóban minden elvárható erőfeszítést megtegyen a vállalat sikere érdekében. Könnyen lehet ugyanis, hogy a munkavállaló számára – kellő ösztönzés, illetve megfelelő ellenőrzés hiányában – az erőfeszítései minimalizálása a legkedvezőbb stratégia. A lazulás, ahogyan a munkagazdaságtan nevezi.

Eszközök

Az évtizedek során ezen négy cél elérése érdekében több jól azonosítható megoldás alakult ki. Ilyenek: (i) a közvetlen munkaadói felügyelet, (ii) az ösztönző bérezés, (iii) a hatékony (látszólag túlzottan magas) bérezés, (iv) a halasztott bérezés és (v) a munkaszerződésekben megjelenő, hosszú távú bérezési megállapodás (fix bérrendszer). Lássuk most, miképpen segítik a fenti célok elérést ezek a megoldások!

Közvetlen felügyelet, ösztönző bérezés, hatékony bérezés. A morális kockázat megoldásának egyik – talán leginkább kézenfekvő – módja a *közvetlen felügyelet*: a munkaadó ellenőrzi a munkavállalóit, aki számíthat arra, hogy a szabályszegés, lazsálás kiderül, és ilyenkor büntetést kap. Ez a szoros és mindenre kiterjedő ellenőrzés azonban drága, így gyakori, hogy a munkaadók inkább az ún. *ösztönző bérezést* alkalmazzák. Ennek legnyilvánvalóbb formája, amikor az alkalmazott bérért közvetlenül az általa előállított outputhoz kapcsolják. A különbség: nem kell a szabályok betartását, a munkaidő kihasználását, stb. ellenőrizni csak azt, hogy mekkora a munkás teljesítménye, mit ért el. Ez azonban kevésbé kedvező a kockázatkerülő munkavállalóknak. Az *output* a munkavállalótól független tényezők miatt is visszaeshet, például ha csökken a piaci kereslet, vagy ha a munkavállaló valamilyen probléma miatt „rossz passzba” kerül.

A harmadik megoldást az ún. *hatékony bérezés*: a munkavállaló viszonylag magas (a piacinál, egyensúlyinál magasabb) bért kap, viszont amennyiben az ellenőrzés során kiderül, hogy nem megfelelően végzi el a feladatát, elbocsátják. A munkaadó nem arra törekszik, hogy mindig minden szabálysértés kiderüljön, nem a felderítési arányt (nem az ellenőrzési szintet) emeli, hanem a büntetést. A büntetés jelen esetben az, hogy a vállalatától elbocsátott munkavállaló csak lényegesen alacsonyabb bérért talál munkát. Sőt, amennyiben sok (szélsőséges esetben: az összes) munkaadó ezt a módszert alkalmazza, és megemeli a bért, akkor munkanélküliség alakul ki. Ez pedig csak tovább erősíti ezt az ösztönzőt: az elbocsátott munkavállaló nem hogy alacsonyabb bérért nem talál munkát, de lehet, hogy semmilyenért sem – vagy csak nagyon sokára.

Eszközök: halasztott bérezés. A munkaadók vélhetően elsősorban azokat akarják kiválasztani, felvenni, akik terveik szerint hosszú időre kötelezik el magukat, akik a vállalat érdekében specifikus beruházásokat is felvállalnak. Ennek egy speciális eszköze az ún. *halasztott bérezés*: a munkaviszony kezdeti időszakában alacsonyabb a bér, mint amennyit a munkavállaló teljesítménye indokolna, de gyorsabban növekszik, és idősebb korában már magasabb lesz a teljesítmény alapján indokoltnál. A munkavállaló összességében megkapja azt a bért, amennyit a teljesítményével kiérdemel, de ez az egyenlőség nem minden időpontban áll fenn. Értelemszerűen ez hosszabb távon a munkahelyen maradó munkavállalóknak előnyös; egy ilyen bérrendszer felkínálása révén a munkaadó kiszűrheti, kiválogathatja a jelentkezők közül azokat, akik nem rövidtávra terveznek. (Emlékezzünk: nagyon hasonló bérezési szisztéma jelent meg az előző fejezetben, negatív összefüggésben, a diszkrimináció kapcsán!)

A hatékony bérezés és a halasztott bérezés könnyen össze is kapcsolható: az egyensúlyinál magasabb bért nem kell feltétlenül azonnal kifizetni. A jól definiált előmeneteli rendszer is kiválthat hasonló hatást, hiszen a lazsáláson vagy más szabályszegésen kapott és elbocsátott munkavállaló a későbbre ha-

lasztott bérét is elveszíti. Ezek a megoldások természetesen nemcsak morális kockázatot kezelik, hanem a munkavállalók kilépését is kevésbé kifizetővé teszik, vagyis a vállalatok idioszinkratikus beruházásait is védik.

Eszközök: fix bérezés. Az idioszinkratikus beruházások kapcsán megjelenő akadályozási probléma abból fakad, hogy a munkavállaló, tudva a munkaadó specifikus beruházásairól, béremelési követelésekkel áll elő vagy fordítva: a munkavállaló speciális beruházásai miatt a munkaadó próbálja csökkenteni (nem megfelelő ütemben emelni) a bérét. Ha meg akarjuk védeni a beruházásokat, akkor olyan bérrendszerre van szükség, amely független attól, hogy ki milyen beruházásokat hajt végre. Ilyen a *fix összegre* szóló szerződés. Ez a megoldás azonban közel sem tökéletes. Amennyiben az elérhető alternatív piaci lehetőségek javulnak valamelyik fél számára, akkor fenyegetőzhet az elbocsátással, illetve a kilépéssel. Ezt pedig a másik fél csak úgy akadályozhatja meg, ha módosítja a bért – vagyis az máris nem lesz fix. Természetesen ilyen bérmódosítás esetén is kénytelen a beruházó átengedni hozamának egy részét, de legalább megmenti a másik részét, amely a munkaviszony megszakadása esetén szintén odaveszne. A fix bérezés a kilépési lehetőség fenntartásával tehát csak részlegesen képes kezelni az akadályozási problémát.⁴⁰¹ Malcomson [1999] és Vandenberghe [2008] ezen a ponton felveti a szakszervezetek pozitív szerepét is: ha az újratárgyalás jogát a szakszervezetek, illetve a munkaadók érdekképviselőitének hatáskörébe utaljuk, akkor a tárgyalás független lesz attól, hogy valaki végrehajtott-e korábban specifikus beruházást, vagyis azok hozamát a másik fél nem tudja bérmódosítás-követelések révén megszerezni.

Nem jogi eszközök. A munkaszerződés mindig hosszú távú megállapodás, és mint a hosszú távú megállapodásoknak általában, ennek a bírósági kikényszerítése sem tökéletes. Éppen az ilyen, jogi úton ki nem kényszeríthető elemek miatt nevezi a munkaviszonyt az irodalom *implicit (hallgatólagos) szerződésnek*. Gondoljunk például a hallgatólagos ígéretekre a hosszabb távú munkafeltételekről, a teljesítményről, a jutalmakról vagy az előléptetésről! Ezeket az ígéreteket, megállapodásokat a jog, a bíróság nem tudja kikényszeríteni, hiszen általában bizonyítani sem lehet őket (sokszor az ígéreteket sem és azok betartását vagy megszegését sem). Ezzel szemben a munkaerőpiacon több olyan mechanizmus is kialakult, amely önkikényszerítővé teszi őket, vagyis nem jogi eszközökkel

⁴⁰¹ Malcomson [1999] a hosszú távú szerződések irodalmának felismeréseiből (Grossman – Hart [1986]) indul ki. A munkaszerződések kapcsán igazolja: ha a módosításról az a fél dönthet (vagyis az tehet „elfogad vagy kilép” [*take-it-or-leave-it*] ajánlatot a másiknak), aki a specifikus beruházást is megtette, akkor a specifikus beruházások optimális mértékben jönnek létre. Malcomson [1999] értelmezése szerint az amerikai *employment at will* rendszer, amikor a munkavállaló vagy kilép, vagy elfogadja a szerződésmódosítást, vagyis a munkavégzés folytatása szerződés elfogadásának minősül, ilyen rendszer: a munkaadó rendelkezik a szerződésmódosítás jogával, ő teheti meg az egyetlen ajánlatot.

kényszerít. Álljon itt egyetlen példa: a felek tipikusan arra törekszenek, hogy ne csak az egyik, hanem mindkét fél tegyen kapcsolat specifikus beruházásokat: például a munkaadó fizesse a munkavállaló képzési költségének egy részét, de a munkavállaló is ruházzon be vállalat specifikus tudásba.⁴⁰²

3.2. A munkavállalók védelme: elbocsátás szabályozása és minimálbér

A klasszikus munkajogi érvelés, amely – a szociális szempontok mellett – a hierarchikus viszonyok torzító hatásaiból indul ki, a munkaszerződések erős szabályozása mellett kötelezte el magát. Az utóbbi időben azonban a munkaerőpiacról folytatott viták középpontjába annak deregulációja került. A fő félelem, különösen Európában, hogy ezek a kógens szabályok túlzottan rugalmatlanná teszik a munkaerőpiacot, amely emiatt csak lassabban, nehezebben reagál a piaci sokkokra. Európában sokszor az amerikai munkaerőpiacot állítják követendő példának: az amerikai szabályozás a munkaadókat máshol szokatlanul előnyös helyzetbe hozza; sőt egyes elemzések szerint az amerikai jog a munkaviszonyt nem is tekinti szerződéses viszonyt. Deakin et al. [2007] elemzése szerint az amerikai munkajogi rendszer mind a mai napig magán viseli annak nyomait, hogy az angolszász munkajog – az európaival szemben – nem a szerződéses viszonyok szabályozásából nőtt ki, hanem a mester–szolga, mester–tanonc viszonyból.⁴⁰³

Másik oldalról viszont többen (például Addison – Teixeira [2001], Deakin – Wilkinson [2000], Freeman [2005]) is felhívják a figyelmet arra, hogy a deregulációtól várt pozitív hatások gazdaságelméleti háttere sem nyilvánvaló. Az emellett érvelő elméletek ugyanis azt feltételezik, hogy a munkaerőpiac szabályozás hiányában a tankönyvekből ismert tökéletesen kompetitív piacként működne. Azonban úgy tűnik, hogy a munkaerőpiacon jelentős tranzakciós költségek vannak jelen.

A munkaviszony meglehetősen sok aspektusát lehet szabályozni. (A 11.2. táblázat ezek közül azokat emeli ki, amelyeket a Világbank Doing Business vizsgálata 2009-ig követett.) Botero et al. [2004], amely a Doing Business program

⁴⁰² Vandenberghe [2008] hangsúlyozza, hogy a munkaadók hírneve a munkaerőpiacon nem valószínű, hogy erősen hat: inkább csak a nagyvállalatokról terjednek el ezek az információk. Azonban a *cégekben belül* az információáramlás gyorsabb, pontosabb – bár persze ott sem tökéletes. Ha például a munkaadó tisztességtelen módon megszegi valamely ígéretét, az könnyen a munkamorál csökkenéséhez vezethet, és egyben veszteséget okozhat a vállalatnak.

⁴⁰³ Vannak azonban olyan elméletek is, amelyek nem látnak jelentős különbséget az amerikai és az európai munkaerőpiac teljesítménye között. Nickell [1997] például arra hívja fel a figyelmet, hogy az amerikai munkaerőpiacon megfigyelhető viszonylag magas mobilitás elsősorban az amerikai munkavállalók földrajzi mobilitásának köszönhető. Ezzel szemben, ha a munkahelyek cserélődését (megszűnését, alakulását) vizsgáljuk, akkor nincs lényeges különbség a két rendszer között.

munkaerő-piaci információs rendszerének alapját képezte, a munkavállalók védelmét négy tényező elemzésével vizsgálta: (i) a munkaidő-szabályozás, (ii) az elbocsátás költsége, (iii) az elbocsátás bonyolultsága és (iv) az alternatív (vagyis kevésbé védett) munkaszerződési formák megjelenése.⁴⁰⁴ Most – helyhiány miatt – csak két kérdést vizsgálunk: az elbocsátás egyszerűsítését és a bérszint szabályozását. Az utóbbiból, elterjedtsége miatt, különösen a minimálbér szabályozása vitatott, így itt is erre fogunk koncentrálni.

Elbocsátás nehezítése: tranzakciós költségek leszorítása. Az elbocsátás szabályozásának céljai között két elem keveredik: az egyik a munkaszerződések kapcsán felsorolt tranzakciós költség problémák kezelése és az elosztási szempont. Mivel most hatékonysági elemzést folytatunk, így csak az első érvet tekintjük csak át. A fent látott négy fontos probléma mindegyike visszavezethető arra, hogy a felek csak magas tranzakciós költségek mellett tudnak szerződést kötni. Bizonyos esetekben a szabályozás, vagyis az, hogy a munkaszerződés egyes pontjait nem lehet mindig a felek aktuális érdekeihez igazítani, paradox módon csökkenti a tranzakciós költséget. Például, ha a cél a biztosítási elem érvényesítése, akkor a munkaadónak *hihetően* el kell köteleződnie, hogy a munkabért, illetve a munkafeltételeket nem fogja a rövid távú piaci folyamatoknak megfelelően alakítani – persze csak, ha cserébe a munkavállaló hajlandó alacsonyabb bérért is elvállalni a munkát. Vagyis a szabályozás, amikor akadályozza, hogy a munkabér piaci viszonyokhoz alkalmazkodjon, akkor implicite a biztosítási funkciót is védi, a tranzakciós költségeket is csökkenti. Hasonló vagy talán még fontosabb hatása lehet a szabályozásnak az idioszinkratikus beruházások ösztönzése. A szabályozás hihető garancia arra, hogy a munkaadó (vagy a munkavállaló) nem fogja tudni a másik fél ilyen beruházásának hasznát újratárgyalása révén elvonni. De szintén hihető garancia kell ahhoz is, ha a munkaadó halasztott bérezést akar alkalmazni, például a munkavállalók szűrése érdekében. Ezek a mechanizmusok önkéntes alapon nem feltétlenül működnek: azok a munkaadók ugyanis, akik önként elbocsátási garanciákat nyújtanak, a rosszabb minőségű munkaerőt fogják vonzani, vagyis azokat, akiket nagyobb valószínűséggel kell

⁴⁰⁴ Botero et al [2004] eredményei szerint azon országokban, ahol a munkavállalókat jobban védő (rugalmatlanabb) munkajog van érvényben, kisebb a férfiak munkaerő-piaci részvétele (de a nőké magasabb, igaz, ez utóbbi hatás nem szignifikáns), és magasabb a munkanélküliségi ráta (különösen a 20-24 évesek körében). A többi hatás ugyan nem szignifikáns, de érdemes kiemelni, hogy a szigorúbb munkaügyi szabályozás, úgy tűnik, inkább csökkenti, mint növeli a feketegazdaságban foglalkoztatottak számát.

Botero et al. [2004] elemzése mellett ki kell emelni Micco – Pages [2007] eredményeit, amely iparágak szerint is különbséget tesz. Ezek szerint erős munkajogi védelem mellett a foglalkoztatási stabilitás nagyobb ugyan, de ez azt is jelenti, hogy éppen azokban az iparágakban történik meg legkisebb valószínűséggel munkahelyváltás, amelyekben a legnagyobb szükség lenne az átalakulásra.

11.2 táblázat. A munkaviszony kormányzati szabályozásának alapkérdései egyes országokban

| | Magyarország | Csehország | Szlovákia | Szlovénia | Lengyelország | Románia | Ausztria | Németország | Franciaország | Olaszország | Spanyolország | Nagy-Britannia | Svájc | USA |
|--|--------------|------------|-----------|-----------|---------------|---------|----------|-------------|---------------|-------------|---------------|----------------|-------|-----|
| Tilos határozott idejű szerződést kötni állandó (nem határozott ideig tartó) feladatra? | N | N | N | I | N | I | N | N | I | I | I | N | N | N |
| A határozott idejű szerződés maximális hossza (szerződés hosszabbítással együtt), hónapban | 60 | 24 | 36 | 24 | N | 24 | N | 24 | 18 | N | 12 | N | 120 | N |
| A kötelező minimálbér egy munkás átlagos hozzáadott értékének százalékában | 24 | 21 | 24 | 28 | 27 | 22 | 12 | 21 | 13 | 0 | 26 | 33 | 0 | 21 |
| Létszámleépítés miatt el lehet bocsátani valakit? | I | I | I | I | I | I | I | I | I | I | I | I | I | I |
| A munkaadónak kell valakit értesítenie, mielőtt elbocsát egy munkavállalót? | N | N | I | N | N | N | I | I | N | N | I | N | N | N |
| Szükséges valamilyen engedély egy munkavállaló elbocsátásához? | N | N | N | N | N | N | N | N | N | N | N | N | N | N |
| A munkaadónak kell valakit értesítenie, mielőtt elbocsát kilenc munkavállalót? | N | N | I | N | N | N | I | I | N | I | I | N | N | N |
| Szükséges valamilyen engedély kilenc munkavállaló elbocsátásához? | N | N | N | N | N | N | N | N | N | N | I | N | N | N |
| Van-e átképzési vagy munkahely felajánlási kötelezettség egy munkavállaló elbocsátása előtt? | N | N | I | I | I | I | N | I | I | I | N | N | N | N |
| Van-e valamilyen törvényileg kötelező sorrendje a munkavállalók elbocsátása, létszámleépítés esetén? | N | N | N | I | I | I | I | I | I | I | N | N | N | N |
| Van-e valamilyen törvényileg kötelező sorrendje a munkavállalók visszavételekor? | N | N | N | I | I | I | I | N | I | I | N | N | N | N |
| Felmondási időszak hossza 20 év folyamatos munkaviszony után (hétben) | 12,9 | 8,7 | 13 | 8,6 | 13 | 4 | 2 | 26 | 8,7 | 10,8 | 4,3 | 12 | 13 | 0 |
| Végkielégítés 20 év folyamatos munkaviszony után (heti munkabérben) | 21,7 | 13 | 13 | 28,9 | 0 | 4,3 | 0 | 43,3 | 23,1 | 0 | 52 | 10,1 | 0 | 0 |

| | Magyarország | Csehország | Szlovákia | Szlovénia | Lengyelország | Románia | Ausztria | Németország | Franciaország | Olaszország | Spanyolország | Nagy-Britannia | Svájc | USA |
|--|--------------|------------|-----------|-----------|---------------|---------|----------|-------------|---------------|-------------|---------------|----------------|-------|-----|
| Meghaladhatja-e egy éven belül két hónapon keresztül a munkaidő (túlórával) a heti 50 órát – szezonális ingadozások esetén? | I | I | I | I | I | I | I | I | N | I | I | I | I | I |
| Heti maximális munkanapok száma | 5 | 6 | 6 | 6 | 6 | 5 | 6 | 6 | 6 | 6 | 6 | 6 | 6 | 6 |
| Van-e valamilyen korlátja az éjszakai munkavégzésnek, és alkalmazzák-e azt folyamatosan termelő üzemek esetén? | I | N | I | I | I | I | N | I | N | I | I | N | I | N |
| Van-e valamilyen korlátja a hétvégi munkának (és hétközi szabadnapnak), és alkalmazzák-e azt folyamatosan termelő üzemek esetén? | N | N | I | I | N | I | I | I | I | I | I | N | I | N |
| Fizetett szabadság 20 év munkaviszony után (napban) | 28 | 20 | 25 | 24 | 26 | 21 | 25 | 24 | 30 | 20 | 22 | 28 | 20 | 0 |

Forrás: Doing Business [2009]

majd elbocsátaniuk. Beindulna tehát a kontraszelekció – ezt a kógens szabályok megakadályozzák, hiszen minden munkaadónak ugyanolyan elbocsátásokkal szembeni garanciákat kell ajánlania. (Levine [1991], Eger [2002]).

Szabályozás elleni érvek. Ha ki is tudjuk mutatni a szabályozás előnyös következményeit, és a kontraszelekció miatt szükségesnek is tartjuk a kógens szabályozást, akkor sem feledkezhetünk meg az ilyen szabályozás két legfontosabb költségéről, hátrányáról. Egyrészt, minden ilyen tilalom előbb-utóbb helyettesítést eredményez: a szigorúan szabályozott munkaviszonyok helyett megjelenhetnek, illetve elterjedhetnek a kevésbé szabályozott formák: például az önfoglalkoztatás (és munkavállalói helyett szolgáltatói, alvállalkozói, beszállítói szerződések kötése), illetve a határozott idejű foglalkoztatás – már amennyiben erre a törvény lehetőséget ad (Autor [2003]).

Másrészt mindenképpen figyelembe kell venni, hogy ezek a szabályok akadályozzák a morális kockázat elleni küzdelmet (lásd Malcomson [1999], Vandenberghe [2008]). A munkaadó ugyanis nemcsak azért ajánlhat szerződésmódosítást, javasolhat fizetéscsökkentést, nemcsak azért fenyegetőzhet elbocsátással, mert a munkavállaló idioszinkratikus beruházásának hozamát próbálja így megszerezni, mert így hárítja át a veszteséget (holott azt az alacsonyabb fizetés fejében magára vállalta a kockázatot – ez volt a bérgarancia

lényege), hanem azért is, mert ez az egyik legegyszerűbb módja a nem megfelelő munkateljesítmény szankcionálásának. Ha az elbocsátási lehetőséget korlátozzuk, azzal éppen a hatékony bérezés lehetőségét gátoljuk, és a munkaadót drágább ösztönző mechanizmusok kialakítására kényszerítjük.

Érvek a minimálbér szabályozás mellett. Míg a különböző közgazdasági elméletek általában egyetértenek abban, hogy az árszabályozás több kárt okoz a veszteseknek, mint amennyi hasznot a nyerteseknek hoz, a minimálbér kapcsán már lényegesen nagyobb a vita. (Az irodalom áttekintéséért lásd Deakin – Wilkinson [2000].) A minimálbér ugyanis az alkuköltséget csökkentheti. A béralku során, amikor a munkaadók azt próbálják megsaccolni, hogy mi az a minimális bér, amelyért a munkavállalók elvállalnak egy adott munkát, akkor fenyeget a túl alacsony ajánlat veszélye is, vagyis amikor alábecslik ezt a bérszintet. A minimális ajánlat megszabásával ennek az alábecslésnek és ezzel a szerződés meghiúsulásának az esélyét csökkentjük. Ismert játékelméleti tétel ugyanis, hogy nincs olyan tárgyalási mód, játékszabály, amely mellett bizonyos, hogy minden kölcsönösen előnyös alku létrejön. Amennyiben egyértelmű, hogy a munkavállaló bizonyos bér alatt nem fog elszerződni, akkor ez magát az alkut is megkönnyíti, a tranzakciós költséget csökkenti: kisebb a túl alacsony ajánlat, a rossz alkustratégia miatt elmaradó munkaszerződések kockázata.⁴⁰⁵

Érvek a minimálbér szabályozása ellen. Természetesen igaz, hogy más árszabályozáshoz hasonlóan, a munkabérek szabályozása is káros lehet azok számára, akik alacsonyabb ár mellett szerettek volna szerződni. A munkaerőpiacon ez úgy jelentkezik, hogy ha valaki a megszabott bér mellett nem talál munkát, akkor hiába lenne hajlandó annál alacsonyabb béren is munkát vállalni, a minimálbér szabályozása ezt nem engedi neki, hanem munkanélküliségre vagy feketemunkára kényszeríti. Különösen a pályakezdők, illetve az alacsonyan képzetek munkanélküliségét növelheti egy ilyen lépés.

Másik oldalról tudni kell, hogy a magas minimálbér a fent látott bérezési, ösztönzési sémák működését is befolyásolja. Amennyiben a legrosszabb minőségű munkavállalók bérét mesterségesen emeljük, akkor az ösztönző bérezés vagy a halasztott bér alkalmazása is többre kerül – mindenki más bérét is emelni kell.

⁴⁰⁵ Találunk klasszikus közgazdaságtani érvet is a minimálbér-szabályozás mellett. Az ilyen bérszabályozás által leginkább érintett munkaerőpiacon (alacsony bérű foglalkoztatottak piacán) gyakran erősen egyenlőtlen alkupozíciók, ún. monopozsón jellegű (a vevők, esetünkben a munkaadók monopóliumára emlékeztető) viszonyok alakulhatnak ki. Monopozsón piacon pedig a minimális ár emelheti is a piacra kerülő mennyiséget – esetünkben a munkaszerződések mennyiségét, vagyis a foglalkoztatást. Az ilyen piacokon ugyanis túl alacsony bérek, és adott bérszint mellett az alacsony munkakínálat által meghatározott foglalkoztatás alakul ki. Amennyiben ilyenkor emeljük a bérszínvonalat, akkor a monopóliumoknál megszokott hatást láthatjuk: nő a piacra kerülő mennyiség, esetünkben a foglalkoztatás, hiszen a szűk keresztmetszet (esetünkben a munkaerőkínálat) nő.

Ha erre a munkaadó nem vállalkozik, akkor ezek a bérezési sémák elmaradhatnak, az azokkal kezelhető ösztönzési problémákra más megoldást kell találni.⁴⁰⁶

3.3. Munkabiztonság

A munkaviszony esetén a kölcsönösen előnyös szerződéseket megakadályozó (illetve nem kölcsönösen előnyös szerződésekhez vezető) problémák egyik legfontosabbika, ha a munkavállaló nincs tisztában a rá váró munkakörülményekkel. Ha a munkavállalók tökéletesen informáltak lennének, akkor ilyenkor ún. *kompenzációs bérkülönbség* alakulna ki: a rosszabb munkakörülményeket kínáló munkáltatók csak magasabb bérért tudnának alkalmazottakat felvenni. (Hasonlóan ahhoz, mint amikor a magasabb kockázatú adóstól a hitelező magasabb árat kér vagy, amikor valamilyen kockázatot magára vállaló szerződő fél magasabb ellenszolgáltatást akar.) A kompenzációs bérkülönbség azonban csak akkor működik megfelelően, ha a munkaadók nem hallgatnak el fontos negatív információkat. Ezt legegyszerűbben úgy érheti el a jog, ha a hazugságot tiltja, a bizonyítható félretájékoztatást komolyan szankcionálja. (A hazugság szankcionálása ugyanazokat a problémákat veti fel, mint minden más szerződés esetén, vagyis e tekintetben csak a nyolcadik fejezetben megismert érvelést ismételhethetnénk meg.) Itt most három másik eszközt érdemes elemezni: a tájékoztatási kötelezettséget, a kártérítést, illetve a szabályozást.

Tájékoztatási kötelezettség. Az információs elvárások általában nemcsak a hazugságot, hanem bizonyos információk elhallgatását is tiltják, vagyis tájékoztatási kötelezettséget írnak elő. Láttuk, hogy a tájékoztatási kötelezettség más szerződések esetén sem működik tökéletesen, de a munkaerőpiacon két további speciális probléma is felmerülhet. Az egyik – a fogyasztói szerződésekből ismert – probléma, hogy az információs politika túlértékeli a foglalkoztatottak kognitív képességeit, vagyis azt, hogy az átadott információt megértik-e, beépítik-e döntéseikbe. A másik visszatér a hierarchia problémájához, pontosabban a munkavállalók elégtelen alkupozíciójára hivatkozik: kétségbe vonja, hogy az alku során az alkalmazottak, a kockázatokra hivatkozva, valóban elérhetnek-e magasabb bért. (Az érvek, illetve az empirikus vizsgálatok áttekintéséért lásd Shapiro [2000], Jolls [2007].) Sok más piactól eltérően ez a munkabiztonsági szabályozás olyan információk átadását követeli, amelyek nem állnak „természetesen” rendelkezésre, vagyis a munkaadónak ki kell azokat deríteni. Tehát itt a kötelező információadás, kötelező információgyűjtést is jelent – ez pedig költségeket okoz. Például a pénzpiacon általában olyan információk átadását

⁴⁰⁶ A magyar minimálbér-emelés kapcsán ilyen hatást mutat ki Benedek et al. [2006], Kézdi – Kónya [2009].

követeljük csak, amelyekről feltehetjük, hogy amúgy is a cégek rendelkezésére állnak, vagy legalábbis nem túl magas költséggel előállítható. Ezzel szemben a munkabiztonság esetén az információszerzés roppant költséges lehet – ezt a költséget csak tetézi, ha mindez még értelmetlen is, ha a potenciális munkavállalók korlátozott kognitív képességei miatt nem épülnek be ezek a döntésekbe.

Tiltások, kötelezések. Ha a munkavállalóról feltesszük, hogy amúgy sem értené a munkabiztonsági, kockázatokról szóló információkat, akkor kézenfekvő, hogy más módon védjük meg a nem várt hatásoktól. Elsőként vélhetően a kógens szabályok alkotása jut eszünkbe: a jogrendszer megmondja, hogy milyen feltételek, milyen biztonsági előírások betartása mellett lehet valakit alkalmazni. Amennyiben a munkaadó ezeket nem tartja be, akkor büntetésre számíthat. A szabályozásnak éppen ezért az állami ellenőrzés is része. Az irodalomban leggyakrabban tárgyalt amerikai tapasztalatok nyilvánvalóvá is teszik, hogy a szabályok megalkotása önmagában nem befolyásolja a balesetek számát. A szabályozás hatása csak akkor mutatható ki, ha az ellenőrzést is figyelembe vesszük: azokon a helyeken lényegesen alacsonyabb a balesetek aránya, ahol gyakoribb az ellenőrzés.⁴⁰⁷ Az ilyen nem ellenőrzött biztonsági előírások kifejezetten árthatnak is: a munkavállalókban túlzott biztonságtudatot alakíthatnak ki. Ha ugyanis a szabályok csak papíron léteznek, illetve ha a munkavállaló elhiszi, hogy a szabályok valóban az adott feltételek között elérhető legmagasabb védelmet biztosítják számára, akkor alulbecsülheti a valós kockázatot. Lehet, hogy még annyi információt sem gyűjt össze a munka elvállalása előtt, amennyit egyébként szerezne.

Kártérítés. A kógens szabályozás kézenfekvő alternatívája a kártérítési megoldás. Vegyük észre a kártérítés és a szabályozás között nem az a fő különbség, hogy az egyik esetben van elvárt standard, a másikban pedig nincs! Láttuk az ötödik fejezetben: vétkességi felelősség esetén ilyet a bíróság állít, és ehhez méri a károkozó tetteit, ez az elvárt gondosság. A kérdés az, hogy ki mikor és milyen információk alapján állapítsa meg ezt az elvárt munkabiztonsági szintet. E tekintetben a négy legfontosabb különbség:

1. A munkabiztonsági előírást a szabályozónak előre meg kell alkotnia, ezzel szemben a kártérítési igényt a bíróság utólag az adott eset minden körülményére tekintettel állapíthatja meg. Éppen ezért a szabályozás rugalmatlanabb, a fogyasztói igények, a körülmények változására lassabban, tökéletlenebbül reagál, viszont kiszámíthatóbb, és sokszor olyan jobban képzett szakembergárda készíti elő, amilyen a bíróság számára nem lenne elérhető.⁴⁰⁸
2. A munkabiztonsági előírás betartatásához állami ellenőrzés is járul (ál-

⁴⁰⁷ Igaz, néhány vizsgálat szerint akkor sem, például Gray – Mendeloff [2005]. További empirikus adatokért ismét lásd Shapiro [2000] és Jolls [2007]!

⁴⁰⁸ Tegyük hozzá: ha a szabályozás helyett nagyobb teret kapna a bírósági eljárás, akkor ma,

talában), ezzel szemben a kártérítés csak a bírósági eljárás működtetését követeli: a károsult maga dönti el, hogy kíván-e bírósághoz fordulni. A szabályozás állami, a kártérítés magánkikényszerítésen nyugvó rendszer. (De tegyük hozzá, hogy a munkabiztonság esetén a munkavállaló sokszor maga fordul a munkaügyi felügyelethez, a felügyeleti ellenőrzés mellett ez is információt szolgáltat a szabályszegésről!) A szabályozás mellett gyakran felhozott érv, hogy a munkavállaló nem fog (már csak alárendelt mivolta miatt sem fog) bírósághoz fordulni. Ennek kapcsán azonban két kérdésre kell felhívni a figyelmet. Egyrészt: az, hogy bírósághoz fordul-e, az eljárás részletkérdéseitől függ (mekkora kártérítést kaphat, a vesztes állja-e a nyertes bírósági költségének nagy részét, az ügyvédet lehet-e jutalékos rendszerben fizetni, van-e esély közérdekű keresetre, stb.). Ösztönözni is lehet azt, a költségeit is lehet csökkenteni, nem csak helyettesíteni. Másrészt azt se feledjük, hogy sokszor azért nem fordul bírósághoz, mert a munkaadó – a pert megelőzendő – „kifizeti”. Ez a kifizetés azonban ugyanúgy ösztönöz, mintha ezt az összeget a bírósági eljárás kapcsán, kártérítésként, illetve bírósági költségként kellene kifizetni; vagyis attól, hogy a munkavállaló nem perel, az ösztönző még nem tűnik el.

3. A munkabiztonsági előírás betartása a munkaadó számára folyamatos, igaz kisebb kiadás, mint amennyi a kártérítés egyszerű lenne. Az utóbbi esetben könnyebben előfordulhat, hogy a kártérítés összege már akkora, hogy azt a munkaadó nem tudja kifizetni, ezért az alkalmazott kára részben megtérítetlenül marad, és ez – mint az ötödik fejezetben a kártérítés kapcsán láttuk – a munkaadó ösztönzőit is ronthatja. Ezt hívtuk *ki nem kényszeríthető kártérítésnek*.
4. A kártérítés időben később jelentkezik; ha addig a szolgáltató megszűnik, eltűnik, vagy nagyobb cég esetén az aktuális döntéshozók már elhagyják azt, akkor a kártérítés veszélyével nem fognak számolni. Ezt az ösztönzést tovább csökkenti az is, ha figyelembe vesszük, hogy a döntéshozó nem is maga a vállalat, hanem a menedzser. Az aktuális munkabiztonsági döntést meghozó menedzser nem feltétlenül érdekelt a vállalat hosszú távú kiadásainak csökkentésében, különösen, ha azok elhagyásával rövidtávon profitot termel, amit az ő egyéni menedzseri sikerének könyvelnek el.

A kártérítési rendszer egyik legfontosabb problémája, hogy a munkaügyi esetek kapcsán a bíróság is hajlamos lehet szociális (egyenlőségi) szempontok mérlegelésére: ha a munkaviszonyt hierarchikus kapcsolatként fogja fel, akkor

a szabályozási rezsimben a munkabiztonsági rendszabályok megalkotásán dolgozó szakembergárda jó része vélhetően a bírósági munkában felkért szakértőként jelenne meg!

az ítéletek erősebben húzhatnak a gyengébb fél, vagyis a munkavállaló felé.⁴⁰⁹ A kártérítés, mint láttuk roppant érzékeny arra, hogy mekkora kártérítésre kötelezzük a munkaadót. A kártérítés összegét is meg kell tehát határozni! Nem feledkezhetünk el itt arról, hogy bármilyen tökéletlenül is, de a kompenzációs bérkülönbség mindenképpen kialakul: a munkabiztonsági kockázatok egy része eleve beépül a bérekbe. Közgazdasági értelemben (például Shapiro [2000]) az *ex post* kárnak csak azt a részét kellene megtéríttetni, amelyet a magasabb bér nem fedezett. Emiatt a megfelelő kártérítés megállapítása roppant nehéz lesz: a munkaadó mindig hivatkozhat arra, hogy a munkavállaló a veszélyek tudatában vállalta el adott bérért a munkát, vagyis kárát a magasabb bér formájában már megtérítette (pontosabban a munkavállalóját *ex ante* a veszélyért már kompenzálta). Azonban a károsult is hajlamos lehet olyan kárért is kártérítést kérni, amely valóban benne volt már a bérében.

A két eszköz a szabályozás és a kártérítés szembeállítás mellett érdemes megfontolni egymást kiegészítő jellegüket is. Ha van szabályozás és a bíróság az adott szabályozáshoz illeszti az elvárt gondosság szintjét, akkor előre kiszámítható, hogy milyen esetekben (milyen elővigyázatossági, védelmi lépések elkerülése esetén) kell a munkaadónak kártérítésre számíttania. Persze, ha a rendszer erre épül, akkor elvész a kártérítési rendszer rugalmassága: a munkaadó biztonságban érezheti magát, elkerüli a kártérítést, ha a szabványoknak eleget tett. Akkor is így van ez, ha a szabvány elavult: létezik már olyan egyéb módszer is, amelyet megérné alkalmazni, és amelyet esetleg alkalmazna is a munkaadó, ha a bíróság rugalmasabban, az adott új technológiákra is figyelemmel, állapíthatná meg az elvárható szintet.

3.4. Kollektív szerződések

Szabályozást nem csak állami szabályozás, hanem a *munkaszerződések (kollektív szerződések) révén* is el lehet érni: a szabályokat nem csak külső hatóság, hanem az adott vállalat is létrehozhat. Hatékony is lehet ez. Persze elsősorban akkor, ha ezek megalkotásában nem pusztán az ilyen kiadások csökkentésében érdekelt munkaadók⁴¹⁰, hanem a munkavállalók is részt vesznek. Persze elsősorban akkor,

⁴⁰⁹ Nem feledhetjük azonban el, hogy a szociális szempont nemcsak a bírósági döntésekben jelenhet meg, hanem a szabályozásban is: az is védheti az alkalmazottakat túlzott mértékben is.

⁴¹⁰ Azonban a munkaadók sem érdekeltek a munkabiztonság teljes mellőzésében, hiszen a balesetek elkerülésére tett erőfeszítések nemcsak kiadással, hanem haszonnal is járnak a számukra. A túl gyakori munkahelyi balesetek csökkenthetik a munkavállalók termelékenységét, rossz munkahelyi hangulatot eredményezhetnek, a munkavállalók gyakori cserélődéséhez (és ezzel a specifikus beruházások elvesztéséhez) vezethetnek.

ha sikerül kezelni az eddig látott problémákat: például a szerződésmódosítás miatti akadályozási problémát, az információs (és kognitív) hiányokat.

Kikényszerítés eltérő módja. A kollektív megállapodások ugyanolyan szerepet töltenek be, mint a jogi szabályozás – ugyanolyan kógens szabálynak tekinthetők, csak a kikényszerítésük módja (lehet) más: bírósági úton nehezen kezelhetők, ezért jobban támaszkodnak különböző önkikényszerítő mechanizmusokra. Ezek egyike a sztrájk, amelynek fő előnye, hogy ennek révén a munkavállalók kideríthetik, hogy a munkaadójuk milyen helyzetben is van, nem kell elfogadniuk a munkaadó közlését, amelyben általában a szakszervezetek kéréseit a cég adott anyagi lehetőségei között teljesíthetetlennek minősíti. Azonban, mint a kilencedik fejezetben a fenyegetés kapcsán láttuk járadékvadászatra is használható, erőforrásokat pazarol.

Szabályok minősége. Egy ilyen rendszer sokkal pontosabb lehet, mint az állami szabályozás vagy a bírósági elvárás, hiszen a felek jobban ismerik az adott munkaadó speciális jellemzőit. Azonban ez a megoldás is csak akkor vezet hatékony eredményre, ha az alapfeltételei adottak. A két legfontosabb, hogy (i) a munkaadó és a munkavállalókat képviselő szervezet kielégítően ismerje a kockázatokat, és hogy (ii) a munkavállalók egységesen tudjanak fellépni, vagyis legyen megfelelő képviséletük.

Az információs probléma nem változik. Ne feledjük: a munkabiztonság problémájának tárgyalását azzal kezdtük, hogy az információs aszimmetria miatt a szerződéses megoldás nem működik. Itt visszatérünk a szerződéshez, csak a szerződő felek változnak meg: a munkaadóval szemben nem az egyes munkavállaló, hanem valamilyen kollektív munkavállalói fórum jelenik meg.

Akadályozási probléma kezelése. A kollektív szerződések előnye lehet, hogy csökkentik az egyéni munkaszerződések magas tranzakciós költségeit is, segítenek megoldani a fent bemutatott négy problémát. A bértárgyalások kiemelése a konkrét munkavállalók és munkaadók hatásköréből csökkenti a visszatartási probléma fontosságát: ha a munkaviszonyt nem egyéni, hanem kollektív szerződés révén lehet csak módosítani, akkor kifejezetten azért, mert magas idioszinkratikus beruházást tett valamelyik fél, nem lehet a munkaszerződés (az abban szereplő bért vagy munkakörülmények) módosítását kezdeményezni.

Kollektív cselekvés. Az egyéni munkaszerződések sok problémája kezelhető tehát, ha a munkavállalók egységesen lépnek fel. De miért tennék ezt? A *kollektív cselekvés* hatodik fejezetben látott modelljeiből (Olson [1997]) tudjuk, hogy a munkavállalók valószínűleg akkor sem csatlakoznak a szakszervezethez, akkor is potyáznak, ha a szakszervezetek tevékenysége valóban az ő érdekeiket szolgálja. Éppen ezért tartalmazza sok jog a kollektív szerződések kötelező erejét: az általuk kötött megállapodások (kollektív szerződések) minden munkavál-

lálóra kiterjednek. Olyan munkavállalók is kötelesek alkalmazkodni hozzájuk, akik maguk nem szakszervezeti tagok, és ezért a szakszervezet politikáját sem tudják befolyásolni.⁴¹¹ Azokra is vonatkoznak ezek, akik magukra nézve ezt hátrányosnak tartják, akik esetében mind munkaadójuknak, mind személy szerint nekik előnyösebb lenne, ha megkerülhetnék azokat.

Azonban – már csak ezért is – a szabályozásnak ki kell térnie arra is, hogy milyen munkavállalói szervezet (milyen támogatottság mellett) léphet fel a kollektív szerződés tárgyalásain. Ennek a kérdésnek a kimaradt munkavállalók érdekvédelméen túl a – már többször látott – *ügynökprobléma* kezelése szempontjából is nagy jelentősége van. Valamiképpen biztosítani kell ugyanis, hogy a munkavállalók nevében fellépő szervezet valóban a munkavállalók érdekeit, és ne csak a tárgyalásokon részt vevő küldöttei egyéni érdekeit tartsa szem előtt.

4. ÖSSZEFOGLALÓ

Ezen utolsó fejezet a szerződési partner (és nem a kívülállók) védelmére hivatkozva alkotott szubsztantív kógens szabályok hatékonyságát, pontosabban az azok kapcsán hivatkozott elveket tárgyalta. A két talán leggyakoribb érv a korlátozott racionalitás és az egyenlőtlen alkuerő – amely legtisztábban talán az általános szerződési feltételek problémájában jelenik meg.

Láttuk, hogy a mára klasszikussá váló érvek (a fogyasztói döntések anomáliáiról), illetve az ÁSZF-ek döntéskorlátozó jellegéről csak részben állják meg a helyüket – pontosabban, hogy azokat sok további szemponttal kell kiegészíteni. Nem feledkezhetünk el a fogyasztók önvédelméről (elsősorban a tanulásról), a piaci folyamatok nem feltétlenül csak az anomáliákat erősítő, kihasználó, de sokszor azokat felszámoló hatásáról. Észben kell tartani azt is, hogy a fogyasztók korlátozott racionalitásával szemben az ő megvédésükre hivatkozó törvényalkotók korlátozott információja, korlátozott racionalitása, illetve sokszor kontrollálhatatlan politika céljai állnak. A lényeg: a fogyasztók (a kereskedők által sokszor segített) tanulása, önvédelme és a politikai döntéshozók sokszor jó szándékú, de (szintén sokszor) meggondolatlan, félrevezetett döntései között kell választani. Ezen kormányzati, szabályozói kudarcokkal szembesülve alakul ki napjainkra a klasszikus szerződési jogot, mindenekelőtt a diszpozitív szabályokat (plain vanilla), a generálklauzulákat és a felelősség intézményét aktívabban használó, a klasszikus tételes kógens szabályoktól távolságot tartó új fogyasztóvédő, paternalista politikai program.

⁴¹¹ Persze tegyük hozzá, az, hogy egyesek nem tagjai a szakszervezetnek nem jelenti, hogy számukra a szakszervezetek fellépése káros. A kollektív cselekvés modellje ugyanis épp azt állítja, hogy az emberek akkor is potyáznának, ha az adott cél elérése érdekében állna.

Az általános szerződési feltételek kapcsán nagyon erősen hangsúlyoztuk, hogy többféle érv keveredik. Nem mindegy, hogy egy az egész piacon nagyjából egységes, ún. homogén ÁSZF-ről vagy csak az adott vállalat által használt, a versenytársaitól eltérő ún. heterogén ÁSZF-ről van szó. Láttuk, hogy piaci versenyre gyakorolt hatásuk sem nyilvánvaló: a homogén ÁSZF, amelyet ugyan sokszor kartellre utalónak, versenytorzítónak tartanak, időnként kifejezetten elősegíti a piac hatékony működését azzal, hogy standardizálja a terméket, szerződést (a tankönyvi tökéletes piacokon gyakorlatilag ilyen standardizált szerződési feltételeknek kellene lenni), ezzel szemben a heterogén ÁSZF, amelynek általában jelentős piaci hatást nem tulajdonítanak időnként versenykorlátozó lehet. Láttuk, hogy nem mindegy, hogy egy ÁSZF teljeskörű-e vagy csak a szerződés egy részét tartalmazza, illetve, esetleg alternatív megoldásokat is tartalmaz. Utóbbi a partnerválasztásra, a szűrésre jobban használható, míg egy részleges ÁSZF, paradoxnak tűnő módon – éppen mivel megtárgyalható a féllel – a kidolgozót még jobb helyzetbe is hozhatja. Végezetül láttuk, hogy roppant fontos megkülönböztetni, hogy ezeket a feltételeket racionális vagy csak korlátozottan racionális felekkel szemben alkalmazzák. Különösen fontos ez Magyarországon, ahol a fogyasztói szerződésekre vonatkozó EU-s jogot vette át a jogrendszer a racionálisnak tekinthető felek ÁSZF-fel kötött szerződéseit kapcsán is. Bár találoztunk olyan érvekkel (például a racionális tájékoztatatlanságot esetleg előidéző túlbonyolítással), amelyek ezt a kiterjesztett alkalmazást indokolhatják.

A fejezet utolsó része a munkajog, a munkaszerződések, munkaügyi szabályozás alapproblémáit tekintette át. Ez olyan terület, ahol a szociális megfontolások a klasszikus szerződési joginál, de még a fogyasztóvédelmi érvelésnél is gyakrabban hangzanak el. A rész fő funkciója az volt, hogy megmutassuk, hogy a munkaadó és a munkavállaló közötti hatékony (vagyis mindkét fél számára előnyös, megfelelő ösztönzőket fenntartó) együttműködést szem előtt tartva milyen kérdéseket lehet és kell vizsgálni. Láttuk, hogy a cél ebben az esetben semmiképpen nem a munkaérték-elméletből ránk maradt cél: nem arról van szó, hogy a munkások által megtermelt értéket kell megfelelően elosztani a munkaadó és a munkavállalók között. A hatékonysági cél inkább a heterogén munkaadók és heterogén munkavállalók egymásra találása, az idioszinkratikus beruházások (mindenelőtt a tanítás, képzés) megfelelő szintje, a kockázatok megfelelő elosztása (a munkaviszony kvázi biztosítás jellegének kialakítása, fenntartása) és a morális kockázat leküzdése (vagyis a lazsálás elleni ösztönzők kialakítása). És azt is láttuk, hogy az ezek elérése érdekében alkalmazott sokféle bérezési technika közül egyik-másik időnként kógens szabályozást is megkövetelhet – különösen az elbocsátások kapcsán. Azonban ezek hatékonysági érvek voltak, és nem a már megtermelt érték felosztásáról szólnak, hanem a munkaviszonyban megjelenő ösztönzők hatékony kialakításáról.

Irodalomjegyzék

- Addison, John T. – Paulino Teixeira [2001], *The Economics of Employment Protection. IZA Discussion Paper No. 381.* <http://ssrn.com/abstract=287565>
- Autor, D. [2003]: Outsourcing at will: unjust dismissal doctrine and the growth of temporary help employment. *Journal of Labor Economics* 21 pp. 1-42
- Barr- Gill, Oren [2010]: A fogyasztói szerződések viselkedési közgazdaságtana. *Kormányzás, Közpénzügyek, Szabályozás. IV. 1. szám* pp. 1-25
- Bebchuk, Lucian A. – Posner, Richard A. [2006]: One-Sided Contracts in Competitive Consumer Markets. *Michigan Law Review. Vol.: 104.* (March 2006), No. 5. 827-835.
- Benedek Károly – Gárdos Péter [2007b]: XVIII. fejezet: A szerződés megkötése. in: Gellért György (szerk): *A Polgári Törvénykönyv magyarázata. I. Kötet.* Budapest, Complex
- Benedek Dóra – Rigó Mariann – Scharle Ágota – Szabó Péter [2006]: Minimálbéremelések Magyarországon 2001-2006. *PM Kutatási Füzetek, No. 16.*
- Botero, Juan – Simeon Djankov – Rafael La Porta – Florencio Lopez-de-Silanes – Andrei Shleifer [2004]: The regulation of labor. *Quarterly Journal of Economics*, 119 pp. 1339-82.
- Camerer, C. – S. Isacharoff – G. Loewenstein – T. O'Donoghue – M. Rabinn [2003]: Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for „Asymmetric Paternalism”, *University of Pennsylvania Law Review* 151, 1211-1254.
- Cullis, John – Philip Jones [2003]: *Közpénzügyek és közösségi döntések.* Aula, Budapest.
- Cserne, Péter [2006]: Szerződési szabadság és paternalizmus: adalékok a szerződési jog közgazdasági elemzéséhez. *Századvég* 2006/3, 41-78.
- Csontos László [1998, szerk]: *A racionális döntések elmélete.* Osiris – Láthatatlan Kollégium, Budapest
- Deakin, Simon – Frank Wilkinson [2000]: Minimum Wage Legislation. in: Bouckaert – de Geest [2000, eds.]: *Encyclopedia of Law and Economics, Volume III. The Regulation of Contracts,* Cheltenham, Edward Elgar
- Deakin, Simon F. – Priya P. Lele – Mathias M. Siems [2007]: The Evolution of Labour Law: Calibrating and Comparing Regulatory Regimes. ESRC Centre for Business Research Working Paper No. 352, University of Cambridge. <http://www.cbr.cam.ac.uk/pdf/WP352.pdf>
- Doing Business [2009]: *Doing Business 2010* Washington, D.C.: World Bank, 2010. www.doingbusiness.org
- Downs, Anthony [1990]: Politikai cselekvés a demokráciában: egy racionális modell, *Közgazdasági Szemle* 993-1011.
- Eger, Thomas [2002]: Opportunistic Termination of Employment Contracts and Legal Protection Against Dismissal in Germany and the USA, *German Working Papers in Law and Economics No.. 2002/11.* <http://www.bepress.com/gwp/default/vol2002/iss1/art11>
- Elster, Jon [2011]: *A társadalom fogaskerekei.* Osiris, Budapest
- Epstein, Richard A. [2010]: A fogyasztói szerződések neoklasszikus közgazdaságtana. *Kormányzás, Közpénzügyek, Szabályozás. IV. 1. szám* 27-39.

- Evans, D. S. – Schmalensee, R. [1999]: *Paying with Plastic: The Digital Revolution in Buying and Borrowing*
- Freeman, Richard [2005]: Labor Market Institutions without Blinders: The Debate about Flexibility and Labor Market Performance. *NBER Working Paper No. 11286*.
- Gillette, Clayton P. [2011]: Standard Form Contracts. in: DeGeest [ed. 2011]: *Contract Law and Economics*. Cheltenham: Elgar.
- Glaeser, Edward L. [2010]: Paternalizmus és pszichológia. *Kormányzás, Közpénzügyek, Szabályozás. IV.* pp. 65-80.
- Gray, Wayne B. – Mendeloff John M. [2005], The declining effects of OSHA inspections on manufacturing injuries, 1979 -- 1998. *Industrial and Labor Relations Review* 58 pp. 571-587
- Gross, D. B. – Souleles, N. S. [2002]: Do Liquidity Constraints and Interest Rates Matter for Consumer Behavior? Evidence from Credit Card Data. *Quarterly Journal of Economics* 117, 149.
- Grossman, Sanford J. – Oliver Hart [1986]: The Costs and the Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration, *Journal of Political Economy* pp. 691-719
- Harmathy Attila [2007]: XXIV. fejezet: A teljesítés és a beszámítás. in: Gellért György (szerk): *A Polgári Törvénykönyv magyarázata*. I. Kötet. Budapest, Complex
- Hirshleifer, J. – Glazer, A. – Hirshleifer, D. [2009]: *Mikroökonómia - Árelmélet és alkalmazásai*. Osiris Kiadó, Budapest,
- Jolls, C. M. – C.R. Sunstein, [2006]: Debiasing through Law. *Journal of Legal Studies* 35, 199-242.
- Jolls, C. M. – C.R. Sunstein, and R. Thaler [1998]: A Behavioral Approach to Law and Economics, *Stanford Law Review* 50, 1471.
- Jolls, Christine [2007]: Employment law. in: A.M. Polinsky and Steven Shavell [2007 eds.] *Handbook of Law and Economics*. Elsevier.
- Kahneman D. – A. Tversky [1973]: On the Psychology of Prediction. *Psychological Review* 80 pp. 237-250
- Katz, Avery W. [1998]: Standard Form Contracts. In Peter Newman (ed.): *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Houndmills, UK. Palgrave Macmillan, pp. 502-505.
- Kemenes István – Vékás Lajos [2008]: Ötödik könyv második rész: A szerződések általános szabályai. in: Vékás Lajos (szerk): *Szakértői javaslat az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez*. Budapest, Complex
- Kézdi Gábor–Kónya István [2009]: Bértmegállapítás Magyarországon: egy vállalati felmérés eredményei. MNB Szemle október 19-25
- Lazear, E. P. [1990]: Job Security Provisions and Employment, *Quarterly Journal of Economics*, 105, pp. 699 – 726.
- Levine, D. J. [1991]: Just-Cause Employment Policies in the Presence of Worker Adverse Selection. *Journal of Labour Economics* 9, pp. 294 – 305.
- Lichtenstein S, – P. Slovic [1971]: Reversals of preference between bids and choices in gambling decisions. *Journal of Experimental Psychology*, 89 pp.46-55,
- Malcomson, James M. [1999]: Individual Employment Contracts. in: Ashenfelter – Card [1999 eds.]: *Handbook of Labor Economics*, Volume 3, Elsevier. pp. 2291-2372

- Micco, Alejandro – Carmen Pages [2007]: The Economic Effects of Employment Protection: Evidence from Interbational Industry-Level Data. *Inter-America Development Bank Working Paper No. 592*
- Nickell, Stephen [1997]: Unemployment and Labor Market Rigidities: Europe versus North America. *Journal of Economic Perspectives* 11 pp. 55-74
- Olson, Mankur [1987]: *Nemzetek felemelkedése és hanyatlása*. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, - Budapest
- Pogarsky, G. – Babcock, L. [1997]: Damage Caps, Motivated Anchoring, and Bargaining Impasse, *Journal of Legal Studies* 30, 143–159.
- Posner, Richard A. [2011], *Economic Analysis of Law*, 8th edition. New York: Aspen Law and Business
- Shapiro, Sidney A. [2000]: Occupational Safety and Health Regulation. in: Bouckaert – de Geest [2000, eds.]: *Encyclopedia of Law and Economics, Volume III. The Regulation of Contracts*, Cheltenham, Edward Elgar
- Shui, H. – Ausubel, L. M. [2004]: *Time Inconsistency in the Credit Card Market*. Paper presented at the 14th Annual Utah Winter Finance Conference. <http://ssrn.com/abstract=586622>
- Sorensen, Aron [2001]: An Empirical Model of Heterogeneous Consumer Search for Retail Prescription Drugs, *NBER Working Paper #8548*.
- Sunstein, C. R. – Thaler, R. H. [2003]: Libertarian Paternalism is not an Oxymoron. *University of Chicago Law Review* 70, 1159.
- Tversky, A. – Edwards, W. [1966]: Information versus reward in binary choices. *Journal of Experimental Psychology*, 71(5), 680-683
- Tversky A, – D. Kahneman [1974/1991]: Ítéletalkotás bizonytalanság mellett: heurisztikák és torzítások. in: Pápai Zoltán – Nagy Péter (szerk.) *Döntésméleti szöveggyűjtemény*. Budapesti közgazdaságtudományi Egyetem Vállalatgazdaságtan Tanszék
- Vandenberghé, Ann-Sophie [2008]: Munkaszerződések. *Kormányzás, Közpénzügyek, Szabályozás* 3, pp. 63-77
- Vandenberghé, Ann-Sophie [2011]: Behavioral approach to contract law. in: DeGeest [ed. 2011]: *Contract Law and Economics*. Cheltenham: Elgar.
- Vincze, János [2010]: Miért és mitől védjük a fogyasztókat? Aszimmetrikus információ és/vagy korlátozott racionalitás. *Közgazdasági Szemle*, LVII. évf. szeptember. 725-752.
- Williamson, Oliver E. [1979/2007]: A tranzakciós költségek gazdaságtana: a szerződéses kapcsolatok szabályozása. *Kormányzás, Közpénzügyek, Szabályozás* 2 pp. 235-255.

Tárgymutató

- Abszolút szerkezetű jog, dologi jog, 261
 adásvétel kockázata, 280
Adásvétel, 115, 146
Addicionális kármodell, 174, 178
Adós túlterhelése, 531
Ajándékozás, **343**, 451, 466, 532
 indokok, „ellenszolgáltatás”, 347
 tévedés, 412
 vélelem ellene, 346, 354
 visszakövetelés joga, 345, 355
Ajánlat, 85, **320**
 megtévesztés, 418
 vs. ajánlkozás, 324
Ajánlati kötöttség, 85, 323
 visszavonás vs. módosítás, 331, 335
Ajánlattételi készség, 328, 337
Akadályozási probléma, 59, 127, 177, 308, **320**, 351, 575, 593, 603
Alkuköltség, 598
Állami kikényszerítés, 67, 526, 600
Általános szerződési feltételek, 91, 99, **573**
 differenciált, 576
 érvényessége, 584
 heterogén, 579
 homogén, 580, 581
 nem teljes, 576
 tisztességtelensége, 91, 95, 585
Alternatív költség, lehetőségköltség, 32, 215, 460
Altruizmus, 347
Aránytalan nehézség, 155
Árellenőrzés, 587
Áruvásárlási hitel, 423
Bánatpénz, 90, 251
Bank, 302
Bankgarancia, 83, 300
Belépési korlát, 494, 579
Bezárás, foglyul ejtés, 130, **308**, 326
Bíróság adminisztrációs költsége, 36, 143, 202, 208, 256, 260, 352, 358, 364, 496, 504, 527
Bíróság diszkrecionális döntése, bírói jogalkotás, **523**, 527, 528, 530, 532
Bírósági döntés kiszámíthatatlansága, 160, 203, 214, 489, 524, 526
 elvárt gondosság, 197
Bírósági eljárás egyéni költsége, 487, 524
Bírósági szerződésmódosítás, 89, 444, 452, 467, 484, 516
Bírósági tévedés, 36, 196, 260, 352, 413, 438, 489, 493
Bizalmi javak, **384**
Bizalmi szerződések, 497
Bizalmi viszony, 446
Bizalom, 18, 65, 153, 161, 247, 348, 350, 386
Bizalmat erősítő hatás, 354
Bizalmat rongáló hatás, 353
Bizonyítás
 bizonyítékok többségének elve, 205
 valószínűségi, 204
Bizonyítási nehézségek, 36, 112, 143, 181, 359, 398, 414, 485, 493, 496, 504, 527
Bizonyítási teher, 83, 188, 203, 293

- Bizonyosság-hatás, 558
 Biztatási kár, 87, 323
 Biztos egyenértékes, 114, 200, 211
 Biztosítás, 210, 230
 önbiztosítás, 210
 piaci, 210, 230, 465
 Biztosítéki célú engedményezés, 272
 Biztosítéki tulajdonátruházás, 82, 272
 Biztosító, 538
 Büntető kártérítés, 241, 258, 260, 422
 Caveat emptor, 399
 Chikane, 167
 Coase-tétel, 37, 482
 erős – invariancia, 37
 gyenge – hatékonysági, 37
 Család, 528
 Csőd, 257, 260, 286, 531
 hatékony felszámolás, 288
 Csődközeli helyzet, 296
 Diszkontálás, jelenérték, 33, 179, 348
 Diszkrimináció, 421, 592
 Diszpozitív szabály, **482**
 büntető, 340, 486, 488, 498, 505, 506, 507, 542
 büntető, 52
 hatékony, többségi, hipotetikus alku, 52, 486, 487, 503, 540, 542, 585
 Diszpozitivitás, 42, 45, **97**, 162, 322, **482**, 509, 511, 537
 Dologi biztosíték, 81, **261**
Domináns stratégia, 404
 Egyenletes eloszlás, 109
 Egység, 88, 394, 466
 Egyoldalú szerződésmódosítás, 577
 Együttműködés, kooperáció, 27, 347, 505
 Együttműködési kötelezettség, 94, 97, 322
 Eladó, 147, 376
 Elállás, 90, 163, 165, 177, 249, 502
 Elbocsátás, 595
 Elévülés, 98, 181, 517
 Elfogadás, 85, **320**
 hallgatással, 325, 340
 módosított, 339
 Elfogadási hajlandóság, 18, 179, 330, 476
 Ellenőrzés, 278
 Ellenszolgáltatás, consideration, **343**
 Elmaradt vagyoni előny, 79, 217, 223
 Elosztási konfliktusok rendezése, 144
 Előreláthatóság, 80, 90, 157, 232, 459, 540
 Előszerződés, 325
 Elővigyázatosság, 55, 118, 128, 129, 140, 156, 172, 179, 180, 191, 196, 234, 253, 259, 275, 363
 aktivitás, 191
 gondosság, 191, 231
 Elrettentés, 140, **238**, 239, 421, 444, 454, 467, 468
 Első fél általi kikényszerítés, **25**, 30
 Elsüllyedt költség, 32, 127, 420, 556
 Elszámolási kötelezettség, 82, 264, 266, 270, 272, 274
 Elvárt gondosság, 77, **186**, **190**, 331, 394, 403, 417, 600
 Elvárt minőség
 használhatóság, 505
 törvényes tulajdonságok, 505
 Elvetendő szerződési célok, 522
 Engedményezés, 89, **535**
 törvényi, 538
 Eredeti állapot helyreállítása, 444, 463
 Erkölcsi költség, 25, 301
 Értékcsökkenés, 79, 164
 Értékegyensúly, 94, 153, 156, 294, 296, 450, 453, 512, 517
 feltűnő aránytalanság, 452, 462
 optimális ár, 453
 piaci ár nélkül, 452, 460
 Érvénytelenség, 92, 98
 procedurális okból, 308, 371
 szubsztantív okból, 308, 371

- Evolúciós közgazdaságtan, 350
- Ex post vitarendezés, 485
- Externália, 283, 330, 519, 522, 529, 530, 531, 534
hálózati, 358
vs. versenyhatás, 519
- Fajlagos kötelmek, 162
- Factoring, 539
- Fedezeti paradoxon, 274
- Fedezeti ügylet, 79, 141, 148, 217, 219
- Fekete és szürke lista, 95, 586
- Feketemunka, 598
- Felelősségbiztosítás, 172
- Felelősségi védelem, 142
- Felelősségkizárás, 101, 166, 532
- Felmondás, 90, 503
- Feltűnő értékaránytalanság, objektív
uzsora, 93, 94, 393, 445, **468**, 513, 521, 533, 585
forgalmi érték vs. használati érték, 475
kvázi-biztosítás, 477
- Felvilágosító politika, felvilágosító kam-
panyok, 556, 567, 569
- Fenyegetés, 93, 351, **430**, 452, 454, 463, 464, 467, 521
alku, utolsó ajánlat, 435, 439
büntetőjog, 441
harmadik fél részéről, 468
híhetőségi teszt, 437, 443
jogellenesség, 433
nemteljesítéssel, 445
piaci érték felborulása, 476
reális alternatíva hiánya, 433
rombolás, 435, 445
vs. figyelmeztetés, 445
- Fiduciárius biztosítékok, 82, 272, 290
- Fisher Body, 311, 486
- Fix bérezés, 593
- Fizetési hajlandóság, 18, 179, 330, 476
- Fizetési késedelem, 512
- Fogadási jellegű szerződések, 115
- Foglaló, 250
vs. bánatpénz, 251
vs. vételárelőleg, 251
- Fogyasztó, 92, 550
- Fogyasztói szerződés, 91, 351, 533, **550**
- Fogyasztói többlet, 18
- Formai követelmények, 85, 249, 268, 298, 302, 325, 344, 346, 350, **356**, 512, 542
önkéntes, 357
- Független kockázatok, 212
- Garancia, **162**, 385, 399, 416
időtartam, 179
- Gazdasági ellehetetlenítés, 96, 513
- Generálklauszula, 65, 481, 513, 523
- Globális engedményezés, 531
- Hadley-szabály, 52, 80, 232, 486
- Halasztott bérezés, 592
- Harmadik fél általi kikényszerítés, **25**, 30, 45, 444, 464
- Harmadik fél megkárosítása, 96, 513, 530
- Haszonelvonnás, 238, 422
- Hatékony bérezés, 592, 598
- Hatékony szerződésszegés, 54, 106, 108, 118, 127, 128, 155, 177, 200, 219, 227, 231, 234, 238, 239, 252, 253, 256, 273, 312, 359, 445, 486, 487
- Hatékony szolgáltatóváltás, **308**, 579
- Helyettesítő termék, 31, 217, 220, 221, 333
reális alternatíva, 433
rugalmasság, 434
- Hiányos szerződés, 355, 478, 485, 540
- Hiba, 99, 162, 175
gyártási hiba, 176
tervezési hiba, 176
- Hierarchia, egyesített irányítás, 46, 589, 599, 601
- Hihető ígélet, blöff, 132, 437, 525, 595
- Hiperbolikus diszkontálás, 559
- Hipotetikus alku, 487

- Hírnév, reputáció, 27, 181, 301, 333, 347, 562
- Hitelgarancia, **261**
- Hitelszerződés, 116, 337
 - idő előtti töresztés, 533
 - kamatkorlátozás, 523
 - szerencsejátékra, 517
 - túlbiztosítás, 461
- Homogén termék, 460, 563, 580
- Hosszútávú szerződés, 26, 486, 497, 516
- Idioszinkratikus beruházás, 28, 43, 57, 111, 112, 118, 119, 127, 128, 129, 140, 156, 215, 216, 227, 231, 253, 259, 275, 308, 309, **320**, 349, 351, 359, 413, 486, 541, 574, 575, 590, 595, 603
 - ajánlattevő érdekeltsége, 335, 342
- időzítése, 327, 328
 - kooperatív, 131
 - kölcsönös, 328
 - párhuzamos vs. egymást követő, 336
 - tanulás, 590
- Idioszinkratikus károk, 241, 252, 282
- Idioszinkratikus kockázat, 148
- Időbeni átcsoportosítás, 116
- Időinkonzisztencia, 21, 247
- In dubio contra proferentem, 99, 484, 495
- Infláció, 161
- Információ
 - abszolút vagy relatív, 383
 - bennfentes, 377
 - bizonyítható, 45, 384, 414, 416, 437, 485
 - biztonsági, 379
 - előzetes tudás, 377
 - felfedezés, 378
 - kevert, 377
 - produktív, 377, 402, 411
 - redisztributív, 377, 402, 411
- Információ értéke, haszna, 372
 - egyéni, 372
 - versenyhatás, 373
- Információfeldolgozás, **382**
- Információgyűjtés, 48, 120, 177, 216, 278, 285, **372**, 404, 405, 474
 - párhuzamos, 379, 410
 - véletlen, 376
 - versenyelőny, 376
- Információs aszimmetria, 49, 61, 209, 332, **386**, 498, 521, 563
- bíróság vs. szerződő felek, 354, 487, 493
- Információs ösztönző, 48, 170
- Információsűrités*, 384
- Intézményi választás logikája, 36, 441, 443, 444, 453, 526
- Iparági szokások, 97, 494, 503
- Irányítási struktúra, 128, 497
- Járadék, 35, 335
- Járadékvadászat, 35, 48, 161, 377, 418, 439, 463, 467, 495, 531, 575, 583, 603
- Játék, **17**, 19
 - bizalmi, 18
 - ismétlődő, 26, 301
 - koordinációs, 21
 - szekvenciális, 19
 - szimultán, 21
 - zérőösszegű, 35
- Jelzálog, 264
- Jelzés, 170, 255, 258, 385, 494, 520, 529, 542
- Jobb kockázatviselő teszthe, 53, 107, 123, 157, 169, 174, 209, 213, 214, 292, 302, 332, 355, 363, 496, 507, 508, 509
- Jóerkölcsbe ütközés, 93, 95, 315, 351, 446, 512, 513, 528, 586
- Jogalap nélküli gazdagodás, 164, 410, 411
- Jogbiztonság, 526
- Jogfenntartás, 101
- Jogosultak egyetemlegessége, 501
- Jogosultak együttessége, 501, 504
- Jogszabályba ütköző szerződés, 510, 525, 534

- Jogvesztés, 83, 251
- Jóhiszeműség és tisztességesség követelménye, 95, 513
- Jóhiszeműség teszt, 335
- Jótállás, 75, 166, 416
- Kárenyhítés, 59, 111, 119, 127, 141, 177, 219
 költsége, 79, 218, 227
- Káros verseny, 287
 információhiány, korlátozott racionalitás kihasználása, 373, 561
- Károsult ösztönzői, közrehatás, 178, **190**, 196, 365
 jogosult informáltsága, 163
 tájékoztatói kötelezettség, 165, 375, 387, 393, 402, 403, 414, 472
 túlzott kockázatvállalás, 464
- Kartell, 318, 578, 579
- Kártérítés, 77, **106**, 140, 342
 elmaradt haszon alapján, 215, 223, 227
 kikényszerítési probléma, 206, 601
 költség alapján, 215, 227
 mérték, 80, **117**, 194, **214**, 252, 255
 munkaviszonyban, 600
 negatív interesse, 222, 324, 361, 422
 nem teljes, 236
 pozitív interesse, 222, 335, 361, 415, 445
 túl alacsony, 197, **214**, 241, 252, 255, 365
 túl magas, 197, **214**
- Kárveszély átszállása, 507
- Kellékszavatosság, 73, 80, 163, 180, 249, 385
 önkéntes, 385, 416
 szavatossági lánc, 181
- Képviselő, 86, 360, **361**
 vélelmek, 86, 361
- Keresési tulajdonságok, keresési javak, 178, **384**
- Kereslet törvénye, 31
- Kezesség, 83, **297**, 537
 egyszerű, sortartó, 83, 298
 készfizető, 83, 298
- Kézizálog, 265
- Kicsi valószínűség hatása, 558
- Kiindulólétező-hatást, 557
- Kikényszeríthetetlen, behajthatatlan követelés, 138, 180
 kezesség, 298
- Kísérleti közgazdaságtan, 62, 556, 560
- Kitanítás, 373, 561
- Kizárólagosság, 308, 317
- Klasszikus szerződés, 44
- Kockázat
 ellentételezés, 116, 273, 295, 460, 461, 534, 599
 endogén, 172, 301
 exogén, 172, 301, 328
- kockázattértékelési anomáliák, 557
- kockázatmegosztás, 53, 107, 116, 117, 123, 157, 161, 168, 169, 206, 216, 254, 255, 259, 301, 319, 363, 460, 495, 504, 507, 508, 509, 541, 561, 576, 591
- kockázatoptimalizálási modell, 124, 125, 363
- kockázattűrés, 113, 114, 115, 153, 169, 179, 199, 211, 253, 332, 364, 496, 558, 580, 592
 piaci, 148
- Kockázat-haszon tesztet, 175, 176
- Kocsmai hitel, 517
- Kógens szabály, **64**, **97**, **509**, 550
 megkerülése, 523
 procedurális, 64, 509, 520
 szubsztantív, 64, 509, 520, 521, 523
- Kógens szabályozás paradoxona, 523
- Kollektív cselekvés problémája, 278, 577, 587, 603
- Kompenzációs bérkülönbség modellje, 599

- Kompenzációs kritérium, 34
- Kompenzációs paradoxon, 57, 224, 326, 412, 458
- Kontextusfüggés, 557
- Kontraszelekció, 49, 212, 274, 385, 416, 562, 597
- Kovenáns, 277
- Költségnövekedés, haszoncsökkenés, 155
- Kötbér, 80, 248, 310, 540
 - késedelmes teljesítés (főkkötbér), 80, 248, 249
 - nem teljesítés esetén (főkötbér), 80, 248, 249
- Kötelezettek egyetemlegessége, 501, 504
- Kötelezettek együttessége, 501
- Kötelező garancia, 171
- Közelség torzítása, 559, 571
- Közérdekű kereset, 587
- Közjóság, 120
- Közös tudás, nyilvános információ, 374
- Közösségi döntések elmélete, 63, 535, 556, 569
- Közreműködőért viselt felelősség, 78, 206, 361
- Közvetlen felügyelet, 592
- Kvázi-biztosítási funkció, 116, 255, 280, 288, 319, 591
- Kvázi-járadék, 28, 60, 127, 309, 312
- Látencia, 422, 444
- Legnagyobb kedvezmény elve, 308, 318
- Lehetetlen szolgáltatásra irányuló szerződés, 96, 153
- Lehetetlenülés, 76, 78, 96, 100, **152**, 221, 342, 406, 500, 517
 - ajándékozás, 355
 - aránytalanság tesztje, 177
 - felróható magatartás, 154
 - fizikai, 76, 152
 - gazdasági, érdekbeli, 76, 152, 163
 - kártérítés hiánya, 208
- Lehetőségeköltség-hatás, 558
- Lényegesség, 85, 87, 93, 388, 399, 414, 431, 444, 452, 483, 487, 516
 - információ és tulajdon egyesítése, 400
 - leegyszerűsített hatékony csere tesztje, 400
 - szűk tartalmi teszt, 401
 - tág tartalmi teszt, 401
 - teljes hatékony csere tesztje, 400
- Lex commissoria, 266, 272
- Magáninformáció, 170, 171, 374, 486
- Magánkikényszerítés, 67, 242, 524, 601
- Más helyetti teljesítés, 536, 540
- Másért viselt, mögöttes felelősség, 78, 87, 206, 361, 363, 424
- Második fél általi kikényszerítés, **25**, 30, 441, 444, 464
- Megfogalmazási hatás, 557
- Meghosszabbított tulajdonfenntartás, 531
- Megtévesztés, hazugság, 91, 93, 350, 351, **413**, 437, 442, 444, 452, 599
 - harmadik fél részéről, 423, 468
 - hatékony, 421, 520
 - reklám, feldicsérés, 414
- Menü, 488, 567
- Méretgazdaságosság*, 358
- Minimálbérszabályozás, 598
- Monopólium, 256, 433, 579
- Morális kockázat, 172, 212, 283, 300, 360, 363, 477, 497, 581, 591, 593, 597
 - biztosítékok direkt hatása, 277
 - biztosítékok indirekt hatása, 277
 - ex post vs. ex ante, 287, 293
 - túlzott kockázatvállalás, 275, 287
- Munkaerőpiaci ellenőrzés, 600
- Munkanélküliség, 598
- Nagyvállalat, 213, 333, 360
- Nash-egyensúly, 22
- Naturális obligáció, 98, 517, 534
- Nélkülözhetetlen eszközök doktrínája, 520

- Nem forgalomképes javak, 96, 513, 515, 522
- Nem vagyoni kár, 79, 218, 229, 241
- Nemjogi eszközök, 300, 328, 524, 593
- Neoklasszikus szerződés, 45
- Nyelvteremtés, 358, 540, 578
jogi definíciók, 488, 500, 502
- Objektív felelősség, 77, 176, **186, 190**, 202, 364
- Okozatosság, 93, 187, 406
tényellentétes elemzés, 406
valószínűségi teszt, 406
- Opciók érték, 113, 114, 372
- Opciók szerződés, 112, 128, 130, 152, 177, 506
- Opportunizmus, 44, 257, 261, 309, 333, 359, 495, 498, 505, 507, 541, 572
- Oszthatóság, 98, 500, 504
- Óvadék, 82, 270
- Önkéntes tájékoztatás modellje, 415
- Önkikényszerítő szerződések, 593
- Összetartó szerződések, 578
- Ösztönzési szerződések, 598
- Ösztönző bérezés, 592
- Pacta sunt servanda, 72, 116, **137**, 164
- Pareto-hatékonyság, 33, 36, 37, 107, 435
- Pareto-szerződés, 107, 109, 444
- Párosítási probléma, 171, 590
- Partnerkeresés, 49, 119, 216, 259, 329, 363, 385
- Paternalizmus, 63, 566, 569
puha paternalizmus, 555, 566, 569
- Pénz értéke, 229
- Pénztartozás, 98
késedelmi kamat, 504
ügyleti kamat, 503, 504, 533
- Pénztartozás idő előtti teljesítés, előtörlesztés, 512, 572, 578
- Plain vanilla szabályozás, 567, 568, 585
- Potyázás, 278, 291
- Preferenciasorrend megfordulásának hatása, 557
- Prioritás, 261
csődeljárás, 290
- Prostitúció, szexipar, nemi erkölcs, 522
- Prudencia, ésszerűség, 77, 79, 316, 331, 338, 459, 464
- Pszichés adó, 569
- Racionális tájékozatlanság, 577
- Racionalitás, 31, 61
korlátozott, 61, 260, 292, 301, 302, 347, 350, 475, 521, 529, 530, 532, 534, 555, 578
- Ragadós diszpozitív szabályok, 493, 506, 523, 567
- Reálszerződések, 534
- Reklám, 324, 339, 419, 506, 562
reklámháború, 419, 561
- Relációs, kapcsolati szerződések, kétoldalú irányítás, 45, 145, 278, 352, 446, 497, 530, 541, 574
- Relatív szerkezetű jog, 262
- Reprezentativitási torzítás, 559, 571
- Restitúció, eredeti állapot helyreállítása, 81, 90, 92, 215, 222, 231
- Részleges garancia, 175
- Reziduális jogosult, 291
- Saját kéz megkötése, 560
- Segítségkérés, 561
- Standardizálás, 563, 580
- Status quo hatás, 494
- Szabályozói csapda, 528
- Szakértő, 409
segítségkérés, 466, 561
- Szándékosság, 101, 415, 444, 530
- Személy halála, 508
- Személyes biztosítékok, **297**
- Szenvedélyadók, 566
- Szerencseelem, 95, 398
- Szerencsejáték, 517, 534

- Szerencsés esemény, 146
Szerencsétlen esemény, 146
Szervkereskedelem, 522
Szerződés felbontása, 90, 502
Szerződés lényeges pontja, 85, 322, 483, 487
Szerződés létrejötte, 322, 483, 487
Szerződés megszüntetése, 90, 502
Szerződés pontossága, 51, 119, 216, 231, 355, 478, 485, 577
Szerződésátruházás, **535**
Szerződésben kikötött kártérítés, 80, **248**, 310
Szerződésértelmezés, 99, 158, 322, **482**
kontextus-vizsgálat, 489
legegyszerűbb megoldások, 496
négy fal szabály, 490
osztönzési cél, 495
parol evidence rule, 490
textualizmus, 489, 493
Szerződési szabadság, 62
pozitív felfogás, 42, 482
Szerződéskötési kötelezettség, 509
Szerződéskötési kötelezettség, 518
Szerződésmódosítás, 59, **127**, 144, 318, 576
ajánlattétel joga, 128, 574
fenyegetés, 445
fizetéscsökkentés, 597
kilépés joga, 128
Szerződésszegés, 99
Színelt szerződés, 85, 511, 525
Szolgáltatás, 146
fajlagos, 97, 500, 505
többletszolgáltatás, 505
zártfajú, 97, 500
Szolgáltatói felelősség, 188, 194, 202, 206, 249
Sztrájk, 437, 603
Szükséghelyzet, 93, 94, 447, 450, 462
keresés, 455
kockázatvállalás, 455, 464
nem hatékony kockázatvállalás, 459, 464, 466
segítségnyújtás, 454
tájékozatlanság, 465
Szűrés, 171, 274, 436, 520, 576
Tájékoztatás, 181, 233, 254, 360, **372**, 404, 405
szabályozása, 567
Tájékoztatási kötelezettség, 49, 50, 94, 322, 375, 380, 403, 404, 416, 599
verseny hatására, 373, 561
Tanulás, 409, 466, 494, 560
Tapasztalati tulajdonságok, tapasztalati javak, 178, **384**
Tárgyalási erő, 332
Társadalmi többlet, 19
Társadalmi tőke, 350
Tartós kapcsolat, 561
Tartozásátvállalás, 89, **535**
Tartozáselismerés, 83, 353
Teljes hiteldíjmutató, 384
Teljes kártérítés, **214**, 249, 250, 252, 259
jogi fogalma, 187
Teljes szerződés, 43, 107, 157, 482, 485
Teljesítés
helye, 98, 508
ideje, 98, 507
Teljesítés visszatartása, 98, 507, 509
Teljességi záradék, 360, 484, 490
Tényleges kár, 217, 227
Termékfelelősség, 75
Termékszavatosság, 167, 180
Természetbeni kikényszerítés, 72, **137**, **152**, **162**, 239, 243, 249, 257, 258, 342
Tervezhetőség, 349, 359
Tételes kógens szabály, 65, 481, 523, 530, 532
Tévedés, 87, **386**, 416, 431, 437, 466, 472

- árban, 393, 410, 474
- egyoldalú, 87, 375, 380, 387
- hatékony tájékoztatlanság, 417
- jogi kérdésben, 392
- kockázatról, 397
- kölcsönös, 88, 380, 387, 405
- Tiszta gazdasági kár, 225, 229
- Továbbműködtetési cél*, 288
- Több tartozás
 - elszámolási szabály, 507
- Tökéletes kártérítés, 108, 109, 445
- Tökéletes szerződés, 107, 112
- Tranzakciós költség, **37**, 38, 144
- Túl gyors értékesítés, 279
- Tulajdoni védelem, 142
- Túlbonyolítás, **382**, 578, 579
- Túlzott biztonságtudat, magabiztosság,
 - önhittség, 384, 386, 558, 600
- Túlzott optimizmus, 181
- Túszcsere, 328
- Újratárgyalás-biztos szerződés, 128
- Újratárgyalási ösztönző, 59, 132, 144, 239,
 - 259, 486, 487
- Ultimátum-játék, 574
- Utaló magatartás, 86, 325, 342
- Utólagos bölcsesség tesztje, 176
- Utolsó játék probléma, 27
- Uzsora, 93, 94, 351, 441, 445, **447**, 521,
 - 585, 586, 587
 - fenyegetés harmadik fél részéről, 468
 - segítségnyújtás, 463
 - szankció, 452, 467
 - tranzakciós költség csökkentése, 464
 - vállalkozó, 466
- Vagyonhatás, 40
- Vagyonkimentés, fedezetelvonó szerződés,
 - 83, 292
- Válás, 529
- Választottbírótság*, 490
- Váltási költségek, 309
- Várható érték, 51, 113, 378, 526
- Versenykorlátozó kikötés, 315
- Versenyt korlátozó hatás, 309, 316, 330,
 - 578
- Veszteség fedezése - fedezeti ügylet, 113
- Vételi jog, 272
- Vétkességi felelősség, 77, **186**, **190**, 365,
 - 403, 417
- Vevő, 147, 376
- Vevői várakozások tesztje, 175, 176
- Viselkedési közgazdaságtan, 62, 350, 555
- Viszi vagy nem ajánlat, 574
- Viszonyításpont-hatás, horgonyhatás,
 - 557
- Visszalépési időszak, 567
- Visszavásárlási jog, 272
- Zálog, 81, **261**, 537
 - érvényesítése, 265
 - keretbiztosítéki, 82, 269
 - keretzálog, 285
 - körülírással megjelölt*, 269, 284
 - megszűnése, 267
 - nyilvántartás, 268
 - önálló, 270
 - tárgyai, 267, 281
 - vagyont terhelő*, 269, 285
- Zárási, kilépési érték, 275

