

Asimetrija informacij v pogodbenem pravu

JAKA CEPEC

Povzetek

Avtor v prispevku s pomočjo ekonomske analize prava razpravlja o problemu asimetrije informacij v pogodbenem pravu. Uvodoma obravnava temelje ekonomske teorije pogodb ter predstavi teorijo sklepanja pogodb na popolnem in nepopolnem trgu. Pri tem ugotavlja, da je asimetrija informacij kot napaka trga eden izmed najpogostejših zapletov pri sklepanju pogodb. Posledice asimetrije so prepogosto oziroma prereditko sklepanje pogodb, trg limon in napake volje, zato mora na trg informacij poseči pravo s svojimi instituti. Avtor kot temeljno pravilo obravnava dolžnost razkritja informacij, ki ga dopolni z izjemo v primerih načrtno pridobljenih in produktivnih informacij.

Ključne besede: • pogodbeno pravo • informacije • asimetrija informacij • ekonomska analiza prava • sklepanje pogodb • trg limon

KONTAKTNI NASLOV: Jaka Cepec, univ. dipl. prav., asistent, Ekonomska fakulteta Univerze v Ljubljani, Kardeljeva ploščad 17, SI-1000 Ljubljana, Slovenija, e-pošta: jaka.cepec@ef.uni-lj.si.

ISSN 1855-7147 Tiskana izdaja / 1855-7155 Spletna izdaja © 2009 LeXonomica (Maribor)

UDK: 347.44:659.2

Na svetovnem spletu dostopno na <http://www.lexonomica.com>

Asymmetry of Information in Contract Law

JAKA CEPEC

Abstract

In his paper author discusses the issue of asymmetric information in contract law, using historical, comparative and economic analysis. He starts with the general economical theory of contracts and represents the asymmetric of information as the most common market failure. Further, he analyses the effects of asymmetric information in contracting and suggests a disclosure rule as a general solution for the problem. His final finding is that the general rule must be supplemented with an exception in the case of productive deliberately acquired information.

Keywords: • contract law • information • asymmetric information • economic analysis of law • contracting • market of lemons

CORRESPONDENCE ADDRESS: Jaka Cepec, LL.B., Assistant, University of Ljubljana, Faculty of Economics, Kardeljeva ploščad 17, SI-1000 Ljubljana, e-mail: jaka.cepec@ef.uni-lj.si.

ISSN 1855-7147 Print / 1855-7155 On-line © 2009 LeXonomica (Maribor)

UDC: 347.44:659.2

Available on-line at <http://www.lexonomica.com>

1. Uvod

Namen članka je predstaviti temeljne probleme in izzive asimetrije informacij v pogodbenem pravu. Članek s pomočjo ekonomske analize prava opozarja na izzive in razmisleke, ki jih morata opraviti zakonodajalec in sodna praksa ob pravnem normiranju oziroma v pravnem odločanju v pogodbenem pravu.

V prispevku bom prikazal, kako asimetrija informacij, kot eden izmed elementov, ki povzročajo nepopolnost trgov, vpliva na fazo sklepanja in izvrševanja pogodb. Pri tem bom analiziral različne posledice, ki jih asimetrija povzroča, ter izpostavil vprašanje, kot je npr.: ali mora pogodbeni stranka, ki ve oziroma ima razlog za to, da meni, da je nasprotna stranka v zmoti glede določenega dejstva, svoje znanje oziroma informacijo posredovati nasprotni stranki ali pa molčati in unovčiti napako nasprotne stranke?

Članek je razdeljen na štiri poglavja. V prvem poglavju obravnavam temelje ekonomske teorije pogodb, pri čemer poudarjeno predstavim sklepanje pogodb v popolnem in nepopolnem trgu ter opozorim na potrebo po ločeni analizi sklepanja pogodb v popolnem in nepopolnem trgu. V drugem poglavju podrobneje analiziram asimetrijo informacij kot napako trga, ki zaradi svoje specifične narave - informacija je namreč javna dobrina - v praksi velja za eno najresnejših napak pri sklepanju pogodb. V tretjem poglavju obravnavam posledice asimetrije, ki jih poenostavljeno lahko razdelimo v tri sklope: prepogosto oziroma prereditko sklepanje pogodb, trg limon in napake volje. V zadnjem poglavju obravnavam temeljna izhodišča, ki jih je potrebno upoštevati ob iskanju pravih pravnih rešitev za odpravo asimetrije informacij.

2. Uvod v ekonomsko analizo pogodbenega prava

2.1. Definiranje popolnega trga in sklepanje pogodb na njem

Pogodba je dogovor oziroma soglasje volj dveh pogodbenih strank, s katerim se ena stranka zaveže nekaj dati, storiti ali opustiti v zameno za določeno protidajatev nasprotne stranke. Skozi prizmo ekonomije bi pogodbo lahko definirali kot zavezo stranke, da bo omejila svoje bodoče aktivnosti z namenom, da bo od druge stranke sedaj ali v prihodnosti pridobila večjo korist od stroškov omejitve svojih aktivnosti (Hatzis, 2006: 162). Stranke omejuje svoje bodoče aktivnosti na podlagi nekaterih ustvarjenih predpostavk in pričakovanj o rezultatih sklenjenega posla. Splošna ekonomska

predpostavka je, da se stranke odločajo racionalno¹ in da vedno ravnajo tako, da maksimizirajo svoje koristi. Stranka maksimizira svoje koristi v točki, v kateri so njeni mejni stroški enaki njenim mejnim koristim, torej v točki, ko so mejni stroški spremembe pogodbenih pogojev večji ali enaki od mejnih koristi (koristi dodatno pridobljene pogodbene enote).²

Stranke se s svojo ponudbo in povpraševanjem srečajo na trgu predmetne dobrine. Trg je mehanizem, na katerem se srečujejo kupci in prodajalci ter na katerem se določajo cene in količine prodanega blaga in storitev (Samuelson, Nordhaus, 1995: 23). Ekonomska teorija pozna dve možni tržni situaciji: popolni in nepopolni trg. O popolnem trgu govorimo, če so izpolnjeni naslednji pogoji (Samuelson, Nordhaus, 1995: 272):

- Pogodbene stranke so racionalne in ravnajo tako, da maksimizirajo svoje koristi.
- Pogodbene stranke lahko ravnajo svobodno,³ omejene so samo z omejenostjo dobrin.
- Ničelni transakcijski stroški – stroški sklepanja pogodbe oziroma vstopa v pogodbeno razmerje morajo biti čim nižji, saj lahko visoki transakcijski stroški preprečujejo sklepanje pogodb zaradi samih stroškov sklepanja.
- Odsotnost eksternalij: o eksternalijah govorimo, ko imajo koristi ali pa stroške tudi tretje stranke, ki niso neposredno udeležene v menjavi. V prvem primeru govorimo o pozitivnih eksternalijah, v drugem pa o negativnih. V takšnih primerih trg ni popoln, ker stranki optimizirata samo svoje stroške in koristi, ne upoštevata pa stroškov in koristi, ki jih iz njunih transakcij nosijo drugi udeleženci na trgu, kar vodi v preveliko oziroma premalo povpraševanje oziroma ponudbo. V primeru sklepanja pogodb je izjemno pomembno, da vse negativne stroške nosita pogodbeni stranki sami in da teh stroškov ne nosijo tretji.

¹ Posameznik ravna racionalno, če so njegove preference popolne, tranzitivne in reflektivne. Posameznikove preference so popolne takrat, ko potrošnik lahko in zna razvrstiti vse različne možne kombinacije dobrin in storitev. Predpostavimo, da lahko potrošnik izbira med dvema kombinacijama dobrin in storitev, recimo ima A in B. Kombinaciji A in B sta sestavljeni iz enakih dobrin, vendar v različnih količinah. Da bi potrošnik zadostil pogoju popolnosti, mora ti dve kombinaciji vedno znati razvrstiti, in sicer tako, da reče, da mu je A ljubša kot B, da mu je B ljubša kot A ali da je ravnodušen med A in B. Potrošnik ne sme reči, da ne ve, katere kombinacija dobrin A ali B mu je ljubša. Tranzitivne so potrošniške preference takrat, kadar iz dejstva, da ima potrošnik raje dobrine A kot dobrine B in dobrine B raje kot dobrine C, jasno izhaja, da ima dobrino A raje kot dobrino C.

² Pijačo določenega okusa po 0,5 € v baru kupujem toliko časa, ko mi dodatna korist od te pijače pomeni manj ali enako kot 0,5 €.

³ Niso pod prisilo, grožnjo, zakonsko prepovedjo sklepanja pogodb ipd.

- Popolna konkurenca: v popolni konkurenci je na trgu dovolj ponudnikov in povpraševalcev, tako da so tako eni kot drugi »price takers«, kar pomeni, da ne ponudniki ne povpraševalci s povečanjem ali zmanjševanjem ponudbe oziroma povpraševanja ne morejo vplivati na ceno blaga na trgu.
- Popolne informacije – stranke morajo biti popolnoma informirane o naravi in posledicah obveznosti v katere vstopajo. To ne pomeni, da ne sme obstajati negotovost glede bodočih dejstev, ampak predvsem, da ne sme obstajati prevelika asimetrija med informacijami strank, ki vpliva na odločitev strank o vstopu v pogodbeno razmerje.

Na popolnem trgu so povpraševalci in ponudniki t. i. »price takers«, ko s svojim povpraševanjem oziroma ponudbo ne morejo vplivati na tržno ceno, njihova pogodbeno avtonomija pa je omejena na odločitev, ali bodo sklenili pogodbo pod tržnimi pogoji ali ne, ne morejo pa odločati, pod kakšnimi pogoji bodo sklepali pogodbe. V takšnem tržnem stanju ni racionalnega, razumnega razloga,⁴ da bi stranke sklepale pogodbe pod pogoji, ki odstopajo od tržnih. Razlogi za odstopanje so posledica neenakega pogajalskega položaja strank. V takšnih primerih gre za zmoto, grožnjo, silo, prevaro, nujno ipd.⁵ Vse opredeljene situacije so takšne narave, da bi jih pravo moralo varovati, zato je pravičnejše, če sodišče zavaruje šibkejšo stranko. Poleg tega pravo s tem »ne« poseže v pogodbeno avtonomijo strank, saj je avtonomija v popolnem trgu nujno omejena na koncept »vzemi ali pusti«.

V popolnem trgu (popolni konkurenci) bi bile vse pogodbe popolne. Realni trg v realnem življenju pa ni popoln in zato tudi pogodbe niso popolne. Hatzis pri tem opozarja na dejstvo, da je velika večina pogodb redno in pravilno izpolnjenih, kar nakazuje na to, da realna refleksija vendarle ni zelo daleč od popolnega trga. Zgodi pa se, da so napake trga tako resne, da pride do zelo nepopolnih pogodb, ki jih stranke ne morejo ali nočejo izpolniti. Postavi se vprašanje, kakšna je naloga pogodbenega prava v takšnih situacijah (Hatzis, 2006: 164).

2.2. Sklepanje pogodb na nepopolnem trgu

Če so izpolnjeni vsi pogoji, je pogodba popolna in mora biti striktno izvršljiva. V kolikor vsi pogoji popolnega trga niso izpolnjeni, govorimo o

⁴ Pri tem mislim na ekonomsko racionalno vedenje posameznika. Opozarjam še na možnost darila, pri katerem ena pogodbeno stranka zavestno in ekonomsko racionalno želi drugi pogodbeni stranki nekaj podariti. Zmanjšana kupnina je namreč lahko tudi delno darilo.

⁵ Ob tem v prispevku zanemarjam možnost, da ravno časovna nuja lahko ustvarja nov trg, kjer so pogoji za pogodbene stranke v časovni stiski pač drugačni.

nepopolnem trgu, na katerem se sklepajo nepopolne pogodbe, zaradi česar obstaja možnost spora. V takšnih primerih mora v razmerje poseči pogodbeno pravo s svojimi instituti, ki popravljajo napake in omogočajo približek popolnega trga. Pri tem mora biti večina teh institutov opcijskih in morajo omogočati strankam, da jih s pogodbo bodisi vključijo, izključijo ali spremenijo (Posner, 2007: 96-97). Kogentna pravila v pogodbenem pravu naj bodo redka in naj ščitijo samo tiste situacije, ki so po mnenju zakonodajalca v javnem interesu (Haztis, 2006: 167). Pogodbeno pravo je razvilo številne institute, ki varujejo pogodbeni stranki pred napakami trga oziroma institute, ki te napake odpravljajo. Preprečevanju neracionalnega vedenja strank so namenjena pravila o poslovni sposobnosti, polnoletnosti, odvzemu poslovne sposobnosti ipd.; svoboda strank je varovana z instituti, kot so prevara, grožnja, sila, oderušstvo, načelo vestnosti in poštenja, dobri poslovni običaji, varovanje šibkeše stranke pri formularnih pogodbah, pravo potrošnikov itd.; negativne eksternalije se odpravljajo s kogentnimi pravili pogodbenega prava in javnega reda na splošno (npr. predmet pogodbe mora biti dopusten itd.); posledice nepopolne konkurence se v pretežni meri odpravljajo s pravili konkurenčnega in upravnega prava, pa tudi z instituti pogodbenega prava, ki se pretežno vežejo na varstvo svobodne volje strank.

3. Pomanjkanje informacij kot napaka trga

3.1. Uvodno o informaciji kot napaki trga

Pri analizi popolnega trga sem kot zadnji pogoj oziroma predpostavko popolnega trga navedel popolnost informacij, kar pomeni, da morajo biti stranke popolnoma informirane o naravi in posledicah obveznosti v katere vstopajo. V praksi se izkaže, da je pomanjkanje informacij oziroma asimetrija informacij eden izmed najpogostejših in »najpomembnejših« napak trga v fazi sklepanja pogodb. Pomanjkanje informacij onemogoča pogodbenim strankam, da sprejemajo ekonomsko najbolj učinkovite in racionalne odločitve, saj sklepajo pogodbe v negotovosti oziroma ob odsotnosti vseh potrebnih (popolnih) informacij oziroma podatkov. Stranke, ki nimajo popolnih informacij oziroma stranke, ki imajo zelo različne informacije in vstopajo v pogodbeno razmerje, so zato posledično nujno podvržene številnim potencialnim napakam ali nepopolnostim v pogodbi. Če imajo stranke simetrične informacije, pravo oziroma sodne odločbe ne morejo povečati neto družbene koristi (welfare) s spremembo pogodbenih določil ali z odobritvijo neizpolnitve, saj imajo stranke več informacij o svojih preferencah ter tako uspešneje maksimizirajo svoje koristi (Posner, 2003: 858).

Do pomanjkanja informacij prihaja predvsem iz dveh temeljnih razlogov:

- a) stranke pogosto nimajo vzpodbud, da bi nasprotni stranki razkrivale vse svoje informacije oziroma podatke in
- b) produkcija oziroma ponudba informacij na trgu informacij ni dovolj velika, saj so informacije po svoji naravi javne dobrine.

3.2. Informacija kot javna dobrina

Informacije se po svoji naravi razlikujejo od večine dobrin. V nasprotju z večino dobrin se z uporabo informacij njihova količina ne zmanjša (lahko pa se zmanjša vrednost!). Težko jo je prodati, saj nasprotna stranka težko ovrednoti njeno vrednost, ko pa jo izve, zanjo ne želi več plačati. Informacija je zato javna dobrina.

Javna dobrina je dobrina, ki jo označujeta dve med seboj povezani lastnosti:

- a) v potrošnji ni rivalstva, kar pomeni, da z oskrbo novega potrošnika ni dodatnih mejnih stroškov (uporaba dobrine enega potrošnika ne zmanjša možnosti uporabe iste dobrine ostalim potrošnikom; primer takšne dobrine je npr. javni park);
- b) izločitev iz potrošnje ni mogoča: stroški izključitve tistih potrošnikov, ki za dobrino ne bi hoteli plačati nič, so tako visoki, da se podjetjem, ki maksimizirajo svoj dobiček, takšnih dobrin ne spleča proizvajati.

Pri analizi informacij kot dobrine naletimo na dvojno težavo: pomanjkanje informacij oziroma asimetrija informacij povzročita nepopolnost in neučinkovitost sklepanja pogodb, pri vprašanju pridobivanja informacij pa se srečamo še s problemom javne dobrine, kar posledično pomeni, da je trg informacij že po svoji naravi trg z napako.

4. Posledice pomanjkanja in asimetrije informacij v pogodbenem pravu

4.1. Pomen informacije pri sklepanju pravnih poslov

Pomemben del spodbujanja zavez in sodelovanja med pogodbenimi strankami je njihova medsebojna izmenjava informacij. Pred nastankom pogodbe imata stranki vsaka svoje zasebne informacije o tem, kaj si želita pridobiti iz njunega razmerja, cenah in drugih pogojih, za katere sta se voljni zavezati, pričakovanem trajanju njunega razmerja, vidikih obljube, ki jima resnično veliko pomenijo in tudi popolnoma nepomembnih vidikih te iste obljube (Cooter, Ulen, 2005: 220). Informacije so tako temeljna sestavina

odločanja in odločanje med omejenimi dobrinami je tudi centralno vprašanje ekonomije. Pomanjkanje informacij onemogoča sprejemanje v ekonomiji predvidenih, popolnih, racionalnih odločitev, zato v pomanjkanju informacij odločitve nastajajo v negotovosti. Ta negotovost postane neposreden vir nezadovoljstva, informacije pa so edino učinkovito sredstvo za odpravo takšnega nezadovoljstva (Kovač, 2009). Pri tem je potrebno dodati, da obstajajo tudi situacije, ko je nevednost racionalna. Do take situacije pride v trenutku, ko stroški pridobivanja informacij presegajo pričakovane koristi informiranosti oziroma povedano drugače, ko so mejni stroški dodatno pridobljene informacije enaki ali večji od mejne koristnosti (koristnosti dodatne enote informacije). Asimetričnost informacij torej oteži sklepanje pogodb. V realnem svetu so pogodbe nujno nepopolne in pogodbene stranke se obnašajo oportunistično in poskušajo izkoristiti nedorečene ali negotove pogodbene elemente. Pomanjkanje informacij povzroča različne nepopolnosti, ki bi jih poenostavljeno lahko razdelili v tri sklope:

- pomanjkanje informacij vodi v preveliko ali premalo porabo oziroma sklepanje pogodb;
- trg limon;
- napake volje kot npr. zmota in prevara.

4.2. Pomanjkanje informacij vodi v preveliko ali premalo porabo oziroma sklepanje pogodb

Na nepopolnem trgu oziroma na trgu z napakami pravna nezavarovanost informacij preprečuje razvoj trga informacij, saj pogodbeni stranki, ki razpolaga z nekim vedenjem, ni omogočeno unovčiti koristi, ki jih je pridobila z vlaganjem v pridobivanje dodatnih informacij oziroma znanj. V kolikor imetnik informacij ne more pokriti svojih stroškov pri investiranju v pridobivanje informacij (izobrazba, raziskovanje ipd.), nima nobenega ekonomskega interesa, da investira. To posledično pomeni izgubo družbene blaginje, saj tako izgubljenega dobička ne more unovčiti nihče. Nobelovec Hayek (Hayek, 1945: 529) je tako zapisal, da je napačno misliti, da je nepošteno oziroma nemoralno, če posameznik izkoristi svoje pridobljeno znanje in informacije in tako v poslu izkoristi neznanje drugega, saj tudi pridobivanje znanja in informacij zahteva velike investicije. Znanje in informacije torej niso vnaprej dane, ampak so posledica investicije v preteklosti, ki se mora poplačati v sedanosti. Temeljni problem pri prodaji informacij je v tem, da potencialni kupec ne more oceniti vrednost informacije, dokler je ne pozna, ko pa jo spozna, zanjo ni pripravljen več plačati ničesar. Iz vseh omenjenih razlogov je investicij v pridobivanje informacij manj od družbeno zaželenih, zato bi moralo pravo uporabo oziroma unovčevanje informacij varovati, ne pa kaznovati oziroma močno

omejevati.⁶ V skrajnih situacijah lahko pomanjkanje informacij vodi tudi v posebno stanje, ki ga po Akerlof-u imenujem trg limon oziroma »market of lemons«.

Zapisano lahko prikažemo na preprostem primeru. Gospodarska družba A se ukvarja z iskanjem naftnih polj (oil hunters). S pomočjo izurjene ekipe strokovnjakov in z moderno tehnologijo ugotovijo, da je področje X, ki je v lasti fizične osebe ali gospodarske družbe B, potencialno nahajališče nafte. Družba A ponudi družbi B 100 denarnih enot za odkup zemljišča, kolikor je zemljišče brez informacije, da se pod njim skriva nafta, tudi vredno. Vrednost zemljišča z dodatno informacijo je npr. 1000 denarnih enot. Ob uporabi pravnih institutov (dolžnost razkritja informacij, prevara, *laesio enormis* ipd.) je takšna pogodba izpodbojna/nična, ker je razmerje dajatev 10:1 in v takšnih situacijah bi morala družba A ponuditi družbi B najmanj 500. Pri taki ponudbi bi družba B seveda postala pozorna oziroma sumničava in pogodbe ne bi sklenila. Investicija A-ja v pridobivanje informacij se tako ne bi povrnila in družba A bi s časom propadla. V primeru neobstoja zgoraj omenjenih pravnih institutov bi bila pogodba veljavna in transakcija opravljena po ceni 100. Družba A bi imela 900 denarnih enot koristi, družba B nobene škode (samo menjava nepremičnine za denar) oziroma celo določene koristi. Skupni neto dobiček posla je tako 900, kar pomeni, da se je povečala družbena blaginja in zato so takšne transakcije zaželene (Grechening, 2006: 6).⁷

Prav tako si je mogoče predstavljati tudi obratno situacijo, ko z vidika učinkovitosti in družbene blaginje pomanjkanje informacij vodi v preveliko sklepanje pogodb. Do takšne tržne situacije pride, kadar na trgu ni potrebnih informacij o (ne)kakovosti določenega blaga, kar vodi v presežno povpraševanje po blagu slabe kakovosti. Tipični primer tega je povpraševanje po zdravilih, ki se kasneje izkažejo za škodljiva. Do presežnega povpraševanja po dobrinah zaradi pomanjkanja informacij pride torej takrat, ko pogodbe »prinašajo«, vsebujejo negativne eksternalije, ki pa pogodbenima strankama v trenutku sklenitve pogodbe niso znane.

⁶ Pravo pa npr. varuje pravice intelektualne lastnine, ki so pravzaprav materializirano znanje oziroma informacije.

⁷ Podobni primeri so nakupi starin, za katere lastnik sploh ne ve, da so delo znamenitega avtorja.

4.3. Trg limon⁸

Nobelov nagradjenec George Akerlof je v svojem znamenitem članku *The market of lemons* prikazal problematiko »napačne ali neustrezne« izbire,⁹ »adverse selection«, ki se pojavi kot posledica stanja na trgu, kjer ima prodajalec bistveno več podatkov o kakovosti produkta kot kupec. Akerlof opozarja, da kolikor ni zasebnopravnih ali javnopravnih rešitev lahko zaradi asimetrije ter negativne izbire pride celo do propada trga. Prikažimo njegovo teorijo na preprostem primeru.

Predstavljamo, da imamo dve skupini ljudi: kadilce in nekadilce. Zavarovalnica, ki ponuja življenjska zavarovanja, ne more brez izrednih stroškov ločiti kupcev zavarovanj v skupino kadilcev in skupino nekadilcev. Zato posledično obe skupini plačata za zavarovanje isto premijo. Ker je verjetnost, da bodo nekadilci živeli dlje kot kadilci, obe skupini pa plačujeta isto premijo, je zavarovalna polica ugodnejša za kadilce. Posledično se zavaruje več kadilcev kot nekadilcev, kar se pozna tudi pri izplačilu upravičenj iz zavarovanja in mora zavarovalnica zato sčasoma povišati premijo. Povišanje premije povzroči, da je zavarovanje za nekadilce še manj privlačno in zato se le redki nekadilci še odločajo za zavarovanje, čeprav bi se zavarovali, v kolikor bi bile premije prilagojene njihovi populaciji oziroma njihovi verjetnosti za nastanek škodnega dogodka. Zmanjšanje števila zavarovanih nekadilcev poveča odstotek zavarovanih kadilcev v celotni populaciji, kar ponovno povzroči zvišanje cene zavarovanja, ki pa si ga že kar velik odstotek kadilcev več ne more privoščiti itd. S časom zavarovalnica nujno propade, saj je ujeta v začaran krog zmanjševanja zavarovancev, zniževanja kakovosti zavarovancev in višanja premije.

4.4. Napake volje (zmota in prevara)

Pravo definira zmoto kot nezavedno razliko med tistim, kar je izjavitelj izjavil in njegovo poslovno voljo (Juhart, Plavšak, 2003: 342). Ekonomisti zmoto definirajo kot napako v predvidevanjih zaradi negotovosti, ki bi jo stranka, ki je v zmoti, lahko preprečila z razumnimi stroški (Kronman, 1978: 186). Predvsem angloameriški pravni redi poudarjajo razliko med enostransko in dvostransko zmoto, pri čemer je v skladu s sodno prakso razdor pogodbe pri

⁸ Trg limon je poslovenjen izraz za »Market of lemons«, ki izhajaj iz angleške besedne igre za avtomobile slabše kakovosti, ki jim pravijo limone (lemons).

⁹ Stanje na trgu, kjer obstaja večja verjetnost, da bo prodajalec z manj kakovostnim produktom uspešnejši od prodajalca kakovostnih produktov, čeprav oba prodajata po isti ceni.

obojestranski zmoti bistveno pogostejši kot pri enostranski¹⁰ (Kronman, 1978: 186).

Prevara je definirana kot povzročitev zmote pri drugi stranki ali njeno zadržanje v zmoti z namenom, da se jo napelje k sklenitvi pogodbe. Gre za t. i. izzvano zmoto, ki temelji na nepoštenosti. Prevara je torej zavestna povzročitev zmote pri drugem (Juhart, Plavšak, 2003: 357).

»Zmota in prevara ekonomsko gledano predstavljata predvsem nepotrebne stroške, tako posredne kot neposredne. Stroški nastanejo stranki, ki je prevarana ali v zmoti, kot tudi družbi v celoti, saj dejanski pojav zmote ali prevare vedno poviša vsoto potrebnih sredstev, ki morajo biti porabljeni pri procesu alokacije dobrin tistim, ki jih cenijo najvišje. Zmota povzroči družbeno neučinkovito uporabo sredstev, hkrati pa prisili stranko, ki je v zmoti ali je bila prevarana, k dodatnemu prekomernemu investiranju v sredstva za preprečitev oziroma zmanjšanje verjetnosti nastanka takšnih zmot/prevar v prihodnje.« (Kovač, 2009).

Ekonomsko gledano pride do zmote oziroma prevare zaradi pomanjkanja informacij, saj je zmota antipod informacije (Kronman, 1978: 185). Zmoto in prevaro lahko tako preprečimo samo, če imamo na trgu dovolj informacij, produkcija informacij pa seveda zahteva določene stroške. Postavi se vprašanje, kdo naj te stroške nosi. Na to vprašanje bom z vidika ekonomske analize prava skušal odgovoriti v naslednjem poglavju.

5. Rešitve za zmanjšanje oziroma odpravo asimetrije informacij

5.1. Izhodišča za analizo možnih rešitev

V prejšnjih poglavjih sem prikazal, da je asimetrija informacij napaka trga, ki onemogoča sprejemanje v ekonomiji predvidenih, popolnih, racionalnih odločitev. Zato v pomanjkanju informacij odločitve nastajajo v negotovosti. Posledica te negotovosti in onemogočanje učinkovitih odločitev se po eni strani zrcali v prevelikem oziroma premajhnem obsegu sklepanja pogodb, ki lahko v skrajni fazi vodi v trg limon, po drugi strani pa omogoča, da se stranke vedejo oportunistično in da v fazi sklepanja pogodb pride do zavestnih in nezavestnih napak volje, ki povzročajo nepotrebne dodatne

¹⁰ Do neke mere je situacija podobna tudi v kontinentalnem pravu, pri čemer npr. slovenski pravni red določa, da v primeru dvostranske zmote pogodba sploh ne nastane (nesporazum), v primeru enostranske zmote pa mora biti zmota bistvena in opravičljiva. Primerjaj 16. in 46. člen Obligacijskega zakonika (Uradni list RS, št. 97/2007).

individualne in družbene stroške, s tem povečujejo transakcijske stroške in posledično vodijo v preveliko ali premajhno sklepanje pogodb. Nenazadnje asimetrija informacij zaradi vsega navedenega tudi bistveno zmanjšuje pravno varnost in zaupanje med pogodbenimi strankami. Z družbenega vidika je torej zaželeno, da informacije, ki so pomembne za sklenitev pravnega posla, dosežejo trg oziroma nasprotno stranko čim hitreje. Ker pa tržni mehanizmi sami ne morejo zagotovi ustreznega nivoja informacij,¹¹ morajo na trg vstopiti tudi zunanji, netržni mehanizmi oziroma pravo. Naloga prava je torej, da postavi takšna pravila oziroma da dopusti ravnanja, ki bodo v čim večji meri odpravila napako trga. V nadaljevanju bom poskušal prikazati temeljna izhodišča, ki jih bi bilo potrebno upoštevati ob iskanju pravih pravnih rešitev za odpravo predmetnih napak trga.

5.2. Dolžnost razkritja informacij

Kronman je v svojem znamenitem članku *Mistake, Disclosure, Information and the Law of Contracts* zastavil preprosto, a temeljno vprašanje: »Ali mora pogodbeni stranka, ki ve ali ima razlog za to, da meni, da je nasprotna stranka v zmoti glede določene dejstva, svoje znanje oziroma informacijo posredovati nasprotni stranki ali pa lahko tudi molči in unovči napako nasprotne stranke?« (Kronman, 1978: 2). Zgoraj smo ugotovili, da je družbeno zaželeno, da informacije, ki so pomembne za sklenitev pravnega posla, dosežejo trg oziroma nasprotno stranko čim hitreje, da pa stranke nimajo nobenih vzpodbud, da te informacije razkrijejo. Zaradi nerazkritja informacij so sklenjene pogodbe nepopolne in obstaja velika možnost, da bo prišlo do spora. Ob reševanju takšnega spora mora sodišče oziroma že predhodno zakonodajalec odločiti, kdo naj nosi breme nepopolne pogodbe. V ekonomiji obstaja temeljno pravilo, da naj stroške nosi stranka, ki bi napako lahko preprečila z manjšimi stroški. V skladu s to doktrino je Kronman postavil temeljno pravilo, ki pravi, da mora informacije proizvesti in posredovati tisti, ki lahko to naredi z najnižjimi stroški. Breme razkritja informacije ima torej tisti, ki do informacij pride ceneje. Razkritje informacij je namreč potrebno, da se zaradi pomanjkanje vzpodbud »imetnika« informacij in oportunističnega obnašanja strank preprečijo: višji transakcijski stroški pogodb zaradi pridobivanja informacij, izgube blagostanja in v končni fazi trg limon. Pri tem pa je potrebno poudariti, da se dolžnost razkritja informacij lahko nanaša samo na bistvene informacije, torej na informacije, katerih nepoznavanje bi kupcu ali prodajalcu znatno poslabšalo pričakovano vrednost njune transakcije.

¹¹ Tržni mehanizmi tega ne morejo zagotoviti, ker je trg informacij trg z napako, kar sem opisal v 3. poglavju.

Temeljno pravilo, ki zahteva razkritje informacije stranki, ki informacije pridobi z manjšimi stroški, ima pomembno napako. Pravilo lahko deluje samo v tistih primerih, kjer imetnik informacij ni imel izdatnejših dodatnih stroškov s pridobivanjem informacij, saj pravilo razkritja ne omogoča unovčitve vrednosti podane informacije. Pravilo o razkritju je tako z vidika družbe učinkovito, z vidika imetnika informacije pa ne. Pri tem manjši problem predstavljajo informacije o kakovosti in stanju blaga oziroma dobrine, ki jih poseduje prodajalec. Prodajalec lahko takšne informacije zagotovi ceneje, saj običajno pridobi informacije ob sami proizvodnji oziroma uporabi stvari oziroma dobrine. Podatke o blagu prodajalec namreč pridobiva iz različnih razlogov: nadzor kakovosti lastne proizvodnje, izboljšanje proizvoda, izkušnje iz lastne uporabe itd. Samo dejstvo, da mora razkriti informacije nasprotni pogodbeni stranki, ne bo bistveno zmanjšalo njegove vzpodbude do nadaljnjega pridobivanja informacij, saj informacije pridobiva iz drugih vzgibov, kot so izboljšanje proizvodnje, kakovosti, izboljšanje lastne rabe itd. in bo zato zmanjšanje takšnih informacij zaradi dolžnosti razkritja neznatno.

Če pa je bila informacija pridobljena načrtno, z dodatnimi stroški in imetnik takšne informacije ne more dobičkonosno uporabiti, potem izgubi vso vzpodbudo za nadaljnjo proizvodnjo informacij. Posledica dolžnosti razkritja privede v situacijo, da stranka, ki bi informacijo sicer pridobila z nižjimi stroški, načrtno, zavestno preneha s proizvodnjo informacij, saj svoje investicije, četudi je cenejša od potrebne investicije nasprotne stranke, ne more unovčiti. Odsotnost pravnega varstva informacij povzroči zmanjšanje proizvodnje informacij. Temeljno pravilo potrebuje torej tudi svojo izjemo oziroma popravek, ki ga bom pojasnil v naslednjem podpoglavju.

5.2.1. Načrtno in naključno pridobljene informacije

Temeljno pravilo – dolžnost razkritja, ne deluje pravilno, kadar pogodbene stranke pridobivajo dodatne informacije načrtno in z dodatnimi stroški. Načrtno pridobivanje informacij definiramo kot način pridobivanja informacij, ki vključuje dodatne stroške, ki ne bi nastali, če posameznik ne bi načrtno investiral v proizvodnjo. Če pridobimo določeno informacijo brez da bi zato žrtvovali posebne stroške, gre za naključno pridobljeno informacijo. Kolikor pravo ne zagotovi varstva informacijam, ki so pridobljene načrtno z dodatnimi stroški, in imetnik take informacije, zaradi njene lastnosti kot javne dobrine, ne more vnovčiti, izgubi vso vzpodbudo za nadaljnjo proizvodnjo. Večje, kot je zmanjšanje proizvodnje, večje varstvo mora imeti informacija in obratno. V bistvu je potrebno posebno pravno varstvo – posebna vrsta

intelektualne lastnine. Bodisi aktivno varstvo v smislu prava intelektualne lastnine ali pasivno v smislu poslovne skrivnosti. Pravo mora torej dopustiti, da stranka, ki želi svoje informacije vnovčiti, to tudi lahko stori s tem, da nasprotno stranko pusti v zmoti oziroma nevednosti. Ker pa aktiven sistem prava intelektualne lastnine zahteva precejšnje stroške, je pasiven sistem, vsaj pri kratkotrajnih informacijah, bistveno učinkovitejši. Sama možnost neposredovanja načrtno pridobljenih informacij je tako v svojem bistvu pravica intelektualne lastnine, ki je potrebna za to, da se zagotovi obseg proizvodnje informacij, ki je družbeno zaželen (Kronman, 1978: 7).

Pravilo o dolžnosti razkritja, ki ga je postavil že Kronman, lahko dopolnimo z izjemo, ki pravi, da pogodbeni stranka ni dolžna razkriti nasprotni stranki tistih informacij, ki jih je stranka pridobila načrtno in z dodatnimi stroški. Takšna izjema je edina možnost, da pravo vzpodbudi proizvodnjo in uporabo takšnih informacij, medtem ko ni potrebna pri naključno pridobljenih informacijah, saj so bile le-te proizvedene ne glede na zagotavljanje posebnih vzpodbud za njihovo proizvodnjo.

5.2.2. Produktivne in prerazdelitvene informacije

Kronmanovo izjemo sta nadgradila Cooter in Ulen, ki sta postavila razlikovanje med produktivnimi in prerazdelitvenimi informacijami (Cooter, Ulen, 2005: 282). Načrtno pridobljena informacija lahko poveča neto družbeno korist (produktivna informacija) ali pa zgolj izboljša pogajalski položaj ene stranke in je njena družbena produkcijska vrednost neto nevtralna oziroma celo negativna (redistributivna informacija). Kritično vprašanje zanju je, ali je načrtno pridobljena informacija produktivna ali zgolj redistributivna.

Produktivne informacije se lahko uporabijo za proizvodnjo večjega bogastva, informacija je namreč tisto, kar omogoča, da lahko sredstvo uporabimo za bolj dobičkonosno uporabo ali odkrijemo nove metode organiziranja sredstev za bolj proizvodno uporabo. Oseba, ki odkrije takšno informacijo le redko dojame celotno vrednost informacije, zato mora država zagotoviti posebne ukrepe, s katerimi nagradi osebe, ki odkrijejo produktivne informacije (Cooter, Ulen, 2005: 283).

Nasprotno pa prerazdelitvena informacija ustvari prednost pri kupčevanju, ki se lahko uporabi zgolj za prerazdelitev bogastva v korist informirane stranke. Naložba v odkritje, kje bo država gradila avtocesto, omogoča veliko prednost na trgu nepremičnin, vendar takšna naložba oziroma informacija ne omogoča povečanja bogastva, ampak zgolj njegovo prerazdelitev oziroma celo zmanjšanje družbenega bogastva, saj nastali stroški pri pridobivanju

informacije predstavljajo izgubo. Iz tega razloga mora država odvrčati naložbe v odkrivanje takšnih informacij – npr. javna objava načrtov za izgradnjo avtoceste.

Če kratko povzamemo: pogodbe, ki temeljijo na vedenju ene stranke o proizvodni informacij – še zlasti, če je to vedenje rezultat aktivne naložbe, bi morale biti uveljavljene, medtem ko pogodbe, ki temeljijo na vedenju ene stranke o izključno prerazdelitveni informaciji ali informaciji, pridobljeni po srečnem naključju, ne bi smele biti uveljavljene. V praksi je večina informacij mešanih (tako prerazdelitvenih kot proizvodnih), zato verjetno ni mogoče postaviti popolnega abstraktnega pravnega pravila, ki bi razrešil tanko mejo med dolžnostjo razkritja (institut prevare, zmote) in pravno zavarovano pravico do uporabe načrtno pridobljene informacije.¹²

6. Zaključek

Asimetrija informacij je ena izmed napak trga, ki onemogoča razvoj popolnega trga, v katerem so prodajalci in kupci vezani zgolj na princip »vzemi ali pusti«. Poglavitni problem informacije kot dobrine je v njeni naravi, saj je informacija po svojih lastnostih javna dobrina, zato je zadosten obseg informacij nemogoče zagotoviti izključno samo s tržnimi mehanizmi. Naloga prava je, da poseže na trg informacij in z instrumenti pogodbenega prava zagotovi zadosten, družbeno zaželen obseg informacij. Temeljno pravilo dolžnosti razkritja, ki pravi, da mora vsaka stranka razkriti vse svoje informacije, breme napak nepopolnih informacij pa naj nosi stranka, ki informacije pridobi z nižjimi stroški, je načeloma sicer pravilno, ima pa pomembno napako: pravilo je družbeno učinkovito, a je z vidika posameznika nepravilno in neučinkovito, kadar posameznik načrtno pridobiva produkcijske informacije. Če tako pridobljenih informacij ne more unovčiti, izgubi vso iniciativo za pridobivanje takšnih informacij. Zaradi vsega navedenega mora pravo izoblikovati mehanizme, ki bodo omogočali unovčevanje načrtno pridobljenih produkcijskih informacij. Ker pa je v praksi večina informacij mešanih, verjetno ni mogoče postaviti popolnega abstraktnega pravnega pravila, ki bi razrešil tanko mejo med dolžnostjo razkritja in pravno zavarovano pravico do uporabe načrtno pridobljene informacije. Bistvo članka je, da je pravno varovana možnost neposredovanja načrtno pridobljenih informacij v svojem bistvu pravica intelektualne lastnine, ki je potrebna za to, da se zagotovi obseg produkcije informacij, ki je družbeno zaželen.

¹² Več o institutih zmote in prevare v slovenskem pravu gl. M. Kovač, 2009.

Literatura / References

Akerlof, G. A. (1970) The Market for »Lemons«: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, 488-500.

Arrow, K. J. (1962) Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention, *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors* (Universities-National Bureau).

Cooter, R. , Ulen, T. (2005) *Ekonomska analiza prava*; prevod četrte izdaje (Finance).

Grechenig, K. R. (2006) The Economics of the Rule of *Laesio Enormis* (Die *laesio enormis* als enorme *Laesion* der sozialen Wohlfahrt?), *Journal für Rechtspolitik*, Vol. 1.

Grossman, S. J. (1981), The Informational Role of Warranties and Private Disclosure About Product Quality, *Journal of Law and Economics*, XXIV, 461-82.

Hatzis, A. N. (2006) *Civil Contract Law and Economic Reasoning – An Unlikely Pair?*, *The Architecture of European Codes and Contract Law* (Kluwer Law International).

Hayek, F. A (1945) The Use of Knowledge in Society, *The American Economic Review*, XXXV, 519-30.

Kovač, M. (2009) *Bistvena zmota in prevara v OZ, Podjetje in delo*, 2/2009.

Kronman, A. T. (1978) Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts, *Journal of Legal Studies*, VII (1), 1-34.

Plavšak, K., Juhart, M. in ostali, (2003) *Obligacijski zakonik s komentarjem* (Gospodarski vestnik).

Posner, E. A. (2003), *Economic Analysis of Contract Law After Three Decades; Success of Failure?*, *Yale Law Journal*, 112 (4), 829-80.

Posner, R. (2007) *Economic Analysis of Law* (Austin: Wolters Kluwer).

Schwartz, A., Wilde, L.L. (1979) Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economic Analysis, *University of Pennsylvania Law Review*, 127(3), 630-82.

Smith, J. K, Smith, R. L (1990) Contract Law, Mutual Mistake and Incentives to Produce and Disclose Information, *Journal of Legal Studies*, XIX, 467-88.

Vining, A. R., Weimer, D. L. (1988) *Information Asymmetry Favoring Sellers, a Policy Framework*, *Policy Sciences*, Vol. 21:4, 281-303.