

Izvirni znanstveni članek
UDK 347.451.031

Garancija za brežhibno delovanje: obvezna in/ali prostovoljna

DOC. DR. MITJA KOVAČ, LL.M.
Ekonomska fakulteta Univerze v Ljubljani

1. Uvod

Članek prinaša pravnoekonomsko analizo slovenske ureditve obvezne garancije in jamčevanja za stvarne napake. Na treh sklopih temelječa analiza najprej na kratko predstavi ekonomski pomen in funkcijo izmenjave (odsek 2), nato več kot štiridesetletne izsledke pravnoekonomske znanosti na področju garancij in jamčevanja za stvarne napake (odsek 3) in potem s pomočjo teh izsledkov kritično analizira slovensko dvojno kogentno ureditev varovanja kupčevega interesa v obligacijskih razmerjih (odsek 4).¹ Analiza s stališča ekonomske učinkovitosti podaja natančne predloge in smernice za prepotrebne izboljšave tako dikcije členov kot njihovih komentarjev, opozarja na nejasnosti in iz njih izvirajoče mogoče neučinkovitosti, ki neposredno in posredno zmanjšujejo družbeno blaginjo v Sloveniji, prav tako pa za odpravo teh neučinkovitosti ponuja dodatna merila in predloge za vzpostavitev učinkovitejšega sistema varovanja kupčevega interesa. Obstoječa ureditev je vir neučinkovitosti, saj onemogoča konkurenco, sporočanje kakovosti (informacij) in s tem alokacijsko učinkovitost, ter moralnega hazarda, oportunitizma in negativne selekcije. Je vir povsem nepotrebnih transakcijskih stroškov, saj so prodajalci in proizvajalci za signaliziranje kakovosti prisiljeni v drugačno, dražje zagotavljanje potrebnih informacij. Obvezna garancija zaradi problema dvostranskih spodbud sama po sebi tudi ne zagotavlja kakovosti – primernejši je sistem kogentnega jamčevanja za stvarne napake (ki služi zagotavljanju spodbud na strani prodajalca za funkcioniranje prodane stvari) in prostovoljne garancije. Ne služi zavarovalni funkciji, saj prodajalec v trenutnem sistemu zavaruje kupca za popolnoma vsa tveganja. Pravnoekonomska analiza zato priporoča odpravo sedanje ureditve in uvedbo učinkovitejšega sistema kogentnega varstva potrošnika z odgovornostjo za stvarne napake, ki je nadgrajen z možnostjo prostovoljne garancije.

¹ Členi 481 do 487 Obligacijskega zakonika.

Ekonomska analiza prava oziroma *pravna ekonomija* je v zadnjih petdesetih letih v ZDA postala ena najuspešnejših pravnih in raziskovalnih panog,² katere glavni cilj je z analizo spodbud, tveganj in transakcijskih stroškov najti optimalna pravna pravila. Seveda je očitno, da ima lahko kriterij »optimalnega« vsaj dve dimenziji; eno glede na formulacijo, dikcijo in drugo glede na vsebino pravnega pravila. Brez pretiravanja lahko rečemo, da se večina pravnoekonomske znanosti ukvarja prav s to drugo, pri čemer želi, ne glede na tehnično formulacijo, ugotoviti, katera pravila imajo najbolj zaželeno družbene učinke. Vendar pa ekonomska analiza prava ne glede na to vsebinsko osredotočanje zagotavlja tudi čisto konkretna priporočila za neposredno izboljšavo dikcije pravnih norm.³ Ta zmožnost podajanja konkretnih priporočil pa izhaja iz mnogokrat spregledanega dejstva, da zakonodajalec, ko je soočen z alternativnimi rešitvami (normami), po navadi tehta med prednostmi in slabostmi predlaganih rešitev (norm). Kljub temu da je tako tehtanje pogosto izraženo z retoriko »pravičnosti« in »enakosti«, ekonomska analiza prava stremi k definiranju teh prednosti in slabosti na dosti bolj artikuliran način. Z uporabo nekaterih izsledkov ekonomske teorije lahko poda dodatne argumente, razlage in predloge izboljšav zakonodajalčevih rešitev in posledično tudi zakonske norme.

Velja tudi poudariti, da je pravo v očeh pravnikarja ekonomista ne samo sofisticiran mehanizem *ex post* razreševanja (preteklih) sporov, ampak predvsem dovršen sistem *ex ante* zagotavljanja primernih spodbud in motivov za spreminjanje in/ali doseganje družbeno želenega obnašanja ljudi in drugih pravnih subjektov. Povedano drugače, pravni sistem je nabor pravnih pravil in sankcij, ki usmerjajo človekovo obnašanje v družbeno zelene smeri.

Poudariti velja tudi dve temeljni premisi tega članka. Prva je povezana z relevantnostjo znanstvenih izsledkov, druga pa s številom analiziranih tem. Ozko gledano ekonomska analiza prava namreč ni samostojna pravna doktrina, ampak predvsem *metoda*, katere cilj je oplemenitenje in izboljšanje dosedanje pravne znanosti ter spodbujanje nadaljnje poglobljene znanstvene razprave. Zato ta članek ob dodajanju nekaterih novih spoznanj predvsem povzema in sistematizira njene do zdaj najbolj impozantne izsledke.⁴ Ti izsledki pa zajemajo tako tiste, o katerih je bilo doseženo soglasje, kakor tudi tiste, ki še danes razvnamajo znanstveni diskurz. Zaradi

² V Združenih državah in tudi drugod po svetu je recimo sprejeta kot ena daleč najbolj interdisciplinarnih in najvplivnejših jurisprudencijskih šol oziroma doktrin; podrobneje glej Posner, A. Richard, *Frontiers of Legal Theory*, Harvard University Press, 2001. Medtem pa se je v Evropi šele dobro zasidrala, podrobneje glej Bouckaert in De Geest, *Encyclopedia of Law and Economics*, Edward Elgar Publishing, 2011.

³ De Geest, *Comparative Law and Economics and the Design of Optimal Doctrines*, v: Deffains, Kirat, (ur.), *Law and Economics in Civil Law Countries*, JAI Elsevier, 2001, str. 107–124.

⁴ Za odličen pregled literature s področja pogodbenih informacijskih problemov glej Bouckaert, De Geest (ur.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, št. 4300/2011, str. 5510 in 5110. Za odlično strnitev izsledkov glej Schäfer, Claus, *The Economic Analysis of Civil Law*, Edward Elgar, 2004; De Geest, *Economische analyse van het contracten- en quasi-contractenrecht*, Antwerpen, Maklu, 1994; in M. Kovač, *Comparative Contract Law and Economics*, Edward Elgar, 2011.

dejstva, da so v sodobni svetovni literaturi objavljeni predvsem novi izsledki in dognanja, ne pa komentarji dosedanjih, velja poudariti, da ugotavljanje soglasja še zdaleč ni preprosto. Zato sistematizacija in povzetje izsledkov v tem članku ustrežata predvsem mojemu osebnemu pogledu na to, kakšni bi morali biti ti izsledki in dognanja. Poleg tega je pravna ekonomija ali ekonomska analiza prava samo ena od metod preučevanja (katere ultimativni cilj in primerjalno merilo je povečevanje družbene blaginje) in iskanje popolnega odgovora priporoča vključitev tudi drugih analitičnih metod pravne znanosti ter spoznanja sociologije in psihologije. Druga pomembna premisa pa se nanaša na obseg tega članka, saj zaradi preobsežne materije ni mogoče zajeti celotnega stadija sklepanja pogodb. Članek se zato posveča samo slovenski ureditvi jamčevanja za stvarne napake in garanciji za brežhibno delovanje stvari.

2. Ekonomska funkcija in pomen izmenjave

Ekonomisti se strinjamo, da so informacije bistveni element našega življenja in da je skoraj vse v taki ali drugačni meri povezano z njimi.⁵ Informacije so tako temeljna sestavina odločanja in odločanje med omejenimi dobrinami je tudi osrednje vprašanje ekonomije.⁶ Pomanjkanje informacij nam namreč onemogoča sprejemanje v ekonomiji predvidenih, popolnih racionalnih odločitev, zato te nastanejo v negotovosti. Ta negotovost povzroči sprejemanje drugačnih odločitev od tistih, ki bi bile sprejete v svetu popolnih informacij.⁷ Negotovost tako postane neposreden vir nezadovoljstva, informacije pa edino učinkovito sredstvo za odpravo nezadovoljstva. Posledično lahko torej trdimo, da so skoraj vsi pravni problemi tako ali drugače neposredna posledica problema nepopolnih informacij. Iz tega problema asimetričnih informacij izhaja tudi tako imenovani pojav nepopolnih pogodb.⁸ Zaradi te asimetrije informacij je večina pogodb zelo verjetno nepopolnih. Taka nepopolnost vodi do, poenostavljeno rečeno, potrebe po sodni interpretaciji pogodbenih določil in do *ex post* zapolnjevanja pogodbenih praznin s pogajanjem. Naloga vsakega pogodbenega prava je tako zagotoviti skup učinkovitih dispozitivnih in kongentih pravil,⁹ ki bodo v primeru njihove aplikacije (eksplicitno nepopolne pogodbe – praznine) maksimirale blaginjo pogodbenih strank.¹⁰ Posledici take nepopolnosti pa sta tudi jamčevanje za stvarne napake in garancija za brežhibno delovanje stvari.

⁵ Za odličen pregled izsledkov o ekonomiji informacij glej Hirschleifer, Riley, *The Analytics of Uncertainty and Information*, Cambridge University Press, 3. ponatis, 1995.

⁶ Glej Mackaay, *Economics of Information and Law*, Kluwer Nijhof Publishing, 1982, str. 107.

⁷ Take odločitve, ki pa se bi se jim v svetu popolnih informacij lahko izognili, lahko nato posledično pomenijo direktno izgubo ali pa nezmožnost pridobitve različnih koristi. Glej McKaay, opomba 8, str. 108.

⁸ Craswell, Schwartz (ur.), *Foundations of Contract Law*, Oxford University Press, 1994.

⁹ Glej Ayres, Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, *Yale Law Journal*, št. 99/1989.

¹⁰ Ob splošni predpostavki, da bi bilo pravilo tako, kakršno bi si stranki izbrali, če bi se o njem pogajali.

Gospodarstvo in seveda družba kot celota se za zadovoljevanje želja zanašata na pogodbene odnose med fizičnimi in pravnimi osebami.¹¹ V tržnem gospodarstvu se pogodbe sklepajo prostovoljno in na podlagi pogajanj.¹² Vsaka pogodbeni stranka tako hoče doseči maksimalno zadovoljstvo, seveda pod pogoji, da je druga pogodbeni stranka prav tako zadovoljna, saj se jima drugače ne splača stopiti v pogodbeni odnos. Glede na to, da imajo (tako pravne kot fizične osebe) različne okuse ter da je delo precej specializirano, lahko predpostavljamo, da bo vsaka oseba lahko prek pogodbenih odnosov, na podlagi pogodb, dosegla skoraj maksimalno zadovoljstvo.

Potrošniki zadovoljstvo maksimirajo tako, da izenačijo mejne koristi posameznih dobrin, ki jih kupijo, na enoto cene. Povedano drugače, mejna oziroma dodatna koristnost dobrin v nakupovalnem vozičku mora biti za vse dobrine enaka na en evro, če kupec maksimira svoje zadovoljstvo.¹³ Proizvajalec pa prav tako maksimira svoj dobiček. Maksimum je dosežen, ko so mejni stroški ponudbe enaki mejni koristi proizvodnje.

V ekonomskem besednjaku bi tako lahko rekli, da se pride na podlagi svobodno sklenjenih pogodb do Paretovega superiornega ravnotežja v gospodarstvu, ker je po sklenitvi oziroma izpolnitvi pogodbe vsaj ena stranka na boljšem, druga pa vsaj ni na slabšem.¹⁴ Seveda je zaradi takih izmenjav na boljšem celotno gospodarstvo, in ne samo pogodbeni stranki, saj se proizvodna sredstva in dobrine prenesejo v roke tistih, ki jih najbolj cenijo (so zanje pripravljeni največ plačati), kar pomeni, da se izboljša tudi učinkovitost gospodarstva kot celote. Seveda si obe pogodbeni stranki, ko skleneta pogodbo, želita, da bi bila izpolnjena tako, kot je dogovorjeno.¹⁵ Drugače je sploh ne bi bili sklenili.¹⁶ Seveda pa morata za sklenitev pogodbe tudi druga drugi zaupati, da bo pogodba izpolnjena, oziroma če ne bo, da bo odškodnina oziroma sankcija za kršitev primerna. To tudi pomeni, da morajo biti zaveze oziroma obljube pogodbenih strank veljavne in iztožljive ter optimalne, da bi stranke »prisilile« v izpolnitev. Le tako so obljube pogodbenih strank kredibilne, ker zmanjšujejo negotovost in tveganje v pogodbenih odnosih, kar pospešuje menjavo in sodelovanje pogodbenih strank ter povečanje blaginje v družbi.¹⁷

¹¹ Podrobneje o ekonomski funkciji izmenjave glej v M. Kovač, K. Zajc, Uvod v pogodbeno pravo – ekonomska analiza pogodbenega prava, Podjetje in delo, št. 6-7/2010.

¹² Več o tem glej v Farnsworth, Contracts, 1990, 2. izd., Little, Brown and Company, str. 7.

¹³ Za dodatne predpostavke, ki morajo veljati, glej Cooter in Ulen, 2005, 4. izd., Ekonomska analiza prava, Časnik Finance, 2. poglavje, str. 13–57.

¹⁴ Vilfredo Pareto je italijanski ekonomist in politolog, ki je matematično dokazal, da se v čisti konkurenci lahko doseže ravnotežje, ko vsak premik od njega, četudi bi nekomu izboljšal položaj, nujno položaj nekomu tudi poslabša. Temu ravnotežju se reče Paretovo ravnotežje. Več glej v Bajt, Štiblar, 2008, str. 20 in nasl.

¹⁵ Seveda navedeno ne pride v poštev, če je pogodba pravilno izpolnjena že ob sklenitvi, na primer pri nakupu kruha.

¹⁶ Seveda obstajajo izjeme, kot na primer pri prevari, napakah, slabši kvaliteti.

¹⁷ Glej Cooter in Ulen, 2005, str. 194 in nasl.

Ena pomembnih ekonomskih funkcij pogodbenega prava je tudi zagotavljanje implicitnih pogodbenih pravil/določil za točno določene kategorije izmenjav.¹⁸ Ta implicitna pogodbeno pravila znižujejo transakcijske stroške, potrebne, če bi bile stranke same prisiljene napisati in skleniti celotna in karseda popolna pogodbeno določila. Taka pravna določila pa strankam po drugi strani dajejo tudi možnost, da v nekaterih primerih (če pri svoji transakciji smatrajo s pravom zagotovljena določila za neustrezna) sklenejo in pripravijo svoja pogodbeno določila – dispozitivne pravne norme.¹⁹

3. Sistematizacija in povzetek izsledkov pravnoekonomske znanosti s področja problemov jamčevanj za stvarne napake in garancij za brezhibno delovanje stvari

Ta del članka identificira in sistematizira več temeljnih načel, ki jih nato vzpostavi kot enotno, temeljno pravilo in ki na koncu služi tudi kot osnova za primerjavo in kritično analizo slovenske ureditve. Pravnoekonomska literatura vidi tako garancijo kot jamčevanje za stvarne napake kot prodajalčevo obljubo, da bo v primeru, če kvaliteta ali lastnosti prodane stvari ne ustrezajo specifikaciji in legitimnim kupčevim pričakovanjem (ekvivalenčni interes), prevzel svoje obveznosti (odprava napak, znižanje kupnine itd.).²⁰ Pri tem se pravnoekonomska literatura navezuje tako na jamčevanje za stvarne napake kot na prostovoljne in obvezne garancije.²¹ S pravnoekonomskega stališča imata jamčevanje za stvarne napake in garancija za brezhibno delovanje stvari tri glavne funkcije, in sicer: a) zavarovalno funkcijo; b) funkcijo razkrievanja informacij in c) funkcijo zagotavljanja optimalnih spodbud.²² Optimalno ravnovesje med dolžino trajanja (jamčevalni in garancijski rok) ter kupčevimi zahtevki pa je odvisno od: a) strankinih nagnjenj k tveganjem, b) verjetnosti za nastanek napak ali nemožnosti uporabe stvari in c) količine informacij, ki so na voljo kupcu ali prodajalcu.²³

¹⁸ Podrobneje glej Ayres, Gertner, *Strategic Contractual Efficiency and the Optimal Choice of Legal Rules*, *Yale Law Journal*, št. 101/1992; Craswell, *Contract Law, Default Rules and the Philosophy of Promising*, *Michigan Law Review*, št. 88/1989.

¹⁹ Trebilcock, *The Limits of Freedom of Contracts*, Harvard University Press, 1993, str. 15 in nasl.

²⁰ Za pregled pravnoekonomske literature glej Wehrt, *Warranties*, v: De Geest (ur.), *Contract Law and Economics*, *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. 6, Edward Elgar, 2011.

²¹ Podrobneje glej Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, 2007, str. 140 in nasl.

²² Glej Schaefer in Ott, opomba 4.

²³ Parisi, *The Harmonization of Legal Warranties in European Sales Law: An Economic analysis*, *The American Journal of Comparative Law*, št. 52/2004.

3.1. Funkcija razkrivanja informacij

Cena neke stvari na trgu je v ekonomskem smislu pravzaprav mehanizem, ki sporoča njeno vrednost udeležencem na trgu, ta pa potem omogoča pospeševanje alokacije resursov, ki je ena temeljnih nalog konkurence. Sporočilna sposobnost cen pa v resnici izhaja iz ravnanja udeležencev na trgu, ki na podlagi te informacije kupujejo ali prodajajo blago.²⁴ Za ilustracijo vzemimo konkuriranje med trgovci s hmeljem, ki hmelj zato, ker mislijo, da ga bo naslednje leto zelo malo, želijo kupiti po ugodni ceni letos, to pa seveda začne potiskati ceno hmelja navzgor. Višanje cene prenaša informacijo o slabi prihodnji letini tudi recimo na lastnike skladišč, ki take informacije (o slabi prihodnji letini) še nimajo. Preprosto dejstvo, da obstaja točka v prihodnosti, ki bo vodila do cen, ki nagrajujejo bodisi kupce bodisi prodajalce, omogoča delovanje takega mehanizma.²⁵ Vendar pa tak mehanizem ne deluje vedno prav, posebno v primeru kakovosti blaga, ko ima prodajalec informacijo o kakovosti, pa je zaradi različnih vzrokov ne želi razkriti. Dejstvo, da s tem, ko prodajalec ne razkrije kakovosti stvari, v bistvu vedno nekaj pove, je morda eno najpomembnejših spoznanj ekonomske znanosti. Kaj pa je tisto nekaj, je seveda vedno odvisno od trga. Na nekaterih trgih bodo tako kupci, če ne bodo dobili nobenih informacij o kakovosti izdelkov, predvideli, da so ti povprečne, na nekaterih drugih pa, da so tiste najnižje kakovostne ravni. In če nato prodajalci z visokokakovostnimi izdelki nimajo možnosti, da bi se kredibilno razlikovali od prodajalcev z nizkokakovostnimi izdelki, bodo zadnji seveda imeli motiv skriti resnično kakovost izdelkov, vse to pa vodi do tako imenovanega trga limon in negativne selekcije, ko na trgu obstanejo samo izdelki slabe kakovosti (limone).²⁶

Kar nekaj ekonomistov pa je v svojih raziskavah dokazalo, da lahko problem asimetričnih informacij reši že delovanje trga.²⁷ V Grosmanovem modelu bodo tako na primer vsi prodajalci z nadpovprečno kakovostjo proizvodov spodbujeni svoje informacije svojim kupcem razkriti

²⁴ Grossman, The Information Role of Warranties and Private Disclosure about Product Quality, *Journal of Law and Economics*, št. 3/1981.

²⁵ Grossman, Existence of Future Markets, Noisy Rational Expectations, and Informational Externalities, *The Review of Economic Studies*, št. 44/1977.

²⁶ Akerlof, Market for Lemmons; qualitative Uncertainty and the Market mechanism, *Quarterly Journal of Economics*, št. 84/1977, in Wilson, The nature of equilibrium in Markets with Adverse Selection, *Bell Journal of Economics*, št. 2/1980.

²⁷ Glej na primer Grossman, Hart, Disclosure Laws and Takeover Bids, *Journal of Finance*, št. 35/1979; Milgrom, Good News and Bad News: Representation Theorems and Applications, *Bell Journal of Economics*, št. 12/1981; Matthews, Postlewaite, Quality Testing and Disclosure, *Rand Journal of Economics*, št. 16/1985; Farell, Voluntary Disclosure: Robustness of the Unraveling Result, and Comments on its Importance, v: Grieson (ur.), *Antitrust and Regulation*, Lexington books, 1986; Fishman, Hagerty, The Optimal Amount of Discretion to Allow Disclosure, *Quarterly Journal of Economics*, št. 105/1990, v Rubin, *Information Regulation: Including Regulation of Advertising*, v: Bouckaert, De Geest (ur.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000.

prostovoljno (na primer z dajanjem garancij).²⁸ Posledično se povprečna kakovost izdelkov drugih prodajalcev počasi niža, tako da vse več prodajalcev razkriva informacije o svojem produktu, in to vse dokler niso vsi prodajalci prisiljeni razkriti vseh informacij o svojih produktih.

Vendar pa je vprašanje o tem, do katere mere trg sam reši probleme informacijskih asimetrij, za zakonodajalca dosti manj relevantno kot za ekonomiste, saj je treba napake, ki nastanejo zaradi nedelovanja tržnih mehanizmov, nekako odpraviti, sanirati in jih regulirati. Tako lahko države z dobro delujočimi tržnimi mehanizmi z uporabo pravnih norm, ki take mehanizme še izboljšujejo, pridobijo ogromno, enako kot na primer države, v katerih je zelo malo poštnih ropov, še vedno potrebujejo sankcije (norme), če se bi taki ropi zgodili.

Poleg tega je literatura za rešitev informacijskih asimetrij identificirala številne nepopolne tržne mehanizme. Spence je tako pokazal, da takrat, ko o kakovosti izdelka ni mogoče dati točne informacije (na primer kako fantastičen je neki odvetnik), se kupci (klienti) na to odzovejo z opazovanjem in upoštevanjem drugih statistično povezanih dejstev (na primer z upoštevanjem cene in znamke odvetnikovega avtomobila, ki sta statistično gledano povezana z odvetnikovim finančnim uspehom in tudi s kakovostjo njegovega dela).²⁹ V ekonomski analizi prava tak pojav označujemo s terminom *signaliziranje* in prav s pomočjo tega signaliziranja lahko trg reši številne probleme informacijskih asimetrij. Vendar pa je treba biti pri tem previden, saj kljub temu da je signaliziranje dosti boljše kot nikakršno zagotavljanje informacij, še vedno ostaja razmeroma neučinkovit in zapravljen mehanizem zagotavljanja informacij (na primer odvetniki lahko za avtomobile zapravijo več, kot pa bi si sami v bistvu želeli).

Tudi garancije so v ekonomski literaturi videne kot eno od sredstev za omejevanje negativne selekcije.³⁰ Za ilustracijo vzemimo proizvod, ki se ga ne da natančno in določno opisati (na primer, kaj je super avto, saj je majhno verjetnost okvar zelo težko opisati v preprosti izjavi). Tu garancija deluje kot posredna izjava o kakovosti ponujenega avta. Zato bi morali take garancije brati nekako takole: »Sporočam ti, da ima ta izdelek kakovost x . Zato da te prepričam o svoji poštenosti, sem voljan nositi vse stroške popravil tega izdelka v naslednjih ... letih.« Kljub temu pa so garancije še vedno nepopolne rešitve za informacijske asimetrije, saj obvezujejo prodajalca tudi za kritje tistih izgub in škod, ki so bile povzročene z dejavniki zunaj njihovega dosega, poznavanja, vpliva in kontrole (eksterni faktorji) ali pa na podlagi nepreverljivega in

²⁸ Grossman, The Informational Role of Warranties and Private Disclosure about Product Quality, *Journal of Law and Economics*, št. 24/1981. Glej tudi Okuno-Fujiwara, Postlewaite, Sozumura, Strategic Informational Revelation, *Review of Economic Studies*, št. 57/1986 (v katerem analizirajo pogoje, pod katerimi bo prostovoljno razkrivanje vodilo do popolnega razkrivanja informacij).

²⁹ Spence, Job-Marketing Signaling, *Quarterly Journal of Economics*, št. 87/1973.

³⁰ Glej na primer Grossman, opomba 50; Smith, Smith, Contract Law, Mutual Mistake, and Incentives to Produce and Disclose Information, *Journal of Legal Studies*, št. 19/1990. Za pregled in sistematizacijo literature glej Werth, Warranties, v: Bouckaert, De Geest (ur.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000.

težko dokazljivega obnašanja kupcev (moralni hazard). Prav tako so nekateri ekonomisti prišli do ugotovitev, da nekateri tipi pogodb silijo pogodbene stranke neposredno k samoselekciji.³¹ Na primer, sadjarstvo, ki bi raje kot plačilo na uro ponudilo plačilo po nabranem kilogramu jabolok, bi najverjetneje pritegnilo delavce z višjo povprečno produktivnostjo in odgnalo tiste z nižjo (z drugimi besedami – tak tip plačila bi spodbudil *agenta/obiralca* k razkritju njegovega *tipa* ali pa k *samoselekciji*). Vendar pa tudi take vrste »trdih« pogodb niso brez stroškov, saj pogosto ustvarjajo več tveganja, kolikor bi bilo optimalno. Zato lahko sklenemo, da kljub obstoju sekundarnih rešitev lahko z uporabo primarnih izboljšamo delovanje tržnih mehanizmov.

3.2. Funkcija zagotavljanja optimalnih spodbud

Jamčevanje za stvarne napake v neki meri deluje tudi kot spodbuda strankam, da vlagajo v produkcijo in ohranitev kakovosti stvari (izdelkov). S tem instrumentom kupci »nadzirajo« prodajalčevo zagotavljanje funkcioniranja stvari, prodajalci pa kupčevo pravilno uporabo in vzdrževanje stvari (preprečevanje moralnega hazarda in oportunitizma).³² Garancija pa te funkcije zaradi obstoja problema dvostranskih spodbud nima.³³

3.3. Zavarovalno funkcija

Garancija in jamčevanje za stvarne napake pa v ekonomskem smislu pomenijo neko vrsto zavarovanja, saj kupca, ki tveganju ni naklonjen, zavarujejo za primer napak, nepravilnega delovanja, nastanka škode itd. Dodelitev oziroma delitev tveganj je namreč izredno pomemben mehanizem, razlog za sklepanje pogodb (vseh tipov). Zavarovanje je tako v ekonomskem smislu neka vrsta pogodbe, pri kateri ena pogodbeni stranka, ki tveganju ni naklonjena, za prevzemanje tveganja oziroma za zavarovanje plača premijo stranki, ki je do tveganj ravnodušna ali ga lahko prevzame učinkoviteje (z nižjimi stroški) in ki taka tveganja tudi zavaruje – zavarovalec/zavarovalnica.

4. Pravnoekonomska analiza ureditve garancije in jamčevanja za stvarne napake

Slovenska ureditev obvezne garancije, jamčevanja za stvarne napake, še posebno pa zdaj že umaknjeni predlog zakona o spremembah in dopolnitvah zakona o varstvu potrošnikov, ki naj

³¹ Glej Stiglitz, *The Theory of Screening, Education and the Distribution of Income*, *American Economic Review*, št. 65/1975, in Stiglitz, *Economics of the Public Sector*, W. W. Norton & Company, New York, 1986.

³² Priest, *A Theory of the Consumer Product Warranty*, *The Yale Law Journal*, št. 90/1980.

³³ Parisi, opomba 23, str. 15.

bi odpravil obvezno garancijo za brezhibno delovanje prodane stvari, je sprožila številne burne odzive tako laične kot strokovne javnosti. Pri tem velja poudariti, da je strokovna javnost razdvojena, saj precej komentatorjev meni, da je sedanja ureditev dobra (sistem obveznega jamčevanja za stvarne napake in obvezna garancija) in da bi bila odprava (tako, kot je bilo predlagano z umaknjem predlogom) škodljiva za zavarovanje ustrezne (višje) ravni varstva potrošnikov.³⁴ Drugi komentatorji, recimo Možina, pa menijo, da je ohranitev obvezne garancije neobvezen relikv jugoslovanskega prava.³⁵ Izsledki pravnoekonomske analize zadnjemu stališču v celoti pritrjujejo in ponujajo številne dodatne razloge za odpravo obvezne garancije. Obstoječa ureditev je tako vir neučinkovitosti, saj onemogoča konkurenco, sporočanje kakovosti (informacij) in s tem alokacijsko učinkovitost ter je vir moralnega hazarda, oportunitizma in negativne selekcije. Poleg tega je vir povsem nepotrebnih transakcijskih stroškov, saj so prodajalci in proizvajalci za sporočanje kakovosti (in vseh naštetih mehanizmov) prisiljeni v drugačno, dražje zagotavljanje potrebnih informacij. Taka ureditev tudi ne služi zavarovalni funkciji, saj prodajalec v trenutnem sistemu zavaruje kupca za vsa tveganja, tudi tista, ki lahko izvirajo iz kupčeve sfere (iz njegove uporabe stvari) in nastanejo zaradi njegovega oportunističnega obnašanja. Pri čemer pa prodajalec nima prav nobenega vpliva na končna tveganja in višino zavarovanja – saj pojav teh tveganj ni odvisen od kakovosti izdelave nekega izdelka, ampak od kupčeve oportunistične uporabe tega izdelka. Tako zavarovanje je zato neučinkovito in škodljivo, saj kupca pravzaprav spodbuja k oportunističnemu obnašanju in neučinkoviti ravni preprečevanja nastanka tveganj (»nepravilni« uporabi stvari itd.).

Nemške zavarovalnice so na primer koncem 18. stoletja opazile zanimivo obnašanje svojih strank, kadar so jim odobrile zavarovanja za vsa tveganja. V trenutku sklenitve takega zavarovanja za vsa tveganja so te stranke postale dosti manj skrbne in so veliko slabše pazile na svoje premoženje kot prej, ko takih zavarovanj niso imele. Predvsem v mejnih primerih, ko bi recimo lahko preprečile nastanek škode in ko zavarovalnica ni mogla dokazati, da je šlo za opustitev dolžne skrbnosti. Prav ti ilustrativni mejni primeri v načelu veljajo tudi za garancijo, ki je zavarovanje za vsa tveganja. Raven skrbnosti in preprečevanja nastanka škode se bo z zakonsko dodelitvijo takega popolnega zavarovanja samodejno znižala (moralni hazard).

Še več, tak sistem tudi ne deluje kot spodbuda strankam, da investirajo v produkcijo in ohranitev kakovosti stvari (izdelkov), saj obvezna garancija v resnici ne zagotavlja kakovosti, ker pravzaprav onemogoča konkurenco, ki bi neposredno spodbujala kakovost izdelkov – v

³⁴ Glej na primer Kamnik, Dileme pravnega urejanja garancije po evropskem vzoru, Pravna praksa, št. 37/2011; Pintar, Potrošnik in garancija za brezhibno delovanje stvari, Pravna praksa, št. 1/2011; Pintar, Ali institut stvarne napake omogoča ugodnejše pravno varstvo kot institut obvezne garancije?, Pravna praksa, št. 10/2011.

³⁵ Možina, Obvezna garancija za brezhibno delovanje in varstvo kupca v evropskem pravu, Podjetje in delo, št. 1/2011; Možina, Obvezna garancija za brezhibno delovanje, Pravna praksa, št. 5/2011; Metelko, Minimalna harmonizacija in nekonkurenčnost garancije, Pravna praksa, št. 45/2008.

obratnem primeru se pojavi negativna selekcija (obvezna garancija onemogoča signaliziranje kakovosti), ki proizvajalcem in prodajalcem vzpostavlja ter zagotavlja napačne, negativne spodbude za neučinkovito obnašanje, ki vodi do tako imenovanega trga limon in negativne selekcije. V takem primeru potem na trgu prej ali slej obstanejo oziroma so na voljo samo izdelki slabše in nižje kakovosti (limone) od tistih, ki bi bili na voljo v razmerah popolne konkurence, delovanja mehanizmov signaliziranja ter preprečevanja moralnega hazarda in oportunitizma.

Pravnoekonomska analiza tako v celoti potrjuje argumente komentatorjev, da hkratni obstoj dveh sistemov kogentnega varstva potrošnikov ustvarja popolnoma nepotrebno zmedo, ne ustvarja nič boljše varstvo potrošnikov, je vir nepotrebnih stroškov in pomeni dodatno, nepotrebno obremenitev prodajalcev in proizvajalcev.³⁶ Ekonomska analiza prava tako zagovarja stališče, da bi bilo treba sedanji sistem odpraviti in uvesti (tudi skladno z evropsko direktivo) dosti učinkovitejši sistem kogentnega varstva potrošnika z odgovornostjo za stvarne napake, ki je nadgrajen z možnostjo prostovoljne garancije (ki lahko šele potem začne opravljati svoje ekonomske funkcije (signaliziranje, spodbujanje konkurence, zagotavljanje učinkovitih spodbud, zavarovanje, preprečevanje negativne selekcije itd.)).

5. Sklep

Na podlagi sistematizacije načel, ki jih lahko ponudijo štiri desetletja ekonomske analize prava, članek vsebuje primerjavo in kritično analizo ureditev obvezne garancije in jamčevanja za stvarne napake. Analiza tako po eni strani razkriva implicitno ekonomsko logiko teh določil, po drugi strani pa tudi opozarja na številne vire ekonomskih neučinkovitosti in mogočih nejasnosti, ki so prav tako sestavni del teh dveh določil in ki lahko po nepotrebem zmanjšujejo družbeno blaginjo. Trenutna ureditev je tako vir povsem nepotrebnih transakcijskih stroškov, saj so prodajalci in proizvajalci za sporočanje kakovosti prisiljeni v drugačno, dražje zagotavljanje potrebnih informacij. Hkrati pa tudi ne služi zavarovalni funkciji, saj prodajalec v trenutnem sistemu zavaruje kupca za popolnoma vsa tveganja, tudi za tista, na katera nima vpliva in so lahko posledica oportunističnega obnašanja kupca. Obvezna garancija zaradi problema dvostranskih spodbud sama po sebi tudi ne zagotavlja kakovosti – primernejši je sistem kogentnega jamčevanja za stvarne napake in prostovoljne garancije. Sedanja ureditev bi bilo s pravnoekonomskega stališča treba odpraviti in uvesti učinkovitejši sistem kogentnega varstva potrošnika z odgovornostjo za stvarne napake, ki je nadgrajen z možnostjo prostovoljne garancije. Slovenska ureditev je tako s pravnoekonomskega in primerjalnopravnega stališča neučinkovita in zahteva odpravo obvezne garancije.

³⁶ Glej na primer Možina, opomba 33.

Literatura

- Akerlof, A. George, The Market for Lemons: Qualitative Uncertainty and the Market Mechanism, *Quarterly Journal of Economics*, št. 84/1970, str. 488–500.
- Atiyah, P. S., Smith, A. Stephen, *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, Clarendon Press Oxford, 2005.
- Beale, Hugh, Hartkamp, Arthur, Kotz Hein and Tallon Denis, *Contract Law: Cases, Materials and Text*, Hart Publishing, 2002.
- Barnett, E. Randy, Rational Bargaining Theory and Contract: Default Rules, Hypothetical Consent, The Duty to Disclose, and Fraud, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, št. 15/1992, str. 783–803.
- Birmingham, L. Robert, The Duty to Disclose and the Prisoner's Dilemma: *Laidlaw v. Organ*, *WM. & Mary Law Review*, št. 29/1988, str. 249–283.
- Bouckaert, Budewijn, in De Geest, Gerrit, *Encyclopedia of Law and Economics*, Edward Elgar Publishing, 2011.
- Carlton, W. Dennis, Fischel, R. Daniel, The Regulation of Insider Trading, *Stanford Law Review*, št. 35/1983, str. 857–895.
- Cigoj, Stojan, *Teorija obligacij: Splošni del obligacijskega prava*, Uradni list RS, 2003.
- Coleman, L. Jules in drugi, A Bargaining Theory Approach to Default Provisions and Disclosure Rules in Contract Law, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, št. 12/1989, str. 249–275.
- Cooter, Robert, in Thomas Ulen, *Ekonomska analiza prava*, Finance, 2005.
- Craswell, Richard, *Contract Law: General Theories*, v: Bouckaert, Budewijn in De Geest, Gerrit (ur.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Edward Elgar Publishing, 1999.
- Craswell, Richard, in Alan Schwartz, *Foundations of Contract Law*, Foundation Press, 1994.
- Curran, Christopher, in David Haddock, *An Economic Theory of Comparative Negligence*, *Journal of Legal Studies*, št. 14/1985, str. 49–72.
- Curnes, J. Ellen, Protecting the Virginia Homebuyer: A Duty to Disclose Defects, *Vanderbilt Law Review*, št. 73/1987, str. 459–481.
- De Geest, G., *Economische analyse van het contracten- en quasi-contractenrecht*, Antwerpen, Maklu, 1994.
- De Geest, Gerrit, Jacques Siegers in Roger Van Den Berg (ur.), *Law and Economics and the Labour Market*, *New Horizons in Law and Economics*, Edward Elgar, 1999.
- De Geest, Gerrit, Teun, Jaspers, Jacques, Siegers in Ann-Sophie, Vandenberghe, *The Right to Lie: New Law and Economics Versus Dutch Labour Law?*, v: De Geest, Gerrit, Jacques Siegers in Roger Van Den Berg (ur.), *Law and Economics and the Labour Market*, *New Horizons in Law and Economics*, Edward Elgar, 1999.

- De Geest, Gerrit, *Comparative Law and Economics and the Design of Optimal Doctrines*, v: Deffains, Bruno, in Kirat, Thierry (ur.), *Law and Economics in Civil Law Countries*, New York, JAI (Elsevier), 2001, str. 107–124.
- De Geest, Gerrit, *The Signing-Without-Reading Problem: An Analysis of the European Directive on Unfair Contract Terms*, v: Schäfer, Hans-Bernd and Lwowski, Hans-Jürgen (ur.), *Konsequenzen wirtschaftsrechtlicher Normen*, Deutscher Universitätsverlag, 2002, str. 213–235.
- Dolenc, Mile, v: Juhart, M., Plavšak N. (red.), *Obligacijski zakonik, Splošni del, s komentarjem*, GV Založba, 2003.
- Farrell, J., *Voluntary Disclosure: Robustness of the Unraveling Result, and Comments on Its Importance*, v: R. Grieson (ur.), *Antitrust and Regulation*, Lexington books, 1986.
- Flume, Werner, *Algemeiner Teil des Burgelichen Rechts, Das Rechtsgeschäft*, 3. izd., Berlin-Heidelberg-Nova Lorque, 1979.
- Fishman, J. Michael, Hagerty, M. Kathleen, *The Optimal Amount of Discretion to Allow in Disclosure*, *Quarterly Journal of Economics*, št. 104/1990, str. 427–444.
- Fuller, F. Hoffman, *Mistake and Error in the Law of Contracts*, *Emory Law Journal*, št. 33/1984, str. 1537–1643.
- Ghestin, Jacques, *The Pre-contractual Obligation to Disclose Information, 1: French Report*, in Harris and Tallon (ur.), *Contract Law Today, Anglo-French Comparisons*, Oxford University Press, 1989.
- Giliker, Paula, *Pre-contractual Liability in English and French Law*, *Kluwer Law International*, 2002.
- Giliker, Paula, *Regulating Contracting Behaviour: The Duty to Disclose in English and French Law*, *European Review of Private Law*, št. 5/2005, str. 621–640.
- Gordley, James, *Mistake in Contract Formation*, *American Journal of Comparative Law*, št. 52/2004, str. 433–468.
- Gordley, James, in Von Mehren, A. Taylor, *An introduction to the Comparative Study of Private Law: Readings, Cases, Materials*, Cambridge University Press, 2006.
- Grossman, J. Sanford, *The Informational Role of Warranties and Private Disclosure about Product Quality*, *Journal of Law and Economics*, Vol. XXIV, str. 461–489, 1981.
- Hayek, F. A., *The Use of Knowledge in Society*, *American Economic Review*, št. 35/1945, str. 519–530.
- Hirschleifer, Jack, *The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity*, *American Economic Review*, št. 61/1971, str. 561–574.
- Jovanovic, Boyan, *Truthful Disclosure of Information*, *Bell Journal of Economics*, št. 13/1982, str. 36–44.
- Juhart, M., Plavšak, N. (red.), *Obligacijski zakonik – Splošni del s komentarjem*, GV Založba, 2003.

- Kamnik, T., Dileme pravnega urejanja garancije po evropskem vzoru, *Pravna praksa*, št. 37/2011, str. 17–19.
- Keeton, W. Page, Fraud-Concealment and Non-Disclosure, *Texas Law Review*, št. 15/1936, str. 15–44.
- Kovač, Mitja, *Comparative Contract Law and Economics*, Edward Elgar, 2011.
- Kötz, Hein, Precontractual Duties of Disclosure: A Comparative and Economic Perspective, *European Journal of Law and Economics*, št. 9/2000, str. 5–19.
- Kronman, T. Anthony, Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts, *Journal of Legal Studies*, št. 7/1978, str. 1–34.
- Landes, M. William, in Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1987.
- Mackaay, Ejan, *Economics of Information and Law*, Kluwer Nijhoff Publishing, 1982.
- Mahoney, G. Paul, Contract Remedies: General, v: Bouckaert, Boudewijn, in De Geest, Gerit (ur.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Edward Elgar Inc., 1999.
- Markesinis, Basil, Unberath, Hannes, in Johnston, Angus, *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, Hart Publishing, 2006.
- Marshall, M. John, Private Incentives and Public Information, *American Economic Review*, št. 64/1974, str. 373–390.
- Matthews, Steve, in Andrew Postlewaite, *Quality Testing and Disclosure*, *The RAND Journal of Economics*, št. 3/1985, str. 328–340.
- Metelko, M., Minimalna harmonizacija in nekonkurenčnost garancije, *Pravna praksa*, št. 45/2008, str. 13–16.
- Milgrom, P. R., Good News and Bad News: Representation Theorems and Applications, *Bell Journal of Economics*, št. 12/1981, str. 380–391.
- Možina, D., Obvezna garancija za brezhibno delovanje in varstvo kupca v evropskem pravu, *Podjetje in delo*, št. 1/2011, str. 38–48.
- Možina, D., Obvezna garancija za brezhibno delovanje, *Pravna praksa*, št. 5/2011, str. 13–17.
- Nicholas, Barry, The Pre-contractual Obligation to Disclose Information, 2: English Report, v: Harris in Tallon (ur.), *Contract Law Today, Anglo-French Comparisons*, Oxford University Press, 1989.
- Okuno-Fujiwara, Mashiro, Andrew Postlewaite in Suzumura Kotaro, Strategic Information Revelation, *The Review of Economic Studies*, št. 57/1990, str. 25–47.
- Parisi, F., The Harmonization of Legal Warranties in European Sales Law: An Economic analysis, *The American Journal of Comparative Law*, št. 52/2004, str. 403–431.
- Pintar, B., Potrošnik in garancija za brezhibno delovanje stvari, *Pravna praksa*, št. 1/2011, str. 17–20.
- Pintar, B., Ali institut stvarne napake omogoča ugodnejše pravno varstvo kot institut obvezne garancije?, *Pravna praksa*, št. 10/2011, str. 7–9.

- Plavšak, Nina, Juhart, Miha, in Renato Vrenčur, *Obligacijsko pravo, Splošni del, GV Založba*, 2009.
- Priest, L. G., *A Theory of the Consumer Product Warranty*, *Yale Law Journal*, št. 90/1980, str. 1297–1352.
- Posner, A. Richard, *Economic Analysis of Law*, 6. izd., Aspen Publishers, 2003.
- Rasmusen, Eric, in Ian Ayres, *Mutual and Unilateral Mistake in Contract Law*, *Journal of Legal Studies*, Vol. XXII/1993, str. 309–345.
- Shavell, Steven, *Acquisition and Disclosure of Information Prior to Sale*, *The RAND Journal of Economics*, št. 1/1994, str. 20–36.
- Smith, Janet Kiholm, in Richard L. Smith, *Contract Law, Mutual Mistake, and Incentives to Produce and Disclose Information*, *Journal of Legal Studies*, Vol. XIX/1990, str. 467–488.
- Spence, A. S., *Job-Marketing Signaling*, *Quarterly Journal of Economics*, št. 87/1973, str. 355–374.
- Stigler, J. George, *The Economics of Information*, *Journal of Political Economy*, št. 69/1961, str. 213–225.
- Šinkovec, J., Tratar, B., *Obligacijski zakonik s komentarjem in sodno prakso*, *Oziris*, 2001.
- Trebilcock, J. Michael, *The Limits of Freedom of Contract*, Harvard University Press, 1993.
- Wehrt, K., *Warranties*, v: De Geest, G. (ur.), *Contract Law and Economics*, *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. 6, Edward Elgar, 2011.
- Williamson, E. Olivier, *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, Free Press, 1975.
- Zimmermann, Reinhard, Whittaker, Simon (ur.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000.

UDK 347.451.031

Pravni letopis 2012, str. 105–118

DR. MITJA KOVAČ, LL.M.

Garancija za brežhibno delovanje: obvezna in/ali prostovoljna

Ta članek povzema in sistematizira dosedanje pravnoekonomsko literaturo s področja garancije za brežhibno delovanje prodane stvari in dodajajoč nekatere nove vpoglede podaja priporočila, komentarje ter kritično analizira slovensko ureditev obvezne garancije in jamčevanja za stvarne napake.

Glavni izsledki so: 1) obstoječa ureditev je vir neučinkovitosti, saj onemogoča konkurenco, signaliziranje kakovosti (informacij) in s tem alokacijsko učinkovitost, ter vir moralnega hazarda, oportunitizma in negativne selekcije; 2) je vir povsem nepotrebnih transakcijskih stroškov, saj so prodajalci in proizvajalci za sporočanje kakovosti prisiljeni v drugačno, dražje zagotavljanje potrebnih informacij; 3) ne služi zavarovalni funkciji, saj prodajalec v trenutnem sistemu zavaruje kupca za popolnoma vsa tveganja; 4) obvezna garancija zaradi problema dvostranskih spodbud sama po sebi ne zagotavlja kakovosti stvari – primernejši je sistem kogentnega jamčevanja za stvarne napake in prostovoljne garancije; in 5) sedanjo ureditev bi bilo treba odpraviti in uvesti učinkovitejši sistem kogentnega varstva potrošnika z odgovornostjo za stvarne napake, ki bi bil nadgrajen z možnostjo prostovoljne garancije.

Ključne besede: obligacijsko pravo, prodajna pogodba, varstvo kupca, garancija za brežhibno delovanje prodane stvari, prostovoljna garancija, obvezna garancija, stvarne napake

UDK 347.451.031

Pravni letopis 2012, pp. 105–118

DR. MITJA KOVAČ, LL.M.

Compulsory or Voluntary Legal Warranty for Non-Conformity of Goods

This article systematizes law and economics literature on the compulsory warranties for consumer goods and critically examines Slovenian regulation of compulsory warranties and guarantee for material defects of sold goods.

The main propositions are as follows: (1) existing legislation hinders competitions, signaling of quality (information) and allocative efficiency, causes moral hazard, opportunism and adverse selection (market for lemons problem) and is hence a source of inefficiencies; (2) current legislation also needlessly increases transaction costs, since sellers are, in order to signal the quality of their products, induced to employ other costly signaling mechanisms; (3) insurance function of warranties is not performed since seller insures buyer for all possible risks; (4) due to the bilateral precaution problem compulsory warranty does not warrant adequate, desirable level of quality – optional guaranteeing for material defects and voluntary warranty is a preferable option; and finally (5) current legislation should be amended and changed towards a more efficient system of mandatory protection of consumers for material defects of goods combined with optional voluntary guaranty.

Key words: contract law, sales contract, consumer protection, consumer product warranty, compulsory or optional guarantee, material defects