



Pázmány Law Working Papers
2013/09

**Szalai Ákos:
Kikényszerítés a magyar szerződési
jogban**

Pázmány Péter Katolikus Egyetem /
Pázmány Péter Catholic University Budapest
<http://www.plwp.jak.ppke.hu/>

Szalai Ákos⁺

Kikényszerítés a magyar szerződési jogban

A magyar szerződési jog gazdasági elemzése 2.

A tanulmány a magyar szerződési jog közgazdaságtani elemzésének legfontosabb kérdéseit áttekintő négyrészes sorozat *második* tagja.

Az ebben a részben szereplő négy fejezet azt vizsgálja, 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 lehetetlenülést); 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).

⁺ docens, Pázmány Péter Katolikus Egyetem Jog- és Államtudományi Kar, Heller farkas Közgazdaságtudományi Intézet. szalai.akos@jak.ppke.hu

A szöveg korábbi változataihoz fűzött megjegyzéseikért, illetve a korábbi közös munkánk során kapott inputokért köszönet illeti Mike Károlyt, cserne Pétert és Menyhárd Attilát, valamint azokat a diákokat, akik az évek során – a Budapesti Corvinus Egyetemen és a Széchenyi István Szakkollégiumban – hallgatták a szerződési jogról szóló tárgyaimat és megjegyzéseikkel segítettek az anyag folyamatos javulását.

Természetesen, minden a szövegben maradt hiba azonban csakis a szerző felelőssége.

A magyar szerződési jog gazdasági elemzése

(A sorozat szerkezete)

1. A szerződési jog gazdasági elemzésének közgazdaságtani és jogi alapjai

I. fejezet: A szerződések közgazdaságtani elmélete

II. fejezet: A magyar szerződési jog alapjai

2. Kikényszerítés a magyar szerződési jogban

III. fejezet: A szerződés kikényszerítése – elméleti alapok

IV. fejezet: Pacta sunt servanda

V. fejezet: Kártérítés

VI. fejezet: Szerződés-biztosítékok

3. A szerződés létrejötte

VII. fejezet: Szerződéskötés: A nagy átalakulás

VIII. fejezet: Információ

IX. fejezet: Az önkéntesség hiánya, a kényszer formái

4. A szerződés tartalma

X. fejezet: Szerződés tartalma, értelmezése

XI. fejezet: Speciális szerződések

Kikényszerítés a magyar szerződési jogban

III. fejezet: A szerződés kikényszerítése – elméleti alapok.....	5
1. Kikényszerítés tökéletes szerződés esetén.....	6
1.1 Tökéletes szerződés – tökéletes kártérítés.....	6
1.2 Opció szerződés.....	10
1.3 Szerződéstípusok.....	12
1.4 A szerződésteljesítés etikai kötelezettsége.....	13
2. A kártérítés nagyságától függő ösztönző hatások.....	14
2.1 A kártérítés nagyságának ösztönző hatásai.....	14
2.2. A kártérítés nagysága és a kockázatmegosztás.....	19
3. A szerződésmódosítás lehetősége miatt módosuló ösztönzők.....	21
3.1 Ösztönzők.....	21
3.2 A kártérítés nagyságának hatása az újratárgyalás esélyére.....	26
4. Összefoglaló.....	27
Irodalomjegyzék.....	28
IV. fejezet: Pacta sunt servanda.....	29
1. Természetbeni kikényszerítés.....	29
1.1 A pacta sunt servanda alapelve a magyar jogban.....	30
1.2 Joggazdaságtani elemzés: elrettentően magas büntetés, kártérítés.....	31
1.3 Joggazdaságtani elemzés: az újratárgyalás lehetősége – tulajdoni vagy felelősségi védelem.....	32
1.4 Joggazdaságtani elemzés: Természetbeni kikényszerítés és szerződéstípusok.....	35
2. Lehetetlenülés.....	40
2.1 Magyar jogi megoldás.....	40
2.2 Joggazdaságtani elemzés: aránytalan nehézség.....	42
2.3 Joggazdaságtani elemzés: előreláthatóság.....	43
3. Garancia: szavatosság és jótállás.....	47
3.1 Magyar jogi megoldás.....	47
3.2. Joggazdaságtani elemzés: kockázatmegosztás.....	52
3.3 A jogi szabályozás értékelése: részleges, gyakorlatilag kötelező garancia.....	57
4. Összefoglalás.....	62
Irodalomjegyzék.....	63
V. fejezet: Kártérítés.....	65
1. A magyar felelősségi, kártérítési alapszabály.....	65
2. Szerződésszegéért való felelősség és károsulti közrehatás.....	68
2.1 Vétkesség szerződésszegés esetén.....	69
2.2 Szolgáltatói felelősség vagy objektív felelősség.....	78
2.3 Fordított bizonyítási teher.....	79

2.4 Közreműködőért viselt felelősség	82
2.5 Lehetetlenülés.....	83
3. Kártérítés mértéke	88
3.1 A magyar jog kárfogalma.....	89
3.2 Fedezeti ügylet: hatékony szerződésszegés és kárenyhítés	91
3.3 A kártérítés fajtái	93
3.4 A magyar kárfogalom elemei: az elmaradt vagyoni előny – a profit megtérítése.....	94
3.5 A magyar kárfogalom elemei: tényleges kár és kárenyhítési költségek.....	97
3.6 A nem vagyoni kár és a kártérítés	98
3.7 Restitúció.....	100
4. Előreláthatóság	100
4.1 Jogi szabályozás	101
4.2 Joggazdaságtani elemzés.....	101
5. Nem a kárhoz kötődő kártérítés.....	105
5.1 Haszonelvonás.....	105
5.2 Büntető kártérítés	107
6. Összefoglaló	109
Irodalomjegyzék.....	110
VI. fejezet: Szerződés-biztosítékok.....	113
1. Szerződésben kikötött kártérítés.....	113
1.1 Magyar jog: kötbér és alternatívái.....	114
1.2 A joggazdaságtani alaplémma: szerződési kikötés vagy ex post kármérés.....	116
1.3 Kötbér, büntetés: káron felüli kompenzáció.....	118
1.4 Kártól elmaradó kötbér kiegészítése	121
2. Dologi biztosítékok, zálog.....	123
2.1 Magyar jog: zálog, óvadék, fiduciárius hitelbiztosítékok.....	125
2.2 A dologi biztosítékok közgazdasági racionalitása.....	131
2.3 Jogi problémák	136
2.4 A zálog formái, zálogba adható dolgok.....	138
3. Prioritás: csődjog és vagyonelevonás.....	141
3.1 Csődeljárás	142
3.2 Vagyonkimentés.....	146
4. Személyes biztosítékok, kezesség	150
4.1 Magyar jog	150
4.2 Joggazdaságtani elemzés.....	152
5. Összefoglaló	154
Irodalomjegyzék.....	155

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 ígértevéők gyakran nem feltétlenül vannak tekintettel arra a veszteségre, amelyet ígértszegésükkel 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.¹

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

¹ 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)

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 kockázatmegosztási 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 összhasznot – 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 megállapodhatnak 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.²

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. 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.³ 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 kifizeteti 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

² 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.

³ 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 megszabott határt, vagyis 10-et, de az a szerződés is, amely szerint ilyenkor egyszerűen, kártérítés 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.

juthatnak jobb megállapodásra egy ilyen tökéletes 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 feltesszük, hogy éppen annyival csökkenti 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 költsége várhatóan 5 – ugyebár csak akkor teljesít, ha a költsége elmarad 10-től, vagyis a költsége 0 és 10 között lehet, ezen belül egyenletes eloszlással; 0 és 10 közötti egyenletes eloszlás esetén a várható érték 5. A szerződéssel járó várható költsége tehát 7,5. (Ha aláírta a szerződést, akkor az esetek felében fog teljesíteni – ilyenkor a várható költség 5. Az esetek felében pedig 10 kártérítést fizet. Az *ex ante* a szerződés miatt várható költség tehát $7,5 = 50\% * 10 + 50\% * 5$.) Versenypiacot feltételezve⁴ 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 várt költség tehát 8,4-re nő ($8,4 = 60\% * 6 + 40\% * 12$). 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 ($10,8 = 60\% * 10 + 40\% * 12$). 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 tehát romlott a magasabb kártérítés miatt, míg – feltételezésünk miatt, vagyis, hogy az ár épp megfelel a költségnek – a szolgáltatóé nem javult.⁵ 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.⁶

⁴ Vagyis azt, hogy ez az összeg tartalmazza az ún. *normál profitot* – vagyis a tőke elvárt megtérülését, de azon felül extraprofitot (*járadékot*) nem.

⁵ Ha az ár magasabb a költségnél, vagyis nem tökéletes a verseny – akkor is igaz, hogy a két fél együtt veszít, a szerződéses többlet csökken.

⁶ 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

(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 eltérítése 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	$d = b * c + (1 - b) * a$	8,4	7,5	6,4
A szerződés várható bruttó haszna a vevőnek	$e = b * 10 + (1 - b) * a$	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 egyetlenes 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.⁷

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 költségcsökkenés! A két számítási mód ugyanazt a végeredményt adja. Az első a közgazdaságtan logikája, a második a köznapis 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.⁸

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 $B_{d=v}(p') > B_d(p)$.

⁷ Ugyanilyen modellt írhatnánk fel arra az esetre is, ha a kérdés nem a leszállítandó mennyiség, hanem az adott szolgáltatás minősége lenne.

⁸ 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

Láttuk az első fejezetben az ösztönző hatások kapcsán azonban, hogy amennyiben az aktuális veszteséget térítené 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 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 fizettetnie 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

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 $100 \text{ (db)} * [100 \text{ (az ár)} - 60 \text{ (a költség)}]$. Ha a másik módszerrel számolunk, akkor az üzletből a bevétel 10.000 lett volna ezzel szemben áll összesen 7.000 költség (a beruházás, plusz a gyártás költsége), amelynek különbsége az elmaradt haszon, vagyis 3.000, és ehhez kell hozzáadni a szerződés teljesítése miatt felmerült költséget, amely a beruházás költsége, vagyis 1.000.) Látszik, hogy ebben az esetben nagyon kicsi az esélye annak, hogy a húsz egységet az alternatív forrásból megrendelje. Valószínű, hogy kitarzana az eredeti szerződés mellett.

opciós szerződés⁹, spekulációs ügylet: a szolgáltató azt vállalja, hogy a jövőben a most meghatározott áron szolgáltat, de egyben biztosítja magának azt a jogot is, hogy meghatározott díj (kötér 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 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 kötelezettek 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 bekövetkezés esetén elérhető haszon és a bekövetkezés esélyének szorzata érdekli, és ez minden esetben 10 ($10 = 1/3 \cdot 5 + 1/3 \cdot 10 + 1/3 \cdot 15 = 1/3 \cdot 10 + 1/3 \cdot 20$). 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

⁹ Az előbb bemutatott tökéletes szerződést a pénzügyi piacokon és a pénzügyi közgazdaságtanban *call opciónak* neveznék. A call opció egy vételi opció, vagyis, amikor a felek 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.

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.)¹⁰

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.

3.2. táblázat: Kockázat semleges és kockázatkerülő döntéshozók értékelése

	esély	A	B	C	D
kifizetés szerencsés esetben	1/3	10	15	20	15
kifizetés átlagos esetben	1/3		10	10	
kifizetés balszerencsés esetben	1/3		5	0	
várható kifizetés		10	10	10.000	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 olyannal, aki szerint azok csökkenni fognak – akkor *ex ante* mind a kettőjüknek előnyös, ha az aktuális áron kötnek hosszabb távra adás-vételi vagy szolgáltatási szerződést. Végül soron fogadnak az árra.¹¹ *Ex ante* ezen az ügyleten mindketten nyernek. *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

¹⁰ 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.

¹¹ A pénzügy ezeket a későbbi árakra tett fogadási szerződéseket nevezi *futures* vagy *forward* szerződéseknek. (lásd erről R. Posner [2011] p. 157)

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 *adásvétel* 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.

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 tűró 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 tűró 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 költség szint 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 költség szint, vagyis az elővigyázatosság növelése csökkenti a teljesítés várható költségét, így adott kártérítési szint mellett csökkenti a szerződésszegés esélyét is!¹² A kártérítés nagysága hat az óvintézkedések szintjére is: a

¹² 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 –

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.¹³

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 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.¹⁴

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.¹⁵

bármelyiket növeljük, a szerződésszegés valószínűsége csökken: $\Pr(D, x) = 1 - F(D, x)$, ahol $\frac{\partial \Pr}{\partial x} < 0$ és $\frac{\partial^2 \Pr}{\partial x^2} > 0$

¹³ Az előbb láttuk: ha az elővigyázatosság adott, akkor a kártérítés növelése csökkenti a szerződésszegés valószínűségét, $-\frac{dF}{dD} = f_c(c, x) < 0$. 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: $\frac{\partial \Pr}{\partial D} < 0$

¹⁴ 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 elsőrendű feltétel: $[1 - \Pr(x, D)]V'(r) = 1$. Mivel a kártérítés emeléséről tudjuk, hogy csökkenti a szerződésszegés valószínűségét, így $\frac{\partial r}{\partial D} > 0$.

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

¹⁵ A szerződésre hagyatkozáshoz hasonlóan a teljes kárt megtérítő kártérítés itt is az optimálistól eltérő ösztönzőket teremt. A kárenyhítés egyéni hozama: $PB = \Delta L(z) - z$, ahol $\Delta L(z)$ a nem fedezett kár ($V - D$

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.

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 írunk – 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 erősen ösztönzött 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.

3.3. táblázat: Az információszerzés hozama különböző kártérítések mellett

Kártérítés	Várható költség*	Várható nettó haszon (P = 8)	Információgyűjtéssel** elérhető haszon a szerződésből (P = 8)	a	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 szerződne.

) csökkenése, ami a kárenyhítés (z) függvénye. Az elsőrendű 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.

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.¹⁶

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: $6,4 = 40\% \cdot 4 + 60\% \cdot 8$. 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 $1,6 (=40\% \cdot 4)$. 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 ösztönzöt! Tegyük fel, hogy egy olyan beruházásról kell dönteni, 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

¹⁶ Nem elemezzük itt az információadási ösztönzőket. Ezekkel későbbi fejezetekben foglalkozunk.

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 szerződészegés valószínűsége 60-ról 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 szerződészegés esélye 50-ről 37,5%-kra, míg 12 kártérítés esetén 40-ről 25%-kra 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 7,7.¹⁷ Nyilvánvalóan nem éri meg a beruházás, ha azután ugyanúgy megszegjük a szerződést, mint előtte, vagyis, ha a csökkentett költség is 8 fölött 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 információszerzés 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 információszerzés hozama. Mint az sejtethető (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 információszerzés miatti megtakarítás.¹⁸

3.4 táblázat: Információgyűjtés hozama szerződéskötés után

Kártérítés	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%

¹⁷ 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 azért nem foglalkozunk itt, mert ez a hatás minden itt vizsgált kártérítésnagyság mellett ugyanúgy jelentkezik.

¹⁸ 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.

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, 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 veszítene (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 – mindenekelőtt 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. szövegdozban található.)

3.1. szövegdoz: 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 szerződésesség valószínűsége.

A szolgáltató várható haszna (EB):

$$EB = (1 - \text{Pr}) * B(Y + p - C_L) + \text{Pr} * B(Y + p - d)$$

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

A vevő haszna:

$$EU = (1 - \text{Pr}) * U(X + V - p) + \text{Pr} * U(X + d - p)$$

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 határhasznok szerepelnek. A bal oldal a vevő értékelése. A nevező a szerződés megszegése esetén elérhető határhaszn, a számláló pedig a szerződés teljesülése esetén elérhető határhaszn. A jobboldal ugyanez a szolgáltatóra felírva.

Mielőtt továbblépünk, két érdekességet ki kell emelni! Egyrészt, az optimális kockázatmegosztás csak a határhasznoktól függ, a szerződésesség 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 kockázatelosztáshoz. 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 határhasznra kellene, hogy megegyezzen. Mikor lehetséges ez? Ha a jövedelem határhasznra állandó. A Neumann-Morgenstern-féle jövedelem-hasznosság függvényből tudjuk, hogy ez kockázatsemleges döntéshozó esetén van így, míg kockázatkerülő esetén a jövedelem határhasznra 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 határhasznra szerepel, amelynek határhasznra a csökkenő határhasznon 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 határhaszn), míg a jobb oldali csökken (a nevezőben szereplő jövedelem csökken ezért nő az ott szereplő határhaszn). 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):

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

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

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

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 születessen. Az *ex post* hatékonyság tehát ezen az úton mindig elérhető. Hasonlóan a kárenyhítésről is optimális döntés születik: ha a szerződésmódosítás során –meghatározzuk a kártérítés, 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 opportunista 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 kialkudott áron, akkor a beruházásnak a haszna (persze csak akkor, ha az építész teljesít) teljes egészében a mienk 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 állapodnak meg, hanem arról, hogy az adott esetben *ex post* milyen játékszabályok alapján döntenek el a kérdést. Williamson szavaival az „irányítási, döntési jogokról” (*governance structure*) állapodnak 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 (kötbérét vagy a bíróság által szabott kártérítésért cserébe) kiléphessen a szerződésből. A matematika nyelvére 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 kötbér) közötti különbség, a felár éppen egyenlő 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.¹⁹ Érdeemes azonban figyelni arra, hogy nem szoltunk 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!²⁰ 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 alacsony, 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.

3.2. szövegdoboz: Opciós 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.²¹ 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 költség szint, míg $f(s)$ a beruházás miatti átlag- és határköltség-csökkenés. Minél

¹⁹ 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).

²⁰ Pontosabban az itteni felírás Schmidt [1999] és Wickelgren [2011] elemzését követi.

²¹ A kivonás egyszerűen azt jelzi, hogy nagyobb mennyiségnél kisebb a határhaszon.

nagyobb a beruházás az $f(s)$ annál nagyobb érték 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 nevezi 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 kvázijáradék 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 idioszinkratikus beruházás. Az újratárgyalás során ez a többlet a két fél között az alkuerjük 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).²²

Ennek a modellnek az eredményei kihasználhatók a szerződéskötéskor is – elmaradt haszon 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

²² 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.

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.²³ Például azt feltételeztük eddig, hogy az adott fél beruházásának teljes haszna az ő oldalán (az érték, a fizetési hajlandóság növekedésében, vagy a költségcsökkenésében) 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 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.²⁴ 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 hasznonról, hiába fenyegetőzik vele. A kooperatív beruházás csak akkor jelent problémát, ha a szerződés tartós, vagyis nincs ilyen nyilvánvaló közeli lejárat.

²³ Bővebb kritikáért lásd Wicklegren [2011], vagy Bolton – Dewatripont [2005].

²⁴ 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.

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 bizonyításához 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.²⁵ 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 költsége 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.²⁶ És a kölcsönös várható előny annál nagyobb, minél kisebb volt a kiinduló helyzetben a kártérítés.

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.

²⁵ 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.

²⁶ 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.

Lássuk a magas kártérítés, vagyis a nem hatékony teljesítés esetét! Most a vevő azért fog szerződésmódosítást kezdeményezni, hogy árcsökkentést érhessen el. Cserébe több dolgot ajánlhat (a minőség csökkentését, a garanciavállalás 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 szerződésenként 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 többleteljesítés (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.²⁷

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

²⁷ 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.

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 bíróság 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 továbblépnénk, 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 lemezszerződés 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.²⁸

²⁸ A kikényszerítés hatásmechanizmusa jól érthető, ha egy olyan eszközt idézünk emlékezetünkbe, 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 megtehetné, 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.

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 kötelemekre 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 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 szerződésszegő 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.²⁹ 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.)

²⁹ Az itteni összefoglalásnál bővebben lásd: Graziano – Bóka [2010] pp. 289-345)

A francia jog kiindulópontja, hogy a természetbeni teljesítés kikényszerítése nem mindig lehetséges. Elsősorban persze itt sem az átruházás, hanem inkább a tevésre 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 ezt a személyes közreműködést követelő tevésre vonatkozó ígéreteknél alkalmazták – ide értve azonban a munkán kívül, mondjuk egy helyiség kiürítését vagy egy dolog átadását is. Az *astreinte* – 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 *astreinte* 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.³⁰

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 információszerzésre, a megbízhatóbb partnerek felkutatására, illetve a pontosabb szerződéskötésre. 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. Érdemes ezért kitérni a jogosult két ösztönzőjére, vagyis a

³⁰Az 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 ügylethez: a vevő azon jogát jelenti, hogy a piacon beszerezze a megszegett szerződésben foglalt szolgáltatást, és ennek költségét kérje a szerződéses partnerétől.

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 veszik-e az ilyen idioszinkratikus beruházások szintjét. Ha nem, akkor ez nem változtatja az ösztönzőt (marad a szerződésszegés alacsony valószínűsége miatti magas szint). Ha figyelembe veszik, 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 hasznát. 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 megvenné 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 engedélyezés 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 a *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.³¹ 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 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 költségsökkentés 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 kötelezetre. Különösen problémás ez akkor, ha kockázatkerülő.

³¹ A természetbeni kikényszerítés ilyen elemzéséért lásd Ulen [1998] pp. 481

Mielőtt továbblépünk, 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.³²

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 döntenünk), 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 opportunistáé, 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 döntenünk: nyilvánvaló, hogy a kártérítés minimum a valós kár, a maximum az amiatti költségmegtakarítás kellene, hogy legyen. De mekkora legyen? Míképpen 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

³² 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])

költségmegtakarítást vonja el, akkor az ingatlantulajdonos jut a valós kárát meghaladó összeghez.³³

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.

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.³⁴

³³ 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 ítélték 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)

³⁴ 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. Feltevése 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 esélyt látja annak, hogy nyerni fog rajta – ezért a felek tudnak találni kölcsönösen előnyös, köztes felárat.

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. 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.³⁵

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,

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 pénzbeli kártérítés lenne a kölcsönösen előnyös forma *ex ante*.

³⁵ Shavell értelmezi a természetbeni teljesítés kikötését a pénzszolgáltatás 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 pénzszolgáltatás 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 pénzszolgáltatás 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 pénzszolgáltatás 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)

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 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 ismételen 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 szerződésszegést. A kártérítés egyfajta önszelekciót kényszerít ki: a kárnál alacsonyabb teljesítési költségek esetén teljesítésre, míg magasabbak esetén szerződésszegésre ösztönzi a kötelezettet. Ez a szelekció persze megjelenhet teljesítésre kötelezés esetén is – de csak akkor, ha a szerződésmódosítás létrejön.

Ezzel szemben, ha a szerződésszegésre 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 szerződésszegő 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, beelegetezik-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 szerződésszegés 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.

Hatékonysági 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: kiharcolhat egy részt a jobb ajánlat miatti többletből. Kihasználja 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 hozó, 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, pácienszt szolgál ki, nem tudja ugyanakkor kiszolgálni a másikat is.³⁶ A teljesítési kötelezettség tehát ugyanúgy, ahogyan a költségemelkedés esetén, magas tranzakciós költségek esetén is hatékonysági 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 többet 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 beegyezni 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 szerződésszegésre 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!³⁷

³⁶ Persze ez csak *ex post* fontos: előzetesen a vevő eladhatja az időpontját, a „szolgáltatás jogát” az új vevőnek – „engedményezheti” rá.

³⁷ 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 szerződésmódosítást, vagy akár egy olyan új vételi ajánlatot, amelyet egy az ingatlant 175-re értékelő

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.³⁸ De a tranzakciós költségek mellett figyelembe kell venni a végrehajtási problémákat is. A kártérítés végrehajtása egyszerűbb, azt egy probléma akadályozhatja meg: ha a vevőnek nincs akkora vagyona, amekkora kártérítést fizetnie kell. Ezt leszámítva a végrehajtás viszonylag – a természetbeni kikényszerítéshez viszonyítva – egyszerű.

Joggyakorlat. Érdekes 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. Érdekes 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)³⁹

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

vevő tesz. Ez a tulajdoni védelem hátránya: tárgyalni kell. A kártérítési elv, amennyiben tökéletes kártérítést szabnánk ki, nem vezetne ilyen helyzethez.

³⁸ R. Posner a jobb ajánlat esetén éppen ezt hangsúlyozza: ha természetbeni teljesítést írunk 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)

³⁹ Benedek és Gárdos élesen elválasztja 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)

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 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 természetben kikényszerítésről a kártérítésre térjen át a jog. (6:179.§) Másrészt lehetetlenülésről beszélünk akkor is, ha a bíróság a pénzbeli kártérítést engedi el. (6:180.§) Ez utóbbival majd a következő fejezetben foglalkozunk.⁴⁰

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 hasznot 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 természetben 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 lehetetlenülésről* sem. A fizikai lehetetlenülést általában a *vis maiorral* 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*).

⁴⁰ 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.

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 átütne, 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 lehetlenné válása. Az érdekbeli lehetlenné 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 lehetetlenüléshez 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 lehetetlen 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 lehetetlenülés és a lehetetlen szolgáltatásra irányuló szerződés között. A lehetetlen 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 lehetetlenülés 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 ingatlannak, ez mégsem tette semmissé a szerződést – a bíróság nem is a szerződés megkötésekor fennálló állapot vizsgálta (lehetetlen szerződés), hanem azt, hogy a teljesítéskor az lehetséges volt-e (lehetetlenülés).⁴¹ Ugyanez a gondolat jelenik meg a 2013-

⁴¹ Tegyük hozzá, a joggyakorlat még különbséget tesz aközött, hogy a szerződéskötés pillanatában a szolgáltatás későbbi nyújtására van-e jogi, fizikai lehetőség. Ha ez kizárt, akkor alkalmazza a lehetetlen szolgáltatás doktrínáját.

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

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. Kisebb 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 lehetetlenülésen keresztül nem háríthatja át a másik félre. Mivel a saját költségek és haszon 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 haszon) egyensúlyának elemzését követelné. Ez az értelmezés a teljesítés hatékonyságának joggazdaságtani tesztjét jelenti. Bírósági 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 bírósági 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 szerződésszegésen veszítő félnél elmaradt hasznokat kell megítélnie, a szerződésből kilépni kívánó fél költségszintjét 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.⁴² Egy teljes szerződés pontosan megszabná, hogy melyik kockázatot kinek kell viselnie. Azonban a szerződések hézagossak, hallgatnak a valószínűtlen eseményekkel járó kockázatokról. A lehetetlenülés ezeknek az eseteknek a megoldására használt jogelv. Kérdés azonban, hogy tényleg hézagos-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 hárították, de jelentheti

⁴² A másik, az előző alfejezetben is tárgyalt probléma: a felek opportunizmusa. (R. Posner [2011] pp 115-120.)

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.

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.⁴³

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

⁴³ Williamson ezen modellje is meghúzódhat az angolszász bíróságok azon gyakorlata háttérében, 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 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 hivatkozónak 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 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.⁴⁴ (A 4.3. szövegdoboz 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.⁴⁵ 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. szövegdoboz: 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 be az uránt. Ráadásul, ha nem csökkentette az árát, amikor alacsonyabb volt az ár, akkor most áremelkedés esetén se kérjen áremelést.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ 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.

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.)⁴⁶

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 kiszereződtek ez alól – például 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 dolguk van. Bármilyen olyan okot,

⁴⁶ 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.

amikor a teljesítés alól felmentést akarnak adni a szerződésbe kell foglalniuk.⁴⁷ 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 mesterségesen 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 járadékvadászat egyik formája.

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 vétkesen 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 kiszerezni alóla meglehetősen nehéz.⁴⁸

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

⁴⁷ 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.)

⁴⁸ A Ptk. az általános szabályok között (305. §) csak a visszterhes megállapodások hibás teljesítéséről szól. Az ingyenes ügyletek kötelezetteinek e körbe sorolható felelősségét a különös részben, az egyes szerződések tárgyalása kapcsán rögzíti.

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 *célnek*. 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 felülről szerződésben, mint a szavatosságra vonatkozó szabályokat – ezért általában inkább a hiba megnevezésével 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 ismételt 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) kicserélést⁴⁹ követelhet, illetve, ha ez nem lehetséges, akkor (iii) árleszállítást igényelhet, (iv) a kötelezett költségére kijavíthatja a hibát⁵⁰ 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.⁵¹ 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 kötelezettel szemben 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 elérhetőket 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 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

⁴⁹ Olyankor, amikor a szerződés nem dolog szolgáltatására – hanem például munka elvégzésére – irányul, a kicserélést értelemszerűen a szolgáltatás ismételt elvégzésének kötelezettsége váltja fel (Ptk. 311. §).

⁵⁰ Ezt a módszert nem mint szavatossági jogot, hanem mint a kártérítéskor figyelembe veendő költséget ismerte az 1959-es Ptk.

⁵¹ 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.

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 másodsorban jöhet szóba” (Kemenes – Vékás [2008] p. 828).

Alapesetben a szavatossági kötelezettség teljesítése, a szerződészerű 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 rendeltetészerű 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 jogérvényesítés során a jogosult nem indulhat ki abból, hogy szerződészegés 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.⁵² (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

⁵² A 2013-as polgári törvénykönyvben ezt fogalmazza meg a 6:154. § (2) bekezdés.

teljesítésnek csakis a meghatározott időben kell történnie!)⁵³ 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 tájékoztatói 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 – még hozzá 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 alapsorrendjét.) 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 jótállást⁵⁴, és a jótállási jogok tekintetében nem állapodnak 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 szavatosságként 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 szerződészegésért viselt felelősség szerződéses kizárását. Az 1959-es és a 2013-as polgári törvénykönyv között eltérés van a többi eset

⁵³ 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.

⁵⁴ 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*.

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”.⁵⁵

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. szövegdoboz: 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. (Almási [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 jóhiszeműség 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 érdekmúlást tehát bizonyítani kellett. A szabály mellett Szladits ismételt a kockázatmegosztás érvét hozza fel: ezzel csökken a kötelezett kockázata – a kötelemszegéskor is csak azt a kockázatot kell vállalnia, hogy a jogosult érdeke időközben megszűnt.

Az elszegés után úgy tekintették, mintha a szolgáltatás lehetetlenülte volna: ha a kötelemszegés (ezzel gyakorlatilag a lehetetlenülés előidézése) neki felróható volt, akkor a

⁵⁵ A bírói gyakorlatot elemezve Benedek – Gárdos [2007] úgy találta (p. 1134), hogy ugyan árendedmény esetén vizsgálni kellene, hogy a minőségi hiba miatti értékcsökkenés nem haladja-e azt meg, de a joggyakorlat meglehetősen általános megfogalmazásokat is elfogad. Az sem egyértelmű, hogy mikor lehet az ellenszolgáltatás csökkentését, illetve az egyéb előnyt „megfelelőnek” tekinteni.

kötelezett kártérítéssel tartozott; ha végtelen, 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 kétségtelenül 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 hibázott, 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 legtöbbje ebbe az utóbbi kategóriába esik. Például, amennyiben a szállító tökéletesen ki is javítja a hibát, az idővesztéséget, 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.⁵⁶

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

⁵⁶ 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].

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 ellentételezésként. 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. Értelmszerűen, 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!

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. szövegdoxóban 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 többé kerül. Nála gyakrabban következik be a hiba, nagyobb a várható garanciális kiadása. Vagyis ugyanazért a garanciáért a jobb minőségű szolgáltató kisebb felárat kér.⁵⁷

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 nagyobb! 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. Érdeemes

⁵⁷ 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.

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 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 kínáló 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 kockázatmentes, 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 kötelezetre 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.⁵⁸ Ha nem tudja megfigyelni a kockázatot, az *kontraszelekcióhoz* 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.

4.1 tábla: Az optimális garanciát meghatározó elemek

Funkciók	Teljes garancia	Részleges garancia	Nincs garancia	A szempont nem érdekes
Biztosítás	Vevő kockázatkerülő + Eladó kockázatsemleges	Mindkettő kockázatkerülő	Eladó kockázatkerülő + Vevő kockázatsemleges	Mindkettő kockázatsemleges
Információ: szűrés, jelzés	Az eladónak van magáninformációja	Mindkettőnek van magáninformációja	A vevőnek van magáninformációja	Mindketten ugyanazt 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

⁵⁸ 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).

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 létevel vagy nemlétevel, 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, „alap esetben” 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 időszakig 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 állapotodnak 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).⁵⁹

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 megítélésekor 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 megítélésekor 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 jóállás 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 jogosult 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 szükségesszerűvé. 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

⁵⁹ 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 kockázatosá vált-e.” (Restatement (Third) of Torts: Product Liability Section 2(b) comment d)

számára kevésbé terhes (kisebb költséggel megvalósítható) megoldásból elindulni, akkor komoly zsarolási lehetőség, az opportunisták szerződésszegés vagy éppen opportunisták 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 kvázijáradékának 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 árendeményre, 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 deklarálni is.)

A jogosult információszerzési 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.⁶⁰ 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 jogrendszerhez 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

⁶⁰ A modell egyéb elemeire, a tapasztalati és a tapasztalás utáni (más néven bizalmi) javak közötti különbségre az információk kapcsán a nyolcadik fejezetben térünk ki.

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 használatnál „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.⁶¹

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 nagyobbtnak 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 jóléti 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 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

⁶¹ 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.

fogyasztó – már csak élete rövidege miatt is – fontosabbnak érzi a mást, 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 termékszavatosság 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 egyszerűsítene le a termékszavatosság, 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 termékszavatosság az ilyen kikényszeríthetlenség (*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 termékszavatosság 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 jótállás 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, brendje 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 kikényszerítéssel 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 jóállás 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 elidegeníthetlenség: 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 (deliktuális) 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 haszonelvonás 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 esetében 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.⁶²

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

⁶² A joggazdaságtani irodalom ide sorolja a veszélyes üzemi felelősséget is (és a Ptk. kommentárja is objektív, tárgyi felelősséggként 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.

elfogadjuk a magyar jogban (is) kiindulópontként kezelt *conditio sine qua non* elvét⁶³, 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 szerződésszegés 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 segítségét 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 ségdek 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.⁶⁴

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.⁶⁵

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

⁶³ Mint majd látjuk, a joggazdaságtani elemzésben ez felel meg az ún. *szükségességi tesztnek*.

⁶⁴ 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)

⁶⁵ 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 szerződéseknel a felelősség ráterheléséhez gondatlanság kellett, ezzel szemben a nem kereskedelmi szerződéseknel ennél szigorúbb volt a teszt: szándékos vagy súlyos – „a saját ügyeiben tanúsítani szokottat is meghaladó” – gondatlanság kellett a felelősség megállapításához.

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 vétkes 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: <ul style="list-style-type: none"> 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 <i>pozitív interesse</i> megtérítésével tartozik, de a jogosult (minthogy jogilag a teljes szolgáltatás értékét megkapta) az egész ellenszolgáltatásra kötelezett; ilyenkor, ha a jogosult <ul style="list-style-type: none"> 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 <ul style="list-style-type: none"> 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 kötelezettsége 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:

- (iv) objektív felelősség és kizáró közrehatás – ilyenkor a szerződésszegő fél *csak akkor* fizet, ha a károsult nem felelősségteljesen járt el; ha a károsult felelősségteljesen járt el, nem jogosult semmiféle kártérítésre;
- (v) 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 felelősségteljesen járt el, akkor nem jár kártérítés;
- (vi) összehasonlító, viszonylagos vétkesség – ilyenkor a károkozó mindenképpen fizet, ha felelősségteljesen 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 felelősségteljesen okozható, akkor a kárt megosztják annak arányában, hogy ki milyen mértékben hatott közre abban, pontosabban, hogy milyen mértékben volt az neki felelősségteljes⁶⁶.

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.

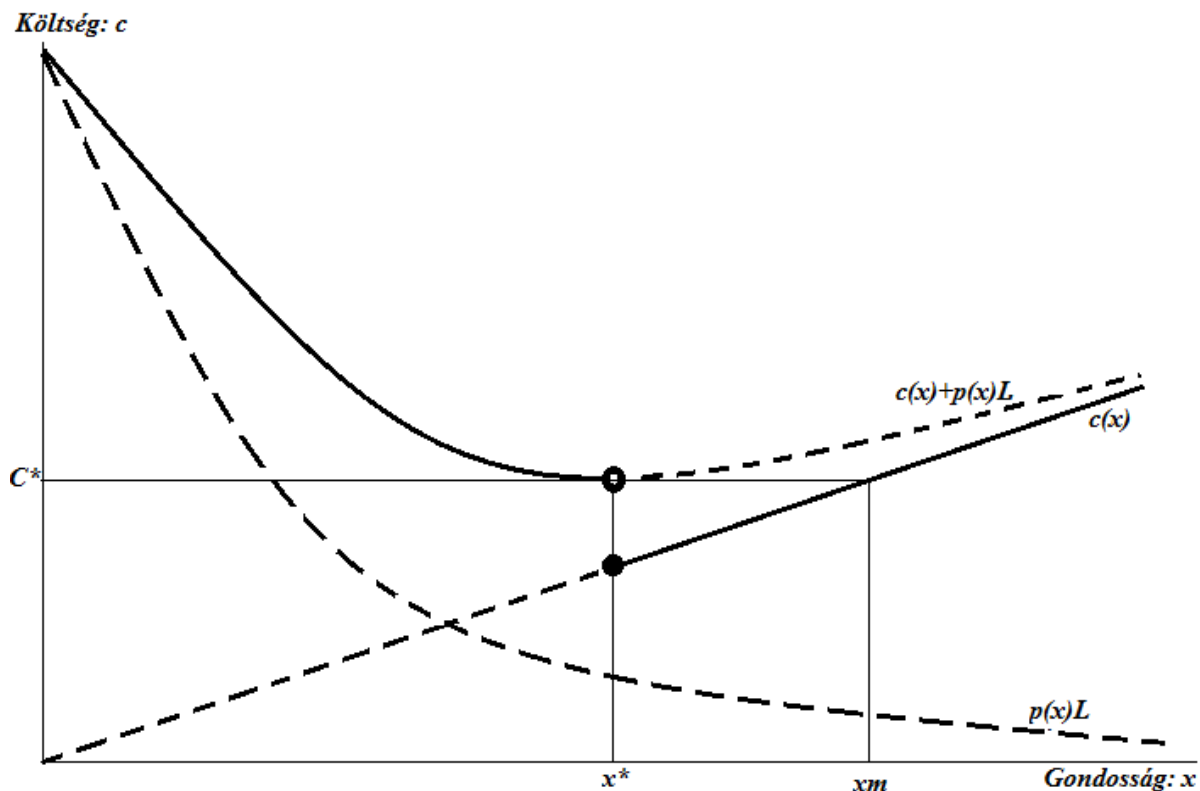
⁶⁶ A joggazdaságtani modellek az egyszerűség kedvéért felteszik, hogy ez egyértelműen megállapítható. Például, ha a szerződésszegő fél az elvárt gondossági szinttől 20%-kal, míg az áldozat 30%-kal maradt el. Ebben az esetben a károsult a kár 40%-át kell, hogy megfizesse, hiszen $0,2 / (0,2 + 0,3) = 0,4$.

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.⁶⁷

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 valószínűségre, 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.

Vétkeességi felelősség és gondosság. A joggazdaságtan modellje szerint a szerződésszegés a szerződést megszegő felet csak annyiban érdekli, amennyiben neki abból költsége, kára származik. Vétkeességi 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?

⁶⁷ 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 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 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, szerződészegő fél objektív felelősség mellett választana: ekkor minimális a várható költség, vagyis a gondosságra fordított erőforrás és a várható kártérítés összege. Az 5.1 ábrán x^* gondossághoz tartozik a minimális költségszint, ami c^* .

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 elvárást, 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.

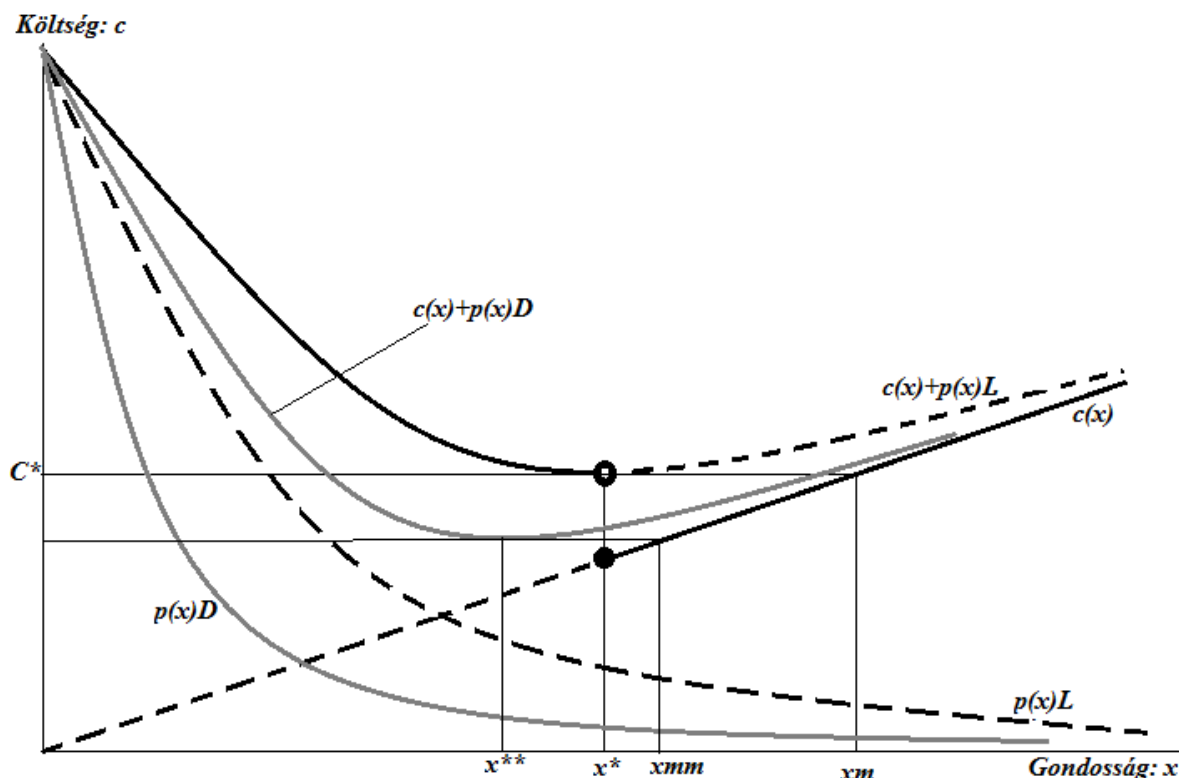
Ezzel megválaszolhatunk még egy gyakran feltett kérdést: jelent-e változást, ha a bíróság megváltoztatja az elvárásait. Milyen hatása van, ha szigorítja, emeli az elvárásait? Ha az elvárás eleve magas volt (az 5.1. ábrán x^m fölött), akkor nincs hatás: korábban is inkább felvállaltuk a várható kártérítést, 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 korábbit 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 szerződészegésnek (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 szerződészegés valószínűségét és ezzel a várható kártérítést.

Vétkességi 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^m . 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, szerződésszegő 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^m . 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^m és a x^m közé esik. Itt a kártérítés csökkentésének hatására vélhetően nő a szerződésszegések 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!)

Vétkességi 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 vétkességi 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?

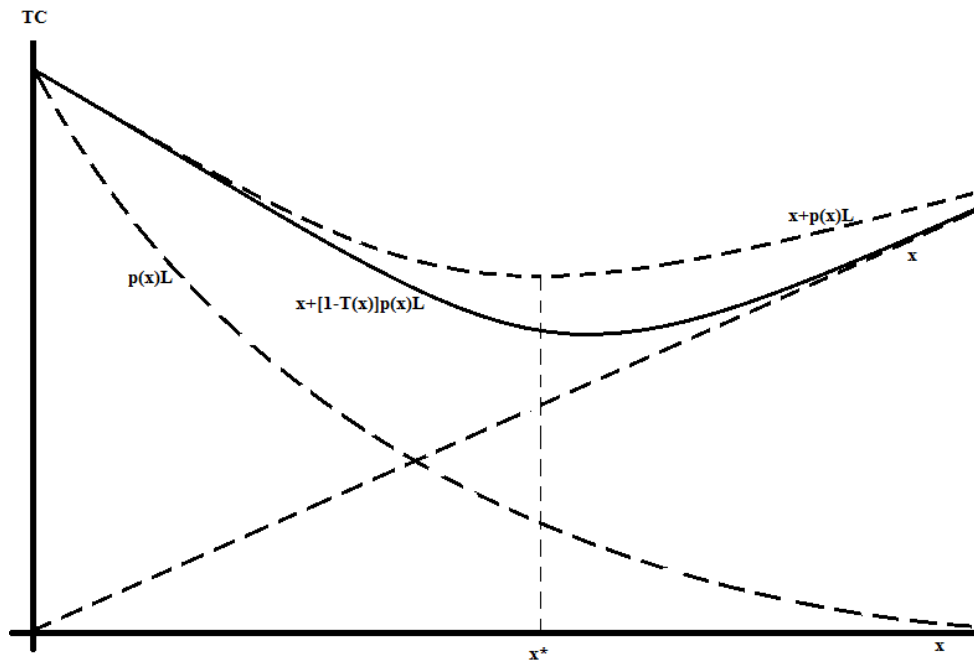
Elsőként nézzük, hogyan befolyásolja ez egy kockázatsemleges (tehát csak a várható értékre figyelő) döntéshozó döntését! Induljunk ki abból a plauzibilis feltevésből, hogy a valószínűségi eloszlás szimmetrikus! (Vagyis (i) pontosan ugyanannyi az esély arra, hogy a valós érték a várható értéknél kisebb 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.⁶⁸) 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.

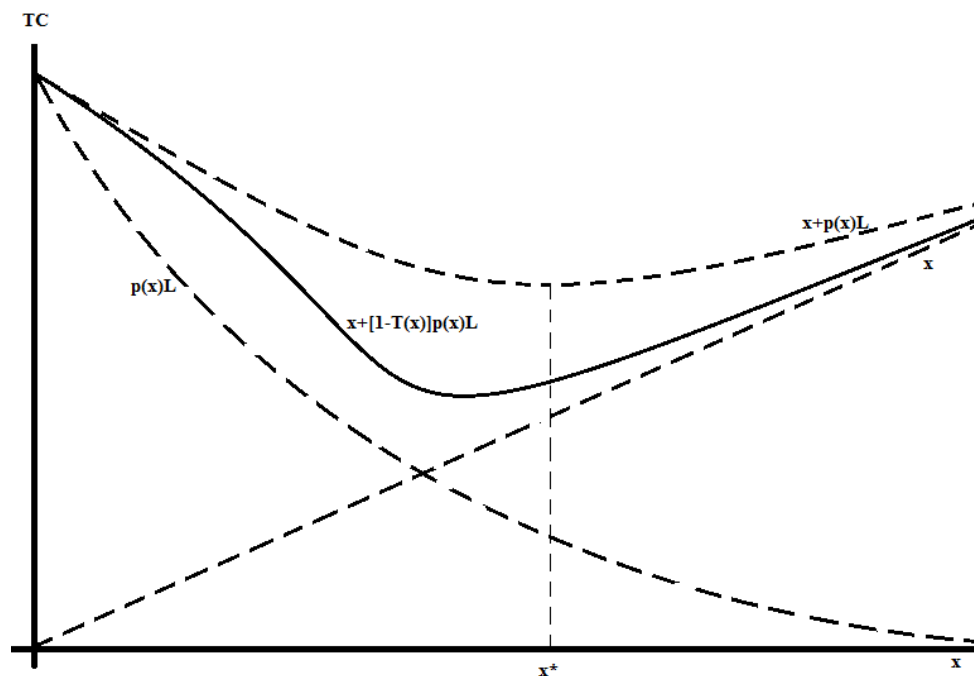
Más a helyzet azonban, ha az elvárt gondossági szint bizonytalan. Tegyük fel, hogy mivel az elvárás nem „túl magas”, ezért az adott döntéshozó – amennyiben biztosan tudná, hogy mi az elvárás – az elvárt szinten védekezne (és nem az objektív felelősség optimumában)! Ekkor az elvárással kapcsolatos bizonytalanság 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!)

⁶⁸ 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.

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.



a ábra



b ábra

5.3 ábra: A bírói döntés bizonytalanságának hatása a gondosságra
(A folyamos vonal jelzi az egyéni költségfüggvényt, ha az elvárt gondosság x^*)

Az 5.1. ábrán látott szakadós függvény most egy az 5.3. ábrán látható függvénné 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).

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:

$$(1) \quad PC = cx + p(x)D,$$

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^{\wedge}), 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:

$$PC = cx + p(x)D \quad \text{ha } x < x^{\wedge}$$

$$PC = cx \quad \text{ha } x \geq x^{\wedge}$$

Ez egy az x^{\wedge} pontban szakadós függvény.

Bizonytalanság esetén azonban nem tudjuk, hol lesz ez a szakadás. Matematikailag azt kell tudnunk, hogy az egyéni költségfüggvény minimuma x^{\wedge} -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:

$$(2) \quad p'(x)[(1 - T(x))D - \tau(x)p(x)D] + c = 0$$

Összevetve az (1) és a (2) egyenletet látható, hogy a bírósági döntés kockázata két egymással ellentétes ösztönzőt 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.

Vétkességi 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 függték: (i) az elvárt gondosság (várható) szintjétől, (ii) a kártérítés (várható) szintjétől, (iii) az elvárt 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 egymillió kárt hoz, az az ő számára 10.000-et jelent ($= 1\% * 1.000.000$). Egy kockázatkerülő játékos az 1% eséllyel bekövetkező egymillió kárt nagyobbra 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 szerződésesség. Az eddigiekben a kilenc ösztönző hatás közül csak egyetlen egyre az elővigyázatosságra figyeltünk. Eltekintettünk a szerződésességi ösztönzőtől. Láttuk azonban, hogy a bíróság által elvárt gondosság esetén a kártérítés nullává válik. Hogyan hat a vétkeességi felelősség a szerződésességre? 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 szerződésességre fogja ösztönözni: a másoknak 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 szerződésességre 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 vétkeességi felelősség több szerződésességet „engedő” hatása ritkábban jelentkezik.

Ráadásul sok esetben, ez a szerződésességi ösztönző fel sem merül – ezekben az esetekben a vétkeességi felelősség miatt nem hatékony szerződésesség sem történik. Itt nincs döntés a

szerezésszegésről: a szolgáltató nem tudatosan szeg szerződést, hanem utólag derül ki, hogy mindaz a beruházás, amit a szerződés teljesítése érdekében megtett nem vezetett az elvárt minőséghez. Gondoljunk egy rosszul sikerült orvosi beavatkozás vagy egy rossz szakvélemény, könyvvizsgálat 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 elvárt gondossági szint a magyar gyakorlatban meglehetősen magas. Vagyis, az esetek túlnyomó többségében a szerződésszegő fél nem az elvárt 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 szerződésszegő féltől elvárt gondossági szint emelése egy ideig emeli az elővigyázatosságot, de egy idő után túllő a célon, és olyan magas szintre nő, amit a szolgáltató már nem akar teljesíteni, hanem inkább úgy tekinti, mintha a kimentési lehetőség nem is létezne (objektív felelősség lenne). Az, hogy az elvárt 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 „bevállalását”),
- 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 elvárt 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.⁶⁹

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 (bírósági) 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,

⁶⁹ A szolgáltatói felelősség (*enterprise liability*) ugyan általában a deliktuális felelősség irodalmában ismert fogalom, de hatását tekintve ugyanolyan hatású: irreálisan magas elvárást alkalmazó vétkességi felelősségi rendszer.

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 bizonyítania, 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 féllal. 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.⁷⁰ A vétkességi 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.

⁷⁰ A perindítás joggazdaságtani modellje szerint azt kell összevetni, hogy a felperes és az alperes mekkora várható kártérítéssel számol. Legyen a kártérítés nagysága, ha megítélik 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: $P_FD - C_F$. (A várható kártérítést, ami számára haszon, csökkenteni kell a várható perköltséggel.) Míg az alperes várható vesztesége: $P_AD + C_A$. (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 ugyan nem 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 $P_AD + C_A > T > P_FD - C_F$.

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 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 terhét gyakran a nembizonyítottág kockázatának viselésével.⁷¹

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.

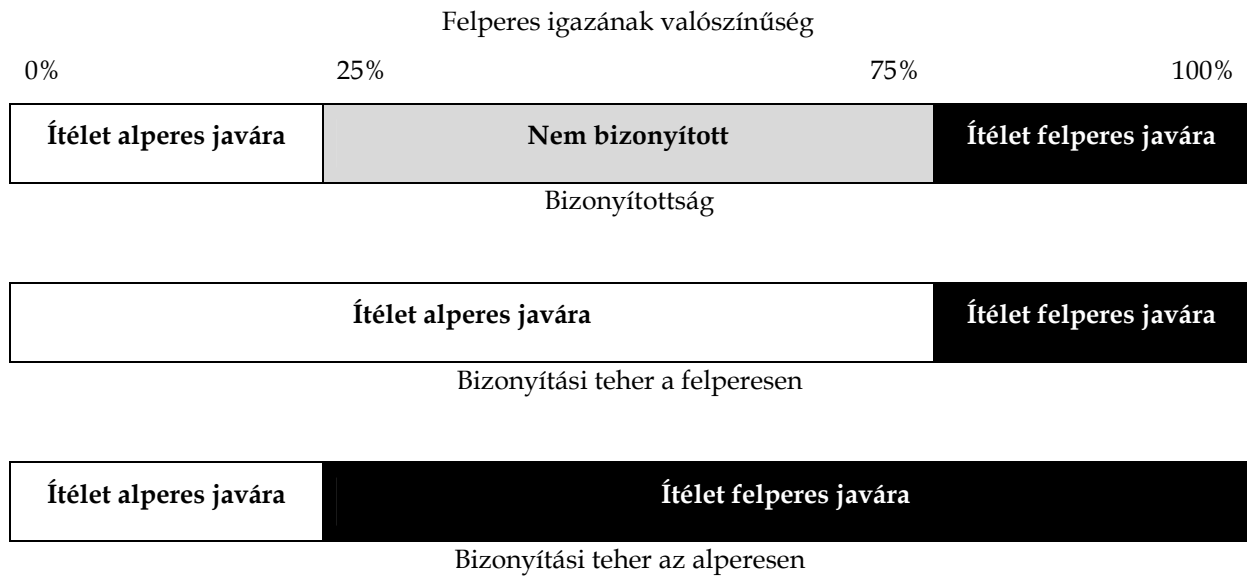
A valószínűségi bizonyítás esetén megjelenő valószínűség nem keverendő össze azzal az *ex ante* várakozással, valószínűséggel, amellyel a felelősségi modellekben találkoztunk. Ott a valószínűség arra vonatkozott, hogy a felek a gondossági szintről, a jogi környezetről, a korábbi bírósági döntésekről, 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 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).

⁷¹ Lásd például Kaplow [2012], magyarul Farkas – Kengyel [2005]

Ez az eltérés a nembizonyítottság kockázata miatt fontos. Tegyük fel, hogy egy adott rendszer 25%-os tévedést enged! Ekkor a bizonyítatlanság 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

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 felrhatóan eljáró szolgáltató esetén.

Magyarországon az általunk *szolgáltatói felelősségnek* nevezett rendszer működik, vagyis az elvárt szinthez 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 felrható 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 szerződészegésre, 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 úgyszólván 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.)⁷²

A teljesítési segéd elégtelen vagyonából kiindulva érthetjük meg a kockázatmegosztás 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 felettése, 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 okoz⁷³ Ezzel szemben vannak esetek, amikor az árrendszer nem a megfelelő ösztönző rendszer. Az árrendszer lényege ugyan, így a

⁷² 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.

⁷³ 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).

kártérítése 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.⁷⁴ (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 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 érvelést 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 érveként merül fel az irodalomban (Kornhauser [1982]), hogy a mögöttes felelősség legfontosabb előnye az, hogy nem kell a károsultnak vesződni 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 segédekért 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 egységesen 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

⁷⁴ Persze láttuk az első és a harmadik fejezetben, hogy az adott játékos ilyenkor is mérlegel, ilyenkor is döntéseket hoz – mindenekelőtt az utasítás megszegésekor fenyegető szankciókat (mint árat, költséget) értékeli.

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 *kellett volna* látnia azt. Különösen az utóbbi a „*kellett volna*” értelmezése fontos. R. Posner a híres Bentley-ügy kapcsán⁷⁵ 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 „*kellett 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 elszenvető 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 megelőzhetette 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 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 helyezett-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

⁷⁵ Bentley v. State 73 Wis. 416, 41 N.W. 338 [1889]

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 szövegdoxóban tárgyalunk.) De általában nem a piaci biztosításhoz való hozzáférésben, hanem az ún. *önbiztosítási képességben* van különbség.⁷⁶

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 amilyennek 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 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 1.000. 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, 1.000-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.

⁷⁶ 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.

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 biztosítani 0,1% fölötti díjon? 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 cégek 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 szövegdoz: 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 úgyszólván 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 használatútok kapcsán. A biztosítási piacon

alapesetben ez azt jelenti, hogy ha mindenkinek átlagos biztosítási 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 statisztikáikat 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 megszégésének valószínűségét. Mivel a nagyobb vállalatoknak van sok vagyontárgya, a nagyobb vállalatok kötnék 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 házat 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 döntéseivel 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 szuezi 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 szerződésszegés 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 szerződésszegéssel ezek elvesznek. Vagyis az ígéretre hagyatkozó fél a szerződésszegés 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 ítélnének 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 szerződésszegés 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.⁷⁷

⁷⁷ 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.

- *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 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.⁷⁸

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.

⁷⁸ 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.

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 bekövetkezése 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 özvegyesség, árvaság vagy valamelyik hozzátartozó elvesztése, önmagukban nem ilyenek.⁷⁹

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 figyelembevétele 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 károkra. 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 találkoztunk, 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

⁷⁹ 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 házastársát, hanem a művészi pályára őt felkészítő segítőjét 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, kedélytelenséggel együtt járó depressziós lelkiállapot, búskomorság alakult ki, akkor a miatt megítélte a kártérítést. (Föv. Bír. 41. Pf. 32464/1981., Föv. Bír. 41. Pf. 24295/1981., BH 1994/3. sz. 131.) Lásd Benedek [2007] p. 1341-1342.

haszon becslésével kapcsolatos problémákat is – a legközelebb áll a teljes kártérítéshez. A jogosult 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 1.650) 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 szerződésszegési 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 kárnszerzés 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 szerződésszegő 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 elkezdni becsülni a kárt. A magyar jog is többféle kártérítési módszert ismer – alapesetben hármat: a pozitív és a negatív érdekét, és az eredeti értékegyensúly helyreállítását. Lássuk ezek helyét a 2013-as polgári törvénykönyvben!

Szerződésszegés esetén teljes kártérítés, vagyis az elmaradt hasznok 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 hasznok is, ami $v - r - p$. Ha ezt a három elemet összeadjuk, akkor megkapjuk a bruttó hasznok: $v = p + r + v - r - p$.

- *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: $r + p$.⁸⁰
- *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 .⁸¹

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 különbsége 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 megszegték. 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 költségoldalon 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.

⁸⁰ 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: $v - w$.

⁸¹ A joggazdasági irodalomban ebben az értelemben írja le a restitúciót Miceli [1997] pp. 74-75.

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 ígértevéő csak akkor venné számításba az óvintézkedései 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 ígértevéőt 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. előreláthatóság 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 ösztönzöt 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 elesik attól a kamatbevételről, 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.⁸² Legtöbbször az a hatékonysági elv áll e mögött, hogy a profitnak ez a része, vagyis a

⁸² A legegyszerűbb definíció szerint a tiszta gazdasági kár az a kár, amely nem a vagyon megrongálódásából, értékcsökkenéséből, vagy személyhez fűződő jogok megsértéséből fakad.

tiszta gazdasági kár egyszerű transzfer, hatékony ösztönzési hatások nélkül. A *tiszta gazdasági kár* irodalma⁸³ 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 könnyvizsgáló ellen fordulnak. Szögezzük le: a vállalat értékvesztését nem a könnyvizsgáló 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 könnyvizsgálat 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 utána, tehát a nem valós információkban bízva vásároltak, azok kétségkívül sokat vesztek. 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 árfolyamvesztés 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 szerződésszegő 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

⁸³ Egyéb megfontolandó, bár szerződésszegés esetén kevésbé fontos érvekért lásd, Bussani et al. [2003], Dari-Mattiacci – Schaefer [2007], De Mot [2010]

– vélhetően az, hogy nem. A tanácsadó vélhetően azokra a veszteségekre nem vállalt implicit garanciát, amelyek abból fakadnak, hogy az ügyfél ki másztat 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 kártérítés⁸⁴ 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 szerződészegés 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 (anyagi 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 szerződészegés. Ez azonban a vevőnek káros. (Ne feledjük: tökéletes kártérítés esetén közömbös lenne!) Ő tehát most erősebben érdekelt abban, hogy a szerződészegés valószínűségét valahogy csökkentse. Erre most egy eszköze van: az idioszinkratikus beruházások emelése. Ha tehát csak a költségei alapján kap kártérítést, de arra teljeset, akkor magasabb lesz az ilyen beruházások szintje – és emiatt nőni fog a kártérítés összege is.⁸⁵

⁸⁴ 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.

⁸⁵ Elmaradt haszonalapú kártérítés esetén az egyéni döntés: $\max V(r) - r$, ahonnan az optimum: $V'(r) - 1 = 0$. 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.

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 bruttó 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 bruttó 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 aláígérhet.

Amennyiben tehát pontosan értjük (vagyis az alternatívaköltséggel azonosítjuk), és pontosan tudjuk mérni az idioszinkratikus költségeket, akkor az gazdasági profit hiánya esetén jól jelezheti a bruttó 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.⁸⁶ 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 bruttó haszontól marad el, hanem a szerződés miatt feláldozott valós költséget is alulbecsli.

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 koncentrálnak.

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 ismételhő esemény (esküvő, adott évforduló, ünnepség, temetés) kapcsán kerül sor szerződészegésre. A közgazdaságtan kárfogalma nem ebből indul ki: a

⁸⁶ 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 költség. Az idioszinkratikus költségeket is azzal mérjük, hogy mekkora a nem választott alternatívák haszna.

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 szerződésszegés 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 boldogságvesztéset, amelyet a kár jelent.

A problémát a közgazdaságtan nem az érték „kifejezhetetlenségében”, hanem az értékmérő 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 kötbérikikötést 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 elvesztett 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 betegen 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 megrokkantunk? (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 fizettünk? 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.⁸⁷ 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 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 érvehhez: 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 érveknek, 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.

⁸⁷ 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.

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.⁸⁸ Természetesen, egy ilyen szerződésben kikötött magas kártérítési összeg miatt emelkedni fog az ellenszolgáltatás, az ár is.

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 kárnagyság valószínűségi eloszlását ismeri. Vagyis ő csak azt tudja, hogy a kár milyen értékeket vehet fel, a különböző kárnagyságok 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 értékelésűek 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)

⁸⁸ Érdemes felhívni a figyelmet arra, hogy az előreláthatósági szabályt elsősorban csak a többletköltségekre, kiadásokra alkalmazza az angolszász jog is – a nem várt, a szolgáltató számára meglepő nagyságú elmaradt profit esetén nem mérséklük a kártérítést.

szerződések.⁸⁹ 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 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 árcsökkentésért 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 feltárják a kártérítési igényüket – azt mondtuk: *lehet*, hogy feltárják. 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.⁹⁰

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

⁸⁹ 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 valós 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.

⁹⁰ Az információfeltárás, 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 elővigyázatosságot *alacsony* szintről magasra emelték. Azonban az információfeltárást társadalmi haszna nem ez. A társadalmi haszon 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 teljesülő és nagyobb kártérítést tartalmazó szerződést kötnek). Az információfeltárást társadalmi haszna tehát nem az alacsony és a magas kártérítés közötti különbség, mint amivel az egyén számol, hanem az átlagos és a magas közötti különbség.

nem sok bizonyíték van arra, hogy az értékelés eloszlása valóban 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 alkalmazzák, vagyis nemcsak az előreláthatatlanul magas károkat nem térítik 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 megtéríti. 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 kisserződni. (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-feltárási 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 kárunktól 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 Jonhson információs járadéknak.⁹¹ (Johnston [1990])

A kár sztochasztikus eloszlása. Az, hogy valaki magasra értékeli egy szerződést, magasabb kötbért kötne 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-ben állapítja meg, vagyis az alacsony értékelésű mindenképpen megkapja kártérítés formájában a teljes kárát! Ezzel szemben a magas értékelésű esetében 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 elrejt, 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*500 + 0,8*1000). Vagyis, ha a magas értékelésű hallgat, akkor is keresztámogatásban részesül.⁹² 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

⁹¹ 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 árát sem kell csökkenteni, ismét a teljes fogyasztói többletet megszerezheti magának – nem lesz információs járadék sem. (Lásd Johnston [1990] és Ayres – Gartner [1992]).

⁹² 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.

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 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 ígérését, 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 haszonelvonnás 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 mindjárt meg akarjuk akadályozni a szerződésszegést.

Kapcsolata a természetbeni kikényszerítéssel. A haszonelvonnás, 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 haszonelvonnás 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 kevesebbet 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. Haszonelvonnás esetén azonban pénzről beszélünk, a jogosult (károsult) ugyanannyit kap, amennyit a másíknak fizetnie kell.

Fontos különbség azonban, hogy a haszonelvonnás 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 haszonelvonnás azonban szükségtelessé 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 haszonelvonnásnál 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 haszonelvonás, és ezzel a teljes elrettentés eszközével 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.⁹³ 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

⁹³ A büntető kártérítés nem keverendő össze azzal az esettel, amikor a felek állapotodnak 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*).

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. 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 megfizetteti 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 szerződését 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.⁹⁴ Alapesetben: ha csak minden tízedik 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 elvételét, átadását 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-szorozót.

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 ösztönzést jelenthetne.

⁹⁴ 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: $PD = eD = L$.

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 elsősorban 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.

Che – Ching [1996]

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 lépéseire 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 (őt sokszor nem is ismerő) partnerét az együttműködésre, kooperációra. Amennyiben a szerződési jogban fellelhető alapgaranciák 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 őt 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 eljáráson keresztül kaphat jogi segítséget. A végrehajtás, a kikényszerítés menetét és esélyét lényegében befolyásolja a csődjog, amely a harmadik alfejezet témája lesz, de itt elemezzük a minden szerződés implicit biztosítékának tekinthető vagyonkimentési 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. Szerződésben 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 indokuk

lehetne 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 „megemelése”, 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 kötbérkikötést írásba kell foglalni. (Tegyük hozzá, hogy a teljesítés az alaki hibát orvosolja, tehát, ha például szóbeli megegyezés alapján valaki kötbért fizet, azt nem követelheti vissza!) Kötbérként csak pénzösszeget 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 lejárnak és a teljesítéssel nem egyenmű), akkor a teljesítéskor a foglalót vissza kell adni.⁹⁵
- (ii) Ha a szerződés megszűnéséért *egyik fél sem felelős* vagy *mindkét fél felelős*, akkor *visszajár*.
- (iii) Ha a szerződés megghiúsulásáért 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.)⁹⁶

A foglalóra is igaz, hogy a kár összegét mindaddig nem kell bizonyítania, amíg az a foglalónál kisebb. Ha annál nagyobb, akkor azonban követelhető a különbözet – pontosabban az ilyenkor megítélt kártérítés összegébe a foglalót be kell számítani. A teljesítés megghiúsulásáért felelős személy nemcsak a foglalóval 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 foglalóval kapcsolatos jogairól (nem akarja megtartani, vagy a kétszeres visszakövetelésről mond le), az nem érinti a többi, szerződésszegéshez kötődő jogát. A bíróság a túlzott mértékű foglalót is mérsékelheti.

A foglalóval 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 foglalónak – és például nem előlegnek – szánták. (Tegyük hozzá, mindegy, hogy azt minek nevezik, ha a foglaló funkciót látja el! Hiába

⁹⁵ 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.

⁹⁶ 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)

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 foglalo (és a kötbér) kapcsán két alternatívát érdemes felvetni, amelyekkel könnyen összetéveszthetők, amelyekké a bíróság átminősíthet a felek által foglalonak vélt összeget. Az egyik a *bánatpénz*. A két megoldás között a fő különbség a választás joga. Foglalo esetén a jogosult választhat a teljesítés követelése és a foglalo 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 foglalt a bíróság túl magasnak ítéli, akkor azt vételárelőleggé minősítheti. Erre is igaz azonban, hogy nem teljesítés vagy nem szerződésszerű teljesítés esetén az azt kapó fél megtarthatja – de csak kárai fedezetére, a károkat bizonyítania 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 elveszít valamilyen olyan jogot vagy kedvezményt, amely szerződésszerű teljesítés esetén a *szerződés alapján* megilletné. Legtipikusabb formája a részletfizetési kedvezmény megvonása.⁹⁷ 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 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 az ösztönzési problémákat, amelyek a túl alacsony kártérítés esetén

⁹⁷ 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 nyilatkozáttal vonhatja meg az adott jogot – de ilyen nyilatkozat hiányában az fennmarad. (Zoltán [2007] p. 945)

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 law*ra jellemző tilalma mellett nehéz hatékonysági érveket találni: ha az emberek racionálisak, akkor az, hogy egy kötbért tartalmazó szerződést elfogadják, 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 angol-szász 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 kockázatsemleges 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, kockázatsemleges 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) ösztönzöt teremteni az idioszinkratikus beruházásokra. Emlékezzünk: az ilyen beruházások kapcsán az optimális ösztönzöt 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.⁹⁸

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 kárjuk.

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.⁹⁹ 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 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

⁹⁸ 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.

⁹⁹ 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.

megállapodásokat hajlandó kikényszeríteni, az amerikai azonban nem. Ez a magas kötbérikötés 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 ígértevével ezzel demonstrálhatja a 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 kötbérszáradékok 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 szerződésmódosítási 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 fizetséghez, 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 jogrendszer 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 megfizeteti 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 állapodhatnak 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 kötbérezáradéknál: 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. Érdemes 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 kár¹⁰⁰, 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 megemlése, a kár megtérítése ezek ellen véd.

¹⁰⁰ 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.

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 megtérítése 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 kockázatkerülő. Ne feledjük, a teljes kártérítés csak akkor optimális, ha a kötelezett teljesen kockázatsemleges! 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 emeljünk 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 ellenévről 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 kötbérenél, amely ellen az amerikai szabály véd, a csódtól fenyegetett szolgáltató minimalizálni tudja a költségét: választhat a kötbér kifizetése és a teljesítés között. Vélhetően 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 szerződészegésről 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 szerződészegési valószínűség) elfogadásakor a jogosult tudomásul veszi, de nagy kérdés, hogy ezzel a másik fél opportunizmusát, neki szándékosan kárt okozó (öt 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 kötelezései, 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.

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 <i>ingó jelzálogot</i> ?	I	I	I	I	I	I	I	I	I	I	I	I	I	I
<i>Kategóriaként körülírt zálog - konkrét tárgy megjelölése nélkül?</i>	N	I	I	N	I	I	N	I	I	N	N	I	I	I
Vállalatok alapíthatnak zálogot a <i>teljes vagyonyukra</i> ?	I	I	I	N	I	I	N	N	I	N	I	I	N	I
<i>Jövőben létrejövő, beszerzett a jelenlegi helyébe lépő dologon a zálog fennmarad-e??</i>	N	N	I	N	I	N	I	I	I	I	N	I	I	I
Létezik-e keretzálogjog: meghatározható-e a zálognak csak a <i>maximális értéke</i> ?	I	I	I	N	I	I	I	I	I	I	I	I	I	I
Létezik-e földrajzilag <i>egységes, átfogó nyilvántartás</i> ?	I	N	I	N	I	I	N	N	I	N	I	I	N	N
<i>Abszolút prioritás</i> érvényesül-e a <i>csődeljáráson kívül</i> ?	I	I	I	I	N	I	I	I	N	N	N	I	I	I
<i>Abszolút prioritás</i> érvényesül-e a <i>csődeljárás során</i> ?	I	I	I	I	I	I	I	I	N	N	I	I	I	I
<i>Reorganizáció során mentesül-e a zálogjogosult a moratórium alól?</i>	N	N	N	I	I	N	I	N	N	N	N	N	I	N
Lehetséges-e <i>bíróságon kívüli végrehajtás</i> ?	I	N	I	I	I	I	I	I	I	N	I	I	I	I

Forrás: Doing Business [2010]

Ebben az alfejezetben az ilyen abszolút szerkezetű dologi hitelbiztosítékokat 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 kézzzálog, 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 programja¹⁰¹ a zálogjog kapcsán fontosnak lát. Látszik, hogy ezek a kérdések egyrészt az

¹⁰¹ 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

ingó zálogjog működéséről, másrészt a zálogjog rugalmas alapításáról, harmadrészt a nyilvántartásról, negyedrészt a kikényszerítésről szólnak. Ezek közül ebben az alfejezetben három kérdésre koncentrálnak. Ezek: (i) milyen mechanizmuson keresztül kényszerítse ki a 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. Fizetése képtelenségkor 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

töltetnek 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 elérhetőek: <http://www.doingbusiness.org/>.

kár nem ekkora, akkor a jogosult csak az értékcsökkenéshez vezető magatartást tiltathatja meg, illetve a veszélyelhárítást követelheti.¹⁰²

Alapvető zálogformák: kézizálog. Kézizálog esetén a zálogtárgy a jogosult birtokába kerül. Ilyenkor a zálogjogosultat, mint birtokost terheli mindaz az „értéktörzési 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 kötelezettrel 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.¹⁰³

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 kísérik 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 tesznek.) Végül a felek abban is megállapodhatnak, hogy a zálogjogosult az értékesítésre olyan személynek vagy 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 tulajdonjogát maga szerzi meg; vagy (c) az elzálogosított jogot, követelést érvényesíti. A saját értékesítés inentől 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

¹⁰² 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.

¹⁰³ 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.

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.).¹⁰⁴ A zálogtárgy tulajdonjoga csak akkor kerülhet a jogosulthoz, ha erről nem a zálogjog megnyílta 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).¹⁰⁵

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 léphet fel a személyi kötelezettel szemben, ő érvényesítheti a követelést. Ha vannak egyéb biztosítékok (például egyéb zálogjog), akkor azok is átszállnak rá.¹⁰⁶ (Zoltán [2007] p. 961)

Zálogjog megszűnése – kielégítésen kívül. 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 értékesítik¹⁰⁷, 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

¹⁰⁴ Mindemellett 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.)

¹⁰⁵ 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.

¹⁰⁶ 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.

¹⁰⁷ 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)

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 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.¹⁰⁸ 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: kézizálogjog 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.

¹⁰⁸ 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.¹⁰⁹

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.¹¹⁰

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 eszközről 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 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 rendelkezésére 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 biztosítékot 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.

¹⁰⁹ 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.)

¹¹⁰ Fontos szerepe van azonban itt a kifogáskorlátozásnak. Ez az aktuális zálogjogosultat védi: ennek segítségével akadályozhatja meg, hogy az eredeti jogosulttal (vagyis akitől a zálogjogot szerzett, származtatja) szemben a kötelezett olyan kifogást támasszon, illetve olyan módon számítson be más követeléseket, hogy ez az ő zálogjogát csökkentse.

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 csődvagyron 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.¹¹¹ 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 kontraszelekció elleni küzdelem. A másik az

¹¹¹ 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 ügyleti célt is szolgált.

ügynökprobléma: a zálogjog kellő védelmet 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 „tisztá” 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 ellophatják 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 zálogkötelezethez 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 védekezhetne: 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 szól, 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. Érdekes 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.

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)

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: 50-50%! A szerződésben nincs garancia – a felek tudják, hogy ha a program sikertelen, a hitelnek a gépek eladásán felüli része behajthatatlan lesz.¹¹² 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 kockázatmentes 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 50 ($=50\%*90+50\%*10$). (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

¹¹² Egyes jogok ismerik az ún. továbbvihető (*recourse*) és tovább nem viheto (*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.

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 ($=50\% \cdot 40 - 50\% \cdot 30$). Vagyis, ha van biztosíték, megfordul a döntés: a döntéshozó már az első (egyébként összességében is hatékonyabb) alternatívát választja.¹¹³

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 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

¹¹³ Tegyük hozzá: a biztosíték léte nem garantálja, hogy hatékony lesz a döntés, csak a hatékony döntés esélyét növeli!

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.¹¹⁴

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: 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 szerződészegés 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 commisoriatól*) 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)

¹¹⁴ 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])

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 ösztönzöt 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.¹¹⁵

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.¹¹⁶ 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 helytállnia, 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 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

¹¹⁵ 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 csóddal, 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.

¹¹⁶ Nem minden esetben ez a legegyszerűbb persze: például kis értékű vagyontárgyak vagy speciális termékek esetén nem az. (Lásd például Shavell [2005] pp. 50-51)

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 dologot (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.¹¹⁷ 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 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 tárgyról 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 kontrollja helyett inkább magát a zálogba adást tiltani.

¹¹⁷ 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.

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.¹¹⁸ Az érvek itt két fontos kérdésre koncentrálnak. Az egyik a morális kockázat, a másik az extern hatás. (Gyakran elhangzó érv a bér és a szociális juttatások elzalogosítása 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 elzalogosítják, 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 elzalogosítás 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 elzalogosítása ellen a morális kockázat alapján akarunk érvelni, akkor még egy fontos problémára válaszolni kell: ha ez az ellenőztönző 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 elzalogosítását.

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 elviszik, akkor a napjainkban működő szociális rendszer kénytelen lesz azokat valamilyen mértékben kipótolni. A szociálpolitika mai felfogása szerint a

¹¹⁸ 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.

társadalom nem engedheti meg magának, hogy valaki jövedelem nélkül maradjon – még akkor sem, ha azt esetleg maga idézte elő.¹¹⁹ Vagyis a szociálpolitika úgyis 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 vagyontárggyról 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 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

¹¹⁹ 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 humántőkét (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 eltüntetése érdekében feláldozni. (Az érvek részletesebb bemutatását lásd Barr [2009])

kölcsönt hívtak le, de az igen, hogy a lehívott kölcsönből mennyit fizettek vissza. Mint tudjuk, az aktuális zálogteher nem a keretösszegetől, 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 vállalatspecifikus 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.¹²⁰

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 vagyonára 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 csőd eljárás keretében. A csőd eljárás szabályozása éppen azért fontos, mert ettől függ, hogy kik, mikor és a követelésük mekkora részét kaphatják meg.

Kivételt a csőd eljárás 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.¹²¹ (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

¹²⁰ 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 csőd eljárásra, 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.

¹²¹ 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.”

rendszer fő összefüggéseit. A csőd mellett pedig szólni kell az általános hitelezővédelem legfontosabb eszközéről is: az opportunista vagyontkimentéssel 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 (reorganizáció 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 csődeljárás menetéről).¹²²

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 csődhöz a kötelezett. Az *ex post* ügynökprobléma alapja az, hogy ő – a majdnem biztos bukás tudatában – újabb kockázatos projektekbe kezd: veszténivalója 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 csődközelbe 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: a dologi biztosítékokkal rendelkezők nem érdekeltek a gyors végrehajtásban, hiszen a dologi

¹²² Elvileg elképzelhető az is, hogy a csődeljárás módját ne kógens jogszabály, hanem az egyes vállalatok alapszabálya írja elő (például egy diszpozitív csődtörvénnyel megtámogatva). Ennek az érdekes lehetőségnek az elemzésétől itt eltekintünk. (Lásd White [2007].)

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 úgysem kaphatja meg annál korábban a tartozását, mint amit a törvény előír.¹²³

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 vállalat 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 megválaszolandó kérdések közül a legfontosabbakat a 6.1. szövegdoz tartalmazza.)

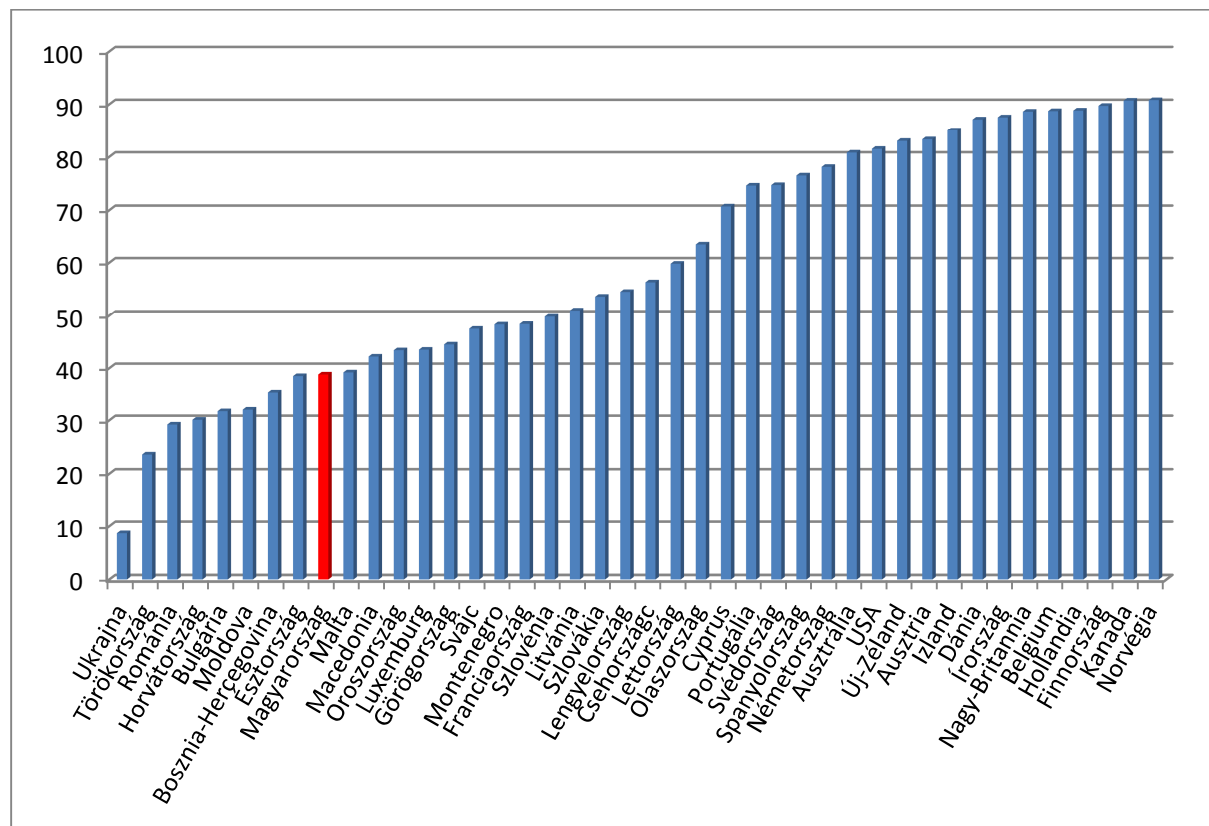
De nem kell a továbbműködtetést prioritásként megfogalmazni ahhoz, hogy a csődjog hatékony működése lehetetlenné váljon – elég, ha a fenti három cél között nem találunk megfelelő egyensúlyt. Ha például csak a káros versengés megakadályozására figyelünk, és nagyobb biztonságot akarunk adni a kötelezetteknek, akkor félő, hogy roppant költséges csődeljárást alakítunk ki.¹²⁴ 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

¹²³ 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.

¹²⁴ 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 szükséges tervről 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). Érdeemes 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 menedzsment, illetve ha a csődjog ismeri a kötelező öncsőd intézményét.

kiszoríthassa a piacról (Dam [2006]). A magyar csődeljárás, mint azt a 6.1. ábrán is láthatjuk, ilyen: a nemzetközi vizsgálatok az európai országok között viszonylag drágának, a belőle várható megtérülést pedig alacsonynak ítélik.¹²⁵

6.1. ábra: A csődeljárás megtérülése európai és észak-amerikai országokban, 2010



forrás: Doing Business [2012]

6.1. szövegdozsoz: 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?)

¹²⁵ 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 kezdetből, hogy mi a hatékony megoldás (attól csak azért térhetnek el, mert saját egyéni szándékaik nem esnek azzal egybe). A reorganizációhoz nem kell bevonni új forrást (holott a csődeljárás során felvett új hitelek kielégítési besorolása a csődjogi szabályozás egy másik alapkérdése).

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 szerződesei 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 igénnyel 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 során) mindenképpen megelőznek minden más igényt – kivéve esetleg a végrehajtási költségeket.

Közgazdasági értelemben az abszolút prioritási szabály lényege az, hogy *reziduális jogosultat* teremtsen, 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).¹²⁶

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, hogy a különböző csődben érintett csoportok között éles különbség van. Vannak közöttük a céggel szerződéses viszonyban állók és olyanok, akik nem. A prioritási sorrendnek a nem biztosított hitelezők, a beszállítók, munkavállalók érdekében 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 alacsonyabb megtérülésükért. Például, abból, hogy egy szerződést, egy hitelt nem védtek 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 védekezhetek. 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 elméleti 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 *biztosított 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 kockázatviselő: 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 megtérülést. Listokin vizsgálatának tárgya az amerikai dohánysektor volt, ahol a hatalmas kártérítési összegek miatt felmerülhetne, hogy a hitelezők a fedezet megkövetelésével védik magukat a kártérítési igényvel jelentkezőkkel szemben. A kritikával szemben azonban azt találta, hogy ebben 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.

¹²⁶ 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])

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 vagyonkivonás. 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 vagyonátruházási 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 szolgált, 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 csődtörvény 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 túrje a kielégítést, hanem a vagyon csődvagyonba 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.¹²⁷

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 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% ($100=10+9\%*1000$), 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 merülhet 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 egyenértékestől* is függ.

¹²⁷ 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.

Az ellenérték összemérésének problémája talán legélesebben akkor merül fel, amikor a csőd közelben levő adós valamely tartozását rendezi. 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 vagyonskimmentésnek 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 egyenértékűségre 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 évekkor 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 vagyont + 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 vagyonskimmentésre hivatkozva kéri a tulajdonosoktól az osztalékként kapott vagyont 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 akadály, 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.)

Az 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.¹²⁸

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

¹²⁸ 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).

nélkül vállaltak kezességet. (Például bár lehet az ilyen kezest 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 kezest 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 kezest 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 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.¹²⁹ 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 csődeljárásban 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 vagyoni 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

¹²⁹ Ez az ún. kártalanítási kezesség, vagyis amikor a kezességet épp a főkötelezettől be nem hajtható követelésért vállalt valaki kezességet, nem a teljesítésért.

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. 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 kezesétől. 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 visszaélészerű. 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 adóslisták 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 kezessen 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 kockázatátvállalásról 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 szerződésszegés 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 kezessen 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 kockázatátvállalási 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 kógens 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 szerződészegés 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 kontraszelekción 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