



A kártérítés kikötése a szerződésben: kötbérszáradék és átalány-kártérítés

GERRIT DE GEEST – FILIP WUYTS

Ez az írás a szerződésben megállapított kártérítéssel foglalkozó közgazdasági irodalmat tekinti át. A szakirodalomban egyetértés mutatkozik abban, hogy a károsultat kompenzáló és alulkompenzáló átalány-kártérítést a bíróságoknak egyaránt tiszteletben kell tartaniuk. A kompenzáló átalány-kártérítés [liquidated damages] ésszerű választás, különösen akkor, ha a felek a bíróságnál több információval rendelkeznek a lehetséges károkról. Az alulkompenzáló átalány-kártérítés [underliquidated damages] kikötése pedig megfelelő technikául szolgálhat a felek részére a növekvő termelési költségek kockázatának megosztására.

A kötbérszáradékok [penalty clauses] ezzel szemben régóta heves viták tárgyát képezik. A legtöbb szerző a kötbér tilalmának védelmére kel. Bizonyos körülmények között azonban ésszerűnek tűnik az engedélyezése.

Köszönjük az OTP Alapkezelőnek a szám megjelenéséhez adott támogatást!

Befektetések biztos kézben



A pénzügyi befektetések kockázata alacsony, de a hozam is ezzel arányos. Részvénybefektetésekkel magasabb hozamot lehet elérni, de a kockázatok miatt ez átmeneti veszteségeket is okozhat. Nehéz tehát a döntés.

Az **OTP Abszolút Hozam Alap**ba fektetve Önnek nem kell döntenie. Az Alap a biztonságos pénzügyi eszközökről csak akkor vált részvénybefektetésekre, amikor kedvezőnek itéli a piaci kilátásokat.

Az Alap befektetési jegyei megvásárolhatóak országszerte az OTP Bank kijelölt fiókjában, illetve az OTPdirekt telefonos ügyfélszolgálatánál (06 1/20/30/70 3666-666) és internetes felületén (www.otpbank.hu).

Az Alap múltbéli teljesítménye, hozama nem jelent garanciát a jövőbeli teljesítményre, hozamra. Az Alap befektetési politikájáról, kockázatairól és a forgalmazás költségeiről tájékozódhat az Alap forgalmazási helyein és az OTP Alapkezelő honlapján található Tájékoztatóból.

Jelen hirdetés nem minősül nyilvános ajánlattételnek.

PSZÁF engedélyszám: 100.015/93.

www.otpalap.hu

 **otp Alapkezelő**

otp abszolút hozam alap



A kártérítés kikötése a szerződésben: kötbérszáradék és átalány-kártérítés*

GERRIT DE GEEST** – FILIP WUYTS

KIVONAT

Ez az írás a szerződésben megállapított kártérítéssel foglalkozó közgazdasági irodalmat tekinti át. A szakirodalomban egyetértés mutatkozik abban, hogy a károsultat kompenzáló és alulkompenzáló átalány-kártérítést a bíróságoknak egyaránt tiszteletben kell tartaniuk. A kompenzáló átalány-kártérítés [*liquidated damages*] ésszerű választás, különösen akkor, ha a felek a bíróságnál több információval rendelkeznek a lehetséges károkról. Az alulkompenzáló átalány-kártérítés [*underliquidated damages*] kikötése pedig megfelelő technikául szolgálhat a felek részére a növekvő termelési költségek kockázatának megosztására.

A kötbérszáradékok [*penalty clauses*] ezzel szemben régóta heves viták tárgyát képezik. A legtöbb szerző a kötbér tilalmának védelmére kel. Bizonyos körülmények között azonban ésszerűnek tűnik az engedélyezése.

JEL: K12

Kulcsszavak: szerződésben kikötött kártérítés, alulkompenzáló átalány-kártérítés, jogorvoslat, szerződésszegés

1. Bevezetés

A szerződő felek előre megállapodhatnak abban, hogy a másik szerződésszegése esetén mekkora összegű kártérítést követelnek. Az irodalmat követve a szerződésben kikötött kártérítés három típusát különböztetjük meg. A kompenzáló átalány-kártérítés [*liquidated damages*] esetén a kikötött összeg a valós károk ésszerű *ex ante* becslése. Ezzel szemben az alulkompenzáló átalány-kártérítés [*underliquidated damages*] szándékosan nem téríti meg a teljes várható kárt, míg a kötbér [*penalty clause*] szándékosan túllkompenzálja a károsultat, erősebb („büntető”) szankciót terhelve a szerződésszegőre. Az angolszász *common law* rend-

szerében jogelv tiltja a kötbér alkalmazását. A kompenzáló és az alulkompenzáló átalány-kártérítés ellenben érvényesíthető bírósági úton.¹

A kötbér szabályozása akkora figyelmet vont magára a *law and economics* irodalomban, hogy önálló részben kell foglalkoznunk vele. Az első elemzéseknek nem sikerült tisztázniuk, miért korlátozza a *common law* a felek szerződési szabadságát azáltal, hogy tiltja a kötbérszáradékok érvényesítését. 1979-ben Posner [1979, 290] a kötbért tiltó jogelvet „az egyik legnagyobb találynak nevezte a jog közgazdasági elméletében”, amely jelentős kivételnek bizonyul az általános posneri tétel alól, mely szerint az angolszász szokásjog hatékony.

* Eredeti megjelenés: Penalty Clauses and Liquidated Damages. Chapter 4610. In: Boudevijn Bouckaert – Gerrit De Geest (szerk.): *Encyclopedia of Law and Economics*. Cheltenham, Edward Elgar, 2000. © Copyright 1999 Gerrit De Geest és Filip Wuyts.

** professor, Washington University School of Law.

¹A nemzetközi irodalomban használatos angol elnevezéseket a *common law* ihlette. A megadott definíciók azonban elvonatkoz-

tatnak ettől a konkrét jogrendszerrel. A *penalty clause* fogalmát az ahhoz igen közel álló magyar kötbér szóval fordítottuk. Kötbéren azonban itt a magyar jogtól eltérően szigorúan csak a szerződésben kikötött, a várható kárt szándékosan meghaladó kártérítést értjük. A *liquidated damages* és az *underliquidated damages* fordításakor a magyar jogban létező átalány-kártérítés fogalmához illesztettük a pontosító jelzőket (a szerk.).



Az irodalom áttekintése előtt hasznos lehet a kötbér és a kompenzáló átalány-kártérítés közötti határvonalat tisztázni.

Rea [1984a] szerint a kötbér tilalmát övező zűrzavar egyik legfőbb oka, hogy sokan figyelmen kívül hagyják a veszteségek *ex ante* és *ex post* értékelése közötti különbséget. Az amerikai bíróságok nem fognak egy szerződésben kikötött kártérítést kötbérnek tekinteni azért, mert *ex post* a valós kárnál nagyobbak bizonyul. Csak azt vizsgálják, hogy a kártérítés mértéke *ex ante* ésszerű volt-e. A kikötés nem minősül kötbérnek (hanem átalány-kártérítésnek), és így kikényszeríthető, ha a valós károk *ex ante* ésszerű becslése; más szóval, ha egyenlő a várható veszteségek értékével.

Másfelől, a kompenzáló átalány-kártérítés célja a károk teljes kompenzációja, beleértve a szubjektív és egyéb, nehezen bizonyítható veszteségeket is. Elképzelhető, hogy a bíróság azért minősít tévesen kötbérnek egy kompenzáló átalány-kártérítést, mert alábecsüli a szubjektív károk mértékét. Elméleti szempontból azonban ezek a szerződéses kikötések a kompenzáló átalány-kártérítés kategóriájába tartoznak. Goetz és Scott [1977] egy korai cikke jól szemlélteti a két kategória összekeverését. A szerzők állítása szerint a kötbér célja gyakran az, hogy valamelyik fél biztosítsa magát egy idioszinkratikus vagy másképpen nem kompenzálható kár ellen. Példájkban egy csoport öregdiák óriási szubjektív értéket tulajdonít az egyetemi baseballcsapatuk mérkőzésének. Ezért igen magas kártérítési összeget kötnek ki a buszsofőrrel kötött szerződésükben arra az esetre, ha késve szállítaná őket a helyszínre. Ez az összeg magas ugyan, ám mindössze a tényleges szubjektív veszteséget tükrözi. Ráadásul a kötelezett igen gyakran könnyebben tud biztosítást nyújtani a jogosultnak, mint harmadik személyként egy hagyományos biztosítótársaság. Ez persze csak a kompenzáló átalány-kártérítés érvényesíthetősége mellett érv, és nem feltétlenül indokolja a károsultat túlkompenzáló kötbérrázadákok engedélyezését.

2. Az átalány-kártérítés és a kötbér más jogorvoslatokkal összehasonlítva

A kötbér mellett és ellen szóló érvek jó része más, kevésbé vitatott jogorvoslati formákra is érvényes. Ezért érdemes ezeket a jogkövetkezményeket a szerződés-

si jogorvoslatok teljes rendszerében elhelyezni, amely tartalmazza az ígéretre hagyatkozás költségén alapuló kártérítést [*reliance damages*], az elmaradt haszon megtérítését [*expectation damages*] és a teljesítésre kötelezést [*specific performance*].

Első ránézésre a kompenzáló átalány-kártérítés és az elmaradt haszon megtérítése egyenértékű megoldásnak tűnik. Az előbbi célja a károsult teljes kompenzációja, amely magában foglalja a várható hasznot is (a károsult ugyanis csak a várható hasznok megtérítése esetén teljesen közömbös a teljesítést vagy a szerződésszegést illetően). A lényegi különbség abban mutatkozik, hogy az átalány-kártérítést *ex ante* (a szerződéskötéskor) állapítják meg a felek, míg az elmaradt hasznot *ex post* (a szerződésszegés után) határozza meg a bíróság. Az elmaradt haszonnal egyenlő kártérítés jelentős hátránya – ami a kompenzáló átalány-kártérítésre is igaz –, hogy hátráltatja a hatékony szerződéskötést. Másképp fogalmazva, ha az eladók a várható kárnak megfelelő átalány-kártérítést kötnek ki szerződésszegés esetére, az optimálisnál kevesebb vevő fog szerződést aláírni.

A szerződésszegési döntésekre eltérően hat a két jogorvoslati forma. Az elmaradt haszon megtérítése hatékony szerződésszegéshez vezet (Birmingham [1970], Shavell [1980]). A kompenzáló átalány-kártérítés esetében viszont a megállapítás *ex ante* történik, így a kötelezett a szerződésszegés vagy teljesítés közötti döntésének pillanatában már tisztában van azzal, hogy a szerződésben kikötött kártérítés a kárnál több vagy kevesebb. Ha több, előfordulhat, hogy a kötelezett akkor is teljesít, amikor az nem hatékony; ha viszont kevesebb, akkor túl sokszor kerülhet sor szerződésszegésre. A különbség a valóságban kisebb lehet a látszólagosnál, a bíróság által megítélt kártérítés ugyanis nem egyezik meg tökéletesen az elmaradt haszonnal. Ha a kötelezett várakozása szerint a bíró túlzott kártérítést fog megítélni, „túlteljesít”, ha pedig a kárnál kisebb kártérítéssel számol, akkor a szerződésszegés lesz túlzott.

Összefoglalva: a kompenzáló átalány-kártérítés egyaránt ösztönözheti a túlteljesítést és a túlzott szerződésszegést. Az, hogy ezek az ösztönzők jobb vagy rosszabbak, mint amelyekkel az elmaradt haszon megtérítése esetén kell számolnunk, a bírói kármegállapítás pontosságán múlik. Ha a bíróságok rendszeresen és számottevően alulértékelik a károkat, akkor a szerződésszegés ösztönzőit tekintve az átalány-kártérítés mutatkozik megfelelőbb jogorvoslatnak.



A kötbér és a teljesítésre kötelezés közös jellemzője, hogy mindkettő a kár tényleges kompenzálásánál súlyosabb jogkövetkezmény. Ebből kifolyólag mindkettő túlteljesítéshez vezethet. Másként fogalmazva, egyik sem ösztönöz hatékony szerződésszegésre. Míg azonban kötbér esetén a károsult egy pénzösszeghez jut, addig a teljesítésre kötelezés természetbeni juttatás. Ennek alapján azt gondolhatnánk, hogy a két jogorvoslat között lényeges különbség, hogy a károsultnak csak kötbér esetén áll érdekében a szerződészegés előmozdítása, teljesítésre kötelezés mellett azonban nem. Sok múlik azonban a teljesítésre kötelezés bírósági gyakorlatán. Az amerikai jog szerint a nem teljesítő kötelezettnek bírságot kell fizetnie a „bírság megsértéséért” [*contempt of court*]. A bírság azonban a bírósághoz folyik be, tehát nem befolyásolja a károsult hozzáállását. Ellenben Franciaországban, Belgiumban és Hollandiában a teljesítésre kötelezés az úgynevezett *astreintes* útján valósul meg, amely a bíró által megállapított és a károsultnak kifizetett nagy pénzösszeget jelent (többnyire minden egyes nap késedelemért). Az *astreintes* a kötbérhez hasonlóan ugyancsak a kötelezett szerződésszegésének előidézésére ösztönzi a károsultat.

A kötbér és a teljesítésre kötelezés között fontos különbség, hogy eltérő az időzítésük De Geest [1994]; a felelősségi és tulajdoni szabályok időbeli dimenzióit általánosabban tárgyalja Levmore, [1997]. A természetbeni teljesítéshez időre van szükség, és csak a jövőre nézve alkalmazható, a múltira nem. Ha a természetbeni teljesítés már nem megvalósítható (vagy nem kívánatos), amikor a károsult bírósághoz fordul, a bíróság csak kártérítést fog megítélni. Tegyük fel, hogy valaki egy esküvői tortát ígér a károsultnak, de hiába várják a menyegzőn. Ezután a teljesítésre kötelezés értelmét veszti, a bíróság csak kártérítést tud megítélni. A kötbérrel ellenben múltbeli sérelmek is orvosolhatók. Következésképpen a teljesítésre kötelezés a valóságban pusztán a kár megtérítését jelentheti, és ha a szerződő felek ennél erősebb szankciót akarnak, más lehetőség híján kénytelenek lesznek a szerződésükbe kötbérezáradékot iktatni.

Végül a szándékosan alulkompenzáló átalány-kártérítés egyenértékű lehet bármely jogkövetkezménnyel, amely az elmaradt haszon tökéletes megtérítése és a kártérítés teljes hiánya közötti intervallumba esik. Egyenértékű lehet például az ígéretre hagyatkozás költségét megtérítő kártérítéssel vagy az elmaradt hasznot alulbecsülő kártérítéssel; és az ígére-

tre hagyatkozás költségével megegyező kártérítéshez hasonlóan túl gyakori szerződésszegéshez vezet. A hatékonynál kevesebb szerződéskötés problémája az elmaradt hasznon alapuló kártérítéshez képest kisebb, sőt lehet, hogy nem is jelentkezik, ha az átalány a szerződésre hagyatkozás költségének megtérítését célozza.

A) A KOMPENZÁLÓ ÁTALÁNY-KÁRTÉRÍTÉS

3. A kompenzáló átalány-kártérítéssel elkerülhetők az *ex post* értékelési nehézségek

Kompenzáló átalány-kártérítés alkalmazása esetén a kártérítést *ex ante*, a szerződéskötéskor állapítják meg a felek. Így a bíróságnak nem kell utólag kiszámítania a veszteségeket, ami köztudottan igen nehéz, különösen ha szubjektív sérelmekről van szó. Egy bíró számára lehetetlen feladat a károsult preferenciáinak pontos feltárása, sőt a károsult saját bevallására sem hagyatkozhat, mivel őt semmi nem ösztönzi igazmondásra. Ez a preferencia-feltárási probléma nem jelentkezik, ha a felek a károk értékéről *ex ante* megállapodnak. Ekkor még a felek döntésén múlik, hogy megkötik-e a szerződést, vagy sem. Minél magasabb a kikötött összeg, annál magasabb az ár: a kötelezett ugyanis további kompenzációt fog követelni a nagyobb megelőzési költségeiért és a nagyobb kockázatért, amelyet viselnie kell. A kártérítés *ex ante* megállapítása ugyancsak hasznos azokat a kárfajtákat illetően, amelyeknek bizonyítása meglehetősen nehéz (ilyenek például az elszalasztott lehetőségek miatti veszteségek). Nyilvánvaló bizonyítékok hiányában a bíróságok alulbecsülik az effajta károkat.

A kompenzáló átalány-kártérítés tehát csökkenti a jogi tévedés kockázatát: a kármegállapítás során a bíróság tévedésének lehetősége jórészt kizárt. Az a veszély természetesen továbbra is fennáll, hogy a bíróság tévesen [az angolszász jogban] tiltott kötbérezáradéknak ítéli a szerződési kikötést, vagy a bíró a kötelezett szerződésszegésének hiányában is megítéli az átalány-kártérítést.

A kompenzáló átalány-kártérítés további kapcsolódó előnye, hogy segítségével elkerülhető a kontra-selekcio problémája. A probléma akkor merül fel, ha az eladó nem tudja, hogy a vevő mekkora kárral szembesül szerződésszegés esetén. Információ hiá-



nyában az eladó feltevése szerint a kötelezett átlagos kockázatot testesít meg. Az előreláthatósági elv (*doctrine of foreseeability*, *Hadley v. Baxendale*) a kontra-selekciós probléma enyhítésére szolgál, arra kényszeríti ugyanis az átlagosnál magasabb kárral szembenező vevőket, hogy tájékoztassák az eladót. Ezt a feladatot láthatja el a kompenzáló átalány-kártérítés is – de csak akkor, ha személyre szabott. Ha ugyanis általános kondíciókat tartalmaz, nem képes többé ezt a funkciót betölteni.

4. A kompenzáló átalány-kártérítés az ígéretre hagyatkozás és az elővigyázatosság optimális szintjére ösztönöz

Cooter [1985] állítása szerint a kártérítési kikötések „kettős felelősséget keletkeztetnek a határon”. Egyrészt megfelelő mértékű elővigyázatosságra készítetik a kötelezettet. Másrészt arra ösztönzik a jogosultat, hogy éppen az optimális mértékben hagyatkozzon a szerződés teljesítésének ígéreterre, mivel szerződészegés esetén egy rögzített összeghez jut csupán, tekintet nélkül a ténylegesen elszenvedett kár nagyságára. Nem ez lesz a helyzet az elmaradt haszon vagy az ígéretre hagyatkozás költsége alapján a bíró által megítélt szokásos kártérítés esetén. A bírák ugyanis általában nem vizsgálják, hogy a károsult veszteségei az ígéretre hagyatkozás túlzott mértékéből fakadtak-e, vagy sem. Kétségtelen, hogy az optimális ösztönzés bíróság által megállapított kártérítéssel is biztosítható, ha csak az ígéretre hagyatkozás optimális szintjének megfelelő kárért jár kompenzáció. A gyakorlatban azonban merülnek fel olyan fokú bizonyítási nehézségek, amelyek gátolják e jogorvoslati forma alkalmazását.

5. A kompenzáló átalány-kártérítés lényegesen megnöveli az *ex ante* tranzakciós költségeket

A károkat felbecsülni szinte mindig jóval költségesebb *ex ante*, mint *ex post*. *Ex ante* a kártérítést attól függetlenül meg kell állapítani, hogy végül bekövetkezik-e a kár. Ráadásul az összes elképzelhető jövőbeli helyzetet (világállapotot) számításba kell venni. Az *ex post* megállapítás viszont csak arról az egy szituációról kíván információt, amelyik ténylegesen bekövetkezett. Végül, *ex post* általában több információval ren-

delkezünk arról, ami történt, mint *ex ante*. Más szóval, *ex ante* az információk költségei mindig magasabbak, mivel a jövőről bizonytalan a tudásunk.

6. Az *ex post* túl alacsonynak bizonyuló átalány-kártérítés nem hatékony szerződészegéshez, a túl magasnak bizonyuló nem hatékony teljesítéshez vezet

A kompenzáló átalány-kártérítés célja a károsult teljes kárának megtérítése. Azonban a megállapítása *ex ante* történik, amikor az összes információ még nem áll rendelkezésre. Ha *ex post* a kompenzáció alacsonyabb a tényleges kárnál, a 2. pontban felvázolt ösztönzési problémák lépnek fel.

Ha a kártérítés *ex post* egyértelműen meghaladja a tényleges kárt, a jogosult ösztönözve lesz a nem hatékony szerződészegés előidézésére, a kötelezett pedig akkor sem fogja megszegni a szerződést, ha az hatékony volna. A szerződészegés bekövetkezése esetén a károsult túlbiztosított helyzetben van. A szerződésnek így az ő szempontjából van egy biztosítási eleme, amelyért cserébe felárat kellett fizetnie.

Egyéb szempontok ellensúlyozhatják ezt a problémát. A kompenzáló átalány-kártérítés a kár valószínű mértékéről tartalmaz információt. Ezt az információt a kötelezett hasznosíthatja, amikor el kell döntenie, hogy megszegje-e a szerződést, vagy sem. Mivel az információ előre rendelkezésre áll, a kötelezett hatékonyabb döntéseket hozhat. Gyorsabban el tudja dönteni azt is, hogy érdemes-e a jószágot egy harmadik félnek eladnia. Éppen ennek okán a kompenzáló átalány-kártérítés az óvintézkedések optimálisabb szintjéhez is vezethet. Ha a kár vagy a lehetséges kár alacsonyabb a kötelezett által általában vártnál, kívánatos, hogy a szokásosnál kisebb elővigyázatossággal járjon el; és fordítva, ha a kár a szokásosnál nagyobb.

B) KÖTBÉR

7. A racionalitáson alapuló érvelés és az olvasás nélküli aláírás problémája

A kötbér tilalma elleni egyik első érv közvetlenül a közgazdaságtan racionalitási feltevéséből származik: feltételezzük, hogy az emberek racionálisak, te-



hát ha aláírnak egy kötbért tartalmazó szerződést, minden bizonnyal jó okuk van így tenni. A szerződés biztosan hatékony, egyébként nem írták volna alá. Ezt az érvet használta hallgatólagosan a legelső közgazdasági cikk is a témában (Barton [1972, 286]). Barton szerint minden szerződésben kikötött kártérítést kikényszeríthetővé kellene tenni, de legalábbis azokat, amelyeket tájékozott felek méltányos alkufolyamat eredményeként fogadtak el.

A racionalitás érve még nyíltabban kifejezésre jut Kronman és Posner írásában [1979]. Clarkson, Miller és Muris [1978] tanulmányát kritizálva a szerzők arra a megállapításra jutnak, hogy ha a kötbér tényleg arra ösztönzi a jogosultat, hogy a kötelezett szerződésszegését idézze elő, ezt a kockázatot a felek figyelembe veszik az árra vagy a szerződés más elemeire vonatkozó tárgyalásaik során. Ha a kötbér átvészeli a tárgyalási szakaszt, akkor a jogosult haszna feltehetőleg felülmúlja a kötelezett költségeit. Kronman és Posner [1979] szerint indokolt lehet a beavatkozás, ha úgy véljük, hogy a felek nem tudják pontosan megítélni e költségeket, de a beavatkozás alapja ekkor a paternalizmus lesz. A kötbér tilalma mint a szerződési szabadság korlátozása azonban paternalisztikusabb lépés a kiskorúak kontraktuális cselekvőképtelenségének deklarálásánál vagy az önkéntes rabszolgasághoz vezető szerződések semmissé nyilvánításánál. Hasonló elképzeléssel találkozunk Farbernél [1983], aki szerint a kötelmi jog (a szerződési szabadság alapelve) körül egyfajta biztonsági öv található a katasztrófális egyéni károkkal szemben (beleértve a kötbérből származó károkat).

Ulen [1984, 356] a racionalitás feltevése alapján egyértelműen a kötbér védelmére kelt: „*minden okunk megvan azt hinni, hogy a felek az összes tényező figyelembevételével a leghatékonyabb jogorvoslatot választják*”. Ez a megállapítás azonban nem túlságosan meggyőző. Habár a közgazdaságtudomány a racionális viselkedés feltevésére épül, az információs problémák létezése általánosan elfogadott. A „racionalitás” nem jelent tökéletes tájékozottságot.

Tagadhatatlan, hogy a kötbér engedélyezése jelentős veszélyt hordoz: az olvasás nélküli aláírás veszélyét (Mackaay [1982], De Geest [1994]). A szerződő felek nem mindig olvassák el vagy értik meg, amit aláírnak. A szerződés tervezetét író fél számolhat ezzel, és belefoglalhat bizonyos feltéte-

leket a szerződésbe, amelyeket a másik fél sohasem fogadna el, ha elolvasná őket. Ez a probléma aligha csupán elméleti. A kötbér vállalkozásokat tehet tönkre, másokat pedig gazdaggá tehet.

Az olvasás nélküli aláírás problémáját Mackaay dolgozta fel [1982]. A szerződési feltételeket általában költségesebb ellenőrizni, mint az áruk fizikai tulajdonságainak többségét. Mivel a legtöbb fogyasztó nem vizsgálja meg a szerződési feltételeket, a piacon uralkodóvá válhat a „szigorú feltétel – alacsony ár” politikája. E kedvezőtlen fejlemény kezelésére kívánatos lehet valamilyen formájú állami beavatkozás.

Természetesen nem lenne jó megoldás az olvasás nélküli aláírás problémájára az összes aláírt szerződés érvénytelenné nyilvánítása. Megfelelőbb stratégia annak bizonyítása, hogy vannak olyan szerződési feltételek, amelyeket bizonyos körülmények között sosem írnának alá racionális, jól informált felek. A tény, hogy a valóságban egyesek mégis aláírnak ilyen szerződéseket, ekkor azt bizonyítja, hogy a szerződéskötés során komoly eljárási szabálytalanság történt (a stratégiára hasznos példával szolgál Rea [1984a]).

8. A jogi tévedés költsége kötbér esetén magasabb, mint kompenzáló átalány-kártérítés esetén

Egy kötbérezáradék elfogadása valamelyest mindig kockázatos, még az ígéretet pontosan teljesítő kötelezettek számára is. Mindig van rá esély, hogy a bíróság tévesen elrendeli a kötbér kifizetését valamilyen hiba vagy bizonyítási nehézség folytán. A kötelezettet hatalmas összeg megfizetésére kötelezhetik, ha optimálisan viselkedik ugyan, de nem tudja bizonyítani például, hogy vis maior következett be. A jogi tévedés kockázatára pedig rendkívül nehéz biztosítást kötni.

Párhuzamot állíthatunk fel a büntetőjoggal is. Ha a bírósági rendszer tökéletesen működne, és mindenki racionálisan viselkedne, a büntetések végtelesen szigorúak lehetnének. Ennek eredményeképpen egy racionális ember sosem követne el bűncselekményt, és ezért senkit nem ítélnének el tévesen. Mivel azonban a bírósági rendszer nem tökéletes, a büntetések nem lehetnek kirívóan szigorúak. Ugyanez áll a szerződésszegésekért járó jogkövetkezményekre.



9. A kötbért tartalmazó szerződési feltételek akadályozzák a hatékony szerződésszegést

Posner tankönyve második kiadásában amellest érvel [1977, 93], hogy a jog tartózkodását a kötbér kikényszerítésétől esetleg indokolhatja, hogy a kötbér a szerződés teljesítésére ösztönöz akkor is, amikor a szerződésszegés lenne hatékonyabb. Ez az érv helytálló, de amint a 2. pontban láttuk, tágabb kontextusba kell helyezni. Valójában minden olyan kártérítésnek megvan ez a hátránya, amely meghaladja a kár nagyságát. Igaz ez a teljesítésre kötelezésre, az *ex post* túl magasnak bizonyuló kompenzáló átalány-kártérítésre és az elmaradt haszon alapú kártérítésre is, ha a bírák rendszeresen túlkompenzálják a károsultakat.

10. A kötbér a kötelezettek szerződésszegésének elősegítésére ösztönzi a jogosultakat

Ezt először Clarkson, Miller és Muris [1978] vizsgálták. Tegyük fel, hogy szerződöm egy építési vállalkozóval. Ha a vállalkozó nem teljesít időben, a tényleges károm 1000 dollár lesz, de a kötbérezáradék alapján 1 001 000 dollár illet meg engem. Így abban fogok bízni, hogy a kötelezett nem tud időben teljesíteni, sőt minden tölem telhető megteszek annak érdekében, hogy elmulassza a határidőt. A legtöbb esetben azonban nem lesz lehetőségem félvezetni vagy akadályozni a kötelezettet. Ha lenne is rá mód, akkor is burkoltan kellene véghezvinnem, mert ha a kötelezett bizonyítani tudja, hogy felelős vagyok a szerződésszegésért, nem kapok kártérítést. Clarkson, Miller és Muris szerint a szerződésszegés elősegítésének veszélye nem fenyeget például a versenyt korlátozó megállapodásoknál vagy a tiszta kölcsönügyleteknél. Ahol azonban a szerződésszegés burkoltan előidézhető, ott a kötbért tiltani kell.

Hasonlóan érvel egy hallgatói írás (X [1978]), amely védelmébe veszi azt a tételt, hogy az előre megállapított kártérítésnek ésszerűnek kell lennie a tényleges sérelem fényében. A vétlen fél teljes kompenzációhoz jut, mivel az előre megállapított kártérítés mindaddig kikényszeríthető, amíg a vétkes fél nem tudja bizonyítani, hogy a tényleges kár kisebb az objektív és szubjektív károk össz-

szegénél. Az *ex post* teszt konzisztens azzal a céllal is, hogy ne ösztönözzük a jogosultat nyereszkerésre és a szerződésszegés előidézésére.

Ez a gondolatmenet elméletileg helyes ugyan, ám egyúttal minden túlkompenzáló jogorvoslatra alkalmazható. Amint a 2. pontban kifejtettük, hasonló a helyzet abban az esetben, amikor a teljesítésre kötelezés *astreintes* útján valósul meg. A fő kérdés, hogy hány olyan eset van, ahol a jogosultnak lehetősége van a szerződésszegés burkolt előmozdítására. Nem olyan egyszerű a kötelezett szerződésszegését elérni, amikor tisztában van annak drámai következményeivel. Egy több sikerrel kecsegtető technika (amelyet Clarkson, Miller és Muris [1978] nem vizsgált), ha a jogosult hagyja, hogy a kötelezett olyan szerződést írjon alá, amelyet nem olvasott el.

11. Több perhez vezet-e a kötbér?

Landes és Posner [1979] megemlíti, hogy a kötbér tilalma a *common law*-ban abból az időből származik, amikor a bírakat még a pereskedési díjakból fizették. Rea [1984a] szerint ez azonban nem nyújt magyarázatot arra, miért maradt fent a tilalom az államilag támogatott bíróságok korában.

Rubin [1981] Telsernek [1980] az önkikényszerítő szerződésekről szóló elméletéből kiindulva azt állítja, hogy a kötbérezáradékok nem önkikényszerítők, hanem csak bírósági úton érvényesíthetők. Minden kötelezetti szerződésszegés perhez vezet, amelynek költségeit nem teljesen a felek viselik, ugyanis a bíróságok jelentős támogatásban részesülnek. Mivel a költségek egy része externális marad, a felek az optimálisnál többször kötnek ki kötbért szerződésekben. Rea [1984] ezzel kapcsolatban megjegyzi, hogy ez az érv számos másfajta szerződéses kikötés esetében is helytálló. Sok olyan terület van, ahol a bíróságok támogatni látszanak a bírósági jogsegélyek igénybevételét annak ellenére, hogy a feleknek keveset kell érte fizetniük. Ráadásul a kötbérezáradékok kikényszeríthetőségét övező bizonytalanság is növelheti a pereskedés gyakoriságát.

A peren kívüli megegyezés és a pereskedés közötti választást elemző modern közgazdasági irodalom közvetve cáfolja Rubin [1981] érvelését.²

²Lásd Kobayashi – Parker [2000] és Daughety [2000].



Racionális felek elvileg sosem fordulnak bírósághoz. A költséges pereskedéssel szemben inkább a meg-egyezést részesítik előnyben. Miért tagadná meg a racionális kötelezett a kikötött kártérítés megfizetését, ha a kártérítés érvényesíthető a jogrendszer szerint? Hiszen jóval többre kerülne neki, ha a jogosult beperelné. Két racionális fél között csak akkor fordulhat elő per, ha eltérően ítélik meg nyeresi esélyeiket. Ez annál gyakrabban megyesik, minél nehezebb előre jelezni a bíró ítéletét. A kötbér teljes körű engedélyezése az ítélettel kapcsolatos várakozások eltéréseinek valószínűségét közel nullára csökkentené, a bíró ugyanis biztosan érvényesnek nyilvánítaná a kikötést. Viták merülnek fel azonban, ha a kompenzáló átalány-kártérítés megengedett, de a kötbér tiltott, vagy ha a tilalom az elképzelhető legnagyobb kárt meghaladó kártérítés kikötésére vonatkozik. Ezekben az esetekben a bírónak meg kell húznia egy határvonalat, de hogy hol, az korántsem mindig világos. Ez azonban kétséges ellenérv a kötbért tiltó szabályokkal szemben. A bíróságok túlzott támogatásának problémája könnyebben megoldható a peres költségek növelésével.

12. A kötbér mint a piacra lépés korlátja?

Az irodalomban felmerül a kötbért tartalmazó szerződési feltételek másik lehetséges veszélye: korlátozzák a piacra lépést.

A kártérítések externális hatásairól először Diamond és Maskin [1979] írt. Modelljükben az egyének valamilyen kibocsátás előállítására keresnek partnereket és kötnek velük szerződést. Az egyének dönthetnek úgy, hogy megszegik a szerződést, és mással egyeznek meg. Mivel az új társulás által elérhető többlet nagyban függ attól, hogy a szerződést szegő félnek mekkora kártérítést kell fizetnie, a kártérítés az új félre is hatással van. Ezáltal a szerződő felek kompenzáló átalány-kártérítés kikötésével bizonyos fokú monopolerőt érvényesíthetnek a potenciális partnerekkel szemben.

Aghion és Bolton [1987] a kompenzáló átalány-kártérítés versenykorlátozó hatásának bemutatásával ugyancsak az ilyen kikötések externális hatásait vizsgálták. Modelljükben a piacon lévő eladó és a vevő a szerződésben kikötheti a vételárat és a kártérítést szerződésszegés esetére. Diamondhoz és Maskinhoz [1979] hasonlóan bemutatták, hogy

egy ilyen szerződés közös monopolerőt biztosít számukra a potenciális versenytársakkal szemben. A vevő nem fog szerződésszegést elkövetni és új belépővel szerződni, hacsak az utóbbi nem téríti meg neki azt a kártérítést, amellyel ő az eredeti eladónak tartozik. A kártérítés így egyfajta belépési díjként funkcionál, amely a szerződő feleknek juttatja a piacra belépő, hatékonyabb termelő többletének egy részét. Emiatt a belépési díj miatt elmarad a jólétnövelő belépés, és a szerződés társadalmi költséget jelent.

Chung [1992] egy Aghion és Bolton [1987] munkájához hasonló keretben vizsgálta a kötbér tilalmának hatásait. Az ő modelljében azonban a vevőnek az ígéretre hagyatkozás mértékéről kell döntenie, a harmadik fél pedig egy új vevő, aki többre értékeli a jószágot. A magas kártérítés kikötése a kiinduló szerződésben most is növelheti azt az árat, amelyet a harmadik félnek kell fizetnie a szerződésszegésért cserébe. Ha azonban a vevő beruházásának mértéke rögzített, a kötbér tilalmával, vagyis lényegében a kártérítési összeg felülről való korlátozásával a hatékonyságvesztés kiküszöbölhető, és elérhető az „első legjobb” kimenet. Ez nem áll fenn, ha a vevő különböző nagyságú beruházásokat tehet a szerződéses ígéretre hagyatkozva. Ekkor ugyanis a jogosult a kötbér tilalma esetén is túlságosan nagy mértékben fog a kapott ígéretre hagyatkozni.

A közgazdasági irodalomban Aghion és Bolton modelljét gyakran használják a szerződésben kikötött kötbér engedélyezése elleni érvként. A piaci belépést azonban az elmaradt haszon alapján utólag meghatározott kártérítés és a *kompenzáló átalány-kártérítés* is korlátozza.

Képzelnünk el egy szerződést, amely a piacon minden fogyasztót 10 évre egy monopolista eladóhoz köt. A monopolista előállítási költsége 50, a vételár pedig 100. A szerződésszegés szankciója az elmaradt haszonnal megegyező kártérítés (az angolszász és a kontinentális jogrendszer általános jogorvoslata), amely szerint a szerződésszegő vevőnek 50-et kell fizetnie. Egy új eladó ugyancsak 50 termelési költség mellett 51 áron árulja ugyanazt a terméket. Ebben az esetben egy vevő sem fog szerződést szegni, ha pedig az eladó a termelési költségének megfelelő áron árul, a vevők közömbösek lesznek. Ha feltesszük, hogy a partnerváltás pozitív tranzakciós költséggel jár (ami nagyon is hihető), az új belépő egyik vevőt sem fogja



magához vonzani. Így az elmaradt haszon megtérítése, ami az angolszász és kontinentális jogrendszerben egyaránt a szerződészegés általános jogkövetkezménye, ugyancsak korlátozhatja a szerződésbe lépést.

Aghion és Bolton [1987] szerint munkájuk csupán illusztrációja annak a jóval tágabb problémának, amit a szerződések közötti átváltási költségek endogén létrejötte okoz. További példák a bérleti szerződések foglalói, a repülőársaságok törzsutas-programjai, az ajándékpontok, a szállítványozási cégek fuvardíj-visszatérítése és a franchise szerződések rögzített árai. Még ha igaz is, hogy a kötbér tilalma kívánatos a kártérítési kikötések belépést korlátozó hatásának ellentételezése miatt, a tilalom nem vonatkozik más szerződési feltételekre, amelyek ugyanilyen hatással bírnak. A lehetséges szerződési feltételek nagy száma és összetettsége szinte megoldhatatlan feladat elé állítaná a versenyhatóságokat.

13. Elláthat-e jelző funkciót a kötbér?

Az elképzelés, miszerint a kötbér a kötelezett megbízhatóságát jelezheti, először Posnernél jelenik meg [1977, 93]. Posner szerint a jelző funkció különösen azoknak a piacra belépő új szereplőknek fontos, akik még nem szereztek hírnevet maguknak. Ha ugyanis magas kötbért vállalnak fel, sikeresen győzhetik meg partnereiket arról, hogy teljesíteni fognak. A hatékony megoldás akképpen meggyőzni a feleket a szerződészerű teljesítéséről, hogy saját maguk ellen ajánlanak fel kötbért. A tény, hogy a kötelezett ilyen súlyos jogkövetkezményt helyez kilátásba arra az esetre, ha nem teljesít, azt jelzi, hogy meg van győződve arról, hogy kész és képes teljesíteni a szerződést. A kötbér tehát kommunikatív funkcióval bír: a kötelezett megbízhatóságát jelzi. Habár ezt az elképzelést komoly kritika alá vette az irodalom, Posner fenntartja az érvelését kézikönyve harmadik és negyedik kiadásában is [1986; 1992].

Muris [1981] és Rea [1984a] látszólag meggyőzően cáfolja Posner gondolatmenetét. A szerzők szerint a kompenzáló átalány-kártérítés ugyanilyen jól betöltheti ezt a funkciót. Az átalány-kártérítés teljesen kompenzálja a károsultat, aki így közössé válik a kötelezett teljesítését, illetve szerző-

désszegését illetően. Így ha egy új piaci szereplő nemteljesítés esetére teljes kompenzációt ígér, lehetséges partnerei ugyanúgy elégedettek lesznek. Ráadásul a kötbérrel összehasonlítva a kompenzáló átalány-kártérítés kevesebb ösztönzési problémával jár, ami az áru vagy szolgáltatás alacsonyabb árban nyilvánulhat meg. Hasonló következtetésre jut Schwartz [1990] is.

De Geest [1994] szerint azonban a jelző funkció elmélete bizonyos feltételek mellett védhető: a kötbért ugyanis kevésbé költséges belefoglalni a szerződésbe, mint a kompenzáló átalánykártérítés. Az utóbbi esetén az összes lehetséges káresetet figyelembe kell venni, és átlagolni kell őket. Kötbér esetén viszont elegendő a legnagyobb lehetséges kárt felbecsülni.

Kötbér kikötése tehát kívánatos lehet, ha a kompenzáló átalány-kártérítés pontos meghatározása túl költséges, és a bíróságok rendszeresen túl alacsony kártérítést ítélnék meg, vagy átlagban határozzák meg a kár értékét, de a döntésük bizonytalan.

Elképzelhető például, hogy a kötelezett egy általános szerződésformát kíván használni, amelyben kötbér-kötelezettséget vállal magára. Túl költséges lehet ugyanis minden egyes személyre kompenzáló átalány-kártérítést meghatározni. Ehelyett olyan általános szerződésformát használ, amelyben a kötbér a legnagyobb lehetséges kárt kompenzálja. A legtöbb hitelező esetében a kártérítés meghaladja a ténylegesen elszenvedett kárt, sőt annak *ex ante* becsült mértékét is. Tehát egyértelműen kötbérről beszélhetünk.

Ha a szabványosított szerződésben kikötött kártérítés összege az átlagos hitelező kárával lenne egyenlő, kontraszelekciós probléma merülne fel. A legnagyobb tényleges kárt elszenvedő hitelezők nem kötnének szerződést. A kötbérért cserébe nem szükséges felárat kérni, ha az egyetlen kockázat, hogy a kötelezett nem teljesít. Egy jóhiszemű kötelezett esetében ugyanis ez a kockázat szinte nulla, csak a bírói tévedés költségeivel kell számolni.

A jelző funkció azonban sosem igazolhat olyan kötbérazadékokat, amely *vis maior* esetén lép működésbe (De Geest [1994]). Egy ilyen kikötés a jogosult számára túlbiztosítást jelent, vagyis a kötelezett szempontjából kockázatos fogadásnak minősül. Posnernek az a megállapítása, hogy a bíróságok fellépnek a kockázatos fogadásokkal szemben, ebben a tekintetben helytállóan tűnik.



14. A kötbér mint büntető szankció, amikor a felelősségre vonási arány kisebb egynél

A szerződésen kívüli károkozással kapcsolatos közgazdasági irodalomban elfogadott a kötbér szükségessége abban az esetben, amikor a károkozónak komoly esélye van megúszni a felelősségre vonást az okozott kárért (Polinsky és Shavell [1998]).

Bár a felelősségre vonási arány általában magasabb szerződéses kapcsolatokban, mint szerződésen kívüli ügyekben, egyes szerződéseknél nehéz felfedezni vagy bizonyítani a kötelezett szerződésszegését. Többen érveltek amellet, hogy ilyen esetekben kötbér megítélésének van helye (Perlstein [1992], Polinsky – Shavell [1998, 936–939]). A büntető kártérítésnek a szerződésszegési vitákban betöltött közgazdasági szerepét Farber [1980] és Schwartz [1990] tekinti át.

Ugyanezt a problémát a szerződésben kikötött kötbér is képes orvosolni. A kárértéknél nagyobb összeg ellensúlyozza az egynél kisebb felelősségre vonási arányt. Hogy a két megoldás közül melyik a jobb, arról egyelőre viszonylag keveset tudunk. A bíróság által megállapított büntető kártérítés egy szempontból biztosan komparatív előnyt élvez a kötbérszáradékkal szemben: a felelősségre vonási arány reálisabban ítéltető meg *ex post*, amikor több információ áll rendelkezésre a megtörtént eseményekről. Ez az *ex ante* információhiányon alapuló érv azonban ugyanúgy alkalmazható a kompenzáló átalány-kártérítésre is (*ex ante* jóval nehezebb a sérelem nagyságát meghatározni, mint *ex post*). Ezért ez az érv önmagában nem elég ahhoz, hogy igazolja a kötbér tilalmát.

15. A kötbér mint a természetbeni teljesítés biztosítéka

A második pontban már szót ejtettünk a kötbér és a teljesítésre kötelezés egy fontos különbségéről: a teljesítésre kötelezés csak a jövőre nézve alkalmazható, a múltra nézve nem. Ha a természetbeni teljesítés többé nem kívánatos, a bíróságok csak kártérítést ítélnek meg. Ezzel szemben a szerződésben kikötött kötbér a múltban megtörtént szerződésszegést is szankcionálhatja. Ez azt jelenti, hogy a teljesítésre kötelezés hagyományos jogorvoslata egyes esetekben nem elég erős szankció ahhoz, hogy tel-

jesítésre bírja a kötelezettet. Így a kötbérszáradék lehet az egyetlen olyan megoldás, amely igazán garantálja a természetbeni teljesítést.

16. A kötbér mint kockázatmegosztási technika

Polinsky [1983] bemutatja, hogy az elmaradt haszontól eltérő nagyságú kártérítés kikötésére lehet szükség a kockázat optimális megosztása érdekében. Bizonyos körülmények között a kötbér segít megosztani a felek között annak a kockázatát, hogy egy harmadik fél jobb ajánlattal lép fel.

Képzeljünk el egy Van Gogh-kép adásvételére kötött szerződést. A vételár 100, de a vevő igazából 150-re értékeli a festményt. A szállítás előtt megvan az esélye, hogy felbukkan egy harmadik személy, aki 200-at ajánl. Tegyük fel, hogy a felek egyenlően akarják megosztani a kockázatot. Ezt elérhetik, ha a szerződésben kikötik, hogy az eladó szerződésszegése esetén 75 kártérítést fizet. Ha a harmadik fél ajánlatot tesz, az eladó megszegi a szerződést, és 25 profitra tesz szert (a 100 vételár mínusz a 75 kártérítés). A vevő profijtja szintén 25 lesz. Így a 75 kártérítés túlkompenzálja a vevőt (legalábbis akkor, ha a vevő nem rendelkezik kellő ismerettel a piacról, hogy maga találja meg a harmadik személyt).

Egy 100-nál magasabb kötbér (az utóbbi példában) teljes mértékben a vevőre hárítja a kockázatot. Első látásra nincs szükség kötbérre, mivel a teljesítésre kötelezéssel ugyanaz az eredmény érhető el. A racionális felek azonban előnyben részesíthetik a kötbér szerződéses kikötését az előző pontban megvitatott okok miatt (a teljesítésre kötelezés szankciója nem mindig képes a múltbeli szerződésszegéseket helyreállítani). Természetesen a kötbér akkor is egy elfogadható „második legjobb” megoldás lehet, ha a teljesítésre kötelezés ugyanúgy megfelelné, de mint jogorvoslat nem áll rendelkezésre a jogrendszerben.

17. Növeli-e a kötbér a csődök számát? A kötbér mint a késedelmes fizetők szankcionálásának eszköze

Farber [1983] szerint a kötbér növeli a csőd esélyét, a kötelezettnek ugyanis szerződésszegése esetén sokkal nagyobb összeget kell megfizetnie, és így könnyebben kerül szorult pénzügyi helyzetbe. Ha



a csődbe jutott fél egy olyan hálózat részese, amely több hosszú távú üzleti kapcsolatból áll, a kötbér hatására a hálózatban szereplő többi fél is bajba kerülhet. Ha az utóbbiak nem foglalnak maguk is kötbérezáradékokat a szerződéseikbe, hátrányba kerülhetnek a csőd alatt álló vagyon felosztásakor. Ha pedig a kötbért széles körben használják, recesszió idején a kötbérezáradékok életbe lépése miatti csődhullám alááshatja a befektetői bizalmat.

De Geest [1994] szerint azonban Farber [1983] nem számolt a fizetéseképtelenség egy másik okával. Azok a vállalkozók, akik mások tőkéjével gazdálkodnak, néha túlzott kockázatot vállalnak. Ez a veszély különösen nagy, ha a tevékenységüket rögzített kamatú kölcsönökkel finanszírozzák. Ekkor a vállalkozók csak a jó kimenetek kockázatát internalizálják, a rossz kimeneteket externalizálják. Ezért a részvénykibocsátás a forrásbevonás gyakoribb formája. Van azonban egy körmonfontabb módja is annak, hogy valaki a vele szerződőket akarata ellenére rögzített kamatú kölcsönnyújtásra kényszerítse: hagyja, hogy dolgozzanak vagy árukat szállítsanak neki, és egyszerűen késedelemmel fizeti ki őket. A hitelező ezután bírósághoz fordulhat, de hosszú időt vehet igénybe, amíg jogait kikényszeríti. Ez a probléma a csőd szélén álló társaságok esetében a legsúlyosabb.

A kötbér nem igazán akadályozza a vállalkozókat abban, hogy üzleti kockázatot vállaljanak. Mindig lesznek tőketulajdonosok, akikhez fordulhatnak. Természetesen ezek csak akkor fognak nekik kölcsönadni, ha bíznak abban, hogy profitálnak belőle. Az eredendően veszteséges beruházások esetében ez szinte lehetetlen. Egy nemfizetés esetén életbe lépő kötbérezáradéknak lényegében az a következménye, hogy költségesebbé teszi a hitelezők rákényszerítését arra, hogy akarata ellenére adjanak kölcsön. A kötbérezáradékok a tőkét kereső vállalkozókat a nem specializált kölcsönadóktól (feszítőktől, eladóktól, építőktől stb.) a szakosodott kölcsönadókhoz (bankokhoz, részvényesekhez stb.) terelik. Az eredmény gazdasági szempontból kívánatosabb. Csökkenhet a csődök száma vagy legalábbis a csődből fakadó veszteségek nagysága.

Hasonlóképpen, a kötbér kikötése kölcsön szerződések esetén is hatékony lehet. A lehetséges legmagasabb kockázati prémiumnak megfelelő kötbér arra ösztönzi a kötelezettet, hogy olyan felektől kérjen kölcsön, akik hozzájárulásukat adták.

C) ALULKOMPENZÁLÓ ÁTALÁNY-KÁRTÉRÍTÉS

18. Az alulkompenzáló átalány-kártérítés mint a kockázatmegosztás egy módja

Az alulkompenzáló átalány-kártérítés talán legfontosabb funkciója, hogy lehetővé teszi a termelési költségek bizonytalanságából fakadó kockázat megosztását.

Egy termelővel szemben érvényesíthető alulkompenzáló átalány-kártérítés esetén a megnövekedett termelési költségek kockázata megoszlik a hitelező és a kötelezett között. A kötelezett csak a saját profitja, valamint a hitelezőt illető fogyasztói többlet egy töredékének erejéig viseli a kockázatot. A hitelező viseli a kockázatot a fogyasztói többlete fennmaradó részéig.

Alulkompenzáló átalány-kártérítést fogyasztóval szemben is ki lehet kötni. Az a fogyasztó, aki lemond egy foglalást vagy egy rendelést, gyakran nem köteles a termelő vagy eladó teljes profitját megtéríteni. A fogyasztói hasznosság csökkenésének kockázata megoszlik a hitelező és a kötelezett között. A hitelező viseli a kockázatot a saját fogyasztói többlete és a kötelezett profitjának egy töredéke erejéig, a kötelezett pedig a profitja fennmaradó részéig. Így az alulkompenzáló átalány-kártérítés lehetővé teszi például, hogy a felek a fizetendő kártérítést az ígéretre hagyatkozás költségére korlátozzák, ha az irányadó (diszpozitív) szabály az elmaradt haszon megtérítését írja elő.

19. Az alulkompenzáló átalány-kártérítés további előnyei és hátrányai

Az alulkompenzáló átalány-kártérítés létrehoz néhány nem hatékony ösztönzöt. A hitelező arra lesz ösztönözve, hogy ahogyan csak tudja, elkerülje a hatékony szerződésszegést, mivel a kompenzációja szerződésszegés esetén alacsonyabb a természetbeni teljesítés esetén elérhető fogyasztói többletnél. A kötelezettnek pedig érdekében áll a szerződés nem hatékony megszegése az eladó megnövekedett teljesítési költsége vagy a vevő lecsökkent hasznossága esetén. Egy harmadik fél jobb ajánlatának elfogadása esetén fizetendő alulkompenzáló átalány-kártérítés az eladó szempontjából kockázatos fogadásnak számít. A kockázat megosztása szempontjából ez sosem kívánatos, hacsak az eladó nem kockázatkereső.



Az alulkompenzáló átalány-kártérítés az ígéretre hagyatkozás költségén alapuló kártérítésre hasonlít, amennyiben a kompenzáció mindkét esetben alacsonyabb a valódi (várt) kárnál. Az elmaradt haszon megtérítéséhez képest az ígéretre hagyatkozás költségének megtérítése számottevő előnnyel bír: optimális szerződéskötési gyakorisághoz vezet.

Mivel a racionális feleknek jó okuk lehet elfogadni alulkompenzáló átalány-kártérítést, az ilyen kikötések bíróság általi módosítása nem kívánatos. Egy ezt előíró szabályozás nem feltétlenül javítana a felek helyzetén.

Amint Stole [1992] bemutatta, az alulkompenzáló átalány-kártérítés szűrőként is szerepet játszhat. A szabványszerződésbe foglalt alulkompenzáló átalány-kártérítés arra ösztönzi a magasabb értékelésű vevőket, hogy felfedjék értékelésüket. Összehasonlíthatjuk ezt a hagyományos kötelmi jog előreláthatósági elvével: ha a felek nem kötik ki a kártérítés összegét a szerződésben, a bíróságok alulkompenzálják a károsultat, ha annak veszteségei nem voltak előreláthatóak a kötelezett számára (a *common law*-ban lásd a híres *Hadley v. Baxendale* jogesetet). A szabály közgazdasági értelme, hogy a jogosultakat átlagon felüli sebezhetőségük feltárására kényszerítse.

D) ÖSSZEFOGLALÁS

20. A kompenzáló és alulkompenzáló átalány-kártérítés alkalmazását engedni kell

Az irodalomban a jelek szerint konszenzus van abban, hogy a kompenzáló és alulkompenzáló átalány-kártérítés szerződéses kikötését tiszteletben kell tartani. Ez azt jelenti, hogy a bírácoknak nem kell ellenőrizniük, hogy a szerződésben kikötött összeg *ex post* megfelel-e a tényleges kárnak. Ha mindig korrigálnák a valódi sérelemtől eltérő kártérítés nagyságát, akkor tulajdonképpen csak a bíróság *ex post* értékelése számítana (kivéve, amikor a bírák bizonytalanok a károk valós mértékét illetően, és arra a félre hártják a bizonyítási kötelezettséget, aki azt állítja, hogy a valós kár különbözik az *ex ante* megállapítottól).

A kompenzáló átalány-kártérítés ésszerű választás lehet, kiváltképp ha a felek pontosabb információval rendelkeznek a lehetséges károkról, mint a bírák. Az alulkompenzáló átalány-kártérítés töb-

bek között azért lehet hasznos, mert lehetővé teszi a megnövekedett termelési költségek kockázatának felek közötti megosztását.

21. Milyen feltételek mellett engedjük a kötbérezáradékok alkalmazását?

A kötbér hosszú ideje komoly viták tárgya. A szerzők többsége kiáll a *common law*-ban érvényes tilalma mellett. Tagadhatatlan, hogy a kötbérnek számos hátránya van. Ugyanakkor több hasznos funkciót is betölthet.

Habár a kötbér tilalma az esetek többségében indokolt, úgy véljük, bizonyos jól meghatározott körülmények között engedni kell az érvényesítését.

- (a). Érvényesíteni kell a kötbérezáradékot, ha az általános szerződési feltételként a legnagyobb lehetséges kárt tükrözi. A fogyasztók szerződésszegésből fakadó kára eltérő nagyságú lehet. Egyszerűen túl költséges lehet mindegyikükre személyre szabott kompenzáló átalány-kártérítést kikötni. A szerződés elolvasás nélküli aláírásának problémája rendkívül kis valószínűséggel merül fel, ha a kötbérezáradék a szerződést megfogalmazó felet kötelezi.
- (b). A késedelmes fizetés esetén életbe lépő kötbérezáradékoknak szintén van jogosultságuk. Meglehetősen ésszerű választás a kamatlábat a lehető legnagyobb üzleti kockázathoz igazítani. Egy 200 százalékos éves kamatláb eltántorítja a rosszhiszemű szerződő feleket attól, hogy kockázatos üzleti beruházásaikat az esedékes kifizetések önkényes visszatartásával finanszírozzák. A szerződés elolvasás nélküli aláírásának veszélye továbbra is fennáll ugyan, de korlátozható, ha a kikötött kamatláb nem (közel) végtelenül magas, hanem csak rendkívül nagy kereskedelmi kockázatot tükröz.

A vis maior esetére vonatkozó kötbérezáradékok érvényesítését az (a) és (b) feltételek együttes fennállása esetén sem szabad megengedni. Az ilyen kikötések ugyanis a jogosult számára túlbiztosítást, a kötelezett szempontjából pedig kockázatos fogadást jelentenek.

Köszönetnyilvánítás

A szerzők szeretnék megköszönni Roger Van den Berghnek az anonim bírálatok megszervezését.

**A SZERZŐDÉSBE KIKÖTÖTT
KÁRTÉRÍTÉSEK KÖZGAZDASÁGI
IRODALMÁNAK BIBLIOGRÁFIÁJA**

- ALGHION, PHILIPPE AND BOLTON, PATRICK [1987]: Contracts as Barriers to Entry. 77 *American Economic Review*, 388–401.
- ANDERSON, JAMES E. – GOLLOP, FRANK M. [1986]: The Effect of Warranty Provisions on Used Car Prices. In Ippolito, Pauline M. and Scheffman, David T. (eds), *Empirical Approaches to Consumer Protection Economy*, Washington, Federal Trade Commission, 67–102.
- BARTON, JOHN H. [1972]: The Economic Basis of Damages for Breach of Contract. 1 *Journal of Legal Studies*, 277–304.
- CENTNER, TERENCE J. [1985]: Are FmHA Loans Entitlements Protected by the Due Process Clause?. 34 *Drake Law Review*, 389–427.
- CENTNER, TERENCE J. – WHITE, F.C. [1987]: FmHA's Efforts Against Delinquent Borrowers: Property Interests and Transaction Costs.. 12 *Western Journal of Agricultural Economics*, 35–41.
- CHUNG, TAI-YEONG [1992]: On the Social Optimality of Liquidated Damage Clauses: An Economic Analysis. 8 *Journal of Law, Economics, and Organization*, 280–305.
- CLARKSON, KENNETH W., MILLER, ROGER LEROY – MURIS, TIMOTHY J. [1978]: Liquidated Damages v. Penalties: Sense or Nonsense?. 54 *Wisconsin Law Review*, 351–390. Reprinted in Goldberg, Victor P. (ed.) [1989]: *Readings in the Economics of Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 152–160.
- COOPERSMITH, JEFFREY B. [1990]: Comment: Refocusing Liquidated Damages Law for Real Estate Contracts: Returning to the Historical Roots of the Penalty Doctrine. 39 *Emory Law Journal*, 267 ff.
- COOTER, ROBERT D. [1985]: Unity in Torts, Contracts and Property: The Model of Precaution. 73 *California Law Review*, 1–51.
- DE ALESSI, LOUIS – STAAF, ROBERT J. [1989]: Subjective Value in Contract Law. 145 *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 561–577.
- 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, PETER A. – MASKIN, ERIC [1979]: An Equilibrium Analysis of Search and Breach of Contract, I: Steady States. 10 *Bell Journal of Economics*, 282–316.
- FARBER, DANIEL A. [1980]: Reassessing the Economic Efficiency of Compensatory Damages for Breach of Contract. 66 *Virginia Law Review*, 1443–1484.
- FARBER, DANIEL A. [1983]: Contract Law and Modern Economic Theory. 78 *Northwestern University Law Review*, 303–339.
- GOETZ, CHARLES J. – SCOTT, ROBERT E. [1977]: Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach. 77 *Columbia Law Review*, 554–594. Reprinted in Kronman, Anthony T. – Posner, Richard A. (eds) [1979]: *The Economics of Contract Law*, Boston, Little Brown, 194–207.
- GROSS, LEONARD E. [1986]: Contractual Limitations on Attorney Malpractice Liability: An Economic Approach. 75 *Kentucky Law Journal*, 793 ff.
- HARRIS, FREDERICK H. [1987]: Security and Penalty in Debt Contracts: Comment. 143 *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 168–174.
- HESS, JAMES D. – KNOEBER, CHARLES R. [1987]: Security and Penalty in Debt Contracts. 143 *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 149–167.
- JARRELL, GREGG A. – PELTZMAN, SAM [1985]: The Impact of Product Recalls on the Wealth of Sellers. 93 *Journal of Political Economy*, 512–536. Reprinted in Ippolito, Pauline M. – Scheffman, David T. [1986] (eds), *Empirical Approaches to*



- Consumer Protection Economics*, Washington, DC, Federal Trade Commission, 377-409.
- KAHAN, MARCEL – BRUCE TUCKMAN [1996]: Private versus Public Lending: Evidence from Covenants. In Finnerty, John D. and Martin, S. Fridson (eds), *The Yearbook of Fixed Income Investing 1995*, 253–274.
- KAPLAN, PHILIPP R. [1977]: A Critique of the Penalty Limitation on Liquidated Damages. 50 *Southern California Law Review*, 1055–1090.
- KOLLER, INGO [1981]: Die Verteilung des Scheckfälschungsrisikos zwischen Kunde und Bank (The Division of the False Cheque Risk Between Client and Bank). *Neue Juristische Wochenschrift*, 2433 ff.
- KORNHAUSER, LEWIS A. [1983]: Reliance, Reputation, and Breach of Contract. 27 *Journal of Law and Economics*, 691–706.
- KÖTZ, HEIN [1983]: Haftungsausschluss der Chemischreiner (Exemption Clauses in Cleaning Contracts, Legal Validity and Economic Efficiency). In Walz, W. Rainer and Rascher-Friesenhausen, Hein (eds), *Sozialwissenschaften im Zivilrecht: Fälle und Lösungen in Ausbildung und Prüfung*, Neuwied und Darmstadt, Luchterhand, 76–88.
- KÖTZ, HEIN [1983]: Haftungsausschlussklauseln, Eine juristisch-ökonomische Analyse (Exemption Clauses, a Legal-Economic Analysis). 25 Jahre Karlsruher Forum. *Beiheft zu Versicherungsrecht*, 145–152.
- KÖTZ, HEIN [1989]: Zur Effizienz von Haftungsausschlussklauseln (On the Efficiency of Exemption Clauses). in Ott, Claus and Schäfer, Hans-Bernd (eds), *Allokationseffizienz in der Rechtsordnung*, Berlin, Springer, 189–200.
- KRONMAN, ANTHONY T. – POSNER, RICHARD A. [1979]: *The Economics of Contract Law*, Boston, Little Brown, 274 p.
- LANDES, WILLIAM M. – POSNER, RICHARD A. [1979]: Adjudication as a Private Good. 8 *Journal of Legal Studies*, 235–284.
- LANGENFELD, JAMES [1986]: The Effect of Warranty Provisions on Used Car Prices: Comments. In Ippolito, Pauline M. and Scheffman, David T. (eds), *Empirical Approaches to Consumer Protection Economy*, Washington, Federal Trade Commission, 105–107.
- MACKAAY, EJAN [1982]: *Economics of Information and Law*, Boston, Kluwer Academic Publishers.
- MASTEN, SCOTT E. – SNYDER, EDWARD A. [1989]: The Design and Duration of Contracts: Strategic and Efficiency Considerations. 52(1) *Law and Contemporary Problems*, 63–85.
- MATTEI, UGO [1995]: The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses. 43 *American Journal of Comparative Law*, 427–445.
- MILNER, ALAN [1979]: Liquidated Damages: An Empirical Study in the Travel Industry. 42 *Modern Law Review*, 508–532.
- MURIS, TIMOTHY J. [1981]: Opportunistic Behaviour and the Law of Contracts. 65 *Minnesota Law Review*, 521–590.
- NAGEL, BERNHARD [1991]: Kommentar (Comment On Wehrt, Die Qualitätshaftung des Verkauf). in Ott, Claus and Schäfer, Hans-Bernd (eds), *Ökonomische Probleme des Zivilrechts*, Berlin, Springer, 260–264.
- PERLSTEIN, BARRY [1992]: Crossing the Contract-Tort Boundary: An Economic Argument for the Imposition of Extracompensatory Damages for Opportunistic Breach of Contract. 58 *Brooklyn Law Review*, 877–911.
- POLINSKY, A. MITCHELL [1983]: Risk Sharing through Breach of Contract Remedies. 12 *Journal of Legal Studies*, 427–444.
- POSNER, RICHARD A. [1973]: *Economic Analysis of Law*, Boston, Little Brown, 415 p.
- POSNER, RICHARD A. (ed.) [1977]: *Tort Law: Cases and Economic Analysis*, Boston, Little Brown.



- POSNER, RICHARD A. [1979]: *Some Uses and Abuses of Economics in Law*. 46 *University of Chicago Law Review*, 281–306.
- POSNER, RICHARD A. [1986]: *Economic Analysis of Law*, 3rd edn, Boston, Little Brown.
- POSNER, RICHARD A. [1992]: *Economic Analysis of Law*, 4th edn, Boston, Little Brown.
- REA, SAMUEL A., JR [1984a]: Efficiency Implications of Penalties and Liquidated Damages. 13 *Journal of Legal Studies*, 147–167.
- REA, SAMUEL A., JR [1984b]: Arm-breaking, Consumer Credit, and Personal Bankruptcy. *Economic Inquiry*, 188–208.
- REA, SAMUEL A., JR [1988]: Liquidated Damages and Penalties: An Economic Perspective. In Knapp, Charles L. (ed.), *Commercial Damages*, New York, Matthew Bender, 99–108.
- RUBIN, PAUL H. [1981]: Unenforceable Contracts: Penalty Clauses and Specific Performance. 10 *Journal of Legal Studies*, 237–247.
- SAPPINGTON, DAVID E.M. [1983]: Limited Liability Contracts between Principal and Agent. 29 *Journal of Economic Theory*, 1–21.
- SCHUMANN, JOCHEN [1987]: Security and Penalty in Debt Contracts: Comment. 143 *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 175–179.
- SCHWARTZ, ALAN [1990]: The Myth that Promisees Prefer Supracompensatory Remedies: An Analysis of Contracting for Damage Measures. 100 *Yale Law Journal*, 369–407.
- SEIDL, CHRISTIAN [1989]: Kommentar (Comment on Kötz, Zur Effizienz von Haftungsausschl.). In Ott, Claus and Schäfer, Hans-Bernd (eds), *Allokationseffizienz in der Rechtsordnung*, Berlin, Springer, 201–207.
- SPIER, KATHRYN E. – WHINSTON, MICHAEL D. [1995]: On the Efficiency of Privately Stipulated Damages for Breach of Contract: Entry Barriers, Reliance and Renegotiation. 26 *Rand Journal of Economics*, 180–202.
- STAKE, JEFFREY E. [1991]: Status and Incentive Aspects of Judicial Decisions. 79 *Georgetown Law Journal*, 1447–1497.
- STOLE, LARS A. [1992]: The Economics of Liquidated Damage Clauses in Contractual Environments with Private Information. 8 *Journal of Law, Economics, and Organization*, 582–606.
- THORPE, JEREMY [1994]: Economists Divided: Different Perceptions of Contract's Penalty Doctrine. 6(2) *Bond Law Review*, 189 ff.
- ULEN, THOMAS S. [1984]: The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies. 83 *Michigan Law Review*, 341–403.
- WARREN, ELIZABETH [1983]: Formal and Operative Rules Under Common Law and Code. 32 *UCLA Law Review*, 898 ff.
- X [1978]: Note: Liquidated Damages and Penalties Under the Uniform Commercial Code and Common Law: An Economic Analysis of Contract Damages. 72 *Northwestern University Law Review*, 1055–1094.

További hivatkozások

BIRMINGHAM, ROBERT L. [1970]: Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency. 24 *Rutgers Law Review*, 273–292.

DAUGHETY ANDREW F. [2000]: Settlement. Chapter 7400. In: Bouckaert, Boudewijn – De Geest, Gerrit (eds.): *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar.

KOBAYASHI, BRUCE H. – JEFFREY S. PARKER [2000] Civil Procedure: General. Chapter 7000. In: Bouckaert, Boudewijn – De Geest, Gerrit (eds.): *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar.



LEVMORE, SAUL [1997]: Unifying Remedies: Property Rules, Liability Rules, and Startling Rules. 106 *Yale Law Journal*, 2149–2173.

POLINSKY, A. MITCHELL – SHAVELL, STEVEN [1998]: Punitive Damages: An Economic Analysis. 111 *Harvard Law Review*, 869–962.

SHAVELL [1980]: Damage Measures for Breach of Contract. 11 *Bell Journal of Economics*, 466–490.

TELSER, LESTER G. [1980]: A Theory of Self-enforcing Agreements. 53 *Journal of Business*, 27–44.

Köszönjük az OTP Alapkezelőnek a szám megjelenéséhez adott támogatást!

Befektetések biztos kézben



A pénzügyi befektetések kockázata alacsony, de a hozam is ezzel arányos. Részvénybefektetésekkel elérni, de a kockázatok miatt ez átmeneti veszteségeket is okozhat. Nehéz tehát a döntés.

Az **OTP Abszolút Hozam Alap**ba fektetve Önnek nem kell döntenie. Az Alap a biztonságosabb hozamot lehet elérni, de a kockázatok miatt ez átmeneti veszteségeket is okozhat. Nehéz tehát a döntés.

Az Alap befektetési jegyei megvásárolhatóak országszerte az OTP Bank kijelölt fiókjaiban, illetve az OTPdirekt telefonos ügyfélszolgálatánál (06 1/20/30/70 3666-666) és internetes felületén (www.otpbank.hu).

Az Alap múltbéli teljesítménye, hozama nem jelent garanciát a jövőbeli teljesítményre, hozamra. Az Alap befektetési politikájáról, kockázatairól és a forgalmazás költségeiről tájékozódhat az Alap forgalmazási helyein és az OTP Alapkezelő honlapján található Tájékoztatóból.

Jelen hirdetés nem minősül nyilvános ajánlattételnek.

PSZÁF engedélyszám: 100.015/93.

www.otpalap.hu

 **otpalapkezelő**

otpalap abszolút hozam alap