

Ekonomiczna analiza prawa. Zastosowania

Redakcja
Bartosz Biskup
Szymon Osmola

EKONOMICZNA ANALIZA PRAWA. ZASTOSOWANIA

Redakcja:
Bartosz Biskup, Szymon Osmola

Autorzy:
Piotr Kempiński, Jędrzej Maciejewski, Mateusz Podhalicz,
Andrzej Porębski, Aleksandra Szulc,
Gniewomir Wycichowski-Kuchta

Recenzenci naukowi:
dr Michał Araszkiewicz, dr Marek Pokrzycki, dr Maria Rożnowska,
prof. dr hab. Adam Sulikowski, prof. dr hab. Wojciech Załuski

Skład, korekta, oprawa graficzna:
Wydawnictwo Kasper
www.wydawnictwokasper.pl

ISBN 978–83–63896–57–7

Publikacja dofinansowana ze środków:
Towarzystwa Biblioteki Słuchaczów Prawa UJ i Fundacji „Bratniak”

SPIS TREŚCI

Bartosz Biskup, Szymon Osmola, Wstęp.....5

Gniewomir Wycichowski-Kuchta, Wrogość czy pokrewieństwo? O ekonomicznej analizie prawa z perspektywy Critical Legal Studies.....8

Andrzej Porębski, Ograniczenia stosowalności ogólnych informacji statystycznych jako kryterium dowodowego.....29

Mateusz Podhalicz, Wykładnia przez pryzmat ekonomicznej analizy prawa – na przykładzie prawa restrukturyzacyjnego 53

Piotr Kempiński, Dłużnik wobec postępowań insolwencyjnych w świetle ekonomicznej analizy prawa.....84

Jędrzej Maciejewski, Ekonomiczna analiza systemów jednolitej ceny książki..... 103

Aleksandra Szulc, Whether illegal activity is profitable for rational criminal from the point of view of Law & Economics (along with a case study in the field of white collar crimes)..... 129

Bartosz Biskup, Szymon Osmola

WSTĘP

Nie będzie przesadą stwierdzenie, że ekonomiczna analiza prawa zrewolucjonizowała sposób myślenia o prawie w stopniu wcześniej nieznanym. Poprzez wprowadzenie do prawoznawstwa metod znanych z nauk ekonomicznych, otworzyła ona zupełnie nowe perspektywy zarówno przed teoretykami i filozofami, jak i praktykami prawa. Począwszy od pionierskich analiz uczonych takich jak Guido Calabresi, Ronald Coase czy Gary Becker, poprzez fundamentalne prace Richarda Posnera, aż po nowatorskie podejście Louisa Kaplowa i Stevena Shavella, analiza ekonomiczna stała się dominującym nurtem współczesnej filozofii prawa. Tym co łączy wymienionych badaczy jest nacisk, jaki kładą oni na analizę poszczególnych gałęzi prawa, instytucji czy wręcz pojedynczych reguł prawnych, dystansując się przy tym od tradycyjnych pytań prawoznawstwa dotyczących natury prawa, jego źródeł czy związków z moralnością.

Ryzykując zbytnie uproszczenie sprawy, wyróżnić można cztery cechy charakteryzujące teorie ekonomiczne:[1] (1) kładą one nacisk na przewidywanie rezultatów toczących się przed sądami postępowań oraz starają się dostarczyć ustawodawcom wskazówek co do najbardziej efektywnych reguł prawnych, jakie powinni uchwalić; w związku z czym (2) przyjmują perspektywę *ex ante* w odniesieniu do toczących się postępowań oraz do procesu tworzenia i stosowania prawa w ogólności; (3) uznają wyższość normatywnego aspektu teorii prawa nad jej aspektem opisowym; oraz (4) nie podkreślają odrębności poszczególnych dziedzin prawa, do wszystkich stosując te same narzędzia

1 Zob. J. Kraus, *Philosophy of Contract Law*, [w:] *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, red. J. Coleman, S. Shapiro, Oxford 2002, s. 691–731.

analizy. Ogólnym założeniem stojącym za owymi postulatami jest przekonanie o instrumentalnej funkcji prawa jako jednego z narzędzi zwiększania – rozmaicie rozumianego – dobrobytu społecznego.

Niniejsza monografia jest dowodem na to, że również najmłodsze pokolenie polskich naukowców dostrzega szanse płynące z zastosowań narzędzi ekonomicznych w refleksji nad prawem. Słowo „zastosowania" pełni tu ważną rolę – w założeniu bowiem, zgodnie z duchem pionierów ekonomicznej analizy prawa, teksty niniejszego tomu miały koncentrować się na szczegółowych kwestiach – zarówno merytorycznych, jak i metodologicznych – związanych z wykorzystaniem ekonomicznej analizy prawa do rozmaitych zagadnień praktycznych i teoretycznych.

Monografię otwiera artykuł Gniewomira Wycichowskiego-Kuchty zatytułowany *Wrogość czy pokrewieństwo? O ekonomicznej analizie prawa z perspektywy Critical Legal Studies,* w którym autor śledzi wspólne korzenie obu nurtów filozoficzno-prawnych, dopatrując się ich wspólnego źródła w amerykańskim realizmie prawniczym, a następnie stara się porównać oba podejścia, rozważając możliwość włączenia niektórych metod krytycznych studiów nad prawem do analizy ekonomicznej.

Artykuł Andrzeja Porębskiego *Ograniczenia stosowalności ogólnych informacji statystycznych jako kryterium dowodowego* dotyczy wykorzystania ogólnych informacji statystycznych w postępowaniach dowodowych przed sądami. Odwołując się do klasycznego przykładu zaproponowanego przez Roberta Cootera i Thomasa Ulena, autor wskazuje na trudności związane ze stosowaniem przez sądy niektórych rozumowań probabilistycznych. Wraz z poprzednim tekstem, tworzy on najbardziej metodologiczną część monografii.

Kolejne teksty dotyczą już bezpośredniego zastosowania analizy ekonomicznej do poszczególnych kwestii prawnych. Powiązane tematycznie artykuły Mateusza Podhalicza pt. *Wykładnia przez pryzmat ekonomicznej analizy prawa – na przykładzie prawa restrukturyzacyjnego* oraz Piotra Kempińskiego pt. *Dłużnik wobec postępowań insolwencyjnych w świetle ekonomicznej analizy prawa,* mogą być traktowane jako próby wykorzystania narzędzi ekonomicznych do prawa restrukturyzacyjnego i upadłościowego. W pierwszym z artykułów

autor wskazuje na korzyści, jakie analiza ekonomiczna może przynieść w procesie wykładni pojęć prawnych, takich jak „zagrożenie niewypłacalnością", w przypadku których tradycyjne, formalno-dogmatyczne metody wykładni wydają się niewystarczające. W drugim z artykułów autor podejmuje kwestie wpływu obowiązujących regulacji prawa upadłościowego i restrukturyzacyjnego na decyzję dłużnika w przedmiocie złożenia wniosku o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego albo o ogłoszenie upadłości, stawiając tezę, iż regulacje te skonstruowane zostały w sposób mający zagwarantować możliwie największą efektywność ekonomiczną.

W artykule *Ekonomiczna analiza systemów jednolitej ceny książki* Jędrzej Maciejewski, wykorzystując w tym celu narzędzia ekonomiczne takie jak teoria pionowych porozumień cenowych, polemizuje z tezą, jakoby wprowadzenie systemu jednolitej ceny książki powodowało niekorzystne skutki ekonomiczne, jak wzrost cen, ograniczanie konkurencji czy wspieranie nieefektywnych modeli biznesowych. Dla poparcia swoich rozważań autor przytacza empiryczne przykłady, a także analizuje polskie projekty ustawy o książce przygotowane przez Polską Izbę Książki.

Monografię zamyka artykuł Aleksandry Szulc zatytułowany *Whether illegal activity is profitable for rational criminal from the point of view of Law & Economics (along with a case study in the field of white collar crimes).* Stanowi on wprowadzenie do ekonomicznego modelowania decyzji o przestępstwie, będąc przykładem zastosowania metod ekonomicznych w prawie karnym, a więc dziedziną prawa stosunkowo rzadko kojarzoną z analizą ekonomiczną.

Choć monografia ta wydana jest pod auspicjami Koła Naukowego Filozofii Prawa TBSP UJ, większość znajdujących się w niej tekstów została napisana przez osoby niebędące członkami Koła. Jako redaktorzy niniejszego tomu pragniemy wyrazić wdzięczność, że poruszana w nim tematyka spotkała się z tak dużym zainteresowaniem młodych badaczy z całej Polski. Mamy również nadzieję, że zawarte tu teksty sprowokują czytelników do refleksji i skłonią do dalszych studiów nad ekonomiczną analizą prawa.

Gniewomir Wycichowski-Kuchta

WROGOŚĆ CZY POKREWIEŃSTWO? O EKONOMICZNEJ ANALIZIE PRAWA Z PERSPEKTYWY *CRITICAL LEGAL STUDIES*

Abstrakt

Tekst prezentuje wspólne korzenie ekonomicznej analizy prawa i ruchu krytycznych studiów nad prawem. W pierwszej części, wytyczając ich lineaż od antyformalistycznego zwrotu amerykańskiego jurysprudencji (funkcjonalizmu), analizuje ich różnice i podobieństwa w kontekście owego dziedzictwa. Druga część artykułu poświęcona jest krytyce EAP z perspektywy narzędzi dostarczanych przez CLS. Dokonuje się w niej zarówno rekonstrukcja stanowiska *Critsów* wobec EAP, jak i oryginalne zastosowanie metod analitycznych CLS do EAP.

Abstract

Paper presents common roots of economic analysis of law and critical legal studies. In the first part of the text, lineage of those two is traced, starting from antyformalistic turn in American jurisprudence (functionalism) and analysis of differences and similarities between them, in the context of that legacy is being pictured. Second part of the article is dedicated to criticism of law and economics movement with the usage of tools provided by the CLS. The relation between EAL and CLS is being presented, as well as original critique within critical legal studies' methods.

Cóż powie – on? Co powie głos sumienia –
Ta zmora zmór, co za mną kroczy w ślad?[1]
W. Chamberlayne

Powyższe motto, pochodzące z *Williama Wilsona* autorstwa Edgara Allana Poego, wyznacza strukturę niniejszego tekstu. We wspominanym opowiadaniu amerykański pisarz eksploatuje motyw sobowtóra. Sobowtór to figura, która wykorzystuje paradoks – jednocześnie inność i tożsamość podmiotu. W analogiczny sposób potraktowane zostaną zasadnicze przedmioty tego artykułu, ekonomiczna analiza prawa (EAP) i ruch krytycznych studiów nad prawem (Critical Legal Studies – CLS). Wydawałoby się, że dzieli je właściwie wszystko. Te dwa nurty kojarzone są z przeciwstawnymi obozami politycznymi (EAP z szeroko pojętą wolnorynkową prawicą, CLS z lewicą), a ich przedstawiciele poświęcili wiele czasu i energii na wzajemną krytykę. Zarówno ich metodologie jak i wizje prawa wykluczają się. Ekonomiczna analiza prawa przeszła do mainstreamu, będąc obecnie jednym z wiodących sposobów myślenia o prawie (w szczególności w anglosaskiej kulturze prawnej), podczas gdy *Critical Legal Studies* w swojej klasycznej formie nie występuje poza hermetycznym kręgiem akademickim (choć przyznać należy, iż współcześnie istnieje wiele żywych nurtów otwarcie przyznających się do inspiracji krytycznych i czerpiących z CLS, jak *Critical Race Theory, Critical Feminist Theory*, czy postkolonialna krytyka prawa). Polemizując z powyższym poglądem, pierwsza część tekstu ma ambicję pokazać wspólne źródło dla obu tych teorii. Jego identyfikacja i potraktowanie jako punktu wyjścia jest konieczne dla prześledzenia formowania się omawianych koncepcji, tego w jakim zakresie przejmują i radykalizują to wspólne dziedzictwo, a w jakim występują przeciwko niemu. Pozwoli to zaprezentować ich założenia oraz cele. Dlatego, traktując o EAP i CLS, tekst rozpoczyna się od naświetlenia narodzin amerykańskiego funkcjonalizmu. Druga część artykułu skupia na różnicach jakie występują między nimi – przedstawiona zostaje propozycja ujęcia ekonomicznej analizy prawa w kategoriach postulowanych przez ruch krytycznych studiów nad prawem. Będzie

1 Cytat za: E.A. Poe, *William Wilson,* https://wolnelektury.pl/katalog/lektura/william-wilson.html (dostęp: 20.02.2018).

to krytyka w podwójnym sensie. Po pierwsze: kantowskim sprawdzeniu warunków możliwości (a więc analizy tego jak coś jest możliwe), co w tym wypadku polegać będzie na rzuceniu światła na założenia stojące (często milcząco) za EAP. Po drugie, będzie to krytyka w sensie negatywnej oceny – ukazania problemów, sprzeczności i niepożądanych konsekwencji, jakie wynikać mogą z wizji prawa prezentowanej przez EAP. Krytyka ta, w zamierzeniu autora, spełniać ma funkcję sumienia przywołanego w motcie tekstu – nie ma na celu przedstawić konkurencyjnej wizji, ale zainspirować przedstawicieli EAP do rozwoju i zrewidowania swoich podstaw.

Geneza EAP i CLS

Dla racjonalnej nauki prawa staranny (sumienny) interpretator prawa może być człowiekiem teraźniejszości, ale człowiek przyszłości to statystyk i mistrz ekonomii[2]
O.W. Holmes

Zastanawiając się nad źródłem omawianych ruchów, powstałych w latach 70. ubiegłego wieku, należy znaleźć ich wspólnego przodka. Analizując zarówno EAP[3], jak i CLS[4], wskazuje się na ich pokrewieństwo z realizmem prawniczym. Narodził się on w tzw. „epoce Langdella"[5],

2 O.W. Holmes, *The path of law,* „Harvard Law Review" 1897, vol. 10, s. 469, za: J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze,* Kraków 2004, s. 135.

3 J. Stelmach, *Spór o ekonomiczną analizę prawa,* [w:] *Analiza ekonomiczna w zastosowaniach prawniczych,* red. J. Stelmach, M. Soniewicka, Warszawa 2007, s. 10; G. Minda, *The Jurisprudential Movements of 1980s,* „Ohio State Journal" 1989, vol. 50, s. 633–634; M. Horwitz, *Law and economics: Science or Politics?,* „Hofstra Law Review" 1980, vol. 8, no. 4, s. 905.

4 R. Sarkowicz, *Wstęp*, [w:] R.M. Unger, *Ruch studiów krytycznych nad prawem,* Warszawa 2005, s. X-XIII; G. Miranda, *The Jurisprudential*…, s. 634–635; E. Arban, *Interdisciplinary approaches to legal research: law and economics and critical legal studies from a North American perspective,* „Amministrazione in Cammino" 2011, vol. 1, s. 14; J. Cabaj, *Critical legal studies a liberalna koncepcja prawa,* „Ius Novum" 2013, no. 3, s. 17.

5 T. Stawecki, *Instrumentalne traktowanie prawa – różne perspektywy,* [w:] *Prawo i ład społeczny. Księga pamiątkowa dedykowana profesor Annie Turskiej,* red. G. Polkowska, Warszawa 2000, s. 45.

nazwanej tak od nazwiska powszechnie znanego i wpływowego prawnika, dziekana Wydziału Prawa Uniwersytetu Harvarda. Langdell był koryfeuszem grupy prawników (akademików i praktyków, przede wszystkim sędziów) przełomu XIX i XX wieku, których identyfikuje się z tzw. „formalizmem”[6]. Ich tezy trafnie usystematyzował Marcin Matczak stwierdzając, że aby uznać teorię za formalistyczną należy przypisać jej następujące cechy:

a) zakłada [badana koncepcja – G.W.K.], że praca interpretatora ma charakter operacji logiczno-technicznej, polegającej na przechodzeniu od przesłanek do wniosku, bez angażowania w tę operację ocen i wyborów aksjologicznych,

b) postuluje co najmniej jedną z form redukcjonizmu w stosowaniu prawa, a więc redukcjonizm standardów, redukcjonizm narzędzi interpretacyjnych lub redukcjonizm aktualizacji tekstu prawnego,

c) wyraża przekonanie, że przyjmowany redukcjonizm i sylogistyczność rozumowania zapewniają ograniczenie swobody interpretatora w procesie dochodzenia do konkluzji interpretacyjnej[7].

Prawo w tym ujęciu jest całkowicie apolitycznym i autonomicznym (wolnym od wartościowania w kontekście realizacji określonych celów), spójnym systemem, zbudowanym z dostatecznie określonych reguł i norm, do którego stosowania w każdej możliwej sytuacji wystarczają dedukcyjne metody prawnicze. Bez wątpienia przełom antyformalistyczny w amerykańskiej nauce prawa jest punktem, z którego możemy wytyczyć lineaż obejmujący EAP i CLS. Jednakże wydaje się, że ograniczenie go do samego realizmu prawniczego byłoby nazbyt wąskie. Ruchy te czerpią z kontekstu kulturowego *common law*[8], jak i całego dziedzictwa tzw. „amerykańskiego funkcjonalizmu”[9]. Jest

6 T. Stawecki, *Instrumentalne…*; M. Matczak, *Summa Iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa,* Warszawa 2007, s. 53.

7 M. Matczak, *Summa…*, s. 70.

8 A. Bator, *Instrumentalizacja jako założenie ekonomicznej analizy prawa,* [w:] *Analiza ekonomiczna w zastosowaniach prawniczych,* red. J. Stelmach, M. Soniewicka, Warszawa 2007, s. 26.

9 Termin ten wprowadzili Grzegorz Leopold Seidler oraz Maria Borucka-Arctowa; zob. G.L. Seidler, M. Arctowa, *Funkcjonalizm w burżuazyjnej nauce prawa,*

to kategoria obejmująca nie tylko realizm prawniczy, ale wszystkie kierunki amerykańskiej jurysprudencji, które przeczą formalistycznej tezie o autonomiczności prawa. Akcentują one jego instrumentalny charakter, traktując je jako narzędzie do osiągania wyznaczonych celów[10], a zasadniczym przedmiotem ich badań jest *law in action*, a więc stosowanie prawa i jego empiryczne efekty[11]. Postulują także jego społeczny wymiar i w związku z tym konieczność wypracowania nowej, interdyscyplinarnej, zawierającej techniki nauk empirycznych (np. socjologii, psychologii czy ekonomii) metody badawczej[12]. Tak definiowany nurt prawoznawstwa obejmuje kilka „szkół" – oprócz realizmu prawniczego możemy do niego zakwalifikować socjologiczną jurysprudencję Roscoe'a Pounda i tzw. *policy-oriented jurisprudence* Harolda Laswella i Meyersa S. McDougala. Przejdźmy do ich krótkiego opisu i analizy pod kątem wpływu, jaki wywarły na EAP i CLS.

Socjologiczna jurysprudencja

Socjologiczna jurysprudencja Roscoe'a Pounda wywodzi się z tradycji amerykańskiego pragmatyzmu[13]. Odrzuca ona koncepcję prawa jako systematycznego zespołu reguł[14]. Przepisy prawne stanowią tylko jeden ze składników prawa[15]. Oprócz jednostek technicznych, jakimi są przepisy, kolejnymi elementami są techniki prawniczej interpretacji i stosowania prawa, które nadają przepisom charakter norm prawnych. Obok tych dwóch aspektów funkcjonuje również „element idealny", będący „obrazem porządku społecznego danego czasu i miejsca, tradycją prawną na temat tego, czym jest ten porządek"[16],

„Państwo i Prawo" 1951, vol. 6, no. 7; por. J. Kowalski, *Funkcjonalizm w prawie amerykańskim,* Warszawa 1960; T. Stawecki, *Instrumentalne*…, s. 46–47.

10 T. Stawecki, *Instrumentalne*…, s. 47.

11 G.L. Seidler, M. Arctowa, *Funkcjonalizm*…, s. 21.

12 G.L. Seidler, M. Arctowa, *Funkcjonalizm*…, s. 32.

13 T. Stawecki, *Instrumentalne*…, s. 49; K. Opałek, J. Wróblewski, *Współczesna teoria i socjologia prawa w Stanach Zjednoczonych,* Warszawa 1963, s. 110.

14 T. Stawecki, *Instrumentalne*…, s. 46.

15 K. Opałek, J. Wróblewski, *Współczesna*…, s. 126.

16 R. Pound, *Jurisprudence*, t. II, St. Paul 1959, s. 116, za: K. Opałek, J. Wróblewski, *Współczesna*…, s. 126.

który powinien być brany pod uwagę przy interpretacji przepisów i stosowaniu innych technik prawniczych. W wymiarze metodologicznym socjologiczna jurysprudencja podkreślała „jedność nauk społecznych i niemożliwość oderwanej, zamkniętej w sobie, samowystarczalnej nauki o prawie”[17], której zasadniczym przedmiotem miała być inżynieria społeczna, a więc odpowiednie „modelowanie” społeczeństwa przy użyciu prawa. Kształt tego procesu wyznacza centralna dla myśli Pounda teoria interesów, której źródłem jest koncepcja Rudolfa Jheringa: porządek publiczny jest wyznaczany przez uznanie, określenie granic i zabezpieczenie interesów indywidualnych, publicznych i społecznych. Należy dokonać tego w taki sposób, aby unikać lub minimalizować „tarcia i straty”, wynikające ze sprzeczności interesów i konieczności ingerencji ustawodawcy[18]. To właśnie regulowanie konfliktów między przeciwstawnymi roszczeniami wysuwanymi przez podmioty indywidualne i zbiorowe jest głównym zadaniem dla prawa i ustawodawcy, który musi brać pod uwagę dynamiczność zmian społecznych. Powoduje to, iż mechaniczność w stosowaniu prawa, tak bliska formalizmowi, jest w tym ujęciu niemożliwa.

Na pierwszy rzut oka widać związki między socjologiczną jurysprudencją a nurtami EAP i CLS. Koncepcja Pounda jako pierwsza zaczęła traktować prawo jako fakt empiryczny, postulując kompleksowe jego badanie przy pomocy szeregu nauk społecznych. Wcielenie tego postulatu w życie stanowi cała aparatura pojęciowa ekonomicznej analizy prawa, która opiera swoją metodologię na pozaprawnych narzędziach, m.in. efektywności w sensie Pareto, czy też twierdzeniu Coase’a, które w ilościowy sposób starają się ocenić zjawiska prawne i społeczne, jak np. immisje[19]. Ruch

17 K. Opałek, J. Wróblewski, *Współczesna*…, s. 112.

18 K. Opałek, J. Wróblewski, *Współczesna*…, s. 142.

19 R.H. Coase, *Analiza kosztu społecznego,* [w:] R.H. Coase, *Firma, rynek i prawo,* Warszawa 2013, s. 87; por. W. Gromski, *Law and Economics jak teoria polityki prawa,* [w:] *Analiza ekonomiczna w zastosowaniach prawniczych,* red. J. Stelmach, M. Soniewicka, Warszawa 2007*,* s. 64; M. Galecki, *Homo oeconomicus [d/r]ekonstruowany. Kilka uwag o postmodernistycznej transformacji ekonomicznej analizy prawa,* [w:] *Ponowoczesność. Z zagadnień teorii i filozofii prawa*, red. M. Błachut, Wrocław 2007, s. 244.

krytycznych studiów nad prawem, odrzucając pogląd o istnieniu jakiegokolwiek stałego czy też zastanego „schematu społeczności ludzkiej”[20], niejako skazuje się na używanie zróżnicowanej metodologii[21], jak psychoanaliza[22] czy socjologia krytyczna[23], aby odsłonić „fałszywą świadomość prawną” – źródło legitymizacji *status quo* i reprodukcji systemu prawnego jako „jedynie prawdziwego” czy też „niekwestionowanego”, co ma maskować fakt, iż jest oparty na dominacji i przemocy[24]. Socjologiczna jurysprudencja dzieli w pewien sposób z omawianymi ruchami sposób postrzegania państwa. Wizja, w której główną funkcją państwa jest zabezpieczenie interesów, w ekonomicznej analizie prawa dochodzi w pełni do głosu w wyżej wspomnianym twierdzeniu Coase’a, które stanowi, iż przy założeniu niskich kosztów transakcyjnych i dostępu do swobodnie wymienialnego miernika wartości (np. pieniądza), wystarczające jest istnienie dobrze zdefiniowanych praw własności oraz istnienie zewnętrznej władzy strzegącej egzekwowania umów, aby prywatne negocjacje stron były efektywne niezależnie od alokacji praw własności przez prawo[25], co oznacza, iż prawo z reguły powinno jedynie zabezpieczać porozumienia prywatne, a bezpośrednio ingerować w nie jedynie,

20 R.M. Unger, *Ruch*…, s. 2.

21 Adam Sulikowski i Krzysztof Otręba wskazują na metodologie „genealogiczne, socjologiczne, ekonomiczne i dekonstrukcyjne”; zob. A. Sulikowski, K. Otręba, *O potrzebie studiów krytycznych nad prawem konstytucyjnym,* „Państwo i Prawo” 2017, no. 3, s. 8.

22 Rafał Mańko wykorzystuje teorię Lacana i Žižka; zob. R. Mańko, *Koncepcja interpelacji ideologicznej a krytyczny dyskurs o prawie,* „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2014, no. 1; Adam Sulikowski otwarcie wskazuje freudyzm jako jedno ze źródeł CLS; zob. A. Sulikowski, *Idee i metody współczesnych krytycznych studiów nad prawem,* „Przegląd Prawa Publicznego” 2015, no. 7–8, s. 9–10.

23 Przede wszystkim teoria Pierre’a Bourdie; zob. A. Sulikowski, K. Otręba, *O potrzebie*… s. 10 i n. Duże zasługi dla popularyzacji Bourdie w polskiej nauce prawa ma Hanna Dębska; zob. H. Dębska, *Władza, symbol, prawo,* Warszawa 2015; H. Dębska, *Prawo jako pole (ujęcie modelowe),* „Państwo i Prawo” 2016, vol. 854, no. 9, s. 36–54.

24 A. Sulikowski, K. Otręba, *O potrzebie*… s. 8; R.M. Unger, *Ruch*…, s. 6 i n., s. 24 i n.

25 R.H. Coase, *Analiza*…, s. 87.

gdy koszty transakcyjne są wysokie. CLS taką wizję państwa stara się zdemaskować wskazując, jak uznane za powszechnie racjonalne, jedynie słuszne, prawdziwe, neutralne i powszechne regulacyjne postanowienia prawodawcy, są w istocie odbiciem stosunków kulturowej, ekonomicznej, płciowej, rasowej czy etnicznej dominacji[26]. Także myślenie o prawie w kategoriach interesu ma swoje odbicie w analizowanych teoriach. EAP przejęło i zradykalizowało wizję prawa służącego interesom (wizja antropologiczna ekonomicznej analizy prawa zakłada kierowanie się przez ludzi przede wszystkim własnym interesem rozumianym w kategoriach zwiększania „użyteczności" i „efektywności")[27], podczas gdy CLS próbuje „odsłonić" interesy, którym służą instytucje prawnicze, metody rozumowań czy pojęcia prawne, zgodnie ze swoim mottem: *Law is politics, pure and simple*[28].

Realizm prawniczy

Realizm prawniczy jest kierunkiem prawoznawstwa bardzo dobrze opisanym w literaturze polskiej i światowej, dlatego przedstawię go ograniczając się do najbardziej charakterystycznych cech, które znajdują odbicie w interesujących nas nurtach. Po pierwsze, należy zwrócić uwagę, iż, jak słusznie zauważają Kazimierz Opałek i Jerzy Wróblewski: „Realizm był prądem, tendencją, składnikiem atmosfery naukowej w pewnym okresie, składnikiem nie tylko poznawczym, ale i emocjonalnym"[29]. Podobnie jak CLS i EAP obecnie, realizm nie był sztywną doktryną, ale ruchem mającym wiele odłamów, które łączą podstawowe założenia i sceptyczny stosunek do zastanej tradycji prawnej, szukając narzędzi do adekwatnej krytyki prawa „na zewnątrz"[30]. W przypadku realizmu prawniczego częścią wspólną wszystkich sympatyków były podstawowe założenia o naturze prawa, sposobie jego badania, jego stosunku do społeczeństwa

26 A. Sulikowski, K. Otręba, *O potrzebie*…, s. 8.

27 M. Galecki, *Homo*…, s. 245–246; A. Bator, *Instrumentalizacja*…, s. 31.

28 Ch. Tomlins, *Law and History*, [w:] *The Oxford Handbook of Law and Politics*, red. K.E. Whittington, R.D. Keleman, G.A. Calderia, Oxford 2010, s. 723.

29 K. Opałek, J. Wróblewski, *Współczesna*…, s. 156.

30 Tj. korzystając z metod pozaprawnych; zob. G. Minda, *The Jurisprudential*… s. 637.

i stosowania przez sądy. Realiści stwierdzali, że: prawo w swej istocie jest tworzone przez sądy, w związku z czym przedmiotem ich zainteresowania jest *law in action*, nie *law in books*; jest ono środkiem do osiągania celów, więc należy badać je pod kątem osiągania założonych rezultatów; należy dostosowywać je do wciąż zachodzących zmian społecznych; wymaga przesunięcia punkt ciężkości analizy prawa z *rules for doing* (reguł prawnych) na *rules of doing* (praktykę wcielania reguł w życie), z naciskiem na przewidywanie przyszłych decyzji i sposobów stanowienia czy stosowania prawa; podstawą rozstrzygnięć sądowych nie zawsze są przepisy, które służą jedynie aposteriorycznemu usprawiedliwieniu orzeczenia; deskryptywne ujęcie prawa jest prymarne, pozostawiając ujęcie normatywne na przyszłość, po skonstruowaniu adekwatnego opisu aktualnego stanu rzeczy[31].

Wyzwanie, które rzucił realizm prawnikom, było w istocie wezwaniem do uświadomienia sobie społecznych skutków rozstrzygnięć prawnych, uzmysłowienia sobie uwarunkowań swoich działań i zrozumienia swojej roli w kontekście społecznym. Istotnym punktem w ruchu realistycznym jest rozdzielenie zadań opisowych teorii i stawiania twierdzeń dotyczących powinności. *Is* jest czymś odmiennym od *ought*[32], fakt od wartości, a sprawiedliwość od moralności[33], przynajmniej do momentu, w którym na bazie dostatecznie precyzyjnego opisu aktualnego stanu rzeczy wykształci się odpowiednia metoda oparta na empirii[34]. W podobnym tonie wypowiada się wielu przedstawicieli EAP, podkreślając opisowy, techniczny i neutralny moralnie wymiar ekonomicznej analizy[35]. Dziedzictwo realistyczne w ich przypadku najwyraźniej widać w naukowym podejściu, polegającym na zamiarze skonstruowania nowej metody badania prawa, która bazowałaby na nauce opisującej we właściwy

31 K. Opałek, J. Wróblewski, *Współczesna*…, s.158–160.

32 K. Opałek, J. Wróblewski, *Współczesna*…, s. 175–176.

33 J.A. Standen, *Critical Legal Studies as an Anti-Positivist Phenomenon,* „Virgina Law Review" 1986, vol. 72, no. 5, s. 995.

34 K. Opałek, J. Wróblewski, *Współczesna*…, s. 176.

35 A. Bator, *Instrumentalizacja*…, s. 25–26; K. Koźmiński, *Krytyka ekonomicznej analizy prawa,* „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego" 2016, vol. 15, no. 1, s. 36 i n. i powołana tam literatura.

sposób rzeczywistość – w przypadku EAP będzie nią oczywiście ekonomia. Na takie założenie nie może przystać CLS. Korzystając z dokonań pierwszego pokolenia szkoły frankfurckiej *Critsi* krytykowali tzw. teorie klasyczne za niezauważenie (bądź maskowanie) roli wiedzy i uczonych. Jak pisze Halina Walentowicz, komentując wizję teorii krytycznej (przeciwstawiającą się teoriom klasycznym) Maxa Horkheimera: „Teoria tradycyjna, której kanon stworzył Kartezjusz, czyni podmiotem monadyczne, pozbawione społecznych odniesień indywiduum i w podobnej abstrakcji od całościowego kontekstu społecznego wyodrębnia swą dziedzinę przedmiotową”[36]. Z perspektywy ruchu krytycznych studiów nad prawem tak EAP, jak i realizm prawniczy są paradoksalne – z jednej strony stojąc w kontrze do formalizmu, podkreślając pozaprawne, społeczne i ekonomiczne uwarunkowania działalności prawniczej, a z drugiej same od nich abstrahując, konstruując gmach pozornie neutralnej i niezależnej wiedzy. Demaskowanie uwikłania tych pozornie neutralnych twierdzeń i pozycji w ideologie oraz odsłanianie ich polityczności jest zasadniczym zadaniem teorii krytycznej, która otwarcie deklaruje swój cel, jakim jest zmiana świata i emancypacja jednostki: „Teoria krytyczna określa siebie jako »intelektualną stronę historycznego procesu emancypacji«”[37]. Wydaje się więc, iż w zakresie konstrukcji metody naukowej to EAP można uznać za bardziej prawowitą spadkobierczynię dziedzictwa realizmu prawniczego. CLS wydaje się przejmować krytyczne podejście realistów, które kwestionuje podejście do prawa jako spójnego systemu złożonego z zasad, informujących o wartościach uznanych społecznie i realizujących je. Dzieli z nimi także wiele założeń, jak np. instrumentalne podejście do prawa, nacisk na jego praktyczność, wskazania na „wtórną racjonalizację” przy uzasadnianiu rozstrzygnięć sądowych. Podział między ruchem studiów krytycznych a realizmem i ekonomiczną analizą prawa jest różnicą epistemologiczną[38] w stosunku do możliwości obiektywnego badania i tworzenia teorii.

36 H. Walentowicz, *Program teorii krytycznej Maxa Horkheimera,* „Nowa Krytyka” 2001, vol. 12, s. 6.

37 H. Walentowicz, *Program*…, s. 11.

38 Por. J.A. Standen, *Critical*…, s. 997 i n.

Policy oriented jurisprudence

Kolejnym, dość oryginalnym, tworem tradycji amerykańskiej jurysprudencji wymagającym analizy jest teoria wypracowana przez profesorów Uniwersytetu Yale, Harolda Laswella i Myeresa McDougala. Tak zwana *policy oriented jurisprudence* to próba syntezy XX-wiecznej amerykańskiej myśli prawniczej[39]. W swojej analizie prawa skupiała się ona na procesie decyzji wyboru wartości, którym ma służyć prawo. Zgodnie z założeniami tej teorii należy, opierając się w miarę możliwości na danych empirycznych, ustalić te wartości, przeanalizować czynniki wpływające na decyzję i ustalenie najskuteczniejszego sposobu maksymalizacji założonych celów[40]. W związku z tym, przy badaniu prawa nie można ograniczać się do normatywności praw (choć jednocześnie *law in books* nie jest tak radykalnie deprecjonowane, jak w doktrynie realizmu prawniczego)[41]. Analiza aksjologiczna (której dotyczyć ma pierwotny proces decyzyjny) w żadnej mierze nie powinna przyjmować formy jakiejś metafizyki spekulatywnej[42]. Najciekawszym i wyjątkowo oryginalnym elementem *policy oriented jurisprudence* jest podkreślenie roli instytucji ujmowanych jako wzory postępowania i funkcjonujących w ich obrębie „mitów prawnych". Mity składają się z: „doktryny, ustanowionych zasad i wierzeń"[43], które obejmują kolejno: filozofię prawno-polityczną, postanowienia konstytucyjne, ustawowe i podustawowe, a także wzorce kulturowe, polityki pamięci, uwarunkowania klasowe oraz pozycję jednostek i grup w ustalaniu wartości. W procesie analizy decyzji prawodawczej należy zwrócić uwagę również na te czynniki, które mogą wpływać na odbiór, interpretacje i legitymizacje danego przepisu.

W świetle wyżej opisanych założeń EAP i CLS można łatwo ustalić, które z wątków koncepcji Laswella i McDougala przejęły te teorie. Myślicieli z nurtu CLS w swoich analizach prawa skupiają się

39 K. Opałek, J. Wróblewski, *Współczesna*…, s. 269.

40 K. Opałek, J. Wróblewski, *Współczesna*…, s. 272.

41 Zob. K. Opałek, J. Wróblewski, *Współczesna*…, s. 273.

42 K. Opałek, J. Wróblewski, *Współczesna*…, s. 275.

43 K. Opałek, J. Wróblewski, *Współczesna*…, s. 276.

głównie na „mitach" zakorzenionych w instytucjach i porządkach prawnych, twierdząc, że to mit jest właściwą treścią prawa, nadającą mu treść i legitymizującą je. Istotnym jest także proces decyzyjny przy wyborze wartości, gdyż *Critsi* postulują wzięcie pod uwagę „aprecjacji Innego, czyli uwzględnienia mniej lub bardziej świadomie wypieranych bądź lekceważonych przez *mainstream* projektów społecznych"[44]. Z kolei przedstawiciele ekonomicznej analizy prawa wcielili w życie postulat dotyczący analizy wyboru wartości w drodze badań empirycznych. Ekonomia opisywana jest przez EAP jako nauka o ludzkim zachowaniu i dokonywaniu wyborów w świecie ograniczonych dóbr. Niedostatek zasobów powoduje niemożliwość zaspokojenia wszystkich potrzeb. W takiej sytuacji do rangi najważniejszych wartości wyrastają efektywność i użyteczność[45], przez pryzmat których dokonuje się oceny tak ludzkiego działania, jak i prawa[46].

Podsumowując krótko powyższe rozważania stwierdzić należy, iż ekonomiczna analiza prawa i ruch krytycznych studiów nad prawem podzielają zasadnicze założenia szeroko pojętego amerykańskiego funkcjonalizmu – antyformalistyczną postawę, instrumentalizm, narzędzia badawcze wykorzystujące nauki pozaprawne czy dowartościowywanie „faktyczności"[47] prawa. Dlatego też analiza tych prądów anglosaskiego prawoznawstwa z perspektywy konkretnych doktryn funkcjonalistycznych pozwala dostrzec ich oboczności – jak inne przedmioty zainteresowania czy różnicę epistemologiczną między nimi. Będąc świadomymi ich genezy, części wspólnych i odrębności, przejść należy do systematycznej krytyki EAP z punktu widzenia CLS.

44 A. Sulikowski, K. Otręba, *O potrzebie*…, s. 8.

45 Zob. przyp. 25.

46 A. Bator, *Instrumentalizacja*… s. 32; M. Galecki, *Homo*…, s. 246–247; J. Kaczor, *Law and Economics a liberalny porządek prawny,* [w:] *Analiza ekonomiczna w zastosowaniach prawniczych,* red. J. Stelmach, M. Soniewicka, Warszawa 2007, s. 72–73.

47 Termin „faktyczność prawa" zaczerpnąłem z filozofii Jurgena Habermasa, w której oznacza on pozanormatywne, społeczne uwarunkowania funkcjonowania prawa; zob. J. Habermas, *Faktyczność i obowiązywanie,* Warszawa 2005, s. 20 i n.

Filozoficzne powinowactwa i założenia EAP. Krytyka ekonomicznej analizy prawa z punktu widzenia CLS

Rozum nigdy nie kierował rzeczywistością społeczną, ale teraz został tak gruntownie oczyszczony z wszelkich specyficznych tendencji czy skłonności, że -w końcu zrezygnował nawet z oceniania działań i sposobu życia człowieka. Zostawił je do ostatecznego usankcjonowania sprzecznym interesom, na które nasz świat wydaje się zdany[48].
M. Horkheimer

Rozważyć należy, jakie tezy filozoficzne, moralne i antropologiczne stoją za założeniami ekonomicznej analizy prawa. Zasadniczym *credo* EAP jest opis ludzkich zachowań w kategoriach maksymalizacji efektywności ekonomicznej, co pozwala na wypracowanie normatywnych wzorców służących do oceny regulacji prawnych i długofalowej polityki[49]. „Ekonomia" rozumiana jest jako nauka o efektywnym podejmowaniu działań przez jednostki w świecie o ograniczonych zasobach. W zakresie, w jakim za cel stawia sobie ona maksymalizację efektywności, przypomina ona utylitaryzm, a gdy stara się przewidywać i porównywać działania przez pryzmat ich skutków, odwołuje się do pragmatyzmu. Jej ujęcie ekonomii z kolei bezpośrednio odwołuje się do neoliberalnej mikroekonomii[50]. Konieczne jest przyjrzenie się tym prądom myślowym, ich słabym i mocnym stronom, z których korzysta EAP, jak słusznie zauważyli Beata Polanowska-Sygulska[51] i Krzysztof Koźmiński[52]. Będzie to początek właściwej krytyki omawianego nurtu.

Choć Richard Posner, jeden z twórców i popularyzatorów ekonomicznego podejścia do prawa, unikał bezpośrednich deklaracji

48 *Krytyka instrumentalnego rozumu,* [w:] M. Horkheimer, *Społeczna funkcja filozofii,* Warszawa 1987, s. 252.

49 R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna analiza prawa,* Warszawa 2009, s. 4–5.

50 Tak definiuje neoliberalizm Michel Foucault; zob. M. Foucault, *Narodziny biopolityki,* Warszawa 2011, s. 227.

51 B. Polanowska-Sygulska, *Użyteczność a maksymalizacja bogactwa: Filozoficzne zakorzenienie poglądów Chicagowskiej szkoły law & economics,* „Arichiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej" 2011, vol. 3, no. 1, s. 6.

52 K. Koźmiński, *Krytyka*…, s. 36.

dotyczących jego teoretycznych inspiracji, podkreślając jej praktyczno-empiryczny, a nie filozoficzny wymiar[53], związki z myślą Jeremy'ego Benthama i Johna Stuarta Milla są oczywiste. Główną myślą utylitaryzmu jest maksymalizacja dobrobytu jak największej ilości osób. Wszelkie zachowania i wybory ludzkie, moralne czy prawne powinny być oceniane przez pryzmat użyteczności, czyli własności przedmiotu lub stanu rzeczy, dzięki której wytwarza on korzyść, zysk, przyjemność, dobro lub szczęście[54]. Należy więc przeprowadzić odpowiednią kalkulację zysków i strat (tzw. „rachunek szczęśliwości" Benthama[55]), aby uzyskać najlepsze rozwiązanie danej kwestii. Sam Posner precyzował, iż „użyteczność" należy rozumieć na gruncie EAP węziej, jedynie w sprawach, które są „w pewien sposób »związane z pieniędzmi« (*related to money*). Owego kryterium nie należy jednak interpretować jako prostego miernika finansowego. Zgodnie bowiem z zamysłem jego twórcy odnosi się ono do sumy wszystkich materialnych i niematerialnych dóbr oraz usług, mierzonych cenami podaży i popytu"[56]. Ową „sumę" należy badać przy zastosowaniu omawianego wcześniej twierdzenia Coase'a i ustaleniu efektywności w rozumieniu Pareto (sytuacja zainteresowanych w danym układzie nie może być większa bez pogorszenia sytuacji innej osoby)[57] lub Kaldrona-Hicksa (zyski jednego podmiotu przewyższają straty innego wskutek danego rozwiązania ekonomicznego)[58]. Ta tendencja do matematyzowania i formalizowania może być ujmowana w kategoriach „instrumentalizacji rozumu", którą zauważali już

53 „Zbudowanie solidnych filozoficznych fundamentów dla maksymalizacji bogactwa być może jest niemożliwe" – R. Posner, *The problems of jurisprudence,* Cambridge, Massachussets-London 1990, s. 374; por. R. Posner, *Law and Economics is Moral,* „Valparaiso University Law Review" 1990, vol. 24, n. 2, s. 166.

54 J. Bentham, *Wprowadzenie do zasad moralności i prawodawstwa,* Warszawa 1958, s. 18.

55 J. Bentham, *Wprowadzenie*…, s. 43–44.

56 B. Polanowska-Sygulska, *Użyteczność*…, s. 6.

57 W. Gromski, *Law and economics jako teoria polityki prawa*, [w:] *Analiza ekonomiczna w zastosowaniach prawniczych,* red. J. Stelmach, M. Soniewicka, Warszawa 2007, s. 48.

58 M. Galecki, *Homo*…, s. 247.

frankfurtczycy pierwszej generacji[59]. Odnosi się ona do prymatu rozumowania, które służy do osiągania założonych wcześniej celów, bez odnoszenia się bezpośrednio do nich, nazwanego „rozumem instrumentalnym"[60]. Jego przeciwieństwem jest rozum substancjalny, analizujący cele, wartościujący je, dokonujący wyboru między nimi. Rozum instrumentalny stosowany przez ekonomiczną analizę prawa pozostaje ślepy na wszystkie cele i wartości stawiane prawu – sprawiedliwość prawa, językową jasność, spójność – interesuje go tylko jego skuteczność umożliwiającą osiąganie celów[61]. W związku z tym wydaje się, że postulowane przez EAP jest redukcjonistyczne myślenie prawodawcy, który, tak jak uczestnik rynku, instrumentalizuje swoją wiedzę do osiągnięcia założonych efektów, bez brania pod uwagę swojej władczej pozycji – tego, że jego decyzje będą nie tylko indywidualne, ale tworzyć będą reguły panujące na rynku[62]. Prowadzi to do sytuacji, w której dominuje się mniejszych uczestników rynku – jest to kwestia niejako dziedziczona po utylitaryzmie, zauważana przez takich myślicieli jak chociażby John Rawls. Wskazywał on, iż „kiedy społeczeństwo ogłasza za swój cel maksymalizację sumy wartości wewnętrznej czy bilansu netto zaspokojenia interesów, łatwo się może okazać, że odmówienie niektórym wolności jest usprawiedliwione w imię tego jednego celu"[63]. „Większy" uczestnik rynku, który generuje większą pod względem ilościowym korzyść, ma znaczącą przewagę nad mniejszymi uczestnikami gry rynkowej. Na ten ilościowy problem utylitarnego, „kalkulacyjnego" myślenia zwracał uwagę Derek Parfit, który określił go mianem „odpychającej konkluzji" – ilościowy wzrost dobra poszczególnych jednostek może

59 Zob. T. Adorno, M. Horkheimer, *Dialektyka Oświecenia,* Warszawa 2010; M. Horkheimer, *Krytyka…*

60 M. Horkheimer, *Krytyka…*, s. 250–253.

61 A. Bator, *Instrumentalizacja…*, s. 26.

62 A. Bator, *Instrumentalizacja…*, s. 32. Andrzej Bator wskazuje, że przy deskryptywnej analizie prawa te przeciwieństwa się nie wykluczają, nie wspomina jednakże nic o normatywnych ambicjach zwolenników EAP, o których można przeczytać już na pierwszych stronach podręcznika do ekonomicznej analizy prawa (zob. przypis 46). W przypadku normatywnego ujęcia sprzeczność jest nie do uniknięcia.

63 J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości,* Warszawa 2013, s. 311.

przynieść więcej korzyści niż wzrost jakościowy, usprawiedliwiając tym samym radykalne pogorszenie sytuacji większości uczestników gry rynkowej[64]. Tym samym, pod pozorem obiektywnej procedury, jaką ma być analiza kosztów-korzyści (jak nazywa metodę EAP czołowy *Crits,* Duncan Kennedy[65]), wprowadza się hegemonię „większego" uczestnika rynku.

Ponadto, jak wskazuje Kennedy, już w samym twierdzeniu Coase'a ukryte są założenia i niespójności, które prowadzą do niemożliwości uznania analizy kosztów-korzyści za jedynie techniczne narzędzie. Według tego przedstawiciela CLS, ustalając efektywność tylko z pozoru dysponujemy obiektywnym instrumentem, wolnym od politycznych wartościowań. Ilustruje to na przykładzie argumentacji, która zdobyła popularność wśród zwolenników ekonomicznej analizy prawa, wliczającej do swej kalkulacji koszty psychiczne[66]. Dzięki ich nieokreśloności można kształtować ostateczny efekt właściwie w każdy sposób, tak, aby był w pożądanym rozumieniu efektywny. Przykładem może być przytoczone przez Kennedy'ego zamknięcie fabryki, spowodowane poprzez konieczność wypłaty odszkodowań sąsiadom za spowodowane przez nią zanieczyszczenia środowiska. Gdyby wziąć pod uwagę potencjalne koszty psychiczne, które takie wydarzenie mogłoby za sobą nieść – utratę miejsc pracy wśród wielu członków lokalnej społeczności, idącą za tym demoralizację byłych pracowników i dezintegrację wspólnoty – może okazać się to (nawet z punktu widzenia potencjalnych beneficjentów odszkodowań) nieefektywne[67]. Argumentu tego można użyć na wszelkie możliwe sposoby, właściwie w jakiejkolwiek sytuacji.

64 D. Parfit, *Reasons and Persons*, Oxford-New York 1986, s. 389, za: B. Polanowska-Sygulska, *Użyteczność*…, s. 8.

65 Kennedy nazywa tak badanie prawa pod kątem użyteczności w każdym sensie, zarówno pod kątem efektywności Pareto i twierdzenia Coase'a; zob. D. Kennedy, *Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique,* „Stanford Law Review" 1981, Vol. 33, No. 3, s. 387 i n., jak i efektywności w sensie Kaldrona-Hicksa; zob. D. Kennedy, *law-and-economics from the perspective of critical legal studies,* [w:] P. Newman, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law,* Londyn 1998, s. 465 i n.

66 D. Kennedy, *Cost-Benefit*…, s. 398.

67 D. Kennedy, *Cost-Benefit*…, s. 399.

Każdy zestaw kosztów i zysków zawiera w sobie pewne wartościowanie, które nigdy nie jest apolityczne.

Założenia EAP rzutujące na wynik jej obiektywnej analizy są przedmiotem uwag nieformalnego ojca ruchu krytycznych studiów nad prawem, Roberto Mangabeiry Ungera. Stwierdza on, że ekonomiczna analiza prawa abstrakcyjną i uniwersalną ideę rynku utożsamia z konkretną sytuacją społeczną, polityczną i gospodarczą, a formalne, wydawałoby się, pojęcie efektywności alokacyjnej zostaje wykorzystane jako „pałka" na odchylenia w rzekomo ogólnej wizji ewolucji porządku prawnego i rozumowaniach prawniczych, które EAP uznaje za słuszne i prawomocne[68]. W związku z tym narzędzia służące do analizy poszczególnych sytuacji i instytucji są uwikłane w konkretną wizję normatywną, od czego przecież sami twórcy EAP mieli ambicję uciec[69]. Podobne wnioski zawarł w artykule o znaczącym tytule *Law and Economics: Science or Politics?* Morton Horwitz[70], wskazując na uwikłania EAP w założenia szkoły chicagowskiej. Według niego nie jest jasne, czy istnieją niezależne kryteria do oceny efektywności, czy też raczej z definicji efektywny jest wynik, który otrzymalibyśmy w możliwie wolnorynkowych warunkach, o czym w istocie mówi twierdzenie Coase'a[71]. Tym samym staje się ona idealnym narzędziem ideologicznym dla krytyków jakichkolwiek interwencji państwowych, przerzucając ciężar dowodu na zwolenników regulacji, jednocześnie maskując się pod pozorem obiektywnego, technicznego narzędzia ekonomicznego[72]. Zmienia tym samym spór między dwoma wykluczającymi się stanowiskami na jedynie słuszne, czysto techniczne rozwiązanie, zmuszając jednocześnie przeciwnika do gry na jej własnych, pozornie obiektywnych – a praktycznie służących określonej wizji politycznej (liberalnej ekonomicznie) i antropologicznej (*homo economicus*) – zasadach. Jest to mechanizm doskonale opisany w filozofii politycznej, chociażby przez Chantal Mouffe, jako

68 R.M. Unger, *Ruch*…, s. 12-13.

69 R. Posner, *Law and economics*…, s. 166-167; C.E. Baker, *The Ideology of Economic Analysis of Law,* „Philosophy and Public Affairs" 1975, vol. 5, no. 1, s. 3 i n.

70 M. Horwitz, *Law*… s. 905 i n.

71 M. Horwitz, *Law*…, s. 909.

72 M. Horwitz, *Law*…, s. 908.

element postpolityki[73], która, wedle słów Jacquesa Rancière'a, jest „praktyką rządzenia i pojęciowym uprawomocnieniem demokracji bez *demosu*"[74].

Z tej perspektywy przeanalizować należy, jak EAP osuwa się w formalizm. Z teorii mającej służyć maksymalizacji efektywności alokacji dóbr (czyli dobrostanu jednostek) wypracowała narzędzia i wizje świata zaskakująco podobne do tych z czasów epoki Langdella. Zwrócić uwagę należy na to, iż redukcjonizm narzędzi interpretacyjnych EAP analiza kosztów-korzyści (twierdzenie Coase'a i efektywność Pareto lub Kaldrona-Hicksa) oraz podkreślanie naukowości tej metody[75], które sugeruje, iż wynik przeprowadzanego wnioskowania nie jest zależny od wyborów politycznych i aksjologicznych podmiotu decydującego się na wykorzystanie tych narzędzi (a jedynie od obiektywnego wyboru najbardziej efektywnego alokacyjnie), doskonale wpisują się w scharakteryzowany w pierwszej części tekstu XIX-wieczny formalizm. Nie tylko metody, ale i wartości, którym *de facto* służą narzędzia EAP, nasuwają podobne skojarzenia. Jak wskazują Tomasz Stawecki[76] i Wiktor Osiatyński[77], formalistyczne rozumowania prawnicze sprowadzały się w czasach popularności tego rodzaju myślenia do uprawomocniania działań w sferze indywidualnej konkurencji ekonomicznej, wykluczając jakąkolwiek politykę progresywną i obronę ówczesnego *status quo*. Sądy stosujące formalistyczne rozumienie prawa, jak pokazał Osiatyński w swojej analizie orzecznictwa epoki Langdella, dokonywały pozornie technicznych operacji logicznych dedukując z amerykańskiej konstytucji *laissez fairyzm,* bardzo szeroką swobodę umów oraz rygorystyczne ograniczenia interwencjonizmu państwowego[78]. Dokładnie te same wartości są kluczowe dla zabezpieczenia efektywności według twórców ekonomicznej analizy prawa: Richard Posner otwarcie deklaruje, iż według niego państwo może działać jedynie subsydiarnie w tych

73 Ch. Mouffe, *Polityczność,* Warszawa 2008, s. 23 i n.

74 J. Rancière, *Disagreement,* Minneapolis 1991, s. 102; za: Ch. Mouffe, *Polityczność*…, s. 44.

75 R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna*…, s. 1, s. 6 i n.

76 T. Stawecki, *Instrumentalne*…, s. 46.

77 W. Osiatyński, *Ewolucja amerykańskiej myśli politycznej i społecznej,* Warszawa 1983, s. 316.

78 W. Osiatyński, *Ewolucja*…, s. 317–324.

aspektach, gdzie rynek „ponosi bardzo poważne porażki”[79], a twierdzenie Coase'a wprost postuluje swobodę umów (a więc brak regulacji lub przepisy dyspozytywne[80]) jako domyślną formę regulacji prawnej. Widać wyraźnie, iż zarówno założenia, jak i skutki ekonomicznej analizy prawa niejako powtarzają tak założenia, jak i skutki formalizmu.

Podsumowanie

Jesteśmy bliscy przebudzenia
kiedy śnimy, że śnimy[81]
Novalis

Powyższy wywód miał na celu ukazać woltę, którą jest ekonomiczna analiza prawa jako swoisty „bunt kwiatów przeciwko korzeniom”. Nie jest to oczywiście otwarty bunt, a raczej nieświadome zbłądzenie – wywodząc się z antyformalistycznego ruchu funkcjonalizmu w prezentowanym ujęciu, postulowanym przez ruch krytycznych studiów nad prawem, osuwa się ona w pierwotny przedmiot sprzeciwu jej źródeł – formalizm. Krytyka EAP z punktu widzenia CLS nie ma (a przynajmniej nie przede wszystkim) na celu konstruowania konkurencyjnej wizji prawa i rozumowań prawniczych. Ma ona ambicje uświadomienia ograniczeń i sprzeczności wynikających z paradygmatów i założeń EAP. Jej zadaniem jest z jednej strony pełnienie funkcji sumienia przywołanego na wstępie tekstu, przypominającego o tradycjach amerykańskiej jurysprudencji, z których ekonomiczne podejście do prawa się wywodzi, a z drugiej jej rola to bycie ciałem obcym, ziarnkiem piasku, które trafiając do skorupy małża jest bodźcem do wytworzenia zupełnie nowej jakości – perły[82]. Ma ona inspirować przedstawicieli EAP do porzucenia dogmatów szkoły chicagowskiej, zdania sobie sprawy z wewnętrznych uwikłań i ograniczeń, a w konsekwencji zrewidowania swoich podstaw, które – jak pokazuje niniejszy tekst – powtarzają formalistyczne błędy.

79 R. Posner, *Law and economics*…, s. 166.

80 A. Bator, *Instrumentalizacja*…, s. 39–41.

81 Cytat za: U. Eco, *Sztuka,* Kraków 2008, s. 264.

82 Tak o CLS w swoim referacie mówił Adam Sulikowski na VIII Zjeździe Młodych Teoretyków i Filozofów Prawa „Granice prawa, granice w prawie” w Łagowie.

Bibliografia

- Adorno T., Horkheimer M., *Dialektyka Oświecenia,* Warszawa 2010.
- *Analiza ekonomiczna w zastosowaniach prawniczych,* red. J. Stelmach, M. Soniewicka, Warszawa 2007.
- Arban E., *Interdisciplinary approaches to legal research: law and economics and critical legal studies from a North American perspective,* „Amministrazione in Cammino" 2011, vol. 1.
- Baker C.E., *The Ideology of Economic Analysis of Law,* „Philosophy and Public Affairs" 1975, vol. 5, no. 1.
- Bentham J., *Wprowadzenie do zasad moralności i prawodawstwa,* Warszawa 1958.
- Cabaj J., *Critical legal studies a liberalna koncepcja prawa,* „Ius Novum" 2013, nr 3.
- Coase R.H., *Firma, rynek i prawo,* Warszawa 2013.
- Cooter R., Ulen T., *Ekonomiczna analiza prawa,* Warszawa 2009.
- Dębska H., *Prawo jako pole (ujęcie modelowe),* „Państwo i Prawo" 2016, nr 9.
- Dębska H., *Władza, symbol, prawo,* Warszawa 2015.
- Eco U., *Sztuka,* Kraków 2008.
- Foucault M., *Narodziny biopolityki,* Warszawa 2011.
- Habermas J., *Faktyczność i obowiązywanie,* Warszawa 2005.
- Horkheimer M., *Społeczna funkcja filozofii,* Warszawa 1987.
- Horwitz M., *Law and economics: Science or Politics?,* „Hofstra Law Review" 1980, vol. 8, no. 4.
- Kennedy D., *Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique,* „Stanford Law Review" 1981, Vol. 33, No. 3.
- Kowalski J., *Funkcjonalizm w prawie amerykańskim,* Warszawa 1960.
- Koźmiński K., *Krytyka ekonomicznej analizy prawa,* „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego" 2016, nr 1.
- Mańko R., *Koncepcja interpelacji ideologicznej a krytyczny dyskurs o prawie,* „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej" 2014, nr 1.
- Matczak M., *Summa Iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa,* Warszawa 2007.
- Minda G., *The Jurisprudential Movements of 1980s,* „Ohio State Journal" 1989, vol. 50.
- Mouffe Ch., *Polityczność,* Warszawa 2008.
- Newman P., *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law,* Londyn 1998.

- Opałek K., Wróblewski J., *Współczesna teoria i socjologia prawa w Stanach Zjednoczonych,* Warszawa 1963.
- Osiatyński W., *Ewolucja amerykańskiej myśli politycznej i społecznej,* Warszawa 1983.
- Parfit D., *Reasons and Persons*, Oxford-New York 1986.
- Poe E.A., *William Wilson*, https://wolnelektury.pl/katalog/lektura/william-wilson.html.
- Polanowska-Sygulska B., *Użyteczność a maksymalizacja bogactwa: Filozoficzne zakorzenienie poglądów Chicagowskiej szkoły law & economics,* „Arichiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej" 2011, nr 1.
- *Ponowoczesność. Z zagadnień teorii i filozofii prawa*, red. M. Błachut, Wrocław 2007.
- Posner R., *Law and Economics is Moral,* „Valparaiso University Law Review" 1990, vol. 24, no. 2.
- Posner R., *The problems of jurisprudence,* Cambridge, Massachussets-London 1990.
- *Prawo i ład społeczny. Księga pamiątkowa dedykowana profesor Annie Turskiej,* red. G. Polkowska, Warszawa 2000.
- Rancière J., *Disagreement,* Minneapolis 1991.
- Rawls J., *Teoria sprawiedliwości,* Warszawa 2013.
- Seidler G.L., Arctowa M., *Funkcjonalizm w burżuazyjnej nauce prawa,* „Państwo i Prawo" 1951, nr 7.
- Standen J.A., *Critical Legal Studies as an Anti-Positivist Phenomenon,* „Virgina Law Review" 1986, vol. 72, no. 5.
- Stelmach J., Brożek B., *Metody prawnicze,* Kraków 2004.
- Sulikowski A., *Idee i metody współczesnych krytycznych studiów nad prawem,* „Przegląd Prawa Publicznego" 2015, nr 7–8.
- Sulikowski A., Otręba K., *O potrzebie studiów krytycznych nad prawem konstytucyjnym,* „Państwo i Prawo" 2017, nr 3.
- *The Oxford Handbook of Law and Politics*, red. K.E. Whittington, R.D. Keleman, G.A. Calderia, Oxford 2010.
- Unger R.M., *Ruch studiów krytycznych nad prawem,* Warszawa 2005.
- Walentowicz H., *Program teorii krytycznej Maxa Horkheimera,* „Nowa Krytyka" 2001, nr 1.

Gniewomir Wycichowski-Kuchta – student prawa i filozofii w ramach Kolegium MISH Uniwersytetu Warszawskiego. Członek zarządu Koła Naukowego Filozofii Prawa Karnego „Dobro Wspólne".

Andrzej Porębski

OGRANICZENIA STOSOWALNOŚCI OGÓLNYCH INFORMACJI STATYSTYCZNYCH JAKO KRYTERIUM DOWODOWEGO

Abstrakt

Czy fakt, że wina danej osoby jest bardziej prawdopodobna od jej niewinności, jest na gruncie ekonomicznej analizy prawa wystarczającą przesłanką do skazania jej? – oto pytanie, które można uznać za przewodnie w prezentowanej pracy.

Rozważania w ramach tekstu koncentrują się na analizie problemu opisującego sytuację postawienia przed sądem pewnej liczby osób wybranych z większej grupy, w której znana jest liczba winnych. Został on sformułowany przez Roberta Cootera i Thomasa Ulena. Należy podkreślić, że znana jest wyłącznie liczba winnych w grupie, nie zaś ich tożsamość. Autorzy proponują na pierwszy rzut oka bezsporną – w obrębie ekonomicznej analizy prawa – tezę: wyższe od 50% obiektywne prawdopodobieństwo bycia winnym, przy braku innych informacji, tworzy przewagę dowodów za winą pozwanego, zatem pozwany powinien zostać skazany. Jak się jednak okazuje, możliwość zastosowania prawdopodobieństwa jako kryterium dowodowego powinna zostać przeanalizowana dogłębniej niż zrobili to Cooter i Ulen. Próba ta podjęta zostaje w ramach tej pracy.

W początkowej części tekstu przedstawionych zostało kilka uwag na temat pochopnego utożsamiania tylko pozornie równoważnych danych związanych z prawdopodobieństwem. Takie uproszczenie można zaobserwować w źródłowym przykładzie. Następnie wprowadzony został formalny model zagadnienia, którego przyjęcie umożliwiło dalszą analizę problemu. Polega ona na opisaniu zasadniczych trudności, zarówno natury statystycznej, jak

i prawnej, związanych z uznaniem tezy autorów przykładu. Analizowane są między innymi ryzyko skazania większej liczby niewinnych niż winnych w różnych wariantach przykładowej sytuacji oraz potencjalnie absurdalne konsekwencje przyjętej linii oskarżenia.

Poprzez analizę przykładu Cootera i Ulena praca ma wskazać trudności indukowane przez niektóre wnioskowania probabilistyczne.

Abstract

Is the fact that the probability of someone's guilt is higher than of their innocence enough, according to law and economics principles, to convict them? – that is the main question this paper aims to answer by analysing a problem proposed by Robert Cooter and Thomas Ulen. A group of people are prosecuted because of their participation in an event where a certain number of persons have committed an offence. It must be stressed that only the number of the guilty is known, not their identity. The authors make a point that seems to be undisputed within law and economics: if the probability of guilt is higher than 50%, the condemning verdict should be passed, since the evidence of guilt is stronger than against it. However, the applicability of using probability as an evidence should be analysed more thoroughly than Cooter and Ulen did. This paper is an attempt to provide such analysis.

At first, the risk of unjustified considering seemingly similar pieces of probabilistic information as equal is pointed out. This is found to be the case of authors' example. Subsequently, the formal model of the example is presented. Basing on it, the problem is discussed and some vital issues concerning its statistical and legal aspects are described. Among them, the risk of convicting more innocent than guilty is calculated and undesired potential consequences of following the line of accusation shown in the example are investigated.

Probabilistic reasoning brings risk of mistakes. The paper addresses this problem analysing the example described by Cooter and Ulen.

1. Wstęp

Nurt ekonomicznej analizy prawa ma charakter silnie interdyscyplinarny. Nawet uściślone i umieszczone w pewnych ramach problemy roztrząsane mogą być z wielu odmiennych perspektyw. Badacz może

na poziomie wyłącznie formalnym rozbudowywać i modyfikować model matematyczny służący do analizy danego tematu, ale może też przyjrzeć się zupełnie niematematycznym założeniom poczynionym przy jego konstruowaniu. Może krytykować zarówno formalne zależności mające opisywać pewne zachowania ludzkie, jak i dobór elementów zbioru zachowań ludzkich istotnych z punktu widzenia wyjaśnienia danego problemu. Wyliczanie i uszczegóławianie rozlicznych możliwych do przyjęcia perspektyw, których tak szerokie grono zapewnia interdyscyplinarność nurtu, nie będzie oczywiście tematem przewodnim tego tekstu. Ale uzmysłowienie sobie tej wielości, wsparte przez świadomość bogactwa narzędzi zapewnianych przez współczesną matematykę, różnorodności koncepcji ekonomicznych czy psychologicznych, a także posiadania przez człowieka wyjątkowej zdolności do analizowania problemów, pozwala na poczynienie prostej konkluzji: nawet proste przykłady ilustrujące jakieś zagadnienie mogą stanowić pole do bardzo rozbudowanych rozważań. Zapoznając się z literaturą poświęconą ekonomicznej analizie prawa, można czasem odnieść wrażenie, iż potencjał wielu z zaproponowanych przykładów został wykorzystany tylko w niewielkim stopniu. Być może warto do nich wrócić, odnieść się do przeprowadzonej już analizy, a następnie odpowiednio ją rozszerzyć? Pozytywna odpowiedź na to pytanie stanowi podstawową motywację dla stworzenia tego tekstu. Za jeden z takich przykładów uznać można prezentowane w *Ekonomicznej analizie prawa* autorstwa Roberta Cootera i Thomasa Ulena, jednym z popularnych podręczników tego przedmiotu, studium wtargnięcia na koncert rockowy (które w dalszej części nazywane będzie po prostu „studium koncertu" lub „przykładem koncertu"). To szczegółowej analizie tej hipotetycznej sytuacji oraz wyłożeniu płynących z tej analizy wniosków poświęcona będzie niniejsza praca.

2. Omówienie przykładów bazowych

Pełne sformułowanie **podstawowego przykładu koncertu** brzmi następująco:

> Bilety na koncert rockowy zostały wyprzedane. Sala mieści 1000 osób. Posiadacze biletów przechodzą przez drzwi frontowe i zajmują

400 miejsc. Zanim reszta posiadaczy biletów zajmie swoje miejsca, grupa nieokrzesanych wyrostków wyważa tylne drzwi i zajmuje 600 pozostałych miejsc. Wyrostków jest tak wielu, że organizator koncertu nie jest w stanie ich wyrzucić i decyduje się rozpocząć koncert.

Organizator koncertu fotografuje publiczność, wśród której udaje mu się zidentyfikować 100 osób. Nie wie jednak, które osoby z tej setki kupiły bilety, a które wtargnęły przez tylne drzwi, toteż w pozwie wskazuje wszystkich. Do czasu złożenia pozwu wiele osób wyrzuciło pozostałe im po koncercie odcinki biletów, więc tylko niektórzy pozwani będą w stanie na tej podstawie udowodnić, że faktycznie kupili bilety. Na rozprawie sądowej prawnik powoda podkreśla, że postępowanie w sprawach cywilnych jest rozstrzygane na podstawie przewagi dowodów na korzyść. Ponadto wskazuje, że 600 spośród 1000 fanów wtargnęło na koncert tylnymi drzwiami, a w związku z tym możliwość, aby pozwany okazał się jednym z nich, wynosi przynajmniej 0,6. Według prawnika powoda, przewaga dowodów na korzyść przemawia za uznaniem odpowiedzialności każdego z pozwanych, a w związku z tym jego klient powinien wygrać proces[1].

Przedstawionego przykładu Cooter i Ulen nie analizują dogłębnie, a w szczególności nie przesądzają o zasadności argumentacji prawnika. Wydaje się jednak, że studium koncertu może posłużyć do rozważań poświęconych obiektywnemu prawdopodobieństwu jako kryterium dowodowemu; może ono też stanowić bazę dla opartej o wykorzystanie metod statystyki matematycznej prezentacji problemów, na które napotyka każdy, kto chce uzależnić decyzję prawną od prawdopodobieństwa; ostatecznie, może również być punktem wyjścia do niezwiązanej z matematycznymi przekształceniami dyskusji na temat wspomnianych problemów. Próba wykorzystania każdej z tych możliwości zostanie podjęta w obrębie tego tekstu.

W konstrukcji przykładu jedna informacja może budzić poważne wątpliwości. Stwierdzenie, że tylko niektórzy pozwani będą w stanie udowodnić, że wykazali się uczciwością, bez wskazania, o jakiej liczbie mowa, wprowadza nieścisły element uniemożliwiający „twardą" analizę statystyczną. Cooter i Ulen w żaden sposób nie odnoszą się

1 R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna analiza praw*a, Warszawa 2011, s. 561–562. Książka ta, w języku angielskim, jest bezpłatnie udostępniana przez autorów w Internecie, https://scholarship.law.berkeley.edu/books/2/ (s. 438).

później do tej informacji ani z niej nie korzystają, dlatego sprawia ona wrażenie zamieszczonej tylko po to, by opis sytuacji wydawał się bardziej realistyczny. Przed przejściem do dalszej analizy należy albo tę wiadomość uściślić, albo ją pominąć. Efektem uściślenia byłoby uzyskanie informacji o tym, że pewna liczba osób posiada dowód niewinności. W związku z tym w grupie wszystkich obecnych na koncercie pojawiłaby się podgrupa osób, które są niewinne i posiadają na to dowód. Reprezentanci tej podgrupy znaleźliby się w nieokreślonej liczbie w gronie pozwanych. Ujawnienie przez nich dowodu niewinności zapewniałoby dodatkową informację i tym samym zwiększało prawdopodobieństwo, że osoba nieposiadająca dowodu jest winna (bo takie ujawnienie pociągałoby za sobą ustalenie statusu danej osoby, więc grupa potencjalnie winnych zmniejszałaby się). Jednak w praktyce przyjęcie w jakiejś uściślonej wersji omawianej wiadomości nie zmieniłoby w żaden sposób ogólnego charakteru studium koncertu: założenie, że wśród pozwanych występuje konkretna liczba osób posiadających dowód niewinności, prowadziłoby do powstania wersji studium dającej się zredukować do pozbawionej tego założenia wersji, w której liczba pozwanych i wszystkich obecnych na koncercie jest odpowiednio mniejsza. Z kolei założenie istnienia konkretnej liczby tego typu osób wśród wszystkich obecnych na koncercie prowadziłoby jedynie do wykreowania dodatkowego elementu losowego, który nie byłby co prawda w podany wyżej sposób redukowalny, ale też jego rola ograniczałaby się do zwiększania wartości wspomnianego prawdopodobieństwa i w znikomym stopniu wpływałaby na dalsze rozważania. Zarazem analiza tak rozbudowanej wersji przykładu byłaby dużo trudniejsza, bo konieczne stałoby się uwzględnienie dodatkowej zmiennej (liczby osób mogących udowodnić swą niewinność wśród pozwanych) i jej wpływu na pozostałe wartości.

Ze względu na wszystkie wspomniane kwestie, a w szczególności to, że sami autorzy przykładu koncertu nie odnosili się w żaden sposób do rozpatrywanej wiadomości, rozsądniejszym krokiem będzie jej pominięcie.

Warto przedstawić teraz przykład nie w wersji zaproponowanej przez Cootera i Ulena, lecz w formie pozbawionej zbędnych elementów opisowych:

1. Na koncercie znajduje się 1000 osób. → (N = 1000)
2. Spośród tej liczby 600 osób na koncert wtargnęło, a pozostałe 400 dostało się na niego w sposób legalny. → (K = 600)
3. Z grupy osób na koncercie wybrane zostaje 100 osób i każda z nich zostaje pozwana przed sądem. → (n = 100)

Natomiast rekonstrukcja argumentacji prawnika powoda prezentuje się następująco: prawdopodobieństwo, że dowolna osoba obecna na koncercie jest winna wtargnięcia wynosi przynajmniej 3/5, a ponieważ $3/5 > 1/2$, to dowody przemawiają za wygraną powoda w procesie wytoczonym przeciwko każdemu z pozwanych.

W argumentacji prawnika powoda dziwi użycie słowa „przynajmniej". Miało ono chyba wymiar jedynie retoryczny, bo prawdopodobieństwo to, obliczone jako iloraz K/N, wynosi dokładnie 600/1000, czyli 3/5 .

Skoro prawnik zgodnie z prawdą stwierdza, że dowolna osoba wylosowana z grona 1000 obecnych na widowni z większym prawdopodobieństwem będzie winna aniżeli niewinna, to gdzie w całym przykładzie tkwi problem?

Po pierwsze, w poszczególnych próbach losowych rozkład cechy (w tym wypadku: cechy bycia winnym) może być różny od rozkładu w całej populacji. Przy niewielkich próbach różnice te mogą być diametralne.

Po drugie, gdyby argumentacji prawnika przyznać cechę bezwzględnej prawidłowości, po zidentyfikowaniu i pozwaniu wszystkich osób znajdujących się na koncercie, okazałoby się, że zostaje skazane 1000 osób, czyli więcej, niż było faktycznie winnych.

Te dwa problemy nie są jedynymi wynikającymi z przyjęcia sposobu rozumowania charakterystycznego dla występującego w przykładzie prawnika powoda, ale to głównie wokół nich prowadzone będą dalsze rozważania. Jednak zanim zostaną one omówione dokładniej, warto przytoczyć jeszcze drugą, **zmodyfikowaną wersję studium koncertu**:

> Jeden z ochroniarzy przy tylnych drzwiach rzekomo rozpoznał 100 spośród osób, które wtargnęły na koncert. Organizator koncertu pozywa te osoby, a ochroniarz zeznaje w sądzie, że widział, jak wyważają drzwi. Przeprowadzony test wykazuje, że ochroniarz pamięta i prawidłowo rozpoznaje twarze w 60% przypadków. Prawnik powoda

> podkreśla, że postępowanie w sprawach cywilnych jest rozstrzygane na podstawie przewagi dowodów na korzyść, a prawdopodobieństwo prawidłowej identyfikacji przeprowadzonej przez ochroniarza jest wyższe niż identyfikacji nieprawidłowej. Dlatego też zdaniem tego prawnika powód powinien wygrać proces[2].

W zmodyfikowanej wersji studium informacja dotycząca udziału osób winnych w populacji zastąpiona zostaje zeznaniami świadka – i to na podstawie zeznań świadka formułowana jest argumentacja prawnika powoda. Bardzo interesujące jest stwierdzenie Cootera i Ulena, że dowody powstałe na gruncie pierwszej i drugiej wersji przykładu koncertu są równoważne. Jeśli istotnie tak jest, to informacja podana w zmodyfikowanym studium koncertu nie jest informacją nową. Pokazane zostanie, że dowody te nie są równoważne, a zmodyfikowane studium koncertu zawiera odmienną względem podstawowej wersji informację.

Na potrzeby dalszych rozważań konieczne jest sformalizowanie informacji z wspomnianego przed chwilą przykładu. Nie jest to zadanie proste, ponieważ sformułowanie o „prawidłowym rozpoznawaniu twarzy w 60% przypadków" jest wieloznaczne. Może ono odnosić się do prawdopodobieństwa tego, że ochroniarz w rzeczywistości widział twarz, o której twierdzi, że ją widział. Możliwe jest też, że podana wartość stanowi informację, że dla każdej grupy osób, co do których ochroniarz jest przekonany, że widział je w określonej sytuacji, 60% tej grupy istotnie się w niej znalazła, a pozostałe 40% zostało zidentyfikowane mylnie[3]. W dalszej części tego podpunktu przyjęta zostaje ta druga interpretacja.

2 R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna*…, s. 562. Warto dodać, że oryginalnie ta wersja studium koncertu została przez autorów podana dla zaznaczenia, że w amerykańskich sądach dowód oparty na relacji naocznego świadka przyjmowany jest chętniej od dowodu mającego źródło w samym tylko prawdopodobieństwie, nawet jeśli dowody te można uznać za równoważne.

3 Takie przedstawienie informacji stanowi swego rodzaju uproszczenie. Ściśle rzecz biorąc, nierealne jest przeprowadzenie testów, których wynikiem byłaby jedna, konkretna, zawsze prawdziwa wartość skuteczności ochroniarza. Podane w interpretacji 60% skuteczności mogłoby w rzeczywistości być jedynie wynikiem uśrednienia. Aby to zilustrować, warto rozważyć przypadek, w którym ochroniarz w trakcie testów rozpoznaje 17 osób. 60% z tej liczby to 9,4, a nie da się prawidłowo rozpoznać 9,4 osoby.

Skoro tak, to widoczne jest, że dowód z zeznań świadka przekazuje informację o tym, że w grupie 100 osób zauważonych przez ochroniarza 60 osób było winnych wtargnięcia.

Nie można jednak mówić o równoważności dowodów z obu wersji studium koncertu. Rzecz tkwi w tym, że wartość prawdopodobieństwa w obu przypadkach jest taka sama, ale są to prawdopodobieństwa czegoś innego. Jedyne prawdopodobieństwo, jakie można wywnioskować z pierwszej wersji studium koncertu, dotyczy bycia winną osoby wylosowanej spośród całego grona 1000 osób obecnych na koncercie. Znany jest zatem rozkład cechy bycia winnym, a zatem i interesujący rozkład prawdopodobieństwa, ale tylko w całej populacji – czyli wśród wszystkich 1000 osób. Nie jest znany rozkład tej cechy wśród pozwanych osób, czyli w próbie. Z kolei w zmodyfikowanym studium koncertu pojawia się informacja na temat rozkładu cechy w próbie, ponieważ pozwane zostają osoby zidentyfikowane przez ochroniarza i wiadomo, ile spośród tych osób jest winnych. Mimo że w obu przypadkach prawdopodobieństwo bycia winnym w danej grupie wynosi 3/5, to o inne grupy chodzi, zatem dowodów tych nie należy utożsamiać – niosą one inną informację[4]. Co za tym idzie, uwzględnienie obu omówionych informacji skutkowałoby stworzeniem trzeciej wersji studium koncertu. Nie byłaby ona redukowalna ani do podstawowego, ani do zmodyfikowanego studium.

Ktoś może jednak przytomnie zapytać: ale czy aby na pewno prawdopodobieństwo w próbie nie będzie równe prawdopodobieństwu w populacji? Czy cecha bycia winnym nie będzie tak samo często występować wśród pozwanych, jak wśród wszystkich uczestników koncertu? Odpowiedź brzmi: może się zdarzyć tak, że będzie ona występować tak samo często w obu grupach, ale to tylko jeden z możliwych

4 Jeśli przyjąć by interpretację przykładu, wedle której na 60% rozpoznana przez strażnika twarz naprawdę była przez niego widziana, to ustalenia tego punktu pozostają prawdziwe – przykłady wciąż nie są równoważne. To, co ulega zmianie, to informacja prezentowana w zmodyfikowanym studium koncertu. Dla tej interpretacji będzie nią wiadomość, iż rozkład cechy bycia winnym w grupie osób rozpoznanych przez ochroniarza to rozkład dwumianowy. Więcej o rozkładzie dwumianowym zob. np. M. Sobczyk, *Statystyka matematyczna*, Warszawa 2010, s. 38–40; J. Jóźwiak, J. Podgórski, *Statystyka od podstaw*, Warszawa 2012, s. 128–133.

przypadków (jego prawdopodobieństwo wynosi 8,56%[5], co zostanie pokazane poniżej).

Rozpatrzenie tej kwestii rodzi potrzebę przeanalizowania rozkładu zmiennej losowej określonej jako liczba winnych w wybranej (statystycznie rzecz biorąc: wylosowanej) spośród uczestników koncertu grupie.

3. Rozkład cechy w grupie pozwanych; przesłanki wyboru rozkładu

Omawiany teraz przykład – czyli podstawowe studium koncertu, w którym postać ochroniarza nie została wprowadzona – posiada kilka łatwych do sformalizowania cech. Wiadomo, że populacja (liczba wszystkich osób na koncercie) jest skończona i określona. Znana jest także liczba winnych, czyli posiadających cechę bycia winnym, oraz liczba niewinnych, czyli nieposiadających cechy bycia winnym. Ostatecznie, znana jest też liczba osób sfotografowanych i pozwanych, czyli liczba osób wybranych spośród całej populacji, czyli wielkość próby. Wartości te będą parametrami modelu:

$N \in N^+$: jako liczebność populacji,

$K \in \{0,1,2,...,N\}$: jako liczba obiektów w populacji, które posiadają cechę W,

$K' = N\text{-}K$: jako liczba obiektów w populacji, które nie posiadają cechy W,

$n \in \{1,2,...,N\}$: jako liczebność próby (liczba osób pozwanych)[6].

Wiadomo też, że ta sama osoba nie może być pozwana dwa razy. Te informacje pozwalają zauważyć, że omawiany przykład może zostać potraktowany jako losowanie (wybrane zostaje *n* spośród *N* elementów) bez zwracania (niemożliwość wylosowania elementu więcej niż raz) *n* kul z urny, w której znajduje się *N* kul, z których *K* kul jest czarnych („winni"), a pozostałe są białe („niewinni"). Wraz z tym spostrzeżeniem problem określenia liczby winnych

5 Wartości procentowe są podawane z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku (czyli prawdopodobieństwo podawane jest z dokładnością do czterech miejsc po przecinku). Stosowane są typowe zasady zaokrąglania.

6 Dolny koniec przedziału zamkniętego został określony jako 1, ponieważ dla teoretycznie możliwego 0 rozpatrywany przykład koncertu nie zachodzi.

w grupie pozwanych zamienia się w problem określenia liczby kul czarnych wśród wylosowanych bez zwracania z urny z kulami białymi i czarnymi. Zatem: zagadnienie to opisuje hipergeometryczny rozkład prawdopodobieństwa[7].

Zmienną losową X będzie liczba sukcesów w losowaniu (czyli liczba wylosowanych czarnych kul, czyli liczba winnych wśród pozwanych). Funkcja gęstości prawdopodobieństwa dla rozkładu hipergeometrycznego:

$$P(X = k) = \frac{\binom{K}{k}\binom{N-K}{n-k}}{\binom{N}{n}}, k \in \{0,1,2, \dots, n\}: \text{liczba sukcesów}$$

Tym samym udało się określić ogólną funkcję opisującą, z jakim prawdopodobieństwem w grupie pozwanych znajdą się konkretne liczby winnych. W przytoczonym na początku przykładzie koncertu przyjęto następujące wartości: N=1000, K=600, n=100. Skoro tak, to skonkretyzowana dla owego przykładu funkcja gęstości prawdopodobieństwa będzie miała postać:

$$P(X = k) = \frac{\binom{600}{k}\binom{400}{100-k}}{\binom{1000}{100}}, k \in \{0,1,2, \dots, 100\}$$

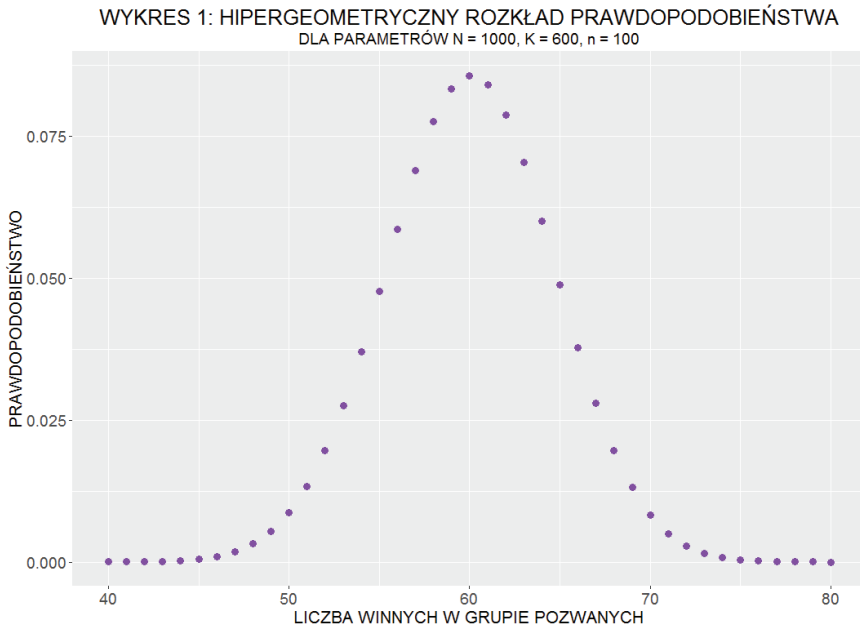
Posłużenie się tą funkcją umożliwia uzyskanie interesujących danych, które będzie można poddać analizie.

Wykres 1 prezentuje rozkład prawdopodobieństwa dla 41 najbardziej prawdopodobnych wartości zmiennej losowej, którą jest liczba osób winnych w grupie 100 osób wybranych spośród 1000 obecnych na koncercie.

Na wykresie widoczne jest, że z relatywnie wysokim prawdopodobieństwem zmienna losowa przybierać może całkiem różne wartości. Udało się zatem potwierdzić fałszywość postawionej przez autorów przykładu koncertu tezy, jakoby zeznanie świadka nie zawierało w sobie żadnej nowej informacji i w związku z tym dwie stworzone przez nich wersje przykładu różniły się tylko formą, a były równoważne pod względem treści. W pierwszej wersji przykładu nie można bowiem

7 Więcej informacji na temat rozkładu hipergeometrycznego zob. np. J. Jóźwiak, J. Podgórski, *Statystyka*…, s. 134–137; R. Magiera, *Modele i metody statystyki matematycznej. Część I. Rozkłady i symulacja stochastyczna*, Wrocław 2005, s. 110–111.

traktować wartości oczekiwanej[8] zmiennej losowej – która istotnie równa będzie 60 – jako równoznacznej z liczbą winnych w wybranej próbie 100 osób.



4. Problemy typu pierwszego: zróżnicowanie odsetka winnych wśród pozwanych

Przy okazji rozpatrywania zagadnienia formalizacji studium koncertu wprowadzony został rozkład prawdopodobieństwa zmiennej losowej dla stuelementowej próby z grupy osób obecnych na koncercie. Przyszedł czas na przeanalizowanie go i tym samym dokładniejsze omówienie problemu odmienności rozkładu cech w próbie i w populacji.

8 Wartość oczekiwana dla zmiennych losowych typu dyskretnego (skokowego), a takie zmienne są rozpatrywane w tym tekście, to suma wszystkich iloczynów wartości zmiennej losowej i przyporządkowanej jej wartości prawdopodobieństwa, czyli: $E(X) \stackrel{\text{def}}{=} \sum(x_i \cdot p_i)$. Więcej na ten temat można znaleźć np. w: A. Plucińska, E. Pluciński, *Rachunek prawdopodobieństwa. Statystyka matematyczna. Procesy stochastyczne*, Warszawa 2000, s. 94–98; J. Jóźwiak, J. Podgórski, *Statystyka*…, s. 91–93.

Warto przypomnieć, że argumentacja prawnika powoda bazowała na podkreśleniu, że każdy z pozwanych z prawdopodobieństwem 3/5 jest winny wtargnięcia na koncert. Oczywiście jest to prawda, ale – jak to zostało pokazane przed chwilą – wybranie 100 osób, spośród których każda będzie winna z prawdopodobieństwem 3/5, nie oznacza, że zostanie wybranych 60 osób winnych. W wybranej grupie może się pojawić dużo mniej lub dużo więcej osób winnych. Teraz pokazane zostanie, jak zależności te kształtują się na gruncie różnych danych – liczebności grup winnych oraz niewinnych obecnych na koncercie – oraz jakie potencjalne problemy mogą z tego wynikać.

Dzięki dodaniu do siebie odpowiednich wartości prawdopodobieństwa wystąpienia danej zmiennej losowej, uzyskuje się informację na temat przedziału (tzw. przedziału ufności), w którym z pewnym prawdopodobieństwem znajdzie się ta wartość[9]. W obecnej części tekstu przydatne będzie pojęcie dystrybuanty, czyli funkcji określającej, jakie jest prawdopodobieństwo, że wartość zmiennej losowej będzie mniejsza lub równa określonej wartości:[10]

$$F(x) \stackrel{def}{=} P(X \leq x)$$

Określenie wartości dystrybuanty pozwoli więc stwierdzić, z jakim prawdopodobieństwem przy konkretnych danych liczba winnych w wylosowanej grupie będzie zawierać się w przedziale zamkniętym [0;x]. Wartością *x* szczególnie interesującą z punktu widzenia obecnych rozważań jest $\dot{x} = \left\lfloor \frac{1}{2} \cdot n - 1 \right\rfloor$, gdzie *n* to liczebność próby. Wartość dystrybuanty dla tak określonego *x* jest prawdopodobieństwem zajścia sytuacji, w której wśród *n* osób (wybranych spośród wszystkich obecnych na koncercie) znajduje się więcej osób niewinnych niż osób winnych. Jeśli wartość ta będzie relatywnie wysoka, to relatywnie wysokie będzie też prawdopodobieństwo, że sędzia, skazując wszystkie pozwane osoby na podstawie argumentacji prawnika powoda, skaże więcej niewinnych niż winnych. Oczywiście taka sytuacja nie

9 Formalnie: $P(q \leq X \leq r) = \sum_{q \leq k \leq r} P(X = k)$.

10 Przykładowo: dla następującego rozkładu zmiennej losowej: $P(X = 1) = \frac{3}{10}, P(X = 2) = \frac{4}{10}, P(X = 3) = \frac{3}{10}$, dystrybuanta wyniesie dla wybranych *x*: x: $F(-1) = 0, F(0) = 0, F(1) = \frac{3}{10}, F(2) = \frac{7}{10}, F(3) = 1, F(4) = 1$. Więcej informacji na temat dystrybuanty zob. np. J. Jóźwiak, J. Podgórski, *Statystyka*…, s. 68–70; A. Plucińska, E. Pluciński, *Rachunek*…, s. 64–65.

jest pożądana ani w ekonomicznej, ani w jakiejkolwiek innej analizie prawa, a przede wszystkim – w rzeczywistości.

Jeśli w populacji (grupie wszystkich obecnych na koncercie) było więcej winnych niż niewinnych – a tylko takie przypadki są rozpatrywane w tej pracy – to zawsze wartość dystrybuanty dla określonego wcześniej x̀ będzie mniejsza niż 1/2. Jednak należy sobie zadać pytanie: czy samo to pozwala w każdym wypadku na wnioskowanie na podstawie jednostkowych prawdopodobieństw? Powrót do tego pytania nastąpi po omówieniu różnych przedziałów ufności.

Poniżej przedstawiono wartości prawdopodobieństwa, z jakim liczba winnych osób znajdzie się w określonym przedziale. Wybrane przedziały to:

⟨51;69⟩ – jako około 96% przedział ufności (taki, w którym z prawdopodobieństwem ok. 96% znajdzie się liczba osób winnych wylosowanych przy ustalonych wcześniej parametrach rozkładu),

⟨50;100⟩ – jako przedział zawierające w sobie wszystkie wartości zmiennej losowej większe od liczby $\left\lfloor \frac{1}{2} \cdot n - 1 \right\rfloor$, czyli większe od $\left\lfloor \frac{1}{2} \cdot 100 - 1 \right\rfloor$, czyli większe od 49,

⟨0;49⟩ – jako dopełnienie poprzedniego przedziału, czyli przedział zawierający w sobie wszystkie takie wartości, dla których wśród pozwanych znajduje się więcej niewinnych niż winnych.

$P(51 \leq X \leq 69) \approx 0{,}9595$

$P(50 \leq X \leq 100) \approx 0{,}9875$

$F(49) \approx 0{,}0125$

Jak widać, przy określonych parametrach z wysokim, prawie 99% prawdopodobieństwem można wykluczyć sytuację, w której w grupie pozwanych znajduje się więcej osób niewinnych niż winnych. Korzystnie z punktu widzenia argumentacji stosowanej przez prawnika powoda prezentuje się również 95,95% przedział ufności – wszystkie znajdujące się w nim wartości są większe od 50.

Wartość dystrybuanty F(49) – która jest zarazem wynikiem prostego odejmowania 1-P(50≤X≤100) – powinna zostać uznana za relatywnie niewielką. Jej interpretację można sformułować następująco: każde wielokrotne powtórzenie studium koncertu powinno zapewnić około 0,0125•l.powtórzeń procesów, w których wśród pozwanych znajdzie się mniej osób winnych niż niewinnych. Oczywiście dla

większej liczby powtórzeń zależność ta będzie silniejsza, na przykład wykonanie 100 000 000 powtórzeń studium koncertu zapewni liczbę wspomnianych procesów bardzo zbliżoną do 1 250 000.

Można więc powiedzieć, że w omawianym przypadku zależność statystyczna jest silna i wysoce prawdopodobnym jest, iż większość winnych w populacji pociągnie za sobą większość winnych w próbie. Tylko że prawnik ze studium koncertu nie argumentuje wcale poprzez zbadanie istotności zależności statystycznych; wybiera on tylko jeden parametr, powołując się na fakt, że prawdopodobieństwo bycia winnym przez dowolną wybraną osobę jest większe od 1/2, a co za tym idzie – że występuje przewaga dowodów na rzecz bycia przez tę osobę winną. Rozważony przypadek, z „oryginalnymi", przyjętymi przez autorów danymi, nie wykazał większych problemów z taką argumentacją – prawdopodobieństwo wystąpienia sytuacji, w której wśród pozwanych występowała większość osób niewinnych, okazało się być niewielkie. Ale nie oznacza to jeszcze, że wnioskowanie przyjęte przez prawnika jest słuszne co do zasady. Gdyby takie było, to w dowolnej sytuacji, w której w ogólnej populacji jest więcej winnych niż niewinnych, argumentacja ta byłaby odpowiednia. Czy istotnie tak jest? Można to sprawdzić, analizując rozkład hipergeometryczny o innych, ciekawszych parametrach.

Na potrzeby dalszych rozważań przykład koncertu zostanie delikatnie zmodyfikowany. Rozpatrywana będzie sytuacja, w której spośród wszystkich osób obecnych na koncercie 510 osób dostało się na niego nielegalnie. Mimo tej zmiany, ogólna charakterystyka przykładu pozostaje w pełni wierna oryginalnej jego wersji i wciąż spełniona jest przesłanka, na której bazuje argumentacja prawnika. Zmienione prawdopodobieństwo bycia przez wybraną osobę winną, wynoszące obecnie 51/100, a nie 60/100, niezmiennie jest większe od 1/2, a co za tym idzie, argument prawnika pozostaje w mocy.

Zaktualizowana funkcja gęstości prawdopodobieństwa będzie miała postać:

$$P(X = k) = \frac{\binom{510}{k}\binom{490}{100-k}}{\binom{1000}{100}}, k \in \{0,1,2,\dots,100\}$$

Wykres gęstości jest bardzo zbliżony do poprzedniego, z tym że tym razem wartość oczekiwana wynosić będzie 51.

Przedziały ufności dla nowej funkcji gęstości zostały wyznaczone tak, jak poprzednio.

$P(42 \leq X \leq 60) \approx 0{,}9553$

$P(50 \leq X \leq 100) \approx 0{,}6242$

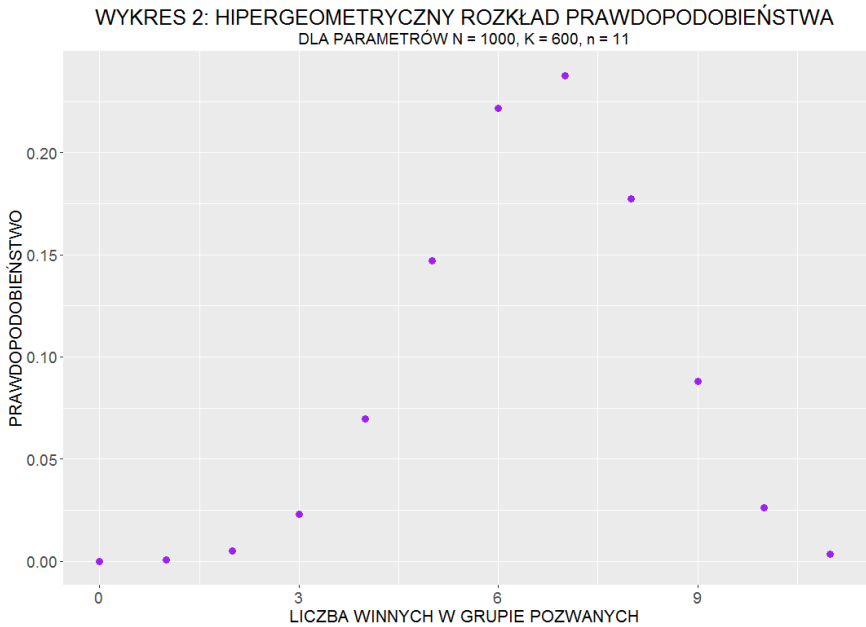
$F(49) \approx 0{,}3758$

Znaczące różnice w stosunku do wcześniej przyjętych danych są łatwo zauważalne. W 19-elementowym ok. 96% przedziale ufności występuje teraz osiem wartości, które powodować będą niepożądaną sytuację przewagi niewinnych nad winnymi wśród pozwanych. Prawdopodobieństwo $P(X \leq 49)$ wzrosło znacząco i nie jest już bagatelne: na blisko 38% wśród pozwanych znajdzie się więcej niewinnych niż winnych. Wielokrotne powtórzenie studium koncertu tym razem będzie powiązane z sytuacją, w której około 0,3758•l.powtórzeń procesów, w których sędzia uznałby argumentację prawnika, zakończy się skazaniem większej liczby winnych niż niewinnych.

Powyższa modyfikacja ukazała, że im bardziej liczba winnych w grupie osób obecnych na koncercie zbliża się do 500, tym większe jest prawdopodobieństwo, że feralny proces zakończy się skazaniem większej liczby osób winnych niż osób niewinnych. Zależności tej można oczywiście dowieść matematycznie, opierając się na funkcji gęstości rozkładu hipergeometrycznego, ale tekst ten nie wydaje się właściwym do tego miejscem.

Liczba winnych nie jest jednak jedynym zmiennym parametrem w przykładzie koncertu. Można sobie też wyobrazić sytuacje, w których to nie 100, lecz 500 osób zostało sfotografowanych. Nie zawsze ochrona musiała być tak skuteczna – równie dobrze to 50, 20 czy 11 osób mogło zostać postawionych przed sądem. Teraz rozpatrzony zostanie jeden z tych przypadków.

Liczba chuliganów na koncercie niech ponownie będzie równa 600, tak jak to miało już miejsce na początku rozważań; z kolei profesjonalizm ochrony w tej modyfikacji ulega znaczącemu zmniejszeniu, co skutkuje postawieniem przed sądem zaledwie 11 osób. Przy tak niewielkiej – i nieparzystej – liczbie oskarżonych, rozkład prawdopodobieństwa zmienia się zauważalnie.



Oczywiście w rozpatrywanym kontekście najbardziej interesująca powinna być wartość dystrybuanty dla pięciu:

$$F(5) \approx 0{,}2454$$

W stosunku do podstawowej wersji przykładu koncertu, wartość dystrybuanty dla zdefiniowanego wcześniej *x* wzrosła prawie dwudziestokrotnie. Mimo że prawdopodobieństwo bycia przez konkretną osobę winną wtargnięcia na koncert ponownie wynosi 3/5, to na prawie 25% w danym procesie skazanych zostanie więcej niewinnych niż winnych.

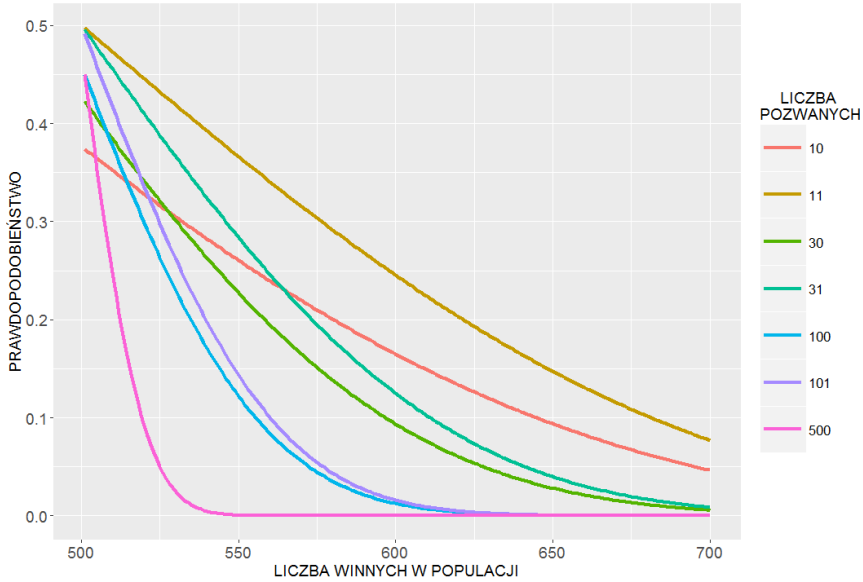
Czas przejść do podsumowania poczynionych w tym punkcie ustaleń. Po pierwsze, informacja o liczbie winnych wśród obecnych na koncercie nie umożliwia sama w sobie wyciągnięcia wniosku co do liczby winnych w grupie pozwanych, o ile nie zostali pozwani wszyscy obecni na koncercie.

Po drugie, mniejsza liczba chuliganów na koncercie będzie wiązała się z większym prawdopodobieństwem pozwania takiej grupy osób, w której przeważają niewinni wtargnięcia.

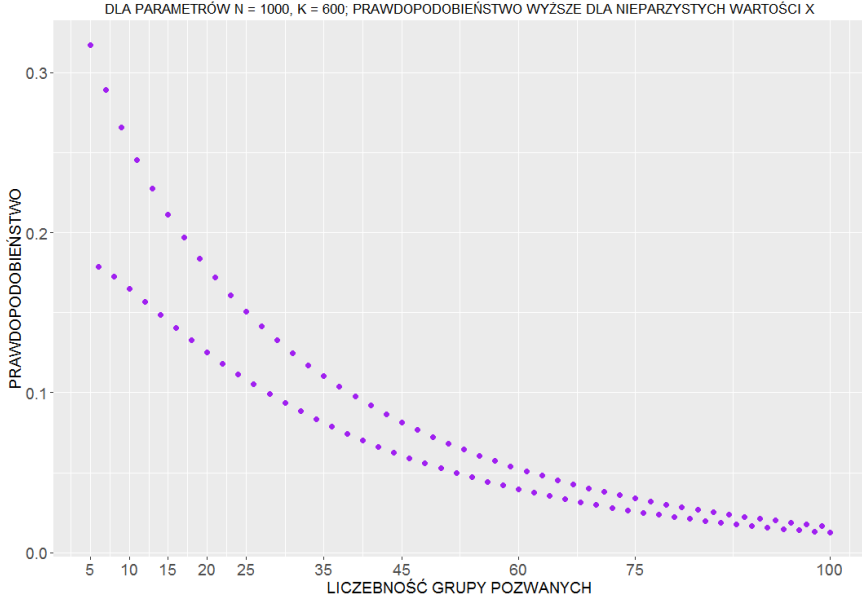
Po trzecie, to, ile osób zostanie pozwanych, również ma wpływ na rozkład prawdopodobieństwa zmiennej losowej reprezentującej liczbę winnych wśród pozwanych.

Dokładniej wspomniane zależności prezentują poniższe wykresy. Warto zwrócić uwagę na widoczną mnogość przypadków, które spełniają założenia studium koncertu, a przy tym prawdopodobieństwo pozwania większej liczby niewinnych niż winnych jest w nich znaczące.

WYKRES 3: PRAWDOPODOBIEŃSTWO, ŻE LICZBA NIEWINNYCH > LICZBA WINNYCH
W ZALEŻNOŚCI OD LICZBY WINNYCH W POPULACJI I LICZEBNOŚCI GRUPY POZWANYCH, N = 1000



WYKRES 4: PRAWDOPODOBIEŃSTWO, ŻE LICZBA NIEWINNYCH > LICZBA WINNYCH
DLA PARAMETRÓW N = 1000, K = 600; PRAWDOPODOBIEŃSTWO WYŻSZE DLA NIEPARZYSTYCH WARTOŚCI X



Wśród wszystkich poczynionych spostrzeżeń nie ma oczywiście konstatacji, jakoby w którejkolwiek z wersji przykładu koncertu bardziej prawdopodobną sytuacją było postawienie przed sądem w większości osób niewinnych. Jak długo podstawowe założenie rozpatrywanej argumentacji będzie spełnione, tak długo taka sytuacja będzie tą mniej prawdopodobną. To wystarczy prezentującym skrajnie entuzjastyczne stanowisko wobec prawdopodobieństwa jako kryterium dowodowego. Wcześniejsze ustalenia pokazały jednak, że przyjęcie tego poglądu wiąże się z wyrażeniem zgody na wystąpienie poważnego ryzyka skazania większej liczby osób niewinnych niż winnych. Ten nieunikniony skutek, wynikający z natury statystycznych zależności, trudno zlekceważyć. Prawdopodobieństwo skazania większej liczby niewinnych niż winnych – nawet przy pominięciu zastrzeżeń natury moralnej, a skupieniu się na zyskach i kosztach – może być uznane za zbyt duże, aby zaakceptować rozpatrywaną argumentację.

5. Problemy typu drugiego: pewność skazywania niewinnych

W poprzedniej części tekstu dociekania obracały się głównie wokół obiektywnych cech rozkładu hipergeometrycznego. W tej akcent zostanie położony na inną kwestię: praktyczne skutki przyjęcia argumentacji prawnika z podstawowego przykładu. Czy po jej zaakceptowaniu – mimo wszelkich zastrzeżeń omówionych wcześniej – nie powstaną kolejne problemy?

W tym punkcie przyjmowane jest założenie, iż argumentacja bazująca na stwierdzeniu, że każdy z pozwanych z wyższym prawdopodobieństwem jest aniżeli nie jest przestępcą, spotyka się z powszechnym uznaniem i wedle niej sądzeni są postawieni przed sądem. Skutki jej akceptacji są oczywiste: kiedy pozwanych zostało 10 osób, 10 osób zostało też skazanych; przy 100 pozwanych uznano winę 100, a przy 500 pozwanych, 500 osób usłyszało wyrok skazujący. Ale bez trudu można sobie wyobrazić wersję studium koncertu, w której wyśmienicie zorganizowany, kompetentny personel obsługujący wydarzenie sfotografował i zidentyfikował 700 uczestników koncertu, podczas gdy tylko 600 osób – jak w pierwszej wersji przykładu – na widowisko wtargnęło. Z braku innego pomysłu, organizatorzy koncertu

pozywają wszystkich, wszak każdy mógł być odpowiedzialny za ich straty. Co w tej sytuacji? Jeśli utrzymać założenie zasadności argumentacji prawnika, każdy z 700 pozwanych musi zostać skazany, bo dla każdego z pozwanych posiadanie cechy bycia winnym jest bardziej prawdopodobne niż jej nieposiadanie. Jednocześnie skazanie wszystkich 700 pozwanych jest nieodłącznie związane ze skazaniem co najmniej 100 osób z całą pewnością niewinnych. W praktyce prawie na pewno skazane zostanie więcej osób niewinnych (najbardziej prawdopodobne jest skazanie 279 niewinnych), ale to liczba 100 błędnych skazań jest szczególnie ciekawa. Konieczność tę można sformułować w kategoriach pojęć rachunku prawdopodobieństwa, opisując wszystkie sytuacje, w których skazane jest mniej niż 100 osób niewinnych, jako zdarzenia losowe niemożliwe.

Skrajnym wariantem studium koncertu będzie sytuacja, w której pozwano wszystkich uczestników imprezy. W tym szczególnym przypadku – oczywiście wciąż utrzymywane jest założenie zasadności argumentacji prawnika – odgórnie znana jest informacja, ilu niewinnych skazano, bo zostaną skazani wszyscy winni i wszyscy niewinni. Kuriozalność tej sytuacji nie jest trudna do zauważenia, zwłaszcza wobec pozornej racjonalności, która ma się kryć za wnioskowaniem na podstawie prawdopodobieństw jednostkowych. Bezwzględne podporządkowanie się opisywanej argumentacji prawnika nie może być tolerowane na gruncie jakiegokolwiek systemu prawnego uznającego za wartość nieskazywanie osób niewinnych[11].

Widoczne jest, że w pewnych wypadkach danie posłuchu argumentacji przykładowego prawnika może powodować absurdalne,

11 Precyzyjniej rzecz ujmując, chodzi o uznawanie za chociaż odrobinę bardziej pożądaną sytuację, w której nieskazywane są osoby niewinne zarzucanego czynu, od sytuacji, w której skazywane są osoby winne. Innymi słowy: wartość nieskazania osoby niewinnej jest wyższa od wartości skazania osoby winnej. W praktyce można uznać, że – przynajmniej na poziomie założeń – dowolny system prawny będzie posiadał tę cechę. Gdyby uznać inaczej, już na poziomie teoretycznym system taki dopuszczałby sytuacje, w których dla osiągnięcia skazania winnego świadomie skazywany jest niewinny (lub skazywani są niewinni). Najwyraźniej widoczne jest to na przykładzie prawa karnego: w radykalnej postaci fetyszyzacji skazywania winnych dla optymalnych efektów najlepsze byłoby skazanie wszystkich żyjących ludzi, bo zapewniłoby to pewność skazania wszystkich żyjących przestępców.

trudne do zaakceptowania następstwa. Samo w sobie powinno to stanowić pewien kontrargument wobec jego rozumowania. Jednak kontrę do tworzonego przez prawnika argumentu z prawdopodobieństwa można równie dobrze sformułować w oparciu o samo prawdopodobieństwo, jeśli weźmie się pod uwagę sposób funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości. W tym celu należy wykorzystać podawane wcześniej informacje dotyczące charakterystyki rozkładu prawdopodobieństwa opisującego losowanie (wybieranie) pozwanych spośród obecnych na koncercie. Pozwala to na ponowne poczynienie spostrzeżenia, zgodnie z którym w każdej grupie pozwanych dana liczba winnych będzie się pojawiać z określonym prawdopodobieństwem. Z tego wynika natomiast, że wiedząc, ilu winnych zostało już zidentyfikowanych w grupie, można określić prawdopodobieństwo tego, że niektórzy winni nie zostali jeszcze w niej zidentyfikowani.

Najbardziej oczywistymi warunkami dla zastosowania tej informacji jest 601 proces w sprawie wtargnięcia na koncert (na który to wtargnęło 600 osób). Po powtórzonym po raz 601 przemówieniu prawnika powoda ma miejsce nieoczekiwana wolta. Adwokat pozwanego zabiera głos, oznajmiając: *w 600 poprzednich procesach miało miejsce skazanie pozwanego za wtargnięcie na koncert. Oznacza to, że sądowi udało się już znaleźć 600 winnych wtargnięcia, a że na koncert wtargnęło 600 osób, to mój klient winnym być nie może. Niemożliwym jest przecież, aby 601 równało się 600.*

Adwokat wykorzystuje specyficzną cechę sytuacji: na podstawie obiektywnego prawdopodobieństwa – i tylko niego – sąd wydaje wyrok, tworząc określone skutki prawne. W wyroku tym daną osobę uznaje się za winną lub niewinną i nie ma stanów pośrednich (zmienna opisująca ustaloną w wyroku winę danej osoby jest więc dwuwartościowa, podczas gdy prawdopodobieństwo jest wartością ciągłą). Oczywiście wyrok sądu nie przesądza o tym, jak wyglądały minione wydarzenia (które to od wyroku były przecież zupełnie niezależne). Zarazem wydaje się, że musi on być brany pod uwagę przez organy wymiaru sprawiedliwości, więc w szczególności przez sam sąd, który go wydał. To do sentencji wyroku i sfery skutków prawnych, a nie obiektywnej rzeczywistości, odwołuje się adwokat. Ten przedmiot

opisywanej sprawy ma niebywale ciekawy charakter: wnioskowanie, które doprowadza do jednoznacznego kształtowania skutków prawnych czerpie tylko z jednej cechy stanu rzeczywistego. W procesie nic nie zostało rzeczywiście udowodnione, a dane o prawdopodobieństwie – jako jedyna przesłanka – miały dla wyroku decydujący, a nie pomocniczy, charakter. Dlatego argumentacja adwokata nie miałaby żadnej mocy, gdyby miała brzmieć: *obiektywnie rzecz biorąc, mój klient nie mógł wtargnąć na koncert, bo zostało udowodnione, że wtargnęło na niego 600 innych osób, znanych z imienia i nazwiska, a że wszystkich, którzy wtargnęli na koncert, było 600, to każdy z nich został już wykryty – mój klient, którego proces jest 601, się wśród nich nie znalazł.*

Adwokat zwraca jednak uwagę na sferę skutków prawnych, w której liczba uznanych za winnych jest dokładnie znana. Czy można uznać za winnych popełnienia czynu większą liczbę osób niż ta, która w rzeczywistości go popełniła? Wydaje się, że nie – i to na tej cesze prawa bazować będzie argumentacja adwokata. Obrona ta świetnie obnaża jeden z podstawowych i najbardziej rzucających się w oczy problemów związanych z bezkrytycznym przyjęciem argumentacji prawnika powoda: pozwanie wszystkich uczestników koncertu musi skutkować (nie ma tu elementu losowego!) skazaniem każdego uczestnika koncertu, zatem i każdego niewinnego uczestnika koncertu.

Jednak stosowalność argumentu adwokata nie jest ograniczona do sytuacji, w których pozwano większą liczbę osób niż liczba chuliganów na koncercie. Jego modyfikacja – można ją nazwać modyfikacją probabilistyczną – znacząco rozszerza zakres zastosowania. Do jej przedstawienia wykorzystany zostanie przypadek, w którym liczba winnych tradycyjne wynosi 600, a liczba pozwanych – 100. W takiej sytuacji w trakcie żadnego z procesów nie będzie można się powołać na prezentowaną wcześniej argumentację adwokata, bo niemożliwość, na której się ona opierała, nie wystąpi. Niemniej dla odpowiednio dużych prób występujący w nich rozkład cechy będzie z dużym prawdopodobieństwem zbliżony do rozkładu cechy w populacji. Na przykład prawdopodobieństwo, że w omawianej sytuacji w grupie pozwanych znajdzie się więcej niż 75 winnych,

wynosi 0,0003. W trakcie siedemdziesiątego szóstego procesu adwokat może się na ten fakt powołać, stwierdzając: *w poprzednich 75 procesach sąd, wnioskując z jednostkowych prawdopodobieństw, uznał winę każdego z pozwanych. Jednak prawdopodobieństwo, że w grupie będzie więcej niż 75 winnych wynosi 0,0003, a zatem – chcąc być konsekwentnym – należy je uwzględnić i nikogo więcej z grupy pozwanych już nie skazywać*.

Jeśli, podążając za argumentacją prawnika powoda, traktować by barierę wartości prawdopodobieństwa równej 0,5 śmiertelnie poważnie, to już na sześćdziesiątym pierwszym procesie wspomniana probabilistyczna modyfikacja argumentu adwokata mogłaby się pojawić. Wynika to z tego, że $P(X>60)=0{,}4549$ oraz $0{,}4549<0{,}5$.

Być może częściowym rozwiązaniem zasygnalizowanych problemów byłoby skazywanie tylu pozwanych, ile wynosi wartość oczekiwana zmiennej losowej określającej liczbę winnych w gronie pozwanych. Pozwoliłoby to uniknąć przynajmniej niektórych komplikacji, a w szczególności tej związanej z pewnością skazania wszystkich niewinnych w sytuacji pozwania każdego spośród obecnych na koncercie. Rozwiązanie takie oczywiście nie byłoby pozbawione wad.

W tej części pracy udało się pokazać, że korzystanie przy orzekaniu wyłącznie z prawdopodobieństwa może prowadzić do sytuacji niepożądanych, w skrajnych wypadkach nawet absurdalnych, a przeciwko sądowi kierującego się tylko tą miarą można łatwo sformułować mocne kontrargumenty – również bazujące na prawdopodobieństwie, lecz opartym o inne dane – uwzględniające rolę, jaką sąd ma w kształtowaniu sfery skutków prawnych.

6. Podsumowanie

We wcześniejszych rozważaniach poddano pogłębionej analizie studium koncertu sformułowane przez Cootera i Ulena. Pokazano trudności związane z wyciąganiem daleko idących, kluczowych dla procesu wniosków z samej tylko wartości prawdopodobieństwa wyliczonej w oparciu o liczbę winnych w populacji. Zwrócono także uwagę na problem pochopnego utożsamiania tylko pozornie identycznych danych o charakterze statystycznym.

Koniecznie trzeba podkreślić, że problemy z wnioskowaniem opartym o prawdopodobieństwo występujące w pewnych przypadkach – takich jak przykład koncertu – nie implikują bezsensowności tego typu wnioskowania w ogólności. Analiza danych ilościowych i wykorzystywanie probabilistycznych zależności niewątpliwie mogą zapewnić dodatkowe, cenne informacje. Częstsze wykorzystanie w szeroko rozumianych naukach prawnych metod charakterystycznych dla nauk ścisłych jest jak najbardziej pożądane[12]. Rzecz w tym, aby metod tych nie używać w sposób błędny lub nieprecyzyjny, ani nie sugerować się nimi zanadto wtedy, gdy dane nie pozwalają na wyciąganie z nich daleko idących wniosków. Ostrzeżeniem przed taką właśnie sytuacją – a nie przed probabilistyką w naukach prawnych – ma być prezentowana praca.

Bibliografia

- Cooter R., Ulen T., *Law and Economics, 6th edition*, Berkeley 2016.
- Cooter R., Ulen T., *Ekonomiczna analiza praw*a, Warszawa 2011.
- Jóźwiak J., Podgórski J., *Statystyka od podstaw*, Warszawa 2012.
- Magiera R., *Modele i metody statystyki matematycznej. Część I. Rozkład i symulacja stochastyczna*, Wrocław 2005.
- Plucińska A., Pluciński E., *Rachunek prawdopodobieństwa. Statystyka matematyczna. Procesy stochastyczne*, Warszawa 2000.
- Sobczyk M., *Statystyka matematyczna*, Warszawa 2010.
- Strnad J., *Should Legal Empiricists Go Bayesian?*, „American Law and Economics Review" 2007, vol. 9, no. 1.

Oprogramowanie wykorzystane do analizy

- R Core Team, R: A language and environment for statistical computing. R Foundation for Statistical Computing, Vienna, Austria, 2018, https://www.R-project.org/.
- Wickham H., Francois R., Henry L., Müller K., dplyr: A Grammar of Data Manipulation, R package version 0.7.4, 2017, https://CRAN.R-project.org/package=dplyr/.

12 W literaturze można już znaleźć obszerne opracowania na ten temat pokazujące rozliczne korzyści takiego podejścia. Zob. np. J. Strnad, *Should Legal Empiricists Go Bayesian?*, „American Law and Economics Review" 2007, vol. 9, no. 1, s. 195–303.

• Wickham H., ggplot2: Elegant Graphics for Data Analysis, Springer-Verlag New York, 2009, https://CRAN.R-project.org/package=ggplot2/.

Andrzej Porębski – student informatyki i ekonometrii na Akademii Górniczo-Hutniczej w Krakowie oraz prawa na Uniwersytecie Jagiellońskim. Interesuje się przede wszystkim szeroko pojętą logiką oraz wykorzystującą metody nauk ścisłych interdyscyplinarną analizą problemów z zakresu prawa i życia publicznego.

Mateusz Podhalicz

WYKŁADNIA PRZEZ PRYZMAT EKONOMICZNEJ ANALIZY PRAWA – NA PRZYKŁADZIE PRAWA RESTRUKTURYZACYJNEGO

Abstrakt

Wraz z wejściem w życie ustawy – Prawo restrukturyzacyjne, ustawodawca wprowadził do polskiego systemu prawnego definicję pojęcia „zagrożenia niewypłacalnością". Wystąpienie stanu zagrożenia niewypłacalnością umożliwia otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego, z którym wiążą się istotne skutki prawne o charakterze cywilnoprawnym. Tym niemniej, biorąc pod uwagę wprowadzoną definicję, nie do końca wiadomo, jak należy definiować pojęcie zagrożenia niewypłacalnością, a co za tym idzie, kiedy sąd może – a kiedy nie powinien – uwzględnić wniosek o otwarcie postępowania. Tradycyjna analiza dogmatyczno-formalna sama w sobie nie umożliwia dokonania skutecznej i racjonalnej wykładni tego pojęcia, które stanowi par exellence pojęcie ekonomiczne. Z pomocą w tym przypadku może przyjść nurt ekonomicznej analizy prawa, który zakłada opisywanie i prognozowanie skutków regulacji prawnych za pomocą narzędzi ekonomicznych. W niniejszym artykule wykazane zostanie, że ekonomiczna analiza prawa może i powinna znaleźć nowe zastosowanie, polegające na dokonywaniu wykładni tych pojęć prawnych, których pełne wyjaśnienie może odbyć się jedynie przez odwołanie do dorobku nauk ekonomicznych.

Abstract

With entry into force of the Restructuring Act, Polish legislator introduced into the Polish legal system a definition of the 'risk of insolvency' notion.

The occurrence of 'risk of insolvency' opens a possibility of opening of restructuring proceedings, which in turn give rise to vital legal consequences. Notwithstanding, taking into account the new definition of 'risk of insolvency', it is uncertain how to really define the notion of 'risk of insolvency', and thus when it is – and when it is not, right for the court to grant the application of opening the restructuring proceedings. The traditional formal analysis in itself does not give an efficient and reasonable interpretation of the term, which is par excellence of economic nature. Clues for interpretation of the term might be in found in economic analysis of law, aim of which is to describe and to prognose the consequences of legal regulations using economic tools. In the article it will be shown that economic analysis of law may also find application in interpretation of legal terms, whose meaning can only be explained through referring to the acquis of economic sciences.

1. Ekonomiczna analiza prawa – geneza, założenia, kierunki badań

Wbrew obiegowym opiniom, nurt znajdujący się na pograniczu prawoznawstwa oraz ekonomii, zwany ekonomiczną analizą prawa, nie powstał w latach 50. XX w. W istocie już pod koniec XIX i na początku XX w. wielu przedstawicieli nauki prawa dowodziło, że zdobycze nauk ekonomicznych mogą posłużyć do analizy zjawisk prawnych oraz ich ocenie[1]. Lata 40. i 50. XX w., postrzegane zwykle jako początek tego ruchu umysłowego[2], są istotne, lecz nie jako początek tego ruchu, lecz jako okres, w którym współczesna nowoczesna faza ekonomicznej analiza prawa rozpoczęła swoją ekspansję. W latach 50., 60. i 70. XX w. bezsporną dominację w dziedzinie osiągnęli badacze powiązani z *Chicago School* (tzw. szkoła chicagowska), będący zarazem pionierami nowoczesnego nurtu ekonomicznej analizy prawa. W latach następujących po roku 1980, pod naporem krytyki poglądów szkoły ze strony wielu środowisk prawniczych, prymat badaczy z ośrodka

1 E. Mckaay, *History of Law & Economics*, [w:] *Encyclopedia of Law and Economics*, red. B. Bouckaert, G. De Geest, Cheltenham 2000, s. 65–117.

2 E.W. Kitch, *The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932–1970*', „26 Journal of Law and Economics", s. 163–234. W latach, o których mowa powszechny rozgłos osiągnęły pierwsze prace z zakresu ekonomicznej analizy prawa, np. R.H. Coase, *The Nature of the Firm*, „Economica", vol. 4, nr 16, s. 386–405, doi:10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x (dostęp 7.04.2018).

z Chicago został zachwiany. *Chicago School* pozostała jednak jednym z najważniejszych ośrodków badawczych w dziedzinie ekonomicznej analizy prawa, obok dynamicznie rozwijających się ośrodków w Yale, w Virginii oraz w Austrii. Powszechnie przyjmuje się, że Yale School reprezentowało kierunek zwany normatywnym, ośrodek w Chicago opisowym, zaś młodszy ośrodek w Virginii tzw. podejście funkcjonalne, stanowiące syntezę między poglądami szkół w Yale i Chicago[3]. Nawiązując do głównego przedmiotu zainteresowania niniejszego opracowania, tj. wykładni prawa jako obiektu badań ekonomicznej analizy prawa, nie sposób nie wspomnieć o M. Rizzo[4]. Badacz ten, przedstawiciel austriackiej szkoły ekonomicznej analizy prawa, wypracował model oceny wpływu niejasności pojęć prawnych na koszty wykładni dokonywanej przez sędziów, w zależności od stopnia niejasności tekstu prawnego.

2. Ekonomiczna wykładnia prawa – nowa perspektywa badawcza

Wydaje się, że pomimo mnogości szkół i poglądów, nie dość dokładnie zbadanym obszarem zastosowania ekonomii na gruncie prawa jest metoda wykładni oraz interpretacji przepisów przez pryzmat nauki ekonomii[5]. Tym samym nie jest możliwe wskazanie choćby roboczego modelu metodologicznego dokonywania wykładni przez pryzmat nauki ekonomii. W każdym razie wydaje się bezsporne, że wykładnia taka byłaby zasadna, a jej celem byłaby maksymalizacja efektywności regulacji prawnych. Mówiąc o efektywności, szczególnie w kontekście

3 F. Parisi, *Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics,* „European Journal of Law and Economics" 2004, Vol. 18, nr 3, s. 263–264.

4 J.M. Rizzo, F.S. Arnold, *An Economic Framework for Statutory Interpretation*, „Law and Contemporary Problems" 1987, nr 50, s. 165–180.

5 Wspomniane wyżej prace M. Rizzo, którego prace jedynie w pewnym stopniu były związane z tematem wykładni prawa). Poza pewnymi wzmiankami dokonywanymi na marginesie rozważań, brak jest publikacji dotyczących wykładni ekonomicznej prawa. Pewnym dowodem na to jest np. fakt, że trzytomowy zbiór esejów pod red. F. Parisiego dotyczący kolejno ogólnych zagadnień ekonomicznej analizy prawa, następnie ich zastosowania w prawie prywatnym oraz publicznym, nie nawiązał w szerszy sposób do tego zagadnienia, mimo że nazwany został podręcznikiem z dziedziny – *The Oxford Handbook of Law and Economics,* red. F. Parisi, t. 1–3, Oxford 2017.

ekonomicznej analizy prawa, nie sposób nie dookreślić, o jaki rodzaj efektywności miałoby chodzić. Odwołując się do dorobku zagranicznej oraz polskiej nauki ekonomicznej analizy prawa w zakresie kryteriów oceny efektywności regulacji (tzw. kryteriów oceny stanu rzeczy), w ocenie autora interpretacja wspierana dorobkiem ekonomicznej analizy prawa winna dążyć do maksymalizacji efektywności w rozumieniu Kaldora-Higgsa[6], tzn. winna dążyć do stworzenia sytuacji, w której nie jest możliwe żadne ulepszenie stanu rzeczy w sensie KH. Ulepszenie danego stanu S(n) w sensie KH względem stanu S(m) ma miejsce, jeżeli wskutek zmiany wygenerowana zostaje nadwyżka korzyści nad kosztami wynikającymi ze zmiany, która to zmiana umożliwia dokonanie kompensaty na rzecz osób poszkodowanych dokonaniem tej zmiany.

Innymi słowy, chodziłoby nie tyle o ocenę istniejącego prawa (tak jak czyniła szkoła chicagowska), ani o sformułowanie na tej podstawie modelów ekonomicznych postulatów *de lege ferenda,* co o stosowanie ekonomicznych pojęć, modeli i wzorów w celu dookreślenia, za pomocą obiektywnych kryteriów, tych pojęć w prawie, które wymagają interpretacji (i nadają się do analizy ekonomicznej) w toku stosowania prawa lub stanowią pojęcia o nieostrym charakterze. Ekonomizacja wykładni prawa mogłaby stanowić albo metodę pomocniczą dla innych rodzajów wykładni (językowej, celowościowej lub systemowej), albo wręcz nową samodzielną metodę wykładni. Skutkiem ekonomizacji wykładni, opartej na odpowiednich podstawach teoretycznych, byłoby zwiększenie zrozumiałości tekstu prawnego, zarówno przez strony, jak i organy stosujące prawo, co przełożyłoby się na zwiększenie przewidywalności decyzji tych organów. Tym samym, podmioty prawa miałyby możliwość lepszego planowania swoich działań prawnych i faktycznych, ponieważ mogłaby skuteczniej przewidywać czy dana regulacja znajdzie do nich zastosowanie, czy nie.

6 R.A. Posner, *Economic Analysis of Law,* Austin 2007; N. Kaldor, *Welfare propositions and interpersonal comparisons of utility*, „Economic Journal" 1939/49, s. 549–552; J.R. Hicks, *The foundations of welfare economics*, „Economic Journal" 1939/49, s. 696–712; J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Warszawa 2007, s. 31; M. Araszkiewicz, *Efektywność ekonomiczna oraz inne kryteria oceny stanów rzeczy w ekonomicznej analizie prawa*, „Studia Prawno-ekonomiczne" 2015, t. XCVI, s. 169–183.

Według cytowanej wyżej teorii M. Rizzo, dotyczącej kosztów związanych z niejasnością tekstu prawnego, zmniejszenie niejasności tekstu prawnego może mieć istotne pozytywne konsekwencje z punktu widzenia efektywności systemu prawnego. Zniesienie niejasności przepisów może bowiem minimalizować negatywne koszty wynikające z niewłaściwego zastosowania lub niezastosowania dyspozycji danego przepisu do konkretnego stanu faktycznego. W szczególności może się zdarzyć, że błędne niezastosowanie normy może przynosić większe koszty krańcowe, aniżeli błędne zastosowanie danej normy (tak jest w przypadku prawa karnego – gdzie istotniejsze jest, aby nie doszło do skazania osoby niewinnej, aniżeli nieskazania osoby winnej – por. art. 5 k.p.k.)[7]. Istotne jest więc zminimalizowanie poziomu niejasności przepisów na tyle, by jak najrzadziej dochodziło do tych błędów interpretacyjnych, które z punktu widzenia interesu społecznego i publicznego są najbardziej kosztowne.

Aby zilustrować przydatność ekonomicznej wykładni prawa, przedstawiony zostanie przepis ustawy – Prawo restrukturyzacyjne (art. 6 ust. 1 i 3 PrRest[8]), który budzi istotne wątpliwości interpretacyjne wśród przedstawicieli nauki prawa. Przepis ten dotyczy definicji zagrożenia niewypłacalnością, stanowiącej przesłankę wszczęcia postępowania restrukturyzacyjnego. Zostanie pokazanie, że analiza dogmatyczna tego przepisu nie jest w stanie rozwiązać wszystkich wątpliwości powstających w toku wykładni. Trzeba podkreślić, że dokonanie wykładni za pomocą metody ekonomicznej ma w przypadku omawianej regulacji istotne podstawy merytoryczne, ponieważ jest ona ściśle związana ze zjawiskami ekonomicznymi. Odwołując się do teorii M. Rizzo, niejasność przepisu może spowodować sytuację, w której osoba naprawdę zagrożona niewypłacalnością nie będzie mogła skorzystać z dobrodziejstwa postępowania restrukturyzacyjnego i odwrotnie – że osoba niezagrożona niewypłacalnością, będzie mogła nadużyć owej instytucji. Wydaje się, że koszty społeczne tej drugiej ewentualności są znacznie większe, a zatem obowiązkiem sędziego będzie dokonywanie takiej

7 J.M. Rizzo, F.S. Arnold, *An Ecomonic*…

8 Ustawa z dnia 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U. 2015, poz. 978); dalej: PrRest.

wykładni, która możliwie najbardziej minimalizować będzie ryzyko wystąpienia tej sytuacji. W tym stanie rzeczy, dokonanie dokładniejszego objaśnienia przepisu możliwe jest, jak zostanie wykazane, jedynie za pomocą aparatu pojęciowego nauk ekonomicznych. Jednocześnie przykład ten zilustruje potencjalne korzyści, jakie mogą wyniknąć ze stosowania metod ekonomicznych do wykładni przepisów prawa (w szczególności prawa gospodarczego, którego związki z ekonomią pozostają wśród dziedzin prawa najściślejsze).

3. Art. 6 Prawa restukturyzacyjnego – definicja, która nie definiuje

Zgodnie z dyspozycją art. 6 ust. 1 PrRest postępowanie restrukturyzacyjne może być wszczęte nie tylko wobec niewypłacalnego dłużnika, ale także wobec dłużnika zagrożonego niewypłacalnością. Pojęcie zagrożenia niewypłacalnością ustawodawca zdefiniował w art. 6 ust. 3 PrRest w sposób następujący: „Przez dłużnika zagrożonego niewypłacalnością należy rozumieć dłużnika, którego sytuacja ekonomiczna wskazuje, że w niedługim czasie może stać się niewypłacalny". Warto zwrócić uwagę, że jedynie dłużnik posiada legitymację do złożenia wniosku o wszczęcie postępowania restrukturyzacyjnego opartego na powyższej podstawie[9].

W przypadku alternatywnej przesłanki wszczęcia postępowania restrukturyzacyjnego, tj. przesłanki niewypłacalności (uregulowanej w art. 11 § ust. 1 PrUpad[10]), istnieją domniemania związane z okresem niewykonywania zobowiązań albo utrzymywania się stanu zadłużenia. I tak domniemuje się, że dłużnik jest niewypłacalny, gdy nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych przez okres 3 miesięcy oraz gdy stan jego pasywów przekracza w sposób nieprzerwany stan czynny majątku przez okres 24 miesięcy. W przypadku zagrożenia niewypłacalnością podobnych domniemań ustawodawca

9 Co wynika z wykładni art. 7 ust. 1 PrRest w zw. z art. 283 ust. 1 PrRest; podobnie P. Filipiak, *Podstawy ogłoszenia upadłości*, [w:] *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe. System Prawa Handlowego. Tom 6*, red. A. Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz, Warszawa 2016, s. 69.

10 Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (t.j. Dz.U. 2016, poz. 2171); dalej: PrUpad.

nie przewidział. Jednocześnie należy podkreślić, że definicja legalna „stanu zagrożenia niewypłacalnością" zawiera w sobie jednocześnie pojęcia o charakterze niedookreślonym[11].

W tym miejscu należy poddać pod wątpliwość, czy definicja ta zgodna jest z przyjętymi zasadami techniki prawodawczej. Stosownie do § 146 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 roku w sprawie zasad techniki prawodawczej oraz zgodnie z poglądami przedstawicieli doktryny[12], definicje legalne mają służyć minimalizacji nieostrości lub niejasności danego pojęcia. Nie byłoby przesadą stwierdzenie, że definicja sformułowana w art. 6 ust. 3 PrRest spełnia cel wyraźnie przeciwny, stosując wyrażenia nieostre, takie jak „sytuacja ekonomiczna wskazuje" lub „w niedługim czasie". W istocie jest to klasyczny błąd logiczny definiowania *ignotum per ignotum*. Nie jest określone bowiem, jaki horyzont czasowy powinien zostać przyjęty celem przeprowadzenia prognozy sytuacji ekonomicznej dłużnika (która miałaby wskazywać na to, że jest zagrożony niewypłacalnością). Jest również niejasne, które aspekty finansowo-gospodarcze sytuacji dłużnika należy uwzględnić (np. czy należy wziąć pod uwagę jedynie istniejące zobowiązania dłużnika, czy również zobowiązania potencjalne, przyszłe itd.).

Na obronę poprawności definicji zawartej w art. 6 PrRest można podnieść, że pojęcie „stanu zagrożenia niewypłacalnością" oraz jego definicja stanowią nie tyle zwroty niedookreślone, ale tzw. zwroty szacunkowe w ujęciu L. Leszczyńskiego[13]. Według tego autora wyrażenia takie stanowią podstawę oceny stanu faktycznego przez wskazanie

11 M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady – reguły – wskazówki*, Warszawa 2017, s. 173, s. 264–265. M. Zieliński pod pojęciem „zwrot niedookreślony" rozumie zwrot, którego treść językowa jest niepełna, a który nie stanowi zarazem konstytutywnego zespołu cech lub też stanowi zespół cech konstytutywnych, ale któraś z cech tego zespołu ma ściśle oceny charakter lub niedookreślony, wskutek czego trudno stwierdzić, czy da się ją przypisać pewnemu podmiotowi, czy nie. Powyższe rozumienie podziela autor i wskazuje, że za takie właśnie pojęcie należy uznać „stan zagrożenia niewypłacalnością".

12 Por. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r.; S. Wronkowska, M. Zieliński, *Zasady techniki prawodawczej. Komentarz*, Warszawa 1997, s. 13 i n.

13 L. Leszczyński, *Zagadnienia Teorii Stosowania Prawa. Doktryna i Tezy Orzecznictwa*, Zakamycze 2004, s. 57.

kryterium tej oceny (najczęściej odwołujące się do pojęć pozaprawnych). Zwroty te cechują się niejako z założenia pewnym stopniem niedookreślenia, które podlegają dopiero uzupełnieniu w toku stosowania prawa poprzez ocenę faktów w oparciu o wskazane kryterium. Przykładem takiego zwrotu jest np. wyrażenie „bez ważnych powodów" użyte w art. 746 § 1 k.c.[14] Nawet gdyby uznać – czego autor nie czyni – że intencją ustawodawcy było wprowadzenie do definicji legalnej zwrotu szacunkowego, to jest to zwrot szacunkowy o niepoprawnej konstrukcji. Byłby to bowiem zwrot mający objaśnić zjawisko ekonomiczne (kwantyfikowalne) za pomocą nieokreślonych ilościowo kryteriów – bliskości czasowej oraz prawdopodobieństwa wystąpienia niewypłacalności. Biorąc pod uwagę brak kompetencji sędziego do szacowania prawdopodobieństwa oraz czasu wystąpienia niewypłacalności, kryteria te stanowią mogą dla sędziego przyjąć znaczenie dowolne (przy czym dla każdego sędziego inne). Inna jest z pewnością sytuacja w przypadku zwrotu „ważne powody". Oceniając ważność powodów, każdy dorosły człowiek (w tym nieprawnik) jest w stanie sformułować pewne przesłanki, które każą uznać dane powody za błahe, a inne za istotne. W każdym razie zwrot ten nie stanowi dla jego odbiorcy apriorycznej enigmy. W przypadku natomiast pojęcia prawdopodobieństwa wystąpienia niewypłacalności w niedługim czasie, sędzia nie będzie w stanie w sposób rzetelny ocenić, jakie było prawdopodobieństwo wystąpienia niewypłacalności i w jakim czasie. Wynika to z tego, że sędzia co do zasady nie ma wykształcenia ekonomicznego, a z drugiej strony nie może powołać biegłego (stosownie do art. 196 PrRest). Wreszcie, nawet gdyby prawidłowo ustalił stopień prawdopodobieństwa wystąpienia niewypłacalności, to nie będzie wiedział, czy dany poziom prawdopodobieństwa jest wystarczający, aby uznać dłużnika za zagrożonego niewypłacalnością.

14 **Art. 746. § 1.** Kodeksu cywilnego: Dający zlecenie może je wypowiedzieć w każdym czasie. Powinien jednak zwrócić przyjmującemu zlecenie wydatki, które ten poczynił w celu należytego wykonania zlecenia; w razie odpłatnego zlecenia obowiązany jest uiścić przyjmującemu zlecenie część wynagrodzenia odpowiadającą jego dotychczasowym czynnościom, a jeżeli wypowiedzenie nastąpiło **bez ważnego powodu** [podkr. – M.P.], powinien także naprawić szkodę.

Niezależnie od oceny zasadności zastosowania wyżej wymienionej definicji w art. 6 ust. 3 PrRest, przez wzgląd na praktykę jej stosowania konieczne wydaje się podjęcie próby dokonania wykładni pojęcia „stanu zagrożenia niewypłacalnością". Definicja tego pojęcia jest bowiem, jak wskazano wyżej, nadmiernie szeroka, a jej elementy (ekonomiczna sytuacja, niedługi przedział czasu) mogą być interpretowane na wiele, potencjalnie sprzecznych, sposobów. Być może zamierzeniem ustawodawcy było zapewnienie elastyczności wykładni pojęcia. Tym niemniej, za wadliwe należy uznać brak dokonania jakichkolwiek wskazań co do cech, jakie powinna spełniać „sytuacja ekonomiczna, wskazująca na powstanie niewypłacalności w niedługim czasie". Należy mieć bowiem na uwadze, że prawo restrukturyzacyjne wiąże z wszczęciem postępowania restrukturyzacyjnego wiele korzystnych, z punktu widzenia dłużnika, skutków prawnych. Wraz z wszczęciem postępowania większość zobowiązań dłużnika podlega objęciu szczególnym reżimem prawnym, który ma na celu wsparcie dłużnika w ich spełnieniu w dłuższej perspektywie czasowej[15]. Do ułatwień dla dłużnika należy zawieszenie postępowań egzekucyjnych, zawieszenie możliwości dochodzenia świadczeń objętych układem oraz dotknięcie sankcją bezskuteczności takich postanowień umownych, które są przeciwne celom restrukturyzacji.

Z uwagi na brak klarownej definicji zagrożenia niewypłacalnością, dłużnik praktycznie w każdym czasie będzie w stanie podjąć próbę wykorzystania wyżej wymienionych ułatwień, argumentując, że jest zagrożony wystąpieniem niewypłacalności w niedługim czasie. Przedstawiciele doktryny wskazują, że skuteczne uprawdopodobnienie stanu zagrożenia niewypłacalnością będzie relatywnie proste.

15 Por. R. Adamus, *Materialnoprawne skutki wszczęcia postępowań restrukturyzacyjnych*, [w:] *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe. System Prawa Handlowego*, t. 6, red. A. Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz, Warszawa 2016, s. 158; R. Adamus, *Bezskuteczność i zaskarżanie czynności upadłego w Prawie upadłościowym i naprawczym*, [w:] *Instytucje prawa upadłościowego i naprawczego*, red. A. Witosz, Katowice 2006; R. Adamus, *Dług równoległy a dług układowy*, M.Pr.Bank. 2015, Nr 9; R. Adamus, *Dochodzenie roszczeń z tytułu czynności upadłego bezskutecznych z mocy prawa*, MoP 2011, Nr 16; R. Adamus, *Hipoteka przymusowa a zabezpieczenie należności powstałych po ogłoszeniu upadłości*, M.Pr.Bank. 2014, Nr 2; R. Adamus, *Problematyka odsetek od wierzytelności układowych po ogłoszeniu upadłości*, Jur. 2012, Nr 7–8.

Podkreśla się, że wystarczy wykazanie przez dłużnika, że utracił ważny potencjalny kontrakt lub że nie powiodła mu się ważna inwestycja[16]. Warto podkreślić, że w przypadkach granicznych spreparowanie dokumentów na potwierdzenie takich twierdzeń także nie powinno stanowić dużego kłopotu dla przedsiębiorcy zainteresowanemu wszczęciem restrukturyzacji. W świetle powyższych uwag, nie sposób nie dostrzec ryzyka, które generuje definicja zagrożenia niewypłacalnością i możliwości, jakie z niej wynikają. Wadliwość tej definicji może okazać się zachętą do nadużycia prawa, a nie, jak planowano, instrumentem mającym na celu wsparcie uczciwych przedsiębiorców znajdujących się w kłopotach finansowych.

Przed przystąpieniem do dokonania analizy ekonomicznej przepisu przydatne będzie wskazanie dorobku doktryny w przedmiocie pojęcia zagrożenia niewypłacalnością. Przegląd poglądów przedstawicieli doktryny zostanie podzielony na część historyczną, która dotyczyć będzie poprzedników regulacji z art. 6 ust. 1 PrRest, które były w istotnym zakresie analogiczne do regulacji obecnej. Tym samym wypowiedzi doktryny w ich przedmiocie będą miały istotne znaczenie poznawcze. Druga część wstępnej prezentacji dorobku doktryny dotyczyć będzie obecnie wypowiadanych poglądów na gruncie art. 6 ust. 1 PrRest. W toku rozważań zostaną one skonfrontowane z autorską propozycją wykładni pojęcia zagrożenia niewypłacanością, która skonfrontuje ustalone stanowisko (względnie stanowiska) doktryny z dorobkiem nauk ekonomicznych.

4. Zagrożenie niewypłacalnością w doktrynie – ujęcie historyczne

Pierwszą polską regulacją dotyczącą zagrożenia niewypłacalnością oraz wynikającej z niego możliwości wszczęcia postępowania układowego było Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 24 października 1934 r. – Prawo upadłościowe[17]. Regulacja w art. 1 ust. 1 przewidywała, że „Przedsiębiorca, który wskutek wyjątkowych i niezależnych od niego okoliczności zaprzestał płacenia

16 P. Filipiak, *Podstawy*…, s. 75.

17 Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 24 października 1934 r. – Prawo układowe (Dz.U. 1934, nr 93, poz. 836); dalej: PrUk34.

długów lub przewiduje w najbliższej przyszłości zaprzestanie ich płacenia, może żądać otwarcia postępowania celem zawarcia układu z wierzycielami".

Odnosząc się do treści przepisu, warto zwrócić uwagę, że – podobnie jak w przypadku niewypłacalności – przedsiębiorca, który miał zamiar skorzystać z dobrodziejstwa wszczęcia postępowania układowego, musiał wykazać tzw. „moralność dłużnika". Innymi słowy, musiał wykazać, iż trudna sytuacja finansowa, w której się znalazł, wynika z niezależnych od niego i wyjątkowych okoliczności, nie została zaś spowodowana jego niedbalstwem lub nieudolnością. Ten wymóg wykazania tzw. „moralności przedsiębiorcy" uznawano za słuszny – miał on bowiem zapobiegać sytuacji, w której nieuczciwy lub nieudolny przedsiębiorca korzysta z postępowania układowego, działając potencjalnie na szkodę swoich wierzycieli. W piśmiennictwie wskazywano, iż celem regulacji było zachowanie przedsiębiorstw pożytecznych z punktu widzenia gospodarki narodowej, które znalazły się w sytuacji zachwiania gospodarczego[18].

Na podstawie art. 1 PrUk34 zagrożony niewypłacalnością przedsiębiorca mógł liczyć na wszczęcie postępowania układowego, jeżeli było wysoce prawdopodobne lub wręcz pewne, iż w najbliższej przyszłości utraci trwale zdolność płatniczą (tj. stanie się niewypłacalny, zgodnie z art. 1 ust. 1 oraz 2 PrUpad34[19]). Prognoza sytuacji finansowej przedsiębiorcy musiała być oparta na obiektywnych oraz mierzalnych podstawach, nie mogła natomiast stanowić subiektywnego odczucia zainteresowanego[20]. Ponadto wskazywano, iż przy badaniu zaistnienia przesłanki zagrożenia niewypłacalnością można było brać pod uwagę tylko te zobowiązania, które mogły stać się przedmiotem

18 J. Korzonek, *Prawo upadłościowe i prawo o postępowaniu układowem: komentarz, przepisy wprowadzające, przepisy wykonawcze, ustawy dodatkowe*, Kraków 1935, s. 270.

19 Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 24 października 1934 r. – Prawo upadłościowe (Dz.U. 1934, nr 93, poz. 834); dalej: PrUpad34; M. Allerhand, *Prawo upadłościowe: komentarz*, Bielsko-Biała 1991, s. 18.

20 J. Korzonek, *Prawo*…, s. 271; K. Piasecki, *Prawo upadłościowe, prawo o postępowaniu układowym, bankowe postępowanie ugodowe wraz z komentarzami oraz ochrona roszczeń pracowniczych, międzynarodowe aspekty upadłości,* Bydgoszcz 1994, s. 197.

układu z wierzycielami[21]. Tym niemniej nie oznaczało to, iż długi „pozaukładowe" nie mogły być elementem istotnym w tworzeniu prognozy zagrożenia przedsiębiorcy niewypłacalnością.

Odnosząc się do horyzontu czasowego zagrożenia niewypłacalnością, w piśmiennictwie wskazywano, iż pojęcie „w najbliższej przyszłości" należy rozumieć nie jako ściśle oznaczony okres kilku dni lub kilku tygodni. Definiowano je raczej jako okres operacyjny działania przedsiębiorstwa w warunkach prawidłowej gospodarki, przed upływem którego przedsiębiorca nie zdąży zapobiec grożącej mu niewypłacalności[22]. Jak zostało wskazane wyżej, przedwojenni autorzy brali pod uwagę, iż w przypadku różnych rodzajów działalności gospodarczej, horyzont czasowy, który należy przyjąć dla stworzenia racjonalnej prognozy wystąpienia niewypłacalności, musi być różny. W związku z tym, pojęcie „najbliższej przyszłości" było rozpatrywane *ad casum*.

Należy zwrócić uwagę, że mimo 19 lat obowiązywania wyżej wymienionego przepisu w warunkach gospodarki rynkowej, nie wytworzyło się na jego kanwie orzecznictwo, które mogłoby wskazać na implikacje praktyczne tak zakreślonej definicji zagrożenia niewypłacalnością. Niezależnie od tego, warto zwrócić uwagę, że art. 1 PrUk34 należy uznać za przykład legislacji na bardzo wysokim poziomie, ponieważ stanowił nowatorskie na skalę europejską rozwiązanie prawne, a jednocześnie – przez wprowadzenie wymogu wykazania moralności płatniczej – zapobiegało nadużywaniu instytucji przez nieuczciwych przedsiębiorców.

Na gruncie regulacji, która zastąpiła PrUk34, tj. ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze[23], instytucja zagrożenia niewypłacalnością została recypowana i wprowadzona w art. 492 ustawy w części poświęconej postępowaniu naprawczemu. W rozumieniu ustawy zagrożenie niewypłacalnością było przesłanką przedmiotową wszczęcia takiego postępowania. Definicja legalna zagrożenia niewypłacalnością została zawarta w art. 492

21 M. Allerhand, *Prawo*…, s. 17.

22 J. Korzonek, *Prawo*…, s. 271.

23 Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz.U. 2003, nr 60, poz. 535); dalej: PrUpiN.

ust. 2: „Przedsiębiorca jest zagrożony niewypłacalnością, jeżeli pomimo wykonywania swoich zobowiązań, według rozsądnej oceny jego sytuacji ekonomicznej jest oczywistym, że w niedługim czasie stanie się niewypłacalny". W piśmiennictwie wskazywano, iż stan zagrożenia niewypłacalnością wymagał, aby przedsiębiorca wciąż wykonywał swoje wymagalne zobowiązania pieniężne (por. art. 11 ust. 1 PrUpiN), a jego aktywa wciąż przewyższały pasywa, według stanu na dzień wszczęcia postępowania naprawczego[24]. Zgodnie z nowelizacją przepisu, postępowanie naprawcze mogło być wszczęte również w przypadku, gdy stan zadłużenia trwał mniej niż 3 miesiące, a suma niewykonanych zobowiązań nie przekraczała 10% wartości bilansowej przedsiębiorstwa. Warto zwrócić uwagę, że – inaczej niż na gruncie prawa układowego – uznawano, iż w toku analizy zagrożenia niewypłacalnością należy wziąć pod uwagę nie tylko zobowiązania układowe, lecz także pozaukładowe[25].

Jeżeli chodzi o ustalanie zaistnienia stanu zagrożenia niewypłacalnością, to kwestia ta budziła wątpliwości. Pozostawało bezsporne, że stan taki jest możliwy do ustalenia tylko pod warunkiem planowania wydatków i przychodów w sposób precyzyjny[26]. W doktrynie krytykowano jednakże użycie wyrażenia „jest oczywistym". Wskazywano bowiem, iż dowodzenie, że stan przyszły (z natury rzeczy niepewny) z pewnością się ziści, stanowi rozumowanie *ad absurdum*[27]. Większość

24 S. Gurgul, *Komentarz do art. 492*, teza 4, [w:] *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz,* red. S. Gurgul, Warszawa 2011; R. Adamus, *Komentarz do art. 492*, [w:] *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz,* red. A. Witosz, Warszawa 2007, teza 10.

25 R. Adamus, *Komentarz do art. 492*…, teza 14.

26 P. Zimmerman, *Komentarz do art. 492*, [w:] *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz,* red. P. Zimmerman, Warszawa 2011.

27 Por. P. Bodył-Szymala, M. Różalski, *Poprawić przed naprawianiem. Prawo upadłościowe i naprawcze – regulacja nie dla aniołów*, Rzeczp. 2003, Nr 151, gdzie postawiono następująca tezę: „Zdumiewa w tej definicji traktowanie grożącej niewypłacalności jako »oczywistej«, co w języku polskim znaczy tyle, co »pewnej, bezspornej«. Innymi słowy – przesłanką rozpoczęcia postępowania naprawczego jest udowodnienie stanu przyszłego, który z natury swej jest niepewny. Skoro nikt nie może mieć pewności co do zdarzeń przyszłych, to przesłanka wszczęcia postępowania naprawczego nigdy nie wystąpi. To klasyczne rozumowanie ad absurdum".

autorów interpretowała powyższe wyrażenie ustawowe, niezależnie od jego wadliwości z punktu widzenia logiki formalnej, jako oznaczające, iż stan niewypłacalności ma być, według rozsądnej oceny opartej na obiektywnych podstawach, nieunikniony – a nie jedynie hipotetyczny czy potencjalny[28]. W opinii F. Zedlera stan taki ma miejsce, „gdy przychody i posiadane środki pieniężne przedsiębiorcy zamierzającego wszcząć postępowanie naprawcze nie pozwalają spłacić w całości zaciągniętych zobowiązań i gdy termin zaprzestania spłat jest już przewidywalny"[29]. Z kolei P. Zimmerman wskazał jako przykład sytuację rolnika, który na wiosnę zakupił maszynę z odroczonym terminem płatności do jesieni. Rolnik, planujący spłatę zobowiązania z przychodów uzyskanych w toku produkcji rolnej, będzie znajdował się w stanie zagrożenia niewypłacalnością w momencie uzyskania informacji o suszy, której skutkiem będą bardzo niskie zbiory. Tym samym, mimo pozostawania wciąż wypłacalnym, rolnik z największym prawdopodobieństwem utraci zdolność płatniczą z nadejściem jesieni[30]. Należy pozytywnie ocenić wymaganie, aby zainteresowany wszczęciem postępowania naprawczego przedsiębiorca udowodnił zagrożenie niewypłacalnością w sposób niebudzący wątpliwości. Wymaganie to stanowiło bowiem ochronę przed nadużywaniem postępowania naprawczego przez nieuczciwych przedsiębiorców.

Odnosząc się do horyzontu czasowego prognozy, zgodnie z art. 492 ust. 2 niewypłacalność ta miała wystąpić w niedługim czasie. Co do zasady w doktrynie nie przyjmowano, podobnie jak na gruncie PrUk34, konkretnego, określonego okresu, lecz wskazywano, iż „niedługi czas" to termin stosunkowo krótki, wynikający z rytmu usługowo-produkcyjnego danego przedsiębiorcy oraz termin wymagalności jego zobowiązań[31]. Odosobnione stanowisko reprezentowane było przez D. Zienkiewicz, która wskazywała, że w praktyce okres ten może trwać od 1 do 6 miesięcy[32]. Autorka wskazywała, że konkretny

28 R. Adamus, *Zdolność naprawcza i przesłanki dla wszczęcia postępowania naprawczego*, MoP 2003, Nr 22.

29 F. Zedler, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Kraków 2003, s. 1153.

30 P. Zimmerman, *Komentarz do art. 492*…

31 R. Adamus, *Zdolność*…

32 D. Zienkiewicz, *Komentarz do art. 492*, [w:] *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz,* D. Zienkiewicz, Warszawa 2006.

okres zależy od rodzaju wykonywanej działalności oraz od wielkości przedsiębiorstwa. Należy podkreślić, że autorka nie wskazała ani normatywnych ani empirycznych podstaw dla określenia czasu w wyżej wskazany sposób. W związku z tym wydaje się, że pierwsze ze stanowisk jest bardziej racjonalne, przede wszystkim z uwagi na fakt, iż niektóre rodzaje działalności gospodarczej, szczególnie charakteryzujące się wysokim stopniem skomplikowania, mogą mieć rytm produkcyjny znacznie przekraczający 6 miesięcy.

Podsumowując, aktywność doktryny w okresie obowiązywania PrUpiN skutkowała powstaniem spójnej oraz *prima facie* praktycznej wykładni pojęcia zagrożenia niewypłacalnością na gruncie PrUpiN. Rozumienie pojęcia zapobiegało nadużywaniu instytucji, a z kolei elastyczne rozumienie wyrażenia „w niedługim czasie" pozwalało na dostosowanie przesłanki przedmiotowej wszczęcia postępowania naprawczego do zróżnicowanych charakterem rodzajów działalności gospodarczej. Pozostaje jednakże faktem, że art. 492 PrUpiN rzadko znajdował zastosowanie w praktyce[33], w związku z czym nie zostało wykształcone stanowisko judykatury, szczególnie w odniesieniu do dokładnego rozumienia pojęć „oczywistego przyszłego stanu niewypłacalności" i „niedługiego czasu", w którym stan ten miał wystąpić.

5. Zagrożenie niewypłacalnością w doktrynie – ujęcie współczesne

Pojęciu ustawowemu „zagrożenia niewypłacalnością" w literaturze przedmiotu nie poświęcono wiele uwagi. Zgodnie z art. 6 ust. 3 PrRest: „Przez dłużnika zagrożonego niewypłacalnością należy rozumieć dłużnika, którego sytuacja ekonomiczna wskazuje, że w niedługim czasie może stać się niewypłacalny". Celem przedstawienia możliwej wykładni tego przepisu, w pierwszej kolejności zostaną przedstawione opublikowane jak dotąd wypowiedzi przedstawicieli doktryny dotyczące zagrożenia niewypłacalnością płynnościową – tj. stanu niepłacenia w terminie wymagalnych zobowiązań pieniężnych. Poruszone zostaną kwestie poziomu ryzyka niewypłacalności, konieczne, aby uznać przedsiębiorcę za zagrożonego. Następnie nastąpi odniesienie

33 Uzasadnienie do projektu rządowego ustawy – Prawo Restrukturyzacyjne, Druk Sejmowy Nr 2824.

do metodyki ustalania istnienia zagrożenia niewypłacalnością oraz zagadnienia, które zdarzenia gospodarcze powinno się uwzględnić podczas prognozy sytuacji dłużnika, a których już uwzględniać nie należy. Wreszcie omówiona zostanie kwestia optymalnego horyzontu czasowego prognozy. Jednocześnie rozważania te zostaną rozszerzone o wnioski wypływające z dorobku nauk ekonomicznych, które umożliwią osadzenie rozważań dogmatycznych w pewnych konkretnych, mierzalnych ramach sytuacyjnych.

Biorąc pod uwagę fakt, że niewypłacalność, zgodnie z art. 11 PrUpad, może przyjąć formę niewypłacalności płynnościowej lub zadłużeniowej, również zagrożenie niewypłacalnością może pojawić w tych dwóch wariantach. Rozpoczynając od analizy zagrożenia niewypłacalnością płynnościową, w piśmiennictwie podkreśla się, iż istnieje ono wtedy, gdy dłużnik, choć jeszcze wypłacalny, znajduje się w kryzysie finansowym, a jednocześnie, na podstawie czynników obiektywnych, można stwierdzić, że w przyszłości z dużym prawdopodobieństwem utraci zdolność wykonywania zobowiązań pieniężnych. P. Filipiak wskazał, że ocena prawdopodobieństwa (tj. ryzyka wystąpienia niewypłacalności) musi zostać oparta na przesłankach obiektywnych[34], mimo braku wskazania tego wymogu w przepisie. Należy zgodzić się z tym poglądem autora i wskazać, że ponieważ mowa o zjawiskach ekonomicznych, to przesłanki obiektywne, o których mowa, powinny być rozpatrywane z punktu wiedzenia dorobku nauk ekonomicznych.

Co ciekawe, w piśmiennictwie nie dokonano analizy wyrażenia „dłużnik (…) może stać się niewypłacalny" oraz nie udzielono odpowiedzi na pytanie, jakie musi być ryzyko (prawdopodobieństwo) zaistnienia niewypłacalności, aby sąd mógł uznać je za podstawę otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego. Powyższe milczenie jest o tyle zastanawiające, że, jak zostało opisane wcześniej, każdy z poprzedników art. 6 ust. 1 zakładał konieczność wystąpienia wysokiego prawdopodobieństwa zaistnienia (tak art. 1 PrUkład34 interpretowała doktryna i tak *expressis verbis* stanowił art. 492 PrUpiN). Za doktryną niemiecką[35] wskazać należy, że nieodłącznym elemen-

34 P. Filipiak, *Podstawy*…, s. 74.

35 K. Schmidt, *Kommentar zu § 18 InsO*, [w:] *Insolvenzordnung. Kommentar*, München 2016, Nb 7; E. Braun, H. Bußhardt, *Kommentar zu § 18 InsO*, [w:]

tem prowadzenia działalności gospodarczej na wolnym rynku jest zawsze występujące – w większym lub mniejszym stopniu – zagrożenie niewypłacalnością. Tym samym należy założyć, że także w przypadku art. 6 PrRest ustawodawca nie miał innego zamiaru i że poziom ryzyka wystąpienia niewypłacalności musi być znaczny. Zadaniem orzecznictwa będzie określenie, jak znaczny. Zasadne byłoby przyjęcie, podążając za głosami przedstawicieli nauki prawa niemieckiego, że zaistnienie niewypłacalności powinno być przynajmniej bardziej prawdopodobne niż uniknięcie takiego stanu. Należy uznać, że przydatna na gruncie art. 6 PrRest byłaby również recepcja niemieckiego poglądu, zgodnie z którym im dalszy horyzont czasowy prognozy niewypłacalności, tym większe powinno być ryzyko, aby uznać, że przedsiębiorca jest zagrożony niewypłacalnością[36].

Odnosząc się do metodyki ustalenia ryzyka niewypłacalności, model zaproponowany przez niemieckiego autora J. Drukarczyka[37] mógłby znaleźć zastosowanie również na gruncie polskiego postępowania restrukturyzacyjnego. Polega on na analizie sprawozdania finansowego spółki oraz dokonaniu prognozy sytuacji dłużnika w przyszłości – w szczególności przewidywanego rachunku zysków i strat na najbliższe lata obrotowe. Powyższy pogląd wydaje się być nieśmiało aprobowany na gruncie nauki polskiej. P. Zimmerman podkreślił, że jest oczywiste, iż wykazanie przez przedsiębiorcę zagrożenia niewypłacalnością „jest możliwe do ustalenia tylko pod warunkiem precyzyjnego planowania wydatków i przychodów”[38]. Z kolei P. Filipiak oraz R. Adamus sugerują zastosowanie analizy wskaźnikowej[39], celem

Insolvenzordnung. Kommentar, München 2016, Nb. 4; U. Schmerbach, *Kommentar zu § 18 InsO,* [w:] *Insolvenzordnung. Kommentar*, München 2016, Nb. 22; wyrok OLG Hamburg z 7 kwietnia 2014 roku ZInsO 2014, 2275; wyrok LG Hamburg z 16 marca 2015 roku, ZInsO 2015, 857 f.; J. Drukarczyk, *Kommentar zu § 18 InsO*, [w:] *Insolvenzordnung. Kommentar*, München 2016, nb. 22.

36 J. Drukarczyk, *Kommentar*…

37 J. Drukarczyk, *Kommentar…*

38 P. Zimmerman, *Komentarz do art. 6*, [w:] *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz,* red. P. Zimmerman, Warszawa 2016.

39 Zadaniem analizy wskaźnikowej – będącej dziedziną analizy finansowej – jest dostarczenie informacji o operacjach gospodarczych, funkcjonowaniu przedsiębiorstwa, a przede wszystkim jego kondycji finansowej. Informacje te są wykorzystywane przez kierownictwo w procesie zarządzania, a także przez otoczenie

wykazania zagrożenia niewypłacalnością. W niniejszym artykule zostanie zaprezentowany sposób wykorzystania analizy wskaźnikowej, a zatem narzędzia ekonomicznego, na potrzeby ustalania zagrożenia niewypłacalnością – przy odwołaniu się do konkretnych pozycji przewidzianych w sprawozdaniach finansowych.

Należy podkreślić, że świadomość powyższych możliwości, jakie daje ekonomia, jest niezbędna w pracy sędziego sądu restrukturyzacyjnego. W przypadku bowiem złożenia wniosku o wszczęcie restrukturyzacji, sąd weryfikujący zaistnienie przesłanki istnienia zagrożenia niewypłacalnością musi przeprowadzić weryfikację tej okoliczności na podstawie dokumentów finansowych dłużnika i za pomocą analizy ekonomicznej ustalić, czy zagrożenie niewypłacalnością istnieje. Niestety w tym przypadku sędzia nie ma możliwości odciążenia poprzez zasięgnięcie informacji specjalnych i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, a to na podstawie art. 196 PrRest, który wyłącza możliwość powołania biegłych przez sąd restrukturyzacyjny.

Odnosząc się do zdarzeń gospodarczych, które należy wziąć pod uwagę przy tworzeniu prognozy niewypłacalności, doktryna polska postrzega tę kwestię w sposób bardziej liberalny niż doktryna niemiecka. Według P. Filipaka zdarzenia takie jak: przyszła porażka w sporze sądowym (przy wysokiej wartości przedmiotu sporu), utrata ważnego potencjalnego kontraktu albo odejście dużej grupy pracowników z przedsiębiorstwa uzasadniają uznanie, że dany dłużnik znajduje się w stanie zagrożenia niewypłacalnością[40]. Z kolei R. Adamus podaje, że dłużnik może skutecznie powołać się na negatywną koniunkturę oraz spadek popytu na produkty przedsiębiorstwa[41]. Należy poglądy te jednoznacznie skrytykować.

Nie negując bowiem, że powyższe czynniki mogą mieć wpływ na sytuację finansową przedsiębiorcy, dowodzenie, iż w bezpośredni sposób wywołują one ryzyko niewypłacalności byłoby nadmiernym

przedsiębiorstwa: kredytodawców, kontrahentów, inwestorów, audytorów itp. Analiza polega na porównywaniu poszczególnych relacji między odpowiednimi parametrami oraz wielkościami dot. danego przedsiębiorstwa lub spółki; por. M. Sierpińska, T. Jachna, *Ocena przedsiębiorstwa według standardów światowych*, Warszawa 2002.

40 P. Filipiak, *Podstawy*…, s. 76.

41 R. Adamus, *Komentarz do art. 6*…

uproszczeniem, które w konsekwencji ułatwiałoby nadużycie instytucji restrukturyzacji. Warto jeszcze raz przypomnieć, że zagrożenie niewypłacalnością w sensie płynnościowym oznacza ryzyko, iż przedsiębiorca straci trwale zdolność zaspokajania wymagalnych zobowiązań pieniężnych. Tym samym, elementem, który bezpośrednio dowodzi powstania zagrożenia niewypłacalnością, jest sytuacja finansowa przedsiębiorstwa jako takiego – jak np. powstanie deficytu, który nie znajduje pokrycia w środkach przedsiębiorcy, które ten posiada, uzyska lub miałby szansę uzyskać. W związku z tym, zagrożenie niewypłacalnością zaistnieje jako skutek wskazanych przez wspomnianych autorów czynników jedynie wtedy, gdy wywołają one zmianę przepływów finansowych o takim charakterze, że wyżej wymieniony deficyt powstanie. W takim przypadku dłużnik nie powinien wykazywać, że koniunktura na rynku jest negatywna, ale pokazać, jak bezpośrednio wpływa to na jego sytuację ekonomiczną. Wydaje się, że sąd powinien wymagać tego rodzaju ustaleń, zamiast mglistych twierdzeń o ogólnikowym charakterze, dotyczących przyszłych, potencjalnych i niezidentyfikowanych zysków, czy złej sytuacji rynkowej. Co więcej, jak zostało już zasygnalizowane, zaistnienie takiej sytuacji musi być przynajmniej bardziej prawdopodobne niż jej uniknięcie.

Należy zwrócić uwagę, że wskazane przez doktrynę czynniki są w znacznej mierze niekwantyfikowalne. Stanowi to niewątpliwie słabość wyżej wymienionych poglądów, skoro nie dają one żadnych wskazówek, jak powinny być zastosowane w praktyce. Należy je dopiero inkorporować – za pomocą narzędzi ekonomicznych – do prognozy niewypłacalności przez wskazanie, jakie wywołają zmiany w przyszłych przychodach oraz wydatkach (np. można podać, że prognozowany spadek popytu o 5% na produkty danego dłużnika spowoduje odpowiedni spadek zysków przedsiębiorstwa ze sprzedaży; z kolei analizując ewentualną przegraną w sporze sądowym, należy w pasywach uwzględnić powstanie nowego zobowiązania lub aktualizację istniejącego do wartości żądanej przez przeciwnika procesowego, przy ocenie faktów dotyczącego danego postępowania – tj. ocenie, czy ryzyko istnieje oraz czy proces nie jest iluzoryczny). Wydaje się, że dopiero tak uzasadniony wniosek dłużnika powinien

zostać uwzględniony w toku postępowania o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego.

W tym punkcie należy rozstrzygnąć powiązaną kwestię, tj. zagadnienie, które pozycje aktywów oraz pasywów należy uwzględniać w prognozowaniu ryzyka niewypłacalności – kwestia ta nie została dotychczas omówiona przez przedstawicieli doktryny polskiej. Z pewnością należy uwzględnić zobowiązania istniejące, które staną się wymagalne w przyjętym horyzoncie czasowym prognozy (w tym zobowiązania do spełnienia świadczeń okresowych wynikających z trwałych stosunków prawnych) oraz posiadane aktywa, w tym należności oraz ruchomości i nieruchomości, które mogą zostać zbyte (wycena takich dóbr byłaby przeprowadzona według ceny rynkowej – tzn. że niewiele warte ruchomości, wykazywane w bilansie jako wartościowe, nie byłyby wzięte pod uwagę). Wydaje się, że należałoby pominąć zobowiązania, których wymagalność nastąpi w okresie, którego prognoza nie obejmuje, gdyż nie byłyby one relewantne dla oceny przyszłej sytuacji gospodarczej dłużnika. Jednocześnie wydaje się, że należy uwzględnić w prognozie także rezerwy na zobowiązania, umieszczone w bilansie zgodnie z art. 35d pkt 1 ustawy o rachunkowości[42].

Odnosząc się do zobowiązań przyszłych, jak również do przyszłych przychodów przedsiębiorcy – należałoby za doktryną niemiecką przyjąć, iż przyszłe przepływy pieniężne mogą zostać uwzględnione jedynie wtedy, jeżeli ich powstanie jest bardzo prawdopodobne (wydaje się, że należałoby przyjąć standard ok. 75–90% prawdopodobieństwa, zależnie od przypadku[43]). Prognoza taka jest możliwa dzięki analizie przyszłych przepływów pieniężnych oraz zdyskontowaniu ich tak, aby wyrażały wartość teraźniejszą (tzw. metoda *discounted cash flows*[44]). Tym samym, potencjalne roszczenia odszkodowawcze o spornym charakterze nie powinny zostać uwzględnione w sporządzaniu

42 Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz.U. 2018, poz. 395), art. 35d pkt 1). Pewne lub o dużym stopniu prawdopodobieństwa przyszłe zobowiązania, których kwotę można w sposób wiarygodny oszacować, a w szczególności na straty z transakcji gospodarczych w toku, w tym z tytułu udzielonych gwarancji, poręczeń, operacji kredytowych, skutków toczącego się postępowania sądowego.

43 K. Schmidt, *Kommentar*…, Nb 18.

44 K. Jajuga, T. Jajuga: *Inwestycje*, Warszawa 2012.

prognozy. Z kolei roszczenia odszkodowawcze względem przedsiębiorcy, co do których istnieje pewność, iż są uzasadnione, a które są lub będą przedmiotem sporu, należy – jak się wydaje – uwzględnić w analizie sytuacji przedsiębiorcy (ich pominięcie mogłoby skutkować zafałszowaniem opisu stanu finansowego przedsiębiorcy). Nawiązując do dochodów przedsiębiorcy można zauważyć, iż w niemieckiej nauce króluje koncepcja uwzględnienia najwyżej tych dochodów, które przedsiębiorca odnosi w normalnym toku działalności gospodarczej. Koncepcja ta wydaje się słuszna. Można zasugerować jedynie, że powyższą koncepcję należałoby zmodyfikować przez przewidzenie możliwości uwzględnienia projektowanych dochodów z ukończonej lub kończonej inwestycji, których uzyskanie jest bardzo prawdopodobne. Wprowadzenie takiej możliwości gwarantowałaby symetrię metodologiczną w zakresie ustalania stanu pasywnego oraz aktywnego, co z kolei oferowałoby wierny obraz sytuacji finansowej dłużnika.

Jeżeli chodzi o horyzont czasowy prognozy, podobnie jak przedstawiciele doktryny polskiej na gruncie PrUpiN oraz PrUkład34, P. Filipiak wskazuje, iż ustawowe pojęcie „niedługiego czasu" należy interpretować *ad casum*. Autor wskazuje słusznie, że dopiero analiza makro- oraz mikroekonomiczna danej sytuacji przedsiębiorcy może wskazać, ile jednostek czasu zawiera „niedługi czas" w stosunku do danego podmiotu. Zgodnie z poglądem autora, nie powinno dla wykładni tego pojęcia mieć znaczenia powszechne (potoczne) odczucie, jaki okres czasu jest „niedługi"[45]. W dalszej części wywodu autor wskazuje jednakże, iż okres dwuletni byłby już zbyt długi. Wydaje się, że powyższe stanowisko jest niekonsekwentne[46]. Można bowiem wskazać wiele przedsiębiorstw, których cykl operacyjny trwa dłużej niż 2 lata (przedsiębiorstwo górnicze, przedsiębiorstwo zajmujące się działalnością deweloperską). Tym samym, „niedługi czas" określony *ad casum* mógłby potencjalnie trwać dłużej aniżeli 2 lata. Jak się wydaje, maksymalny wymiar pojęcia „niedługiego czasu" należy odnosić do maksymalnego czasu trwania cyklu operacyjnego przedsiębiorcy. Okres prognostyczny powinien być również ograniczony przez granicę zdolności predykcyjnej danej prognozy (w przypadku, gdy

45 P. Filipiak, *Podstawy*…, s. 76.

46 P. Filipiak, *Podstawy*…, s. 77.

cykl operacyjny trwa kilka lat, lecz prognoza na tak długi okres jest niemożliwa, konieczne jest przyjęcie krótszego horyzontu czasowego).

Jeżeli chodzi o ekonomiczne wyrażenie wyżej wskazanych rozważań, do ustalenia czasu trwania cyklu zastosować należy następujący wzór, który zakłada, że cyklem operacyjnym jest ilość dni potrzebnych wyprodukowanie produktu oraz ilość dni potrzebnych na otrzymanie za nie zapłaty:[47]

$$\text{cykl operacyjny} = \text{cykl zapasów} + \text{okres spłaty należności} \quad [48]$$

gdzie:

$$\text{cykl zapasów} = \frac{\text{średni poziom zapasów ogółem} * 365}{\text{przychody netto ze sprzedaży}} \quad [49]$$

a:

$$\text{okres spłaty należności} = \frac{\text{średni poziom należności ogółem} * 365}{\text{przychody netto ze sprzedaży}} \quad [50]$$

Ostatnią kwestią, którą należy poruszyć, jest zagadnienie zagrożenia niewypłacalnością w sensie zadłużeniowym. Warto zwrócić uwagę, że wszystkie uwagi poczynione względem zagrożenia niewypłacalnością płynnościową znajdą zastosowanie także w tym przypadku. Na gruncie przeprowadzonych rozważań pozostaje jednak nierozstrzygnięte, od którego momentu można powiedzieć, że dłużnik jest zagrożony tym, że jego zobowiązania pieniężne przekroczą wartość jego majątku, a stan ten będzie utrzymywał się „przez okres przekraczający dwadzieścia cztery miesiące". W odniesieniu do tej kwestii P. Filipiak wskazał, że nie można powiedzieć, iż zagrożenie niewypłacalnością nie występuje tak długo, jak długo zobowiązania pieniężne nie przekroczą wartości majątku danego przedsiębiorcy[51]. Autor podkreślił również, iż nie można uznać, że z pierwszym dniem, kiedy taki stan ma miejsce, należy w sposób automatyczny uznać, że zaistniało

47 D. Wędzki, *Analiza wskaźnikowa sprawozdań finansowych*, Kraków 2006.

48 D. Wędzki, *Analiza*…

49 D. Wędzki, *Analiza*…

50 D. Wędzki, *Analiza*…

51 P. Filipiak, *Podstawy*…, s. 76.

zagrożenie niewypłacalnością. Wykazał on bowiem, że dla spełnienia przesłanki niewypłacalności zadłużeniowej konieczne jest trwanie tego stanu przez nieprzerwany okres 2 lat, który to okres (w opinii autora) jest zbyt długim okresem prognostycznym, biorąc pod uwagę, że zagrożenie ma dotyczyć wystąpienia niewypłacalności w „niedługim czasie”[52]. P. Filipiak wskazał, iż dopiero kiedy nieprzerwane dwuletnie trwanie zadłużenia jest bardzo prawdopodobne i nieodległe w przyszłości (np. o 4 miesiące), można mówić o zagrożeniu niewypłacalnością. Powyższe tezy autora należy, co do zasady, zaakceptować, ponieważ trudno byłoby pogodzić się z sytuacją, w której dłużnik wnioskowałby o wszczęcie postępowania restrukturyzacyjnego argumentując, że wartość jego długów w ciągu kilkunastu miesięcy z dużym prawdopodobieństwem przekroczy wartość aktywów. Modelowy dłużnik zwykle nie ma świadomości o byciu zagrożonym niewypłacalnością z tak dużym wyprzedzaniem i w warunkach wciąż trwającej wypłacalności. Wydaje się jednak, że w ekstremalnych przypadkach (np. w razie świadomości, że nieunikniona jest porażka procesowa w sprawie odszkodowawczej, gdzie powód żąda świadczenia okresowego tak wysokiego, iż z pewnością przesądzi o trwałości stanu zadłużenia przez 2 lata) należałoby umożliwić przyjęcie dalszego horyzontu czasowego dla zagrożenia niewypłacalnością w sensie zadłużeniowym. Taka sytuacja najczęściej będzie również wiązała się z wystąpieniem zagrożenia niewypłacalnością płynnościową, w związku z czym powyższe rozważania mają raczej charakter teoretyczny.

6. Propozycja modelu weryfikacji stanu zagrożenia niewypłacalnością

Zwieńczeniem powyższych rozważań niech będzie zaproponowanie zastosowania następującego autorskiego modelu służącego weryfikacji stanu zagrożenia niewypłacalnością. Autor pozostaje świadomy, że w literaturze ekonomicznej istnieje wiele modeli wczesnego ostrzegania o niewypłacalności/ modeli oceny istnienia bankructwa – przykładowo model J. Gajdki i D. Stosa, model D. Mirowskiej i M. Lasek,

52 P. Filipiak, *Podstawy*…, s. 76.

model Altmana[53]. Oczywiście można i warto używać takich modeli, lecz wydaje się, że ich stosowanie przez sąd restrukturyzacyjny może być wątpliwe z dwóch powodów. Po pierwsze, modele te przypisują poszczególnym wskaźnikom dotyczącym prowadzenia działalności gospodarczej z góry określoną wagę (współczynnik stały, który został wyprowadzony na podstawie badań statystycznych). Dla sędziego kłopotliwe może być przekonanie – tak samego siebie, jak i adresatów swojego orzeczenia – dlaczego wybrał dany model, nie decydując się na wybór innego. Po drugie, zaproponowane modele, w przekonaniu autora, nie są dostosowane do wypracowanych wniosków wynikających z ekonomicznej wykładni przepisu – przykładowo, nie uwzględniają faktu, że analiza powinna obejmować okres operacyjny przedsiębiorstwa danego dłużnika. Nadto wydaje się, że wyżej wymienione modele mogą sprawić pewne trudności w zastosowaniu dla osoby nieposiadającej odpowiedniego przeszkolenia z zakresu matematyki oraz analizy finansowej.

Tym samym, w opinii autora, konieczne jest wskazanie na inne, możliwie najprostsze matematycznie sposoby oceny niewypłacalności dłużnika, tzn. takie, które są dostępne i możliwe do stosowania przez sędziów, a zarazem zbieżne z ustaleniami na temat normatywnej treści przepisu. Sposób ten polegałby na obliczeniu następującego współczynnika N (niewypłacalności) stanowiącego iloraz między bieżącymi kosztami działalności i wymagalnymi zobowiązaniami, a bieżącymi z niej dochodami oraz posiadanymi aktywami. Założenie jest proste: polega bowiem na porównaniu tego co dłużnik w analizowanym okresie posiada i nabędzie, względem tego co będzie musiał wydać tytułem wykonania bieżących zobowiązań. Idea ta zaczerpnięta jest z szeroko akceptowanej w nauce analizy wskaźnikowej i polega na pewnej modyfikacji współczynników płynnościowych (tak aby były dopasowane do przesłanek ustawowych). Aby obliczyć

53 W. Rogowski, A. Mroczkowska, *Światowe doświadczenia w zakresie tworzenia modeli prognozowania zagrożenia przedsiębiorstwa upadłością*, „Studia i Prace Kolegium Zarządzania i Finansów" 2010, nr 102, s. 42–69; D. Mirowska, M. Lasek, *Porównanie skuteczności modeli wielowymiarowej analizy dyskryminacyjnej służących prognozowaniu upadłości przedsiębiorstw*, „Optimum Studia Ekonomiczne" 2010, (1), s. 73–90; E. Altman, *Corporate Financial Distress*, New York 1993.

współczynnik N konieczne jest rozwiązanie następującego równania (w poszukiwaniu wartości N):

$$N = \frac{F}{A}$$

gdzie:

$$A = \frac{ZyskNetto * Cykl_O}{365dni} + C + FSV(Ak) + FSV(At) + R$$

gdzie:
A – współczynnik stanu czynnego na dzień analizy
$Zysk_o$ – średni roczny zysk netto osiągany w okresie ostatnich 5 lat działalności
$Cykl_o$ – czas trwania cyklu operacyjnego (czyli ile czasu trwa cały cykl działalności spółki) – wyrażony w dniach
C – środki pieniężne (w kasie oraz na kontach bankowych)
A_k – wartość aktywów krótkoterminowych w warunkach sprzedaży przymusowej (bez uwzględnienia należności, których wartość uzwględniona jest już w pozycji dot. zysku)
At – wartość księgowa aktywów długoterminowych w warunkach sprzedaży przymusowej
R – rezerwy na zobowiązania

Założeniem powyższej analizy jest to, że stan czynny każdego dłużnika to suma prognozowanego zysku osiąganego w danym cyklu operacyjnym[54], posiadanych środków pieniężnych, wartości wymuszonej sprzedaży aktywów krótkoterminowych oraz długoterminowych oraz rezerw na zobowiązania.

Wyjaśniając zasadność użycia wartości wymuszonej sprzedaży aktywów wskazać należy, że wartość ta stanowi wartość rynkową, pomniejszoną o koszty związane z jak najszybszym ich upłynnieniem i stosunkowo krótką ekspozycją (reklamą) aktywów na rynku. Taki sposób upłynniania aktywów często może wiązać się z koniecznością obniżenia ceny sprzedaży danych aktywów, aby zachęcić

54 Wartość tę można stosunkowo łatwo obliczyć bazując na średnim rocznego zysku netto uzyskanym przez dłużnika w latach ubiegłych pomnożonego przez ułamek który względem całego roku stanowi cykl operacyjny; jeżeli chodzi o wyznaczenie czasu trwania cyklu operacyjnego sąd, siłą rzeczy, musiał będzie się opierać na oświadczeniu złożonym przez dłużnika.

potencjalnych nabywców, możliwością wywierania nacisku przez kupców celem dalszego obniżania cen oraz wyższymi kosztami związanymi z nagłością prowadzonej sprzedaży[55]. Wydaje się bezsporne, że właśnie ten model wyceny byłby zasadny dla analizowania aktualnego stanu aktywów dłużnika – gdyż przy założeniu, że dłużnik musiałby jak najszybciej spełnić wymagalne zobowiązania, musiałby w sposób jak najszybszy dążyć do upłynnienia aktywów.

Ponieważ sąd nie może przeprowadzić dowodu z opinii biegłego na okoliczność tego o ile wartości księgowe aktywów należy pomniejszyć, aby uzyskać wartość wymuszonej sprzedaży aktywów, niezbędne wydaje się przeprowadzenie badań empirycznych, które wskazywałyby o ile (w zależności od danej branży) średnio niższa jest wartość sprzedaży aktywów trwałych i obrotowych od ich wartości księgowej. Badania takie mogłyby zostać przedstawione w formie tabeli dostępnej dla sędziów, tak aby z łatwością mogli zweryfikować o ile powinni pomniejszyć wartość księgową, prowadząc analizę, czy dłużnik jest zagrożony niewypłacalnością (która to tabela mogłaby stanowić rodzaj niewiążącego sędziów dokumentu pomocniczego, na kształt tabeli frankfurckiej). Jak dotąd badania takie nie zostały przeprowadzone, zarówno w Polsce, jak i za granicą, co sprawia, że do momentu ich uzyskania sędziowie będą zmuszeni posługiwać się pewnymi roboczymi założeniami. W opinii autora mogłyby one przedstawiać się następująco: dla aktywów trwałych przyjąć można, że ich wartość księgowa powinna być obniżona o 50%, tak aby uzyskać ich wartość wymuszonej sprzedaży; z kolei dla aktywów obrotowych przyjąć należy 80%. Są to naturalnie założenia wstępne i ostrożne, lecz z pewnością należy przyjąć, że cena możliwa do uzyskania, szczególnie przy sprzedaży aktywów trwałych, byłaby znacznie mniejsza niż ich wartość księgowa.

Z kolei P należy obliczyć w następujący sposób:

$$P = KD_0 + D_0$$

gdzie:
P – współczynnik stanu biernego na dzień analizy

55 A. Schleifer, R. Vishny, *Liquidation Values and Debt Capacity: A Market Equilibrium Approach,* Harvard 1992.

KD_o – koszty obsługi długu w cyklu operacyjnym – (odsetki, koszty nieużywania przedmiotu zastawu etc.)
$Cykl_o$ – czas trwania cyklu operacyjnego (czyli ile czasu ściągane są należności)
$Cykl_n$ – czas trwania cyklu zobowiązań (czyli ile czasu trwa spłacanie zobowiązań)
D_o – wysokość zobowiązań należnych w okresie operacyjnym

W odniesieniu do stanu pasywnego przyjąć można, że stanowi on sumę wymagalnych zobowiązań w okresie operacyjnym oraz kosztów obsługi długów (na który składają się wymagalne odsetki, prowizje, koszty wynikające z niemożności używania przedmiotu zastawu itd. – które sąd może zweryfikować w prosty sposób w oparciu o rachunek zysków i strat).

W przypadku, gdy N byłoby w przedziale 80%-100% A oraz powyżej, sąd mógłby stwierdzić z dużym prawdopodobieństwem zaistnienie zagrożenia niewypłacalności[56]. Oznaczałoby to bowiem, że zobowiązania krótkoterminowe są w znaczącym stopniu zrównane z posiadanym przez dłużnika majątkiem (i to przy założeniu jego zbycia w całości). W przypadku obliczenia, że N nie zawiera się w powyższym przedziale – sąd powinien sprawdzić jeszcze, jaka jest relacja między P a A pomniejszonego o wartość aktywów trwałych (to jest zweryfikować współczynnik bieżącej płynności zmodyfikowany na potrzeby definicji ustawowej zawartej w art. 6 PrRest). Jeżeli iloraz tych wartości byłby wyższy od 1, oznaczałoby to, że co prawda dłużnik ma majątek, który może upłynnić na potrzeby spłaty bieżących długów, ale jego aktywa krótkoterminowe, zyski które odniesie oraz rezerwy nie wystarczają na pokrycie długów wymagalnych. Sytuacja taka stanowi o dużym niebezpieczeństwie finansowym, w jakim znajduje się dłużnik, co powinno doprowadzić sąd do konstatacji, że wystąpiło zagrożenie niewypłacalnością.

Należy podkreślić, że powyższe wzory są jedynie propozycją, która z pewnością wymaga dalszego rozwijania oraz statystycznej weryfikacji. Tym niemniej stanowi ona propozycję relatywnie łatwego sprawdzenia, czy istotnie sytuacja dłużnika jest tak negatywna, aby przyznać mu dobrodziejstwa związane ze wszczęciem postępowania

56 R. Machała, *Praktyczne zarządzanie finansami firmy*, Warszawa 2001.

restrukturyzacyjnego. Z pewnością jest to metoda lepsza niż zgadywanie, na które w obecnym stanie rzeczy skazany jest sąd restrukturyzacyjny, którego jedyne narzędzie to wadliwa definicja zagrożenia niewypłacalnością, połączona z brakiem możliwości powołania biegłego. W szczególności zaproponowana matematyczna wykładnia pojęcia zagrożenia niewypłacalnością wydaje się efektywna w rozumieniu Kaldora-Higgsa w rozumieniu ogólnosystemowym systemu prawa, ponieważ wprowadza ona stan S(m), tj. stan w którym bardziej zobiektywizowane będą podstawy wszczęcia postępowania restrukturyzacyjnego. W konsekwencji ograniczone zostanie ryzyko błędnej oceny co do ziszczenia się w przypadku dłużnika przesłanki zagrożenia niewypłacalnością. Tym samym w mniejszym stopniu będzie aktualne zagrożenie z jednej strony nadużycia instytucji przed dłużnika kosztem wierzycieli, a z drugiej strony odmowy wszczęcia postępowania wobec dłużnika realnie zagrożonego niewypłacalnością. Stan ten wydaje się nie generować żadnych ujemnych skutków lub kosztów dla stron postępowania restrukturyzacyjnego. Tym samym stan S(m) jest efektywniejszy od obecnego stanu S(n) – w którym brak jakichkolwiek obiektywnych wskazań dostępnych dla sędziów co do tego, kiedy należy wszcząć postępowanie restrukturyzacyjne, może generować rozmaite negatywne skutki dla wszystkich zainteresowanych stron.

7. Podsumowanie

Wydaje się, że przeprowadzona wyżej analiza – najpierw opisowa, a następnie syntetyczna w formie wzorów matematycznych – dowodzi, że nie należy lekceważyć ekonomicznej analizy prawa jako metody wykładni prawa, a szczególnie prawa gospodarczego. Ekonomia może udzielić wiele odpowiedzi co do sposobu rozumienia niejasnych dla prawnika pojęć, może też umiejscowić je w ramach obiektywnej analizy, która pozwoli na dokładne przewidywanie, jak w danej sytuacji faktycznej zachowa się sąd.

Bibliografia

- Adamus R., *Dochodzenie roszczeń z tytułu czynności upadłego bezskutecznych z mocy prawa*, MoP 2011.
- Adamus R., *Hipoteka przymusowa a zabezpieczenie należności powstałych po ogłoszeniu upadłości*, M.Pr.Bank. 2014, Nr 2.
- Adamus R., *Materialnoprawne skutki wszczęcia postępowań restrukturyzacyjnych*, [w:] *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe. System Prawa Handlowego, t. 6*, red. A. Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz, Warszawa 2016.
- Adamus R., *Miejsce prawa upadłościowego i naprawczego w systemie prawa*, PUG 2011, Nr 1.
- Adamus R., *Zdolność naprawcza i przesłanki dla wszczęcia postępowania naprawczego*, MoP 2003, Nr 22.
- Allerhand M., *Prawo upadłościowe: komentarz*, Bielsko-Biała 1991.
- Altman E., *Corporate Financial Distress*, New York 1993.
- Araszkiewicz M., *Efektywność ekonomiczna oraz inne kryteria oceny stanów rzeczy w ekonomicznej analizie prawa*, „Studia Prawno-ekonomiczne" 2015, t. XCVI.
- *Berliner Kommentar Insolvenzrecht*, red. H. Goetsch, U. Haas, Berlin 2016.
- Bodył-Szymala P., Różalski M., *Poprawić przed naprawianiem. Prawo upadłościowe i naprawcze – regulacja nie dla aniołów*, Rzeczp. 2003, Nr 151.
- Coase R.H., *The Nature of the Firm*, "Economica", vol. 4, nr 16, doi: 10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x.
- Filipiak P., *Podstawy ogłoszenia upadłości*, [w:] *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe. System Prawa Handlowego. Tom 6*, red. A. Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz, Warszawa 2016.
- *Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung: FK-InsO*, red. K. Wimmer, Frankfurt 2015.
- Gottwald P., Uhlenbruck W., Gundlach U., *Insolvenzrechts Handbuch*, München 2010.
- *InsO mit EuInsVO (Neufassung) Kommentar*, red. E. Braun, München 2016.
- *Insolvenzordnung Band 1: §§ 1 – 55*, red. E. Jaeger, Berlin 2004.
- *Insolvenzordnung. Kommentar*, red. K. Schmidt, München 2016.
- *Insolvenzordnung. Kommentar*, red. W. Uhlenbruck, München 2016.
- Jajuga K., Jajuga T., *Inwestycje*, Warszawa 2012.
- Jakowlew A., *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Warszawa 2016.

- Kaldor N., *Welfare propositions and interpersonal comparisons of utility*, "Economic Journal" 1939/49.
- Kirchhof J.H., Stürner R., Eidenmüller H., *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung: InsO Band 1: §§ 1-79, Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung (InsVV)*, München 2013.
- Kitch E.W., *The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago,1932-1970*', "26 Journal of Law and Economics".
- Korzonek J., *Prawo upadłościowe i prawo o postępowaniu układowem: komentarz, przepisy wprowadzające, przepisy wykonawcze, ustawy dodatkowe*, Kraków 1935.
- Laniewski A., *Ordynacja konkursowa. Ordynacja ugodowa i Ordynacja zaczepna*, Lwów 1927.
- Leszczyński L., *Zagadnienia Teorii Stosowania Prawa. Doktryna i Tezy Orzecznictwa*, Zakamycze 2004.
- Machała R., *Praktyczne zarządzanie finansami firmy,* Warszawa, 2001.
- Mckaay E., *History of Law & Economics*, [w:] *Encyclopedia of Law and Economics*, red. B. Bouckaert, G. De Geest, Cheltenham 2000.
- Mirowska D., Lasek M., *Porównanie skuteczności modeli wielowymiarowej analizy dyskryminacyjnej służących prognozowaniu upadłości przedsiębiorstw*, „Optimum Studia Ekonomiczne" 2010 (1).
- Parisi F., *Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics*, "European Journal of Law and Economics" 2004, Vol. 18, nr 3.
- Piasecki K., *Prawo upadłościowe, prawo o postępowaniu układowym, bankowe postępowanie ugodowe wraz z komentarzami oraz ochrona roszczeń pracowniczych, międzynarodowe aspekty upadłości*, Bydgoszcz 1994.
- Piasecki K., *Ustawa prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2004.
- Podel W., Olszewska A., *Upadłość w praktyce. Komentarz, orzecznictwo, piśmiennictwo, wzory, przykłady, przepisy*, Warszawa 2012.
- Posner R.A., *Economic Analysis of Law*, Austin 2007.
- *Postępowanie restrukturyzacyjne. Komentarz praktyczny. Wzory pism i przykłady postępowań restrukturyzacyjnych*, red. A. Głowacki, C. Zalewski, Warszawa 2016.
- *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe. Zagadnienia praktyczne*, red. A. Machowska, Warszawa 2016.
- *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, red. A. Hrycaj, P. Filipiak, Warszawa 2017.
- *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, red. A. Torbus, A. Witosz, A.J. Witosz, Warszawa 2016.
- *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, red. P. Zimmerman, LEX/el 2016.

- *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, red. R. Adamus, Warszawa 2015.
- *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, D. Zienkiewicz, Warszawa 2006.
- *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, red. A. Witosz, Warszawa 2007.
- *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, red. P. Zimmerman, Warszawa 2011.
- *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, red. S. Gurgul, Warszawa 2011.
- *Prawo upadłościowe. Komentarz*, red. P. Zimmerman, Warszawa 2016.
- *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, red. S. Gurgul, Warszawa 2016.
- *Prawo zobowiązań – część ogólna. System Prawa Prywatnego. Tom 6*, A. Olejniczak, Warszawa 2014.
- Rizzo J.M., Arnold F.S., *An Economic Framework for Statutory Interpretation*, "Law and Contemporary Problems" 1987, nr 50.
- Rogowski W., Mroczkowska A., *Światowe doświadczenia w zakresie tworzenia modeli prognozowania zagrożenia przedsiębiorstwa upadłością*, „Studia i Prace Kolegium Zarządzania i Finansów" 2010, nr 102.
- Schleifer A., Vishny R., *Liquidation Values and Debt Capacity: A Market Equilibrium Approach*, Harvard 1992.
- Sierpińska M., Jachna T., *Ocena przedsiębiorstwa według standardów światowych*, Warszawa 2002.
- Stelmach J., Brożek B., Załuski W., *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Warszawa 2007.
- *The Oxford Handbook of Law and Economics*, red. F. Parisi, t. 1–3, Oxford 2017.
- Wędzki D., *Analiza wskaźnikowa sprawozdań finansowych, Oficyna Ekonomiczna*, Kraków, 2006.
- Wronkowska S., Zieliński M., *Zasady techniki prawodawczej. Komentarz*, Warszawa 1997.
- Zedler F., *Prawo upadłościowe i układowe*, Warszawa 1999, 2003, 2011.

Mateusz Podhalicz – prawnik, ekonomista, ukończył studia podyplomowe z zakresu prawa francuskiego (Université de Tours) oraz niemieckiego (Wilhelms-Universität Münster), obecnie doktorant w Katedrze Prawa Handlowego i Gospodarczego na Wydziale Prawa Uniwersytetu Łódzkiego, zawodowo aplikant aplikacji sędziowskiej w Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury.

Piotr Kempiński

DŁUŻNIK WOBEC POSTĘPOWAŃ INSOLWENCYJNYCH W ŚWIETLE EKONOMICZNEJ ANALIZY PRAWA

Abstrakt

Celem artykułu jest prezentacja i ocena wpływu obowiązujących regulacji prawa insolwencyjnego (prawa upadłościowego i prawa restrukturyzacyjnego) na decyzję dłużnika w przedmiocie złożenia wniosku o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego albo o ogłoszenie upadłości. Rozważania prowadzone są z perspektywy ekonomicznej analizy prawa. Na wstępie przedstawiona została rola przedsiębiorcy w gospodarce, a następnie krótko zaprezentowano podstawowe założenia ekonomicznej analizy prawa. W dalszej części przeanalizowane zostały regulacje prawne mające wpływ na zachowanie dłużnika. Omówione zostały przesłanki otwarcia postępowań insolwencyjnych (przesłankę zagrożenia niewypłacalnością oraz przesłankę niewypłacalności). Następnie ocenie poddana została regulacja odpowiedzialności członków zarządu za niezłożenie w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości dłużnika, która – z uwagi na swoją dotkliwość – ma decydujący wpływ na podejmowane decyzje. Na końcu dokonano krótkiej charakterystyki postępowań insolwencyjnych z punktu widzenia niedogodności wynikających z ich otwarcia dla dłużnika. W ocenie autora obowiązujące regulacje realizują postulat ekonomicznej efektywności. Przyjęte rozwiązania wpływają na zachowania członków zarządu dłużnika w taki sposób, aby były one korzystne dla ogółu społeczeństwa.

Abstract

The purpose of this article is to present and assess the impact of the provisions of the insolvent law (bankruptcy law and restructuring law) on the debtor's decision regarding the submission of an application for opening restructuring or bankruptcy proceedings. The argumentation is based on the economic analysis of law. At first, the role of the entrepreneur in the economy was presented, then the basic assumptions of the economic analysis of law were briefly presented. Legal regulations affecting the debtor's behavior have been analyzed in the next part of the article. The reasons for the opening of insolvent proceedings were discussed (the premise of the threat of insolvency and the premise of insolvency). Next, the regulation of the liability of the members of the management board was analyzed. The management board is liable for failure to submit the application for the bankruptcy of the debtor on time. Due to its severity it has a decisive influence on the decision process. At the end, the article provides a short characterization of insolvent proceedings from the point of view of the debtor (inconvenience results from their opening was highlighted). According to the author, the applicable law implements the postulate of economic efficiency. The adopted regulation affects the behavior of members of the debtor's management board and, for that reason, it is beneficial to the general public.

1. Wprowadzenie

Immanentną cechą gospodarki rynkowej jest konkurencja. Zjawisko konkurencji wynika bezpośrednio z refleksji, że zasoby dostępne na rynku są niewystarczające, aby zaspokoić wszystkie ludzkie potrzeby[1]. Głównymi uczestnikami konkurencyjnego rynku są przedsiębiorcy (po stronie podaży) oraz klienci (po stronie popytu). Nie ma wątpliwości, iż stan ciągłego konkurowania jest nieunikniony dla uczestników życia gospodarczego[2]. Najprościej rzecz ujmując – podmiot jest konkurencyjny wtedy, gdy stawia czoło konkurencji

1 Zob. M. Kępiński, *Pojęcie i systematyka prawa konkurencji,* [w:] *System Prawa Prywatnego, t. 15, Prawo konkurencji,* red. M. Kępiński, Warszawa 2014, s. 2.

2 J. Szwaja, A. Kubiak-Cyrul, *Wprowadzenie,* [w:] *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz,* red. J. Szwaja, Warszawa 2016, s. 5.

(najczęściej oferując dobra lub usługi lepszej jakości bądź po niższej cenie)[3].

Niewątpliwie rola przedsiębiorców jest kluczowa dla współczesnej gospodarki[4]. Swoimi działaniami pobudzają oni jej rozwój, przyczyniają się do wzrostu efektywności wykorzystania zasobów, a także wywierają pozytywny wpływ na otoczenie, w którym funkcjonują (m.in. rozwój regionu, wzrost zatrudnienia)[5].

W warunkach wysokiej konkurencyjności część podmiotów funkcjonujących na rynku nie jest jednak w stanie sprostać jego wymogom. Przedsiębiorcy, których model biznesowy się nie sprawdza, są zmuszeni do podjęcia decyzji dotyczącej kontynuacji bądź zaprzestania prowadzonej działalności gospodarczej.

W momencie podejmowania tej decyzji przedsiębiorca jest już przeważnie zadłużony. Decyzja o zakończeniu działalności nie jest dowolna – wiąże się najczęściej z koniecznością wstąpienia w ramy prawne jednego z pięciu postępowań insolwencyjnych[6], do których zaliczamy postępowanie upadłościowe oraz cztery postępowania restrukturyzacyjne[7], tj. postępowanie o zatwierdzenie układu, przy-

3 J. Bremond, J. Couet, M. Salort, *Kompendium wiedzy o ekonomii,* Warszawa 2005, s. 153.

4 Zadanie jakie stoi przed każdym przedsiębiorcą, który chce przetrwać na konkurencyjnym rynku trafnie oddają słowa Ludwiga von Misesa: „Przedsiębiorca jest zawsze spekulantem. Ma do czynienia z niepewnymi warunkami przyszłości. Jego sukces lub porażka zależą od trafności przewidywań dotyczących niepewnych zdarzeń. Jeśli niewłaściwie zrozumie to co ma nastąpić, czeka go katastrofa. Jedynym źródłem, z którego biorą się zyski przedsiębiorcy, jest to, że lepiej niż inni potrafi przewidzieć przyszłe potrzeby konsumentów"; L. von Mises, *Ludzkie Działanie. Traktat o ekonomii,* Warszawa 2011, s. 251.

5 Zob. B. Glinka, S. Gudkova, *Przedsiębiorczość,* Warszawa 2011, s. 53–55.

6 Postępowania insolwencyjne są rodzajem postępowania cywilnego o charakterze rozpoznawczo-wykonawczym; zob. W. Broniewicz, A. Marciniak, I. Kunicki, *Postępowanie cywilne w zarysie,* Warszawa 2016, s. 26 i 28. Powyższa klasyfikacja nie odzwierciedla jednak w pełni funkcji tych postępowań i może budzić kontrowersje z perspektywy ekonomicznej – postępowania insolwencyjne są bowiem zarówno postępowaniami sądowymi, jak i procesami ekonomicznymi.

7 Termin „postępowania insolwencyjne" wykorzystywany w niniejszym artykule jest zbiorczym określeniem postępowań upadłościowych i restrukturyzacyjnych. Z nielicznymi wyjątkami (zob. *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe.*

spieszone postępowanie układowe, postępowanie układowe oraz postępowanie sanacyjne. Zostały one uregulowane w polskim systemie prawnym dwoma aktami normatywnymi, ustawą z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe[8] oraz ustawą z dnia 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne[9].

Postępowania insolwencyjne są szczególnie związane z ekonomicznymi aspektami funkcjonowania podmiotów w obrocie gospodarczym. Wybór odpowiedniego dla dłużnika postępowania insolwencyjnego, w zależności od jego sytuacji finansowej, jest decyzją, od której najprawdopodobniej będzie zależało jego dalsze istnienie w obrocie gospodarczym. Decyzja ta powinna być więc wynikiem szczegółowej kalkulacji ekonomicznej. Niesie ona nie tylko daleko idące skutki wobec dłużnika, ale również wobec wszystkich jego kontrahentów. Ponadto wpływa także pośrednio na pozostałych uczestników rynku. Koszty nietrafnej decyzji ponosi więc nie tylko dłużnik, ale również społeczeństwo.

Zakres prowadzonych rozważań został ograniczony do przedsiębiorców będącymi spółkami kapitałowymi[10], które mogą być podmiotami zarówno postępowań restrukturyzacyjnych (art. 4 p.r.), jak i postępowania upadłościowego (art. 5 p.u.)[11].

Zagadnienia praktyczne, red. A. Machowska, Warszawa 2016) nie jest on powszechnie stosowany w polskiej literaturze przedmiotu. W ocenie autora wykorzystanie zbiorczego terminu jest jednak użyteczne (np. przy opisywaniu bliźniaczych instytucji uregulowanych w ustawach – Prawo upadłościowe i Prawo restrukturyzacyjne). Alternatywę do przyjętej terminologii może być również określenie „prawo dotyczące podmiotów niewypłacalnych".

8 Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (tj. Dz.U. 2017, poz. 2344 ze zm.); dalej również jako: p.u.

9 Ustawa z dnia 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (tj. Dz.U. 2017, poz. 1508 ze zm.); dalej również jako: p.r.

10 Przede wszystkim w spółkach kapitałowych występują zagadnienia analizowane w dalszej części artykułu – wobec obowiązku prowadzenia tzw. pełnej księgowości dłużnika dotyczy przesłanka tzw. nadmiernego zadłużenia, z kolei z uwagi na reprezentowanie dłużnika przez zarząd – występuje tzw. problem agencji.

11 Zakresy podmiotowe obydwu ustaw są szersze, nie są jednak całkowicie zbieżne. Zawężenie rozważań do spółek kapitałowych wynika z uwzględnienia w prowadzonych rozważaniach regulacji przewidujących odpowiedzialność członków zarządu za ich zobowiązania.

Celem niniejszego artykułu jest próba ujęcia w ramy ekonomicznej analizy prawa postępowań insolwencyjnych w zakresie decyzji dłużnika o złożeniu wniosku o otwarcie jednego z nich. Kluczowe jest to, czy obowiązujące regulacje prawne wywierają taki wpływ na dłużnika, że jego decyzja będzie skutkowała efektywną alokacją zasobów. Wobec znacznej liczby otwieranych postępowań restrukturyzacyjnych oraz ogłaszanych upadłości problematyka ta jest aktualna i wymaga pogłębionej analizy[12].

Autor stawia tezę, iż obowiązujące regulacje prawne można uznać ze ekonomicznie efektywne – główną przyczyną złożenia wniosku o otwarcie postępowania insolwencyjnego jest obawa członków zarządu dłużnika przed odpowiedzialnością za jej zobowiązania, z kolei różnorodność postępowań umożliwia wybór najodpowiedniejszego w danych stanie faktycznym (wątpliwości budzi jednak sformułowanie przesłanek do ich otwarcia).

2. Ekonomiczne podejście do postępowań insolwencyjnych

Decyzja dłużnika w przedmiocie poddania się reżimowi któregoś z postępowań insolwencyjnych została poddana analizie z punktu widzenia ekonomicznej analizy prawa. Jako wsparcie i uzupełnienie przyjętej metody, w zakresie interpretacji norm prawnych, posłużyła metoda prawnodogmatyczna.

Ekonomiczna analiza prawa[13] obejmuje dwie dziedziny nauki – prawo i ekonomię, jej celem jest zrozumienie prawa przy wykorzy-

12 Zgodnie z raportem przygotowanym przez Zimmerman Filipiak Restrukturyzacja SA w latach 2016–2017 otwartych zostało 585 postępowań restrukturyzacyjnych. Pomimo nadal dominującej liczby postępowań upadłościowych, zauważalny jest wyraźny wzrost zainteresowania procedurami restrukturyzacyjnymi (w szczególności w porównaniu do liczby ogłaszanych upadłości układowych przed 2016 r.). Przyspieszone postępowania układowe stanowią 61% ogółu postępowań, postępowania sanacyjne – 25%; *Restrukturyzacje w Polsce w latach 2016–2017,* http://zimmermanfilipiak.pl/Dwa%20lata%20prawa%20restrukturyzacyjnego%20wersja%20rozszerzona.pdf (dostęp 17.03.2017).

13 Przyjmuje się, że współczesną ekonomiczną analizę prawa zapoczątkowały trzy artykuły: R. Coase, *The Problem of Social Cost,* „The Journal of Law Economics" 1960, nr 3, s. 1–44; A. Alchian, *Some Economics of Property Law,* „The Journal of Economic History" 1973, nr 1, s. 16–27; G. Calabresi, *Some Thoughts*

staniu metod przyjętych w ekonomii[14]. W praktyce regulacje prawne powinny być oceniane z uwzględnieniem ich ekonomicznych skutków i efektywności[15].

Teorie behawioralne sformułowane w ekonomii są wykorzystywane do przewidywania reakcji ludzi na obowiązujące prawo[16]. Ekonomiczna analiza prawa opiera się na ekonomii neoklasycznej[17], w analizie wykorzystuje koncepcję *homo oeconomicus* oraz koncepcję racjonalnego wyboru[18]. Zajmuje się więc: „teorią racjonalnego wyboru w świecie regulowanym przez prawa"[19]. Należy podkreślić, że jej założenia są poddawane również krytyce[20]. Sam nurt nie jest również jednolity[21].

Niniejszy artykuł wpisuje się w nurt szkoły chicagowskiej (szkoły pozytywnej)[22]. Poglądy przedstawicieli tej szkoły dobrze przedstawił

on Risk-Distribution and the Law of Torts, „The Yale Law Yournal" 1961, nr 4, s. 499–553.

14 Zob. R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna analiza prawa,* Warszawa 2009, s. 13.

15 Zob. E. Chojna-Duch, *Skuteczność antykryzysowych regulacji prawnych Unii Europejskiej*, [w:] *Ekonomiczna analiza prawa,* red. T. Giaro, Warszawa 2015, s. 13.

16 G. Calabresi, A. Melamed, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral,* „Harvard Law Review" 1972, nr 85, s. 1089.

17 S. Chrupczalski, *Ekonomiczna analiza prawa w ujęciu szkoły austriackiej,* Kraków 2008, s. 4.

18 Przegląd narzędzi i teorii ekonomicznych wykorzystywanych w ekonomicznej analizie prawa można znaleźć w m.in. P. Buława, K. Szmit, *Ekonomiczna analiza prawa,* Warszawa 2012, s. 13–92; R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna*…, s. 17–68.

19 R. Stroiński, *Wprowadzenie do analizy ekonomicznej prawa (Law and Economics),* [w:] *Ekonomia dla prawników i nie tylko,* red. M. Bednarski, J. Wilkin, Warszawa 2003, s. 475.

20 Zob. K. Koźmiński, *Krytyka ekonomicznej analizy prawa,* „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego" 2016, nr 1, s. 31–60; J. Kubisz, *Teoria Ronalda Coase'a a własność i odpowiedzialność,* [w:] *Pod prąd głównego nurtu ekonomii,* red. M. Machaj, Warszawa 2010; M. Olechowski, *Czy ekonomiczna analiza prawa jest użyteczna dla prawa prywatnego?,* [w:] *Ekonomiczna analiza prawa,* red. T. Giaro, Warszawa 2015, s. 82–87, S. Chrupczalski, *Ekonomiczna*…

21 Przegląd szkół ekonomicznej analizy prawa można znaleźć w m.in. P. Buława, K. Szmit, *Ekonomiczna*…, s. 93–99; T. Guzik, *Ekonomiczna analiza prawa jako metoda prawoznawstwa,* „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ" 2017, nr 8, s. 25–36.

22 Do jej głównych przedstawicieli zaliczani są Ronald Coase, Gary Becker, Richard Posner i Henry Simons; zob. P. Buława, K. Szmit, *Ekonomiczna*…, s. 95.

Gary Becker, stwierdzając, że ekonomiczna analiza prawa może znaleźć zastosowanie w badaniu zjawisk społecznych z uwagi na to, że jednostki działają konsekwentnie w sposób racjonalny i maksymalizują swój dobrobyt[23]. W ujęciu pozytywnym instytucje prawa są analizowane pod kątem ich funkcjonowania w praktyce (w szczególności w zakresie ich ekonomicznej efektywności)[24].

Zgodnie z koncepcją zaproponowaną przez R. Posnera, efektywność ekonomiczna prawa oznacza maksymalizację funkcji użyteczności społecznej (alternatywnie – minimalizację kosztów społecznych)[25]. Efektywny porządek prawny zapewnia więc maksymalizację wykorzystania dostępnych zasobów. Prawodawca przy pomocy prawa może więc wymuszać na podmiotach prawa określone zachowania, nakierowane na osiąganie pożądanych ze społecznego punktu widzenia celów[26]. Prawo spełnia dwie podstawowe funkcje. Pierwszą z nich jest funkcja prywatna – prawo poprzez ograniczanie działań jednostek zwiększa jej użyteczność w długim okresie, a drugą funkcja społeczna – prawo tworzy i zabezpiecza porządek społeczny (reguluje podstawowe instytucje zabezpieczające prawa jednostek oraz umożliwia obrót nimi)[27].

Ekonomiczna analiza prawa jest również wykorzystywana w badaniu prawa postępowania cywilnego[28]. W oparciu o mikroekonomiczne założenia ekonomicznej analizy można stwierdzić, iż wniosek o otwarcie postępowania insolwencyjnego zostanie złożony wtedy, gdy wynikające dla dłużnika zyski przewyższą spodziewane koszty[29].

23 Zob. G. Becker, *The Economic Way of Looking at Life,* [w:] *Nobel Lectures Economics 1991–1995,* red. T. Persson, Singapore 1997.

24 R. Stroiński, *Wprowadzenie*…, s. 476.

25 J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze,* Warszawa 2006, s. 137.

26 A. Nowak-Gruca, *Cywilnoprawna ochrona autorskich praw majątkowych w świetle ekonomicznej analizy prawa,* Warszawa 2013, s. 17–21.

27 R. Stroiński, *Wprowadzenie*…, s. 479.

28 Zob. P. Buława, K. Szmit, *Ekonomiczna*…, s. 153–161; J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa,* Warszawa 2007, s. 87–108; R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna*…, s. 505–588.

29 Zob. J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć*…, s. 94.

3. Decyzja dłużnika o otwarciu postępowania insolwencyjnego

3.1. Cel postępowań insolwencyjnych i ograniczenia decyzji dłużnika

Przed dniem 1 stycznia 2016 r. w Polsce obowiązywała ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze (tj. Dz.U. 2015, poz. 233). Zmiany jakie dokonały się w momencie wejścia w życie ustawy – Prawo restrukturyzacyjne zasadniczo wpłynęły na sytuację niewypłacalnego dłużnika[30].

Nastąpiło rozdzielenie postępowań zmierzających do zawarcia przez dłużnika układu z wierzycielami[31] od postępowania upadłościowego[32], którego podstawowym celem jest zaspokojenie roszczeń wierzycieli poprzez likwidację majątku upadłego dłużnika (art. 2 ust. 1 p.u.)[33].

30 Konieczność przeprowadzenia daleko idących zmian legislacyjnych wynikała z niespełnienia oczekiwań pokładanych w regulacji postępowania naprawczego; P. Filipiak, *Prawo restrukturyzacyjne z perspektywy przedsiębiorcy w kryzysie finansowym,* „Palestra" 2015, nr 11–12, s. 13. Postępowanie było niedostosowane do panujących realiów gospodarczych, przez co praktycznie nie występowało w praktyce; zob. A. Machowska, *Geneza reformy postępowań, założenia nowelizacji i jej główne cele,* [w:] *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe. Zagadnienia praktyczne,* red. A. Machowska, Warszawa 2016, s. 27. Zmiany, jakie dokonały się w polskim prawie insolwencyjnym, należy uznać za zgodne z tendencjami obserwowanymi w ustawodawstwach europejskich; zob. A. Machowska, *Geneza*…, s. 28–32. Warto również wskazać na rekomendacje reformy prawa insolwencyjnego przygotowane przez specjalnie powołany zespół Ministra Sprawiedliwości. Przygotowane założenia opierają się na czterech postulatach: restrukturyzacji zamiast likwidacji, skutecznej restrukturyzacji, niestygmatyzowania przedsiębiorców przez prawo upadłościowe oraz prostocie (odformalizowaniu) postępowań; zob. *Rekomendacje Zespołu Ministra Sprawiedliwości ds. nowelizacji Prawa upadłościowego i naprawczego*, https://www.ms.gov.pl/pl/restrukturyzacja-i-upadlosc/download,2585,0.html (dostęp 17.03.2018).

31 Do funkcji tych postępowań zaliczamy w pierwszej kolejności funkcję sanacyjną (umożliwienie skutecznej restrukturyzacji), a także funkcje windykacyjną, profilaktyczną i wychowawczą; zob. A. Machowska, *Geneza*…, s. 33.

32 Podstawową funkcją prawa upadłościowego jest funkcja windykacyjna (zaspokojenie roszczeń wierzycieli), a w dalszej kolejności funkcje profilaktyczna, oddłużeniowa i wychowawcza; zob. F. Zedler, *Zarys prawa upadłościowego,* Warszawa 2016, s. 41–45.

33 Celem postępowania upadłościowego, jeżeli racjonalne względy na to pozwolą, jest również zachowanie dotychczasowego przedsiębiorstwa dłużnika.

Postępowania restrukturyzacyjne są więc prowadzone w interesie dłużnika[34], a ich celem, zgodnie z art. 3 ust. 1 p.r., jest uniknięcie ogłoszenia jego upadłości[35]. Nowa regulacja ma motywować dłużnika do podejmowania prób restrukturyzacji, a dopiero w ostateczności do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości[36]. Należy również podkreślić istotną zmianę terminologiczną – oddzielono podmioty w upadłości od podmiotów restrukturyzowanych[37].

Podjęcie przez dłużnika[38] decyzji o złożeniu wniosku o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego albo wniosku o ogłoszenie upadłości nie jest swobodne. Obowiązujące regulacje wpływają bowiem na ostateczną decyzję dłużnika na trzech płaszczyznach[39]. Po pierwsze, samo otwarcie któregoś z postępowań insolwencyjnych jest uzależnione od ziszczenia się ustawowych przesłanek. Po drugie, swobodna decyzja dłużnika jest ograniczona negatywnymi konsekwencjami wynikającymi z zaniechania reakcji na powstanie stanu zagrożenia niewypłacalnością bądź niewypłacalności. Po trzecie, wejście w reżim postępowania insolwencyjnego znacząco ogranicza dalsze działania dłużnika (co z jego punktu widzenia należy uznać za niedogodne).

34 Reforma prawa insolwencyjnego została oparta na założeniu ochrony wartości ekonomicznej przedsiębiorstwa; zob. A. Machowska, *Geneza*…, s. 33.

35 Jest to cel nadrzędny wszystkich postępowań restrukturyzacyjnych, natomiast zabezpieczenie słusznego interesu wierzycieli jest wyłącznie warunkiem pozwalającym na jego zrealizowanie; M. Kubiczek, B. Sokół, *Przesłanki prowadzenia postępowania restrukturyzacyjnego w świetle jego celu,* „Doradca Restrukturyzacyjny" 2015, nr 2, s. 22–31.

36 Należy zgodzić się z tezą P. Filipiaka, że w poprzednim stanie prawnym dłużnicy w początkowych stadiach trudności finansowych niechętnie decydowali się na otwarcie postępowania upadłościowego w opcji układowej, ponieważ mogło ono i tak skutkować likwidacją; P. Filipiak, *Prawo*…, s. 12. W obecnym stanie prawnym nie ma możliwości bezpośredniego przejścia z postępowania restrukturyzacyjnego na postępowanie upadłościowe.

37 Zob. A. Machowska, *Geneza*…, s. 29.

38 Zgodnie z teorią organów spółki kapitałowe dokonują czynności prawnych przez organy – decyzja ta faktycznie należy więc do zarządu.

39 Legitymację do wniosku o ogłoszenie upadłości ma również wierzyciel osobisty. W postępowaniach restrukturyzacyjnych legitymację posiada wyłącznie dłużnik (z wyjątkiem postępowania sanacyjnego – art. 283 ust. 2 p.r.).

3.2. Przesłanki otwarcia postępowań insolwencyjnych

Pojęcie niewypłacalności jest kluczowe dla postępowań insolwencyjnych[40]. Zgodnie z art. 10 p.u. upadłość ogłasza się w stosunku do dłużnika, który stał się niewypłacalny. Stan niewypłacalności został zdefiniowany w art. 11 ust. 1 p.u. jako utrata przez dłużnika zdolności do wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych[41] (utrata płynności). Ponadto, zgodnie z art. 11 ust. 2 p.u., z niewypłacalnością mamy do czynienia także wtedy, gdy zobowiązania pieniężne dłużnika przekraczają wartość jego majątku, a stan ten utrzymuje się przez okres przekraczający 24 miesiące (nadmierne zadłużenie)[42]. Celem ułatwienia wykazania stanu niewypłacalności ustawodawca umieścił w art. 11 p.u. szereg wzruszalnych domniemań prawnych[43].

Postępowanie restrukturyzacyjne może być z kolei prowadzone wobec dłużnika niewypłacalnego[44] lub zagrożonego niewypłacalnością (art. 6 ust. 1 p.r.). Zagrożenie niewypłacalnością zostało zdefiniowane jako sytuacja ekonomiczna dłużnika, która wskazuje, że w niedługim czasie może stać się niewypłacalny (art. 6 ust. 3 p.r.). Ustawodawca przewidział więc dwie podstawy otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego[45] – taka regulacja pozwala dłużnikowi na odpowiednią reakcję już na początku problemów finansowych.

40 Należy podkreślić, że niewypłacalność nie jest stanem faktycznym a kategorią prawną (opisującą stan faktyczny wskazany w art. 11 p.u.); P. Filipiak, *Podstawy ogłoszenia upadłości,* [w:] *System prawa handlowego, t. 6, Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe,* red. A. Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz, Warszawa 2016, s. 661.

41 Dłużnik nie staje się więc niewypłacalny, jeżeli nie wykonuje albo nienależycie wykonuje swoje zobowiązania niepieniężne; R. Adamus, *Przedmiotowe przesłanki otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego,* „Monitor Prawa Bankowego" 2015, nr 12, s. 19–27.

42 Ta przesłanka dotyczy wyłącznie dłużnika będącego osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną.

43 Na cele niniejszego artykułu nie jest konieczne ich omawianie, wystarczy jedynie podkreślić, iż ciężar wzruszenia zastosowanych domniemań spoczywa na dłużniku.

44 Ustawodawca wskazując na przesłankę niewypłacalności stosuje odesłanie do treści art. 11 p.u.

45 „Objęcie postępowaniami restrukturyzacyjnymi również dłużników niewypłacalnych jest uzasadnione głównie interesem wierzycieli, dla których korzystniejsze

Jeśli chodzi o stan niewypłacalności, to ustawodawca wyraźnie przesądził, że stan braku płynności musi mieć charakter stały i definitywny[46]. Niekorzystna dla dłużnika jest przesłanka nadmiernego zadłużenia przewidująca obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości nawet wtedy, gdy sytuacja finansowa dłużnika nie jest zagrożona (art. 11 ust. 2 p.u.)[47].

Stan zagrożenia niewypłacalnością występuje z kolei wtedy, gdy niewypłacalności jeszcze nie ma[48]. Możemy go określić jako „stan przedpola niewypłacalności"[49]. Ostatecznie jednak o zaistnieniu stanu zagrożenia niewypłacalnością decyduje sąd[50].

Uzależnienie otwarcia postępowania insolwencyjnego od zaistnienia jednej z powyższych przesłanek jest podyktowane interesem wierzycieli. Po stronie dłużnika istnieje bowiem pokusa wykorzystania postępowań restrukturyzacyjnych do redukcji zadłużenia[51]. Z drugiej strony, zasada wszczynania postępowania przez dłużnika chroni go przed próbami prowadzenia przez wierzyciela windykacji pojedynczych wierzytelności[52].

Wobec powyższego, wątpliwości budzi sposób sformułowania przesłanki zagrożenia niewypłacalnością – moment ziszczenia się

może być uzyskanie zaspokojenia w wyniku realizacji układu niż w drodze likwidacji majątku dłużnika w postępowaniu upadłościowym"; *Uzasadnienie do projektu ustawy – Prawo restrukturyzacyjne,* https://www.ms.gov.pl/pl/restrukturyzacja-i-upadlosc/download,2585,5.html (dostęp 17.03.2018).

46 P. Filipiak, [w:] *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz,* red. A. Hrycaj, P. Filipiak, Warszawa 2017, s. 78 i n.

47 K. Korn, *Podstawy ogłoszenia upadłości. Nowa koncepcja wykładni art. 10 i 11 Prawa upadłościowego i naprawczego oraz krytyka planowanych zmian,* „Monitor Prawniczy" 2015, nr 8 dodatek, s. 42–47.

48 Można przyjąć, że dłużnik jest zagrożony niewypłacalnością, jeżeli można obiektywnie stwierdzić, iż w niedługim czasie stanie się on niewypłacalny; R. Adamus, *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz,* Warszawa 2015, s. 35 i n.

49 P. Filipiak, [w:] *Prawo*…, s. 78 i n.

50 F. Zedler, *Podstawy otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego,* „Polski Proces Cywilny" 2016, nr 3, s. 577–594.

51 P. Filipiak, *Podstawy otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego,* [w:] *System prawa handlowego, t. 6, Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe,* red. A. Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz, Warszawa 2016, s. 76.

52 R. Adamus, *Prawo…,* s. 35 i n.

tej przesłanki jest trudny do zidentyfikowania (przede wszystkim w dużych spółkach kapitałowych, gdzie obieg informacji i proces decyzyjny jest wydłużony). Poprawna identyfikacja tego momentu jest dla dłużnika kluczowa – im szybciej zostanie wszczęte postępowanie restrukturyzacyjne, tym lepsze powinny być jego efekty. Co więcej, samo wystąpienie stanu zagrożenia niewypłacalnością może również przyczynić się do powstania stanu niewypłacalności[53].

3.3. Odpowiedzialność za niezłożenie w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości

Jedną z podstawowych cech spółek kapitałowych jest brak odpowiedzialności wspólników (akcjonariuszy) za ich zobowiązania. Taka sytuacja rodzi ryzyko nadużyć, w szczególności nadmiernego zadłużania się tych spółek.

Powstanie stanu zagrożenia niewypłacalnością albo stanu niewypłacalności nie jest równoznaczne z otwarciem postępowania insolwencyjnego. Złożenie odpowiedniego wniosku spoczywa na reprezentantach dłużnika[54]. Ustawodawca, mając w szczególności na uwadze ochronę interesów wierzycieli, przewiduje surową odpowiedzialność reprezentantów dłużnika[55] za niezłożenie w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości[56].

Zgodnie z art. 21 ust. 2 w zw. z ust. 1 p.u. członkowie zarządu, nie później niż w terminie trzydziestu dni od dnia, w którym wystąpiła

53 Jako przykład można podać wypowiedzenie przez bank umów kredytowych w przypadku zidentyfikowania stanu zagrożenia niewypłacalnością (na podstawie wewnętrznych reguł oceny ekspozycji kredytowych).

54 Przede wszystkim odpowiedzialność ponoszą członkowie zarządu dłużnika – rozważania w niniejszych artykule przyjmują ich punkt widzenia.

55 Ponoszą oni odpowiedzialność cywilną za szkodę wyrządzoną wierzycielom dłużnika na podstawie art. 21 p.u., jak również odpowiedzialność podatkową na podstawie art. 116 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. 2017, poz. 201 ze zm.); dalej również jako: o.p., a także odpowiedzialność karną na podstawie art. 586 ustawy z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. 2017, poz. 1577 ze zm.); dalej również jako: k.s.h.

56 Z kolei złożenie wniosku o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego jest prawem, a nie obowiązkiem dłużnika; R. Adamus, *Odpowiedzialność reprezentanta dłużnika za niezłożenie w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości,* „Monitor Prawa Handlowego" 2015, nr 2, s. 30.

podstawa do ogłoszenia upadłości, są zobowiązani zgłosić w sądzie wniosek o ogłoszenie upadłości[57]. Niezłożenie wniosku w terminie skutkuje odpowiedzialnością za szkodę[58].

W przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością ustawodawca przewidział dodatkową podstawę odpowiedzialności członków zarządu dłużnika[59]. W sytuacji gdy egzekucja przeciwko spółce okaże się bezskuteczna, członkowie zarządu odpowiadają solidarnie za jej zobowiązania (art. 299 § 1 k.s.h.)[60].

Artykuł 116 § 1 o.p. również przewiduje odpowiedzialność członków zarządu – odpowiadają oni za zaległości podatkowe spółki kapitałowej solidarnie całym swoim majątkiem[61].

Niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki kapitałowej, pomimo powstania ku temu przesłanek, skutkuje również odpowiedzialnością karną zarządu na podstawie art. 586 k.s.h. (katalog kar obejmuje grzywnę, karę ograniczenia wolności oraz karę pozbawienia wolności do roku).

Ustawodawca słusznie wymusza na dłużniku (członkach zarządu) reakcję na powstanie stanu niewypłacalności. Z punktu widzenia

57 Ustalenie tego momentu, jak wskazano powyżej, jest w praktyce trudne, co w związku z grożącą odpowiedzialnością odszkodowawczą należy uznać za bardzo niekorzystne dla reprezentantów dłużnika. Sytuację nieznacznie poprawiło wydłużenie terminu na złożenie wniosku z 14 dni do 30 dni.

58 Artykuł 21 ust. 3 p.u. wprowadza dwa domniemania prawne, których celem jest ułatwienie wierzycielom dochodzenia roszczeń. Odpowiedzialność jest ponoszona na zasadzie winy – szkoda obejmuje zarówno stratę rzeczywistą, jak i utracone korzyści; R. Adamus, *Odpowiedzialność…*, s. 30.

59 Artykuł 299 k.s.h. stawia wierzycieli spółek z ograniczoną odpowiedzialnością w sytuacji uprzywilejowanej, m.in. w stosunku do spółki akcyjnej, gdzie brak jest analogicznej regulacji.

60 Badając przesłankę zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości we właściwym czasie (art. 299 § 2 k.s.h.), powinno brać się pod uwagę termin, o którym mowa w art. 21 ust. 1 p.u.; K. Oplustil, *Obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości oraz odpowiedzialność za jego niezłożenie w świetle znowelizowanego prawa upadłościowego, cz. I,* „Przegląd Prawa Handlowego" 2016, nr 2, s. 5–11.

61 Odpowiedzialność wyłącza złożenie w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości albo otwarcie w tym czasie postępowania restrukturyzacyjnego (zatwierdzenie układu w postępowaniu o zatwierdzenie układu), a także brak winy w niezłożeniu wniosku albo wskazanie mienia spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości podatkowych spółki w znacznej części (art. 116 § 1 o.p.).

wierzycieli, jak i całego społeczeństwa, pogłębianie stanu niewypłacalności poprzez zaciąganie nowych zobowiązań i wpędzanie dłużnika w spiralę zadłużenia, jest niepożądane.

Należy zwrócić uwagę, że impulsem do złożenia wniosku o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego albo o ogłoszenie upadłości jest ryzyko poniesienia przez członków zarządu dłużnika odpowiedzialności majątkowej i karnej. Posłużenie się taką konstrukcją znajduje uzasadnienie w teorii agencji[62]. Z punktu widzenia członków zarządu, realny wpływ na ich zachowanie wywiera chęć uniknięcia nieograniczonej odpowiedzialności majątkiem osobistym. Z uwagi na rozbieżność celów zarządu oraz właścicieli (udziałowców/akcjonariuszy), próby wymuszenia na członkach zarządu podobnej decyzji, np. w oparciu o przesłankę szeroko rozumianego dobra przedsiębiorstwa, należałoby uznać za nieefektywne, chociażby z uwagi na skłonność do podejmowania ryzyka wobec braku odpowiedzialności, nieakceptowanie złej sytuacji finansowej, czy niechęć do bycia kojarzonym z podmiotem z kłopotami finansowymi.

Pozytywnie należy również ocenić oparcie odpowiedzialności na zasadzie winy, która stanowi zachętę dla członków zarządu do podejmowania działań zapobiegawczych – złożenia wniosku o otwarcie postępowania insolwencyjnego w terminie, celem uniknięcia odpowiedzialności[63]. Uzasadnione jest również zagrożenie odpowiedzialnością karną – grożące kary mają dodatkowo zniechęcać do naruszania prawa[64].

3.4. Charakterystyka postępowań

Dokonując charakterystyki postępowań insolwencyjnych należy uwzględnić wpływ ich otwarcia na ochronę dłużnika przed egzekucją,

62 Teoria agencji zajmuje się konfliktem interesów w sytuacji, gdy jeden podmiot powierza drugiemu podmiotowi (agentowi) wykonywanie pewnych czynności (w przypadku spółek kapitałowych jest to rozdzielenie funkcji właścicielskich od funkcji zarządczych). Brak zbieżności celów wspomnianych podmiotów prowadzi do konfliktu agencji, które wiążą się z określonymi kosztami; zob. E. Brigham, L. Gapenski, *Zarządzanie finansami*, t. 1, Warszawa 2000, s. 44.

63 W zakresie ekonomicznej analizy przyjęcia odpowiedzialności na zasadzie winy zob. J. Stelmach, B. Brożek, *Metody*…, s. 150 i n.

64 W zakresie ekonomicznej analizy wykorzystania sankcji karnych zob. J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć*…, s. 143.

ograniczenie w zarządzie majątkiem oraz dalsze perspektywy kontynuacji działalności. W ocenie autora kwestie te są kluczowe dla dłużnika.

W postępowaniu o zatwierdzenie układu dłużnik nie uzyskuje ochrony przed egzekucją, jednak nie jest również ograniczony w zarządzie swoim majątkiem[65]. Dłużnik jest aktywnym uczestnikiem postępowania – przy wsparciu nadzorcy układu (którego wybiera samodzielnie), zdobywa głosy pozwalające na zawarcie układu, a następnie składa wniosek o zatwierdzenie układu.

W przyspieszonym postępowaniu układowym oraz w postępowaniu układowym dłużnik uzyskuje ograniczoną ochronę przed egzekucją[66]. Postępowanie ma charakter sądowy i jest prowadzone przez nadzorcę sądowego powoływanego postanowieniem sądu restrukturyzacyjnego[67]. Jego zgody wymaga dokonywanie przez dłużnika czynności przekraczających zakres czynności zwykłego zarządu (pod rygorem ich nieważności).

Zakres ochrony dłużnika w postępowaniu układowym jest taki sam, dłużnik może jednak uzyskać ją szybciej[68]. Podobnie jeśli chodzi o zarząd nad majątkiem – dłużnik jest również ograniczony osobą nadzorcy sądowego.

65 Zawieszenie postępowań egzekucyjnych następuje dopiero od dnia wydania postanowienia w przedmiocie zatwierdzenia układu (art. 224 ust. 2 p.r.), ponadto od tego dnia nadzorca układu uzyskuje uprawnienia nadzorcy sądowego, wyraża m.in. zgodę na podejmowanie przez dłużnika czynności przekraczające zakres czynności zwykłego zarządu (art. 224 ust. 1 p.r.).

66 Ochrona jest ograniczona do postępowań egzekucyjnych prowadzonych przez wierzycieli, za wyjątkiem postępowania egzekucyjnego prowadzonego przez wierzyciela zabezpieczonego rzeczowo skierowanego do przedmiotu zabezpieczenia (art. 259 i art. 260 p.r.).

67 W praktyce wybór pomiędzy postępowaniem o zatwierdzenie układu a przyspieszonym postępowaniem układowym jest uwarunkowany zdolnością dłużnika do samodzielnego porozumienia się z wierzycielami; P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe i restrukturyzacyjne. Komentarz,* Warszawa 2016, s. 1029 i n.

68 W postępowaniu o otwarcie postępowania układowego albo sanacyjnego możliwe jest również zabezpieczenie majątku dłużnika poprzez ustanowienie tymczasowego nadzorcy sądowego (tymczasowego zarządcy), zawieszenie postępowania egzekucyjnego (prowadzonego w celu dochodzenia należności objętych z mocy prawa układem) oraz uchylenie zajęcia rachunku bankowego (art. 268 ust. 2 i art. 286 ust. 2 p.r.).

W postępowaniu sanacyjnym zakres udzielonej ochrony pozwala na przeprowadzenie zaawansowanego procesu restrukturyzacji[69]. Sąd powołuje zarządcę, któremu – zgodnie z art. 291 ust. 1 p.r. – dłużnik jest zobowiązany wskazać i wydać cały swój majątek. Zarządca przygotowuje i wykonuje plan restrukturyzacyjny[70]. Postępowanie sanacyjne najgłębiej ingeruje w sytuację prawną dłużnika[71].

Postępowanie upadłościowe ma z kolei charakter egzekucji generalnej, a jego celem jest zaspokojenie roszczeń wierzycieli w jak najwyższym stopniu (art. 2 ust. 1 p.u.). Upadły jest obowiązany wskazać i wydać syndykowi cały swój majątek (art. 59 ust. 1 p.u.), który następnie podlega likwidacji.

Pozytywnie należy ocenić wielość i zróżnicowanie postępowań insolwencyjnych. Dłużnik może je dobierać odpowiednio do swoich indywidualnych potrzeb. Postępowania restrukturyzacyjne zmierzają do utrzymania działalności dłużnika (często w ograniczonym zakresie), natomiast postępowanie upadłościowe, co do zasady, przesądza o jej zakończeniu.

Ustawodawca przyjął zasadę, iż zapewnienie większej ochrony przed wierzycielami skutkuje większym ograniczeniem w zarządzie nad majątkiem[72]. Pozasądowe organy postępowania (nadzorca sądowy, zarządca) obejmują zarząd nad przedsiębiorstwem dłużnika jako podmioty spoza jego struktury organizacyjnej. W związku z tym posiadają o nim niedoskonałą informację[73]. Może to skutkować kosztownymi błędami zarządczymi – stąd też w praktyce sądy restrukturyzacyjne w postępowaniu sanacyjnych zezwalają dłużnikowi na dokonywanie czynności zwykłego zarządu.

69 Zawieszone zostają wszystkie postępowania egzekucyjne, nie mogą być również wszczynane nowe postępowania egzekucyjne.

70 Głosowanie nad układem ma miejsce dopiero po zrealizowaniu części lub całości planu restrukturyzacyjnego (najpóźniej w dwanaście miesięcy od otwarcia postępowania sanacyjnego).

71 Oprócz zmiany struktury wierzytelności do działań restrukturyzacyjnych zaliczamy redukcję zatrudnienia (art. 300 p.r.), możliwość odstąpienia od umów wzajemnych (art. 298 ust. 1 i 2 p.r.), sprzedaż majątku dłużnika (art. 323 p.r.) czy uzyskanie pomocy publicznej (art. 319 p.r.).

72 A. Hrycaj, *Cztery postępowania restrukturyzacyjne,* „Doradca Restrukturyzacyjny" 2015, nr 1, s. 4–15.

73 Zob. R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna*…, s. 508–509.

4. Podsumowanie

Podsumowując powyższe rozważania należy stwierdzić, iż obecne regulacje postępowań insolwencyjnych, zawarte w ustawach – Prawo restrukturyzacyjne i Prawo upadłościowe, realizują postulat ekonomicznej analizy prawa o konieczności ustanawiania efektywnych ekonomicznie regulacji prawnych. Niedawna reforma prawa insolwencyjnego jest wyrazem dążenia do poprawy efektywności procedur.

Ustawodawca przyjętymi rozwiązaniami modyfikuje zachowania członków zarządu dłużnika, celem zapobiegnięcia ujemnym skutkom społecznym wynikającym z pogłębiania zadłużenia uczestników obrotu gospodarczego.

Dłużnik jest ograniczony ustawowymi przesłankami otwarcia postępowań, co jest wyrazem zapobiegania możliwym nadużyciom. Sama przesłanka zagrożenia niewypłacalnością jest jednak sformułowana nieprecyzyjnie, przez co rodzi wątpliwości interpretacyjne.

Za główny impuls do podjęcia przez zarząd dłużnika działań zmierzających do restrukturyzacji bądź upadłości dłużnika należy uznać szeroko zakreśloną odpowiedzialność odszkodowawczą, uzupełnioną zagrożeniem sankcją karną.

Jeśli zaś chodzi o decyzję o wyborze konkretnego postępowania insolwencyjnego należy stwierdzić, iż wybór ten jest uzależniony od szczegółowej analizy sytuacji konkretnego dłużnika. Z uwagi na kształt obecnych regulacji należy postulować korzystanie w pierwszej kolejności z dobrodziejstw postępowań restrukturyzacyjnych, które po swoim zakończeniu pozwalają na kontynuację działalności gospodarczej (muszą być one jednak otwierane niezwłocznie po zidentyfikowaniu pierwszych oznak zagrożenia niewypłacalnością).

Bibliografia

- Adamus R., *Odpowiedzialność reprezentanta dłużnika za niezłożenie w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości,* „Monitor Prawa Handlowego" 2015, nr 2.
- Adamus R., *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz,* Warszawa 2015.
- Adamus R., *Przedmiotowe przesłanki otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego,* „Monitor Prawa Bankowego" 2015, nr 12.

- Alchian A., *Some Economics of Property Law,* „The Journal of Economic History" 1973, nr 1.
- Bremond J., Couet J., Salort M., *Kompendium wiedzy o ekonomii,* Warszawa 2005.
- Broniewicz W., Marciniak A., Kunicki I., *Postępowanie cywilne w zarysie,* Warszawa 2016.
- Buława P., Szmit K., *Ekonomiczna analiza prawa,* Warszawa 2012.
- Calabresi G., Melamed A., *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral,* „Harvard Law Review" 1972, nr 85.
- Calabresi G., *Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Torts,* „The Yale Law Yournal" 1961, nr 4.
- Chrupczalski S., *Ekonomiczna analiza prawa w ujęciu szkoły austriackiej,* Kraków 2008.
- Coase R., *The Problem of Social Cost,* „The Journal of Law Economics" 1960, nr 3.
- Cooter R., Ulen T., *Ekonomiczna analiza prawa,* Warszawa 2009.
- *Ekonomia dla prawników i nie tylko,* red. M. Bednarski, J. Wilkin, Warszawa 2003.
- *Ekonomiczna analiza prawa,* red. T. Giaro, Warszawa 2015.
- Filipiak P., *Prawo restrukturyzacyjne z perspektywy przedsiębiorcy w kryzysie finansowym,* „Palestra" 2015, nr 11–12.
- Brigham E., Gapenski L., *Zarządzanie finansami*, t. 1, Warszawa 2000.
- Glinka B., Gudkova S., *Przedsiębiorczość,* Warszawa 2011.
- Guzik T., *Ekonomiczna analiza prawa jako metoda prawoznawstwa,* „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ" 2017, nr 8.
- Hrycaj A., *Cztery postępowania restrukturyzacyjne,* „Doradca Restrukturyzacyjny" 2015, nr 1.
- Kępiński M., *Pojęcie i systematyka prawa konkurencji,* [w:] *System Prawa Prywatnego, t. 15, Prawo konkurencji,* red. M. Kępiński, Warszawa 2014.
- Korn K., *Podstawy ogłoszenia upadłości. Nowa koncepcja wykładni art. 10 i 11 Prawa upadłościowego i naprawczego oraz krytyka planowanych zmian,* „Monitor Prawniczy" 2015, nr 8 dodatek.
- Koźmiński K., *Krytyka ekonomicznej analizy prawa,* „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego" 2016, nr 1.
- Mises von L., *Ludzkie Działanie. Traktat o ekonomii,* Warszawa 2011.
- *Nobel Lectures Economics 1991–1995,* red. T. Persson, Singapore 1997.
- Nowak-Gruca A., *Cywilnoprawna ochrona autorskich praw majątkowych w świetle ekonomicznej analizy prawa,* Warszawa 2013.

- Oplustil K., *Obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości oraz odpowiedzialność za jego niezłożenie w świetle znowelizowanego prawa upadłościowego, cz. I,* „Przegląd Prawa Handlowego" 2016, nr 2.
- *Pod prąd głównego nurtu ekonomii,* red. M. Machaj, Warszawa 2010.
- *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe. Zagadnienia praktyczne,* red. A. Machowska, Warszawa 2016.
- *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz,* red. A. Hrycaj, P. Filipiak, Warszawa 2017.
- *Rekomendacje Zespołu Ministra Sprawiedliwości ds. nowelizacji Prawa upadłościowego i naprawczego,* https://www.ms.gov.pl/pl/restrukturyzacja-i-upadlosc/download,2585,0.html.
- *Restrukturyzacje w Polsce w latach 2016–2017,* http://zimmermanfilipiak.pl/Dwa%20lata%20prawa%20restrukturyzacyjnego%20wersja%20rozszerzona.pdf.
- Kubiczek M., Sokół B., *Przesłanki prowadzenia postępowania restrukturyzacyjnego w świetle jego celu,* „Doradca Restrukturyzacyjny" 2015, nr 2.
- Stelmach J., Brożek B., *Metody prawnicze,* Warszawa 2006.
- Stelmach J., Brożek B., Załuski W., *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Warszawa 2007.
- *System prawa handlowego, t. 6, Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe,* red. A. Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz, Warszawa 2016.
- *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz,* red. J. Szwaja, Warszawa 2016.
- *Uzasadnienie do projektu ustawy – Prawo restrukturyzacyjne,* https://www.ms.gov.pl/pl/restrukturyzacja-i-upadlosc/download,2585,5.html.
- Zedler F., *Podstawy otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego,* „Polski Proces Cywilny" 2016, nr 3.
- Zedler F., *Zarys prawa upadłościowego,* Warszawa 2016.
- Zimmerman P., *Prawo upadłościowe i restrukturyzacyjne. Komentarz,* Warszawa 2016.

Piotr Kempiński – aplikant radcowski przy Okręgowej Izbie Radców Prawnych w Poznaniu, absolwent Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza na kierunku prawo (2017) oraz Uniwersytetu Ekonomicznego w Poznaniu na kierunku finanse i rachunkowość (2016). Obecne zainteresowania naukowe koncentruje na zagadnieniach związanych z prawem restrukturyzacyjnym i upadłościowym oraz prawem handlowym, ze szczególnym uwzględnieniem zagadnień związanych ze spółkami kapitałowymi, e-mail: piotrk7@gmail.com.

Jędrzej Maciejewski

EKONOMICZNA ANALIZA SYSTEMÓW JEDNOLITEJ CENY KSIĄŻKI

Abstrakt

Jednolite ceny książek występują w większości krajów członkowskich tzw. starej Unii Europejskiej i w wybranych krajach pozaeuropejskich, gdzie służą do realizacji celów polityki kulturalnej państwa. Na przykładzie z jednej strony Francji i Niemiec, gdzie systemy te są stosowane, a z drugiej strony Wielkiej Brytanii czy większości krajów skandynawskich, gdzie zostały zniesione, można porównywać różne modele regulacji rynków książki i ich skutki.

Ekonomia wykształciła instrumenty pozwalające na analizę systemów jednolitej ceny książki, posiłkując się w tym celu teorią pionowych porozumień cenowych (*resale price maintenance*). Pozytywne skutki systemów, które wprowadziły jednolitą cenę książki, mogą być oceniane z wykorzystaniem analizy dobrobytu oraz przez pryzmat występowania rozwiązań pozacenowych efektów zewnętrznych (*non-price externalities*). Występujące w doktrynie argumenty przeciwko wprowadzeniu jednolitej ceny książki – wzrost cen, ograniczenia konkurencji, efektywności i innowacji czy wspieranie nieefektywnych modeli biznesowych – zostają skonfrontowane z empirycznymi przykładami funkcjonowania rynków książki, które w znacznej mierze stawiają pod znakiem zapytania te twierdzenia.

Jako przykład nieefektywności systemu jednolitej ceny książki wskazywany jest przypadek Izraela, gdzie w latach 2014–2016 obowiązywała odpowiednia regulacja. W wyniku głębszej analizy wyłania się jednak obraz diametralnie odmienny, świadczący o sukcesie wprowadzenia systemu, który został zaprzepaszczony z powodu działań czysto populistycznych obecnego izraelskiego ministerstwa kultury.

Na tle polskiego rynku książki i przemian, jakich doświadczył on od początku bieżącej dekady, przedstawione zostają projekty ustawy o książce przygotowane przez Polską Izbę Książki, które jako projekty poselskie trafiły w 2015 i 2017 r. pod obrady parlamentu, czemu towarzyszy omówienie podnoszonych argumentów za i przeciw proponowanym rozwiązaniom.

Abstract

Fixed book prices occur in most member states of the so-called old European Union and in some non-European countries, where they serve to implement the objectives of the state's cultural policy. On the example of France and Germany on the one hand, where these systems are used, and the United Kingdom and most Scandinavian countries, on the other hand, where they have been abolished, we can compare different models of book market regulations and their effects.

The economic doctrine has developed instruments that support the analysis of the fixed book-price systems, and use the theory of resale price maintenance (RPM). The positive effects of the fixed book-price systems can be assessed using the welfare analysis and through the analysis of welfare-enhancing effects of minimum or fixed RPM when solving non-price externalities. The theoretical arguments against the introduction of a fixed book price – price increases, restrictions on competition, efficiency and innovation, or supporting inefficient business models – are confronted with empirical examples of the book markets, which largely question these claims.

As an example of the inefficiency of the fixed book price systems is given the case of Israel, where an appropriate regulation was in force in 2014–2016. Nonetheless, a detailed analysis of this case results in a diametrically opposite picture, showing the success of the system, that has been destroyed because of the purely populist actions of the current Israeli Ministry of Culture.

At the background of the Polish book market and his changes since the beginning of the current decade, the book law drafts, prepared by the Polish Chamber of Books, are presented. They were put forward as parliamentary projects in the Parliament in 2015 and 2017, accompanied by an analysis of arguments raised in favor and against proposed solutions.

1. Wstęp

Książki są nie tylko towarami, ale również nośnikami kultury. Z ekonomicznego punktu widzenia charakteryzują się one strukturą kosztów

obejmującą wysokie koszty stałe i niskie koszty krańcowe. Są one również kwalifikowane jako tzw. dobra doświadczalne (*experience good*), których wartość może być oceniona dopiero po konsumpcji dobra. Ponadto każda książka posiada bliskie, ale nie idealne substytuty, co skłania do traktowania rynku książki w kategorii konkurencji monopolistycznej. Z uwagi na swoją specyfikę książki są jednym z nielicznych produktów, wobec których w gospodarce rynkowej stosuje się systemy jednolitych cen, do których analizy wykorzystuje się teorię pionowych porozumień cenowych (*resale price maintenance*)[1]. Zastosowanie takich systemów może być efektywnym środkiem zwiększenia produkcji wysokiej jakości książek i zapewnienia dostępności książek poprzez rozległą sieć księgarń[2].

W celu wskazania warunków i okoliczności uzasadniających wprowadzenie systemu jednolitej ceny książek niezbędne jest odniesienie tego instrumentu do różnych modeli wspierania rynków książki występujących w krajach Unii Europejskiej. Pojawiające się w doktrynie uzasadnienia dla stosowania systemów jednolitej ceny książek zostaną przeanalizowane na gruncie rozwiązań z zakresu teorii pionowych porozumień cenowych oraz wskazane zostaną zaobserwowane na rynkach europejskich przykłady skuteczności tych systemów. Pozytywne efekty działania systemu zostaną skonfrontowane z argumentami podważającymi zasadność utrzymywania systemów jednolitej ceny książek, na co wpływ mają w znacznej mierze przemiany technologiczne. Dodatkowo przeanalizowany zostanie przypadek wprowadzonego w Izraelu w latach 2014–2016 systemu jednolitej ceny książki.

W związku z aktualnie toczącą się w Polsce dyskusją o zasadności uchwalenia ustawy o książce, która wprowadzałaby system jednolitej ceny książki, omówione zostanie tło w postaci stanu polskiego rynku

1 Teoria pionowych porozumień cenowych odnosi się do takiego rodzaju porozumień, w których producent zachowuje prawo określania ceny, po jakiej sprzedawca będzie zobowiązany sprzedawać jego produkty.

2 W systemie jednolitej ceny książek wydawca określa minimalną cenę, po jakiej księgarz sprzedaje książkę konsumentowi przez określony czas. Księgarze nie mogą w tym okresie konkurować pomiędzy sobą ceną, jednak konkurencja na rynku jest wciąż możliwa pomiędzy wydawcami i poszczególnymi tytułami książek; por. M. Appelman, *Fixed book price*, [w:] *A handbook of cultural economics*, red. R. Towse, Cheltenham 2003, s. 237–238.

książki na przestrzeni lat 2011–2015, założenia projektu ustawy zgłoszonej jako projekt poselski w latach 2015 i 2017 oraz głosy związane ze skutecznością proponowanych rozwiązań w zakresie rozwiązania problemów i wyzwań, jakim sprostać musi polski rynek książki.

Na podstawie tych analiz wskazane zostaną przypadki uzasadniające wprowadzenie systemu jednolitej ceny książek, a podnoszone na gruncie rozważań teoretycznych argumenty zostaną skonfrontowane z empirycznymi przykładami podważającymi ich zasadność.

2. Modele wspierania rynku książki w Unii Europejskiej

Jednolite ceny książek występują w większości krajów członkowskich tzw. starej Unii Europejskiej, jednak w nowych państwach członkowskich (za wyjątkiem np. w Słowenii) i poza Europą instrument ten jest rzadko spotykany i rozwiązania występujące np. w Izraelu[3], Korei Południowej[4] czy w Meksyku[5] należą do wyjątków. We wszystkich krajach europejskich rządy realizują natomiast politykę kulturalną, która obejmuje także wspieranie czytelnictwa lub wydawanie wartościowej literatury, a co wiąże się m.in. z subsydiowaniem autorów, wydawców, księgarń czy bibliotek. Jednolite ceny książek wspierają realizację tych celów, dodatkowo utrzymując rozległą sieć księgarń[6].

We Francji czy Niemczech systemy jednolitej ceny książek są postrzegane jako ważny, elastyczny i skuteczny instrument polityki w utrzymywaniu zrównoważonego rynku książki. Z kolei w krajach anglosaskich czy nordyckich samo pojęcie ustalania cen uważane jest za irracjonalne i nieproduktywne oraz sprzeczne z zasadami rynkowymi i przepisami dotyczącymi konkurencji. Sam system jednolitej ceny książek może być wprowadzony jako ustawa uchwalona przez parlament krajowy, jak również jako porozumienie handlowe wydawców i księgarzy.

3 Por. pkt 5 poniżej.

4 Por. S. Smith, T. Kwon, *Fixed Book Price (FBP) System in Korea*, „Journal of Marketing Thought" 4(1) 2017, s. 11–26, http://www.ejmt.org/download/201705/2.pdf (dostęp 18.01.2018).

5 M.C. Valencia, *Fixed Book Prices and their impacts on Mexicans' reading habits*, Rotterdam 2014, http://www.sai.com.mx/doc/fixed_book_prices.pdf (dostęp 17.01.2018).

6 M. Appelman, *Fixed*…, s. 237.

Poszczególne systemy krajowe różnią się okresem obowiązywania jednolitych cen, obejmowaniem wyłącznie książek drukowanych lub rozciągnięciem systemu również na e-booki, wysokością udzielanych rabatów i ewentualnymi wyłączeniami poszczególnych kategorii książek (np. podręczników szkolnych) z systemu[7].

Tabela 1. Jednolite ceny dla książek drukowanych i elektronicznych w krajach OECD 1 stycznia 2015 r.

Jednolite ceny dla książek drukowanych i elektronicznych	**Jednolite ceny tylko dla książek drukowanych**	**Brak jednolitych cen książek**
Austria, Francja, Grecja, Hiszpania, Korea Południowa, Niemcy, Norwegia, Słowenia	Izrael, Japonia, Luksemburg, Meksyk, Niderlandy, Portugalia, Włochy	Australia, Belgia, Czechy, Dania, Estonia, Finlandia, Islandia, Irlandia, Kanada, Nowa Zelandia, Polska, Stany Zjednoczone, Szwecja, Szwajcaria, Turcja, Węgry, Wielka Brytania

Źródło: opracowanie własne na podstawie J. Poort, N. van Eijk, *Digital*…, s. 6.

W Unii Europejskiej jednolite ceny książek traktowane są jako akceptowalny wyjątek z punktu widzenia prawnego i ekonomicznego, wyłączony spod reżimu stojącego na straży ochrony konkurencji art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej[8] – z jednej strony są one wprowadzane w formie ustaw przez parlamenty poszczególnych krajów i w istotny sposób nie wpływają na handel transgraniczny w Unii Europejskiej, a z drugiej strony mają na celu realizację określonych celów polityki kulturalnej państwa, a nie celowe naruszenie reguł konkurencji[9].

7 International Publishers Association, *Global Fixed Book Price Report*, 23.05.2014, s. 1, https://www.internationalpublishers.org/images/reports/2014/fixed-book-price-report-2014.pdf (dostęp 26.02.2018).

8 Dz. Urz. UE C 326 s. 47 z 26.10.2012.

9 F. van Doorn, *Resale Price Maintenance in EC Competition Law. A Law & Economics Perspective*, Utrecht 2009, s. 58.

Deregulacja rynku książki w Wielkiej Brytanii, na którym w latach 1901–1995 obowiązywał system jednolitej ceny książki regulowany w tzw. „Net Book Agreement", doprowadziła w latach 1995–2005 do dużych zmian w strukturze dystrybucji książek, poprzez wzrost udziału dużych sklepów sieciowych, Internetu, hipermarketów oraz sprzedaży pocztowej i klubowej, co odbyło się kosztem znacznego spadku udziału niezależnych księgarń[10] i pozostałych sprzedawców. Podmioty, które zdominowały rynek po 1995 roku, narzuciły wydawcom stosowanie bardzo wysokich rabatów, wynoszących nawet 65%. Jednocześnie – wbrew oczekiwaniom dotyczącym spadku cen detalicznych – występował umiarkowany trend wzrostowy. W ciągu kolejnych lat (a w szczególności w latach 2010–2012) sprzedaż internetowa książek (realizowana w ponad 80% przez sieć Amazon) osiągnęła prawie 38% udział w rynku i zachowuje trend wzrostowy. Natomiast zmalały udziały wszystkich pozostałych uczestników rynku książki, w tym nastąpiła marginalizacja niezależnych księgarń, które w 2012 r. osiągnęły zaledwie 3,4% udział w rynku. Tymczasem we Francji, gdzie od 1981 r. obowiązuje system jednolitej ceny książek, wyhamowaniu uległ zintensyfikowany w latach 90-tych XX w. wzrost udziałów sklepów wielkopowierzchniowych (wyspecjalizowanych i niewyspecjalizowanych) w sprzedaży książek i utrzymał się udział księgarń stacjonarnych na poziomie ponad 25%. O ile Internet w ostatnich latach dynamicznie zmieniał strukturę rynku, o tyle udział sprzedaży internetowej we Francji był wyraźnie niższy niż w Wielkiej Brytanii, podobnie jak proces koncentracji wśród firm wydawniczych[11].

Szwecja i Finlandia, które zlikwidowały systemy jednolitych cen książek, intensywnie wspierają rynek książki poprzez różne formy subsydiów, nakierowanych na wspieranie autorów, wydawców,

10 Pod pojęciem niezależnych księgarniami należy rozumieć księgarnie detaliczne prowadzone jako małe lub średnie przedsiębiorstwa, co do zasady mające pojedyncze punkty sprzedaży. Przeciwieństwem niezależnych księgarń są działające jako korporacje sieci księgarskie z punktami sprzedaży w różnych lokalizacjach. Ze względu na zakorzenienie w lokalnej społeczności często występują jako salony literackie.

11 Por. CASE-Doradcy, *Skutki ekonomiczne regulacji rynku książki w Polsce*, 23.01.2014, s. 19–34, http://www.pik.org.pl/upload/files/LANG_-_CASE_-_Skutki_ekonomiczne_regulacji_rynku_ksiazk.pdf (dostęp 25.02.2018).

księgarń czy konsumentów. Wadą tych rozwiązań jest jednak potrzeba zaangażowania w ten proces administracji państwowej. Innym rozwiązaniem wspierającym rynek wydawniczy jest zastosowanie do książek obniżonych lub zerowych (jak np. w Wielkiej Brytanii) stawek podatku od towarów i usług[12].

3. Argumenty za wprowadzeniem systemu jednolitej ceny książek

W systemie jednolitej ceny książek wydawca wpływa na marżę księgarni poprzez określenie zarówno ceny, po jakiej sprzedaje książkę do księgarni, jak również poprzez określenie ceny, po jakiej księgarz jest zobowiązany sprzedać książkę konsumentowi. Jednocześnie wykluczenie konkurencji cenowej pomiędzy księgarzami przyczynia się do ochrony wysokości marży detalicznej. O ile jednak cena sprzedaży książki konsumentowi jest stała, o tyle cena sprzedaży książki przez wydawcę do księgarni może być wynikiem negocjacji pomiędzy oboma podmiotami i wysokość udzielonego przez wydawcę poszczególnym księgarniom rabatu może się różnić. W ten sposób wydawcy mogą zwiększać swoją sprzedaż – zapewniając wyższą marżę księgarzom, zachęcają ich do oferowania danego tytułu czytelnikom i wpływają również na wzrost liczby księgarzy sprzedających ich książki konsumentom. Jednocześnie, w warunkach niepewnego popytu konsumenckiego, marża detaliczna może być instrumentem wspierającym sprzedaż większej liczby książek do księgarni. Ponadto marża uzyskana dzięki jednolitej cenie książek pozwala w pewnych sytuacjach na finansowanie wydawcom strat na deficytowych tytułach, a księgarzom zyski ze sprzedaży bestsellerów umożliwiają finansowanie wolno rotujących książek i zapasów (tzw. *cross-subsidies*)[13].

Potwierdzeniem wyżej wymienionych tez jest analiza dobrobytu przedstawiona na rysunku 1, w której wprowadzenie jednolitej ceny książki zwiększa zyski wydawcy z pierwotnych A+B–F[14] do A+Y–F.

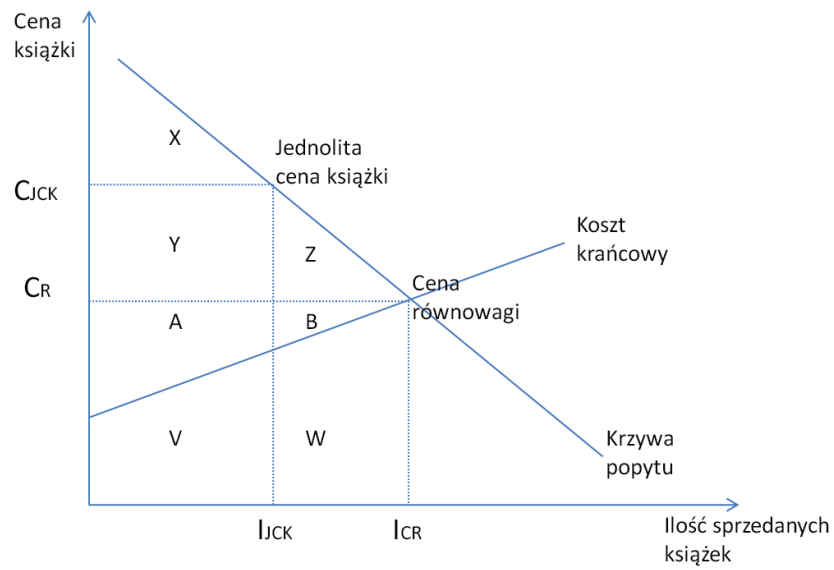
12 M. Appelman, *Fixed*…, s. 241.

13 M. Appelman, *Fixed*…, s. 238–239.

14 F = koszty stałe.

Zmniejszeniu może ulec dobrobyt konsumenta z X+Y+Z do wyłącznie X, a całkowitą utratę dobrobytu spowodowaną zmniejszeniem sprzedawanych ilości książek z I_{CR} do I_{JCK} określi pole Z. Jednocześnie, skoro w warunkach systemu jednolitej ceny książek więcej tytułów będzie dochodowych (A+Y–F > A+B–F), to wydawcy zdecydują się na ich wydanie i sprzedaż. W związku z tym system ten będzie sprzyjał zwiększeniu różnorodności i ilości dostępnych tytułów książek, gdzie dodatkowo wyższy zysk monopolowy Y pozwoli na pokrycie niejednokrotnie wysokich kosztów stałych F[15].

Rysunek 1. Analiza dobrobytu w systemie jednolitej ceny książki

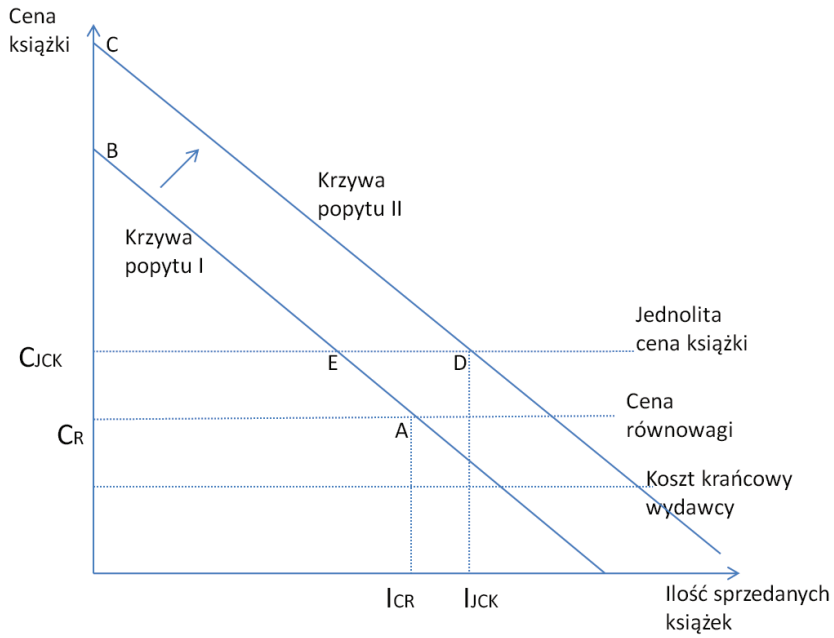


Źródło: opracowanie własne na podstawie F. van der Ploeg, *Beyond…*, s. 9.

Zgodnie z teorią pionowych porozumień cenowych, zastosowanie systemu jednolitych cen książek może mieć też pozytywny efekt dla dobrobytu w razie rozwiązania pozacenowych efektów zewnętrznych (*non-price externalities*), co ilustruje rysunek 2.

15 F. van der Ploeg, *Beyond the Dogma of the Fixed Book Price Agreement*, CESifo Working Paper Nr 949, Monachium 2003, s. 8–9.

Rysunek 2. Pozytywny efekt dla dobrobytu zastosowania systemu jednolitych cen książek w razie rozwiązania pozacenowych efektów zewnętrznych (*non-price externalities*)

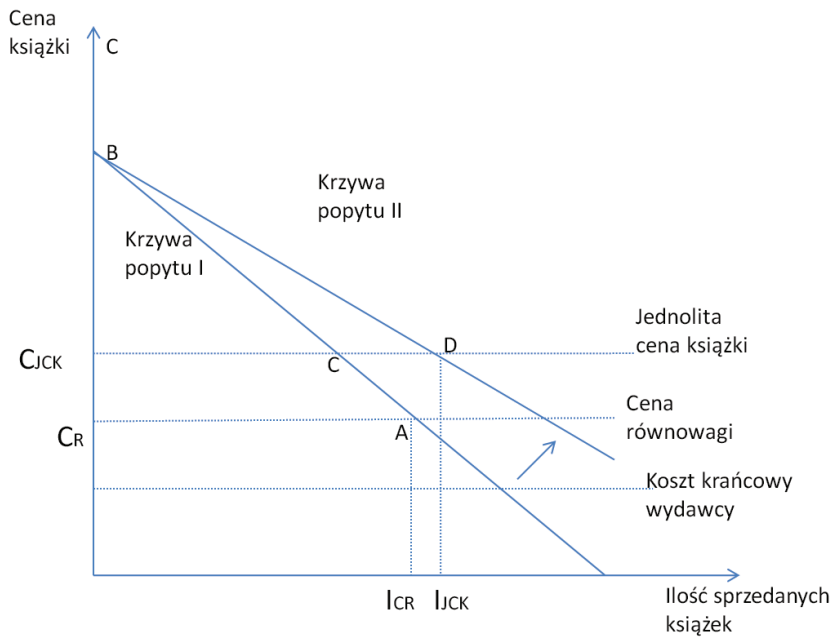


Źródło: opracowanie własne na podstawie F. van Doorn, *Resale*…, s. 66.

Miałoby to miejsce szczególnie w sytuacji silnej konkurencji pomiędzy sprzedawcami, która prowadzi do ustalenia ceny sprzedaży książek na poziomie C_R i ilości sprzedanych książek I_{CR}, gdzie dobrobyt konsumenta określa pole C_RAB. Wydawca, niezadowolony z poziomu nakładów i obsługi przedsprzedażowej księgarzy, którzy przekonują go do ustalenia wyższej jednolitej ceny, decyduje się na wniosek księgarzy ustalić jednolitą cenę książki na poziomie C_{JCK}. Konkurencja cenowa pomiędzy sprzedawcami przenosi się na konkurencję jakościową, finansowaną z wyższych przychodów księgarń. To doprowadziłoby również do wzrostu popytu i równoległego przesunięcia się krzywej popytu I na krzywą popytu II. W efekcie ilość sprzedawanych książek wzrasta do poziomu I_{JCK}, czemu towarzyszy wzrost dobrobytu producenta (wydawcy), sprzedawcy (księgarni) i konsumentów (pole $C_{JCK}CD$ i wzrost o $BCED–C_{JCK}EAC_R$). Producent (wydawca) zdecyduje

się na zastosowanie jednolitej ceny książki w sytuacji, kiedy będzie również w stanie wpłynąć na wzrost popytu[16].

Rysunek 3. Niejednoznaczny efekt dla dobrobytu zastosowania systemu jednolitych cen książek w razie rozwiązania pozacenowych efektów zewnętrznych (*non-price externalities*)



Źródło: opracowanie własne na podstawie F. van Doorn, *Resale*…, s. 68.

Efekt zastosowania systemu jednolitych cen książek w razie rozwiązania pozacenowych efektów zewnętrznych (*non-price externalities*) dla dobrobytu może być też niejednoznaczny. Sytuacja taka może mieć miejsce w sytuacji, kiedy wśród konsumentów są zarówno konsumenci inframarginalni, jak i konsumenci marginalni[17]. Wówczas

16 F. van Doorn, *Resale*…, s. 65–67.

17 Konsumenci inframarginalni są to konsumenci przekonani o wartości książek i cena nie jest dla nich najważniejszym kryterium podejmowania decyzji zakupowych (do grupy tej zaliczylibyśmy regularnych czytelników książek), natomiast konsumentami marginalnymi są konsumenci, dla których znaczenie mają tzw. usługi przedsprzedażowe, a cena książki stanowi istotne kryterium przy decyzji o jej zakupie; por. CASE-Doradcy, *Skutki*…, s. 45–46.

krzywa popytu I nie przesunie się równolegle, jak na rysunku 2, ale zmieni kąt nachylenia (wystąpi tzw. przesunięcie izo-elastyczne, *iso--elastic shift*), jak na rysunku 3. O ile dobrobyt producenta (wydawcy) i sprzedawcy (księgarni) wzrośnie, o tyle dobrobyt konsumentów może ulec zmniejszeniu (spadek o $C_{JCK}CAC_R$–BCD)[18].

System jednolitej ceny książki, poprzez wyłączenie konkurencji cenowej, pozwala kontynuować działalność mniej efektywnym – często ze względu na okoliczności, na które dany przedsiębiorca ma w konkretnym stanie faktycznym niewielki wpływ (kiedy np. koszty działalności są zawyżane przez wysokie czynsze, których stawki ustalają samorządy w atrakcyjnych punktach miasta) – księgarzom, co może być korzystne z punktu widzenia polityki kulturalnej państwa. Jednocześnie system ten pozwala graczom rynkowym przyczyniać się do realizacji celów takiej polityki, bez wykorzystywania do tego celu machiny biurokratycznej czy narażania się administracji na ryzyko niepowodzenia[19].

Dodatkowym efektem systemów jednolitej ceny książek jest ochrona krajowych księgarń przed negatywnymi skutkami wejścia na rynek sieci Amazon (systemy jednolitej ceny książek skutecznie przeciwdziałają niszczącym konkurencję praktykom tej sieci). O ile na rynkach, na których odpowiednie systemy jednolitej ceny książki istnieją, wejście sieci Amazon nie spowodowało znaczących zmian w strukturze dystrybucji, a udziały sieci Amazon oscylują wokół 15%, o tyle w Wielkiej Brytanii, w której w 1995 r. zniesiono tzw. „Net Book Agreement", po wejściu na rynek sieci Amazon zamknięto 40% istniejących księgarń[20].

4. Argumenty przeciwko wprowadzeniu jednolitej ceny książki

Najważniejszym argumentem podnoszonym w doktrynie przeciwko systemowi jednolitej ceny książek jest fakt, że ceny książek są w wyżej wymienionym systemie wyższe, a sprzedaż niższa niż w warunkach

18 F. van Doorn, *Resale*…, s. 68–69.

19 M. Appelman, *Fixed*…, s. 239–240.

20 Por. uzasadnienie do poselskiego projekt z dnia 25 maja 2017 r. ustawy o książce, s. 14, http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/2E2C0729653C98B8C1258154002DBF46/%24File/1704.pdf (dostęp 25.02.2018).

równowagi konkurencyjnej, co szkodzi interesom czytelników – szczególnie tym o niższych dochodach[21]. W rzeczywistości ceny okładkowe przy braku systemu jednolitej ceny książek są sztucznie zawyżane, aby zapewnić przestrzeń dla rabatów udzielanych sprzedawcom i konsumentom, i po wprowadzeniu systemu obserwowany jest spadek (nominalnych) cen okładkowych[22]. Nie wyklucza to sytuacji, w których realne ceny książek – po uwzględnieniu rabatów – są niższe niż okładkowe ceny książek w systemie jednolitej ceny, jednak podkreślić należy, iż sam system jednolitej ceny książek przewiduje stosowanie jednolitych cen tylko w pierwszym okresie sprzedaży książki, po czym dopuszczalne jest stosowanie dowolnych rabatów cenowych. W związku z tym w dłuższym okresie przeciętna cena książek może być niższa.

Doktryna wskazuje również, że zastosowanie jednolitych cen książek może mieć negatywne konsekwencje także w postaci ograniczenia konkurencji, efektywności i innowacji (m.in. na rynku cyfrowym). Dodatkowo nie zawsze instrument ten jest stosowany jako narzędzie realizacji polityki kulturalnej, ale często systemem objęte są wszystkie rodzaje książek. Nie ogranicza się on więc tylko do nieopłacalnych ekonomicznie książek o wysokiej wartości kulturalnej, czy cennych z kulturowego punktu widzenia księgarń. Ponadto uczestnicy rynku nie są zobowiązani do wykorzystywania dochodów z wyższych marż na realizację celów związanych z polityką kulturalną państwa i wielu z nich skupia się wyłącznie na korzystnym ekonomicznie wydawaniu bestsellerów. Wreszcie wiele systemów jednolitej ceny książki nie ogranicza się tylko do pionowych ograniczeń cenowych, ale obejmuje również inne elementy, które mogą niepotrzebnie dodatkowo ingerować w działanie mechanizmów rynkowych[23]. W praktyce teza o ograniczaniu konkurencji czy ingerowaniu w działanie mechanizmów rynkowych wydaje się nieprawdziwa – systemy jednolitej ceny książki jedynie okresowo nakazują stosować jednolite ceny, po czym – po upływie przewidzianego przez prawo okresu – ceny mogą być

21 F. van der Ploeg, *Beyond*…, s. 16.

22 Por. S. Czubkowska, *Bitwa o cenę książki*, „Dziennik Gazeta Prawna", 17–19.03.2017, nr 54 (4453), s. A31.

23 M. Appelman, *Fixed*…, s. 237–239.

ustalane bez żadnych ograniczeń. Nawet w okresie obowiązywania jednolitej ceny książki wydawcy – wbrew założeniu o traktowaniu rynku książki w kategorii konkurencji monopolistycznej (por. przypis 1) – konkurują między sobą w poszczególnych segmentach literatury i cena danego podręcznika czy kryminału nie powinna, bez dodatkowych przyczyn, odstawać od ceny podobnego podręcznika lub kryminału wydawanego przez innych wydawców.

W związku z powyższym pojawiają się głosy, że władze powinny wspierać rynek książki poprzez efektywną politykę wspierania czytelnictwa oraz rozwijania przemysłów kreatywnych, zamiast wprowadzać lub zezwalać na niepraktyczne i nieuzasadnione wyłączenia w zakresie polityki konkurencji[24]. Podnosi się również, że jednolita cena książki chroni nieefektywnych księgarzy i negatywnie wpływa na wydajność i innowacyjność, uniemożliwiając efektywniejszym sprzedawcom książek na zwiększenie udziałów rynkowych poprzez konkurencję cenową. W państwach, w których obowiązuje system jednolitej ceny książki, odnotowano niższy udział sprzedaży książek w Internecie i alternatywnych kanałach dystrybucji, jakimi są sklepy wielkopowierzchniowe. Negatywnym skutkiem tych rozwiązań ma być też brak automatycznej możliwości obniżenia ceny na książki niecieszące się zainteresowaniem czytelników, co prowadzi do ustalenia cen takich publikacji powyżej poziomu równowagi[25].

Tymczasem systemy jednolitej ceny książki jedynie czasowo (przez okres obowiązywania jednolitych cen) ograniczają możliwość stosowania rabatów czy obniżek cen. Wątpliwy jest również argument dotyczący negatywnego wpływu na wydajność i innowacyjność oraz uniemożliwiania efektywniejszym sprzedawcom książek zwiększenia udziałów rynkowych poprzez konkurencję cenową. Z obserwacji rynkowych wynika bowiem, że na braku systemów jednolitej ceny książek

24 International Publishers Association, *Global*…, s. 3.

25 O ile w warunkach swobodnej gry rynkowej wydawca czy księgarz może dostosować cenę książki do popytu, o tyle w systemie jednolitej ceny książki przez okres jej obowiązywania takie działanie jest niemożliwe. Pewnye rozwiązanie stanowi proponowana w polskim projekcie ustawy (por. pkt 6 b) poniżej) możliwość wycofania – po upływie 6 miesięcy od wprowadzenia książki do obrotu – z rynku całego jej nakładu i ustalenia nowej jednolitej ceny książki obowiązującej do końca 12-miesięcznego okresu; por. M. Appelman, *Fixed*…, s. 239.

zyskują najczęściej sklepy wielkopowierzchniowe i internetowe kanały sprzedaży, dla których książka jest jednym z wielu produktów w asortymencie, a promocyjna cena książki (najczęściej bestsellera) ma zachęcić klienta do zakupu innych produktów, których marże z nawiązką pokryją ewentualne straty na sprzedawanych promocyjnie książkach[26]. Tak samo sieci księgarskie, które prowadzą wojny cenowe i stosują obniżki cen jako instrument walki konkurencyjnej, niechybnie po pokonaniu przeciwników wykorzystają swoją uzyskaną względem czytelników i wydawców pozycję rynkową do maksymalizacji zysków[27].

O ile jeszcze poszczególne argumenty ekonomiczne związane z systemem jednolitej ceny książek stosują się lub są do obrony w przypadku książek drukowanych, o tyle w ogóle nie znajdują one zastosowania w przypadku e-booków. Dotyczy to zarówno wzajemnego subsydiowania na poziomie sprzedawców, jak i zachowania rozległej sieci księgarń czy też argumentów związanych z usługą około-sprzedażową, zapasami towarów i przestrzenią na półkach. Najbardziej przekonujący argument za stosowaniem jednolitych cen e-booków wiąże się z ich wpływem na zróżnicowanie i rozdrobnienie rynku detalicznego, na którym pozycja rynkowa sprzedawców byłaby niewielka, co mogłoby być uznane za swoisty instrument skierowany przeciwko działaniom monopolistycznym[28].

Jako sztandarowy przykład, mający przemawiać przeciwko wprowadzeniu jednolitej ceny książki, podawane jest uregulowanie obowiązujące w latach w latach 2014–2016 w Izraelu[29]. Jednak po dokładniejszej analizie przypadku obowiązywania na izraelskim rynku systemu jednolitej ceny książek okazuje się, że jest to raczej argument za wprowadzeniem wyżej wskazanego systemu.

26 Por. doświadczenia z deregulacji rynku książki w Wielkiej Brytanii po 1995 r. w CASE-Doradcy, *Skutki*…, s. 19–24.

27 Por. opisany w rozdziale 5 stan izraelskiego rynku książki przed wprowadzeniem w 2014 r. ustawy o ochronie literatury i autorów i sytuację na rynku po jej uchyleniu w 2016 r.

28 J. Poort, N. van Eijk, *Digital fixation: the law and economics of a fixed e-book price*, „International Journal of Cultural Policy" 2015, s. 15.

29 Por. *Porażka jednolitej ceny książki w Izraelu. Czy Polska musi iść tą samą drogą?*, http://wmeritum.pl/porazka-jednolitej-ceny-ksiazki-w-izraelu-czy-polska-musi-isc-ta-sama-droga/176230/ (dostęp 10.04.2018).

5. Ustawa o ochronie literatury i autorów w Izraelu 2014–2016

Na początku drugiej dekady XXI w. walka konkurencyjna na rynku książki w Izraelu doprowadziła do sytuacji, w której wydawcy uzyskiwali ok. 15 szekli (3,90 USD) z ceny okładkowej w wysokości 84–98 szekli na pokrycie jednostkowych i stałych kosztów produkcji danego egzemplarza książki, z czego autor otrzymywał tantiemy w wysokości 1 szekla (0,26 USD). Małe wydawnictwa sukcesywnie likwidowały swoją działalność lub ulegały przejęciom, a rynkowi groziło zdominowanie przez 2–3 duże wydawnictwa i 2 największe sieci handlowe[30].

W celu przeciwdziałania tym zagrożeniom, na początku lutego 2014 r. weszła w życie ustawa o ochronie literatury i autorów w Izraelu [*Law for the Protection of Literature and Authors in Israel (Temporary Provision), 5773-2013*], której celem było przełamanie duopolu dominujących na izraelskim rynku książki sieci handlowych Steimatzky i Tzomet Sfarim oraz zapewnienie lepszej konkurencji pomiędzy wydawcami i sprzedawcami (m.in. poprzez zakazanie specjalnych zachęt dla sprzedawców za promowanie określonych tytułów czy równego dostępu do księgarń publikacji różnych wydawnictw). Ustawa wprowadziła jednolitą cenę książek przez pierwsze 18 miesięcy po ich wprowadzeniu do obrotu oraz dodatkowo przewidywała m.in. minimalne tantiemy i honoraria dla autorów[31].

W ciągu pierwszego roku obowiązywania ustawy sprzedaż nowych tytułów w księgarniach spadła o 35%, a całkowita sprzedaż o 15%. Przed wprowadzeniem jednolitych cen książek system rabatów sprawił, że pomimo cen okładkowych na poziomie 84–98 szekli, faktyczna cena książki wynosiła ok. 35 szekli. Po wprowadzeniu systemu ceny okładkowe spadły do poziomu 59–62 szekli, jednak zgodnie z prawem cena taka miała obowiązywać przez 18 miesięcy od wydania książki. Odwrót czytelników od nowości i skupienie się na starszych

30 Por. D. Abrams, *Amid Controversy, Israel Repeals Its Fixed Price 'Book Law'*, https://publishingperspectives.com/2016/06/book-law-israel-knesset/ (dostęp 28.03.2018).

31 Por. D. Abrams, *New Law in Israel Curtails Bookstore Discounts*, https://publishingperspectives.com/2014/02/new-law-in-israel-curtails-bookstore-discounts/ (dostęp 28.03.2018).

publikacjach sprawił, że ceny nowości, w celu sfinansowania sztywnych kosztów, wzrosły do ok. 76 szekli, co dodatkowo uderzyło w młodych i mniej popularnych autorów, ponieważ wydawcy obawiali się ryzykować publikowania ich książek[32].

Nowa minister kultury Miri Regev zapowiedziała po objęciu urzędu w 2015 r. zniesienie ustawy i powołała specjalną komisję, która miała dostarczyć odpowiednich argumentów za podjęciem takiej decyzji. Tymczasem komisja oceniła w marcu 2016 r., że ustawa działa zgodnie z oczekiwaniami i odnotowała powrót do poziomu sprzedaży książek z 2013 r., znacznie powyżej poziomu z 2014 r. Równolegle inna komisja ekspercka powołana do monitorowania skutków regulacji wskazała, że sprzedaż książek jest wyższa niż przed wprowadzeniem ustawy, a sprzedaż książek dla dzieci wzrosła o 50%. Jednocześnie udział w rynku dwóch największych sieci spadł z 77% do 63%, otwierając możliwości działania mniejszym księgarniom i sprzedaży w Internecie; liczba wydawanych tytułów debiutantów utrzymywała się na tym samym poziomie, co w ciągu poprzednich pięciu lat, a średnie okładkowe ceny książek spadły do niższego poziomu niż w okresie, w którym ustawa nie obowiązywała. Mimo że obie komisje rekomendowały nie tylko przedłużenie obowiązywania ustawy, ale nawet jej rozszerzenie, minister M. Regev przedstawiała w Knesecie nieprawdziwe dane świadczące o 20–30% spadku sprzedaży książek. W efekcie takich działań, Kneset zdecydował się na uchylenie ustawy pod koniec sierpnia 2016 r., mimo iż miała ona automatycznie wygasnąć na początku lutego 2017 r.[33]

Po uchyleniu ustawy nie nastąpił powrót do destrukcyjnych rabatów z początku dekady i obecnie sieci handlowe oferują najczęściej za 99 szekli dwie książki dla dorosłych lub trzy książki dla dzieci. Najbardziej zyskują na tym dominujące sieci handlowe, które w trakcie

32 Por. *Izrael: rok po wprowadzeniu stałej ceny na książki – sprzedaż drastycznie spadła, ceny wzrosły*, http://booklips.pl/newsy/izrael-rok-po-wprowadzeniu-stalej-ceny-na-ksiazki-sprzedaz-drastycznie-spadla-ceny-wzrosly/ (dostęp 20.03.2017).

33 Por. *Israel scraps fixed book price amid political chicanery*, https://www.internationalpublishers.org/policy-issues/fixed-book-price/knowledge-bank-fixed-book-price/411-israel-scraps-fixed-book-price-amid-political-chicanery (dostęp 28.03.2018).

obowiązywania ustawy wymusiły na wydawcach zwiększenie udzielanego im rabatu z 50% do 70%, a po zniesieniu ustawy nie pozwoliły na jego zmniejszenie do poprzednich poziomów[34].

Izraelski przykład świadczy o tym, że jednolita cena książki jest w stanie zapewnić różnorodność dostępnych na rynku książek i związany z nią pluralizm idei. Z uwagi na prowadzone na izraelskim rynku książki wojny cenowe, wprowadzenie ustawy skutkowało początkowymi spadkami sprzedaży w związku z przyzwyczajeniem klientów do wysokich rabatów. Szybko jednak udało się przełamać negatywne tendencje i ostatecznie głównym wrogiem dalszego obowiązywania ustawy okazał się populizm[35].

6. Jednolita cena książki z perspektywy rynku książki w Polsce

a) Polski rynek książki 2011–2015

Polski rynek książki stanowi zaledwie 3% rynku książki Unii Europejskiej, mimo że ludność Polski stanowi 7,5% ludności UE. Koncentracja na rynku jest dość duża – 300 największych wydawnictw ma 98% udział w rynku. Z roku na rok pogarsza się sytuacja finansowa małych wydawnictw skupiających się na wydawaniu niszowej literatury, która stanowi mniej niż 10% oferty sieci handlowych i niezależnych księgarń. Sytuacja w Internecie wydaje się być lepsza, jednak i tam dominują publikacje większych graczy rynkowych, którzy ze względu na niską opłacalność i stale rosnące koszty logistyki nie mogą współpracować z wydawcami o małej liczbie wolno rotujących tytułów. Rynek książki systematycznie się kurczy, a spadek o 2,8% w 2015 r. spowodowany był m.in. spadkiem sprzedaży książek w księgarniach (którego nie zrekompensował wzrost sprzedaży w Internecie) oraz wprowadzeniem przez Ministerstwo Edukacji Narodowej darmowych podręczników – co niekorzystnie wpłynęło na kondycję

34 Por. D. Abrams, *After Israel's Book Law: Hebrew Book Week Sees More Modest Discounts*, https://publishingperspectives.com/2017/06/israel-book-law-hebrew-book-week/ (dostęp 28.03.2018).

35 Por. *Fakty i mity na temat izraelskiej ustawy o książce i autorach (The Books and Authors Law)*, http://swiadomiwydawcy.pl/fakty%20i%20mity%20na%20temat%20izraelskiej%20ustawy%20o%20ksiazce.php (dostęp 28.03.2018).

wydawców edukacyjnych i księgarń, których obroty w znacznej mierze generowała sprzedaż podręczników szkolnych[36].

Poważnym problemem na rynku książki jest również asymetria w relacjach między wydawcami i dużymi sieciami księgarskimi, które narzucają prawo zwrotu nawet całego nakładu oraz długie terminy płatności (nawet powyżej 150 dni), jak również wojny cenowe, w ramach których często wszelkie nowości już w dniu premiery są sprzedawane z upustem sięgającym 40%[37].

Rynek książki w Polsce charakteryzuje się spadającymi od kilku lat przychodami oraz całkowitymi i średnimi nakładami książek, przy rosnącej z roku na rok liczbie wydawanych tytułów i pierwszych wydań, co ilustruje tabela nr 2.

Tabela 2. Rynek i produkcja książek w latach 2011–2015

Rok	2011	2012	2013	2014	2015
Przychody ze sprzedaży książek w cenach zbytu wydawców (w mln zł)	2710	2670	2680	2480	2410
Wzrost w procentach	-8%	-1,5%	0,4%	-7,5%	-2,8%
Wydawane tytuły	24920	27060	29710	32480	34920
Pierwsze wydania	12180	13410	15580	18870	21130
Nakłady (w mln egz.)	122,4	107,9	112,4	105,1	97,7
Średni nakład (w egz.)	4912	3987	3783	3236	2798

Źródło: opracowanie własne na podstawie P. Dobrołęcki, *The Polish*…, s. 3–4.

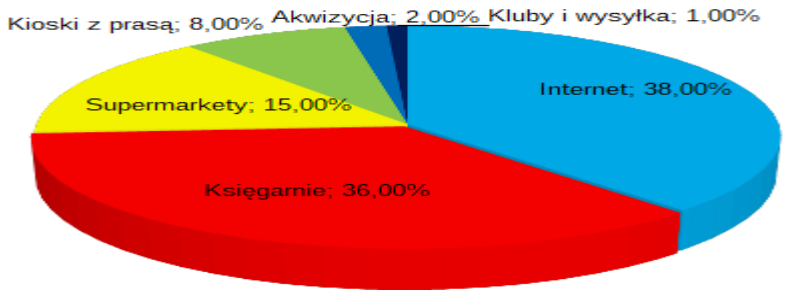
W latach 2011–2015 ceny książek wzrosły ze średnio 37,80 zł do 41,80 zł, co wynikało nie tylko z obiektywnego wzrostu kosztów produkcji (druk, papier, logistyka itp.), ale również sztucznego zawyżania cen okładkowych. Było to związane z silną tendencją do oferowania wysokich rabatów w sprzedaży detalicznej. Zjawisko to dotyczyło rabatów oferowanych przez wydawców sprzedawcom, którzy

36 P. Dobrołęcki, *The Polish Book Market 2016*, Instytut Książki, 2016, s. 2–4, http://instytutksiazki.pl/en/polish-book-market,7,reports,18,polish-book-market-2016,36.html (dostęp 25.02.2018).

37 A. Gruhn, R. Trzeciakowski, *Jednolita*…, s. 3.

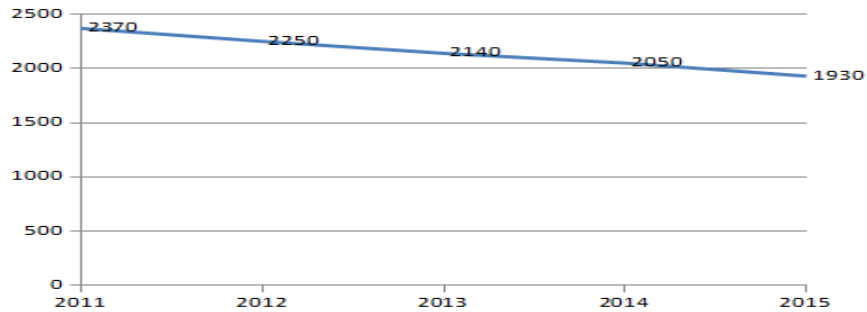
następnie wykorzystali je do oferowania rabatów konsumentom, obejmowało również wydawane po raz pierwszy publikacje[38].

Rysunek 4. Podział rynku dystrybucji w 2015 r.



Źródło: opracowanie własne na podstawie P. Dobrołęcki, *The Polish*…, s. 8.

Rysunek 5. Liczba księgarń w latach 2011–2015



Źródło: opracowanie własne na podstawie P. Dobrołęcki, *The Polish*…, s. 10.

Z roku na rok rośnie udział sprzedaży książek przez Internet, który w 2015 r. osiągnął 38% udziału w rynku (por. rysunek 4), co odbywa się kosztem tradycyjnych miejsc sprzedaży – w szczególności niezależnych księgarń, których liczba sukcesywnie maleje (por. rysunek 5) i które dodatkowo odczuły w ostatnich latach spadek sprzedaży podręczników szkolnych[39]. Jednocześnie wzrost udziału sprzedaży

38 P. Dobrołęcki, *The Polish*…, s. 6–10.

39 Liczba księgarń stale maleje w wyniku różnych czynników – oprócz ogólnego spadku czytelnictwa, co przekłada się na ogólny popyt, istotną rolę odgrywają

internetowej jest wynikiem polityki cenowej polegającej na oferowaniu rabatów w wysokości nawet 35–40% ceny okładkowej[40].

b) Projekt ustawy o książce

Polska Izba Książki od 2013 r. pracuje nad projektem ustawy, nazwanej „ustawą o książce", której celem jest wprowadzenie w Polsce systemu jednolitej ceny książki. W kwietniu 2015 r. projekt ustawy trafił pod obrady Sejmu jako projekt poselski[41], wniesiony przez Klub Parlamentarny Polskiego Stronnictwa Ludowego. Koniec kadencji parlamentu przerwał prace nad projektem ustawy na ponad rok, przy czym zainteresowanie projektem wyraziło Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego[42]. W związku z kontrowersjami związanymi z projektem ustawy na poziomie ministerialnym, został on wniesiony w maju 2017 r. – podobnie jak dwa lata wcześniej – przez Klub Parlamentarny Polskiego Stronnictwa Ludowego jako projekt poselski[43].

Celem projektu ustawy jest:[44]

– zapewnienie książce, chronionej jako dobro kultury, szerokiej i stałej dostępności na terytorium kraju,
– zapewnienie urozmaicenia dostępnej oferty czytelniczej,

---

też takie czynniki ekonomiczne, jak wysokie czynsze za wynajmowane lokale, silna konkurencja ze strony dużych podmiotów sprzedaży detalicznej (nie tylko sieci księgarń, ale również supermarketów) czy wojny cenowe inicjowane przez największych graczy rynkowych.

40 P. Dobrołęcki, *The Polish*…, s. 8–10.

41 Por. Poselski projekt z dnia 8 kwietnia 2015 r. ustawy o książce, http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/9E688B15F19B4EACC1257E600030C321/%24File/3477.pdf (dostęp 25.02.2018).

42 Podczas spotkania 2 marca 2017 r. wicepremier P. Gliński poinformował, że ministerstwo „pragnie włączyć się w pracę nad nadaniem projektowi ustawy ostatecznego kształtu, mając na uwadze ochronę polskiego rynku książki i interesu czytelników"; por. http://mkidn.gov.pl/pages/posts/spotkanie-ws.-projektu-ustawy-o-jednolitej-cenie-ksiazki-7173.php?p=20.

43 Por. Poselski projekt z dnia 25 maja 2017 r. ustawy o książce, http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/2E2C0729653C98B8C1258154002DBF46/%24File/1704.pdf (dostęp 25.02.2018).

44 Zob. preambułę do poselskiego projekt z dnia 25 maja 2017 r. ustawy o książce, s. 1, http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/2E2C0729653C98B8C1258154002DBF46/%24File/1704.pdf (dostęp 25.02.2018).

– propagowanie czytelnictwa jako narzędzia rozwoju intelektualnego i kulturalnego jednostki i skutecznego sposobu budowania kapitału społecznego,
– wspieranie różnorodnej i ambitnej twórczości literackiej,
– stworzenie ram dla funkcjonowania krajowego rynku książki, w tym umożliwienie budowania zróżnicowanych sposobów dystrybucji przy jednoczesnym wspieraniu księgarń jako miejsc upowszechniania kultury.

Artykuł 4 ust. 1 projektu ustawy zobowiązuje wydawcę i importera do ustalenia jednolitej ceny książki przed wprowadzeniem książki do obrotu. Zgodnie z art. 7 ust. 1 cena taka obowiązuje w okresie od daty wprowadzenia książki przez okres 12 miesięcy. Od jednolitej ceny książki mogą być stosowane rabaty w wysokości nie większej niż 5–20% na rzecz wyliczonych enumeratywnie kategorii podmiotów (por. art. 8 projektu ustawy).

Co warto podkreślić, projekt ustawy nie dotyczy e-booków, tylko wydań papierowych książek (por. art. 2 pkt 1 projektu ustawy). Ponadto przewidziana została możliwość wycofania – po upływie 6 miesięcy od wprowadzenia książki do obrotu – z rynku całego jej nakładu i ustalenia nowej jednolitej ceny książki obowiązującej do końca 12-miesięcznego okresu (por. art. 7 ust.2 projektu ustawy).

c) Możliwość rozwiązania przez ustawę o książce problemów polskiego rynku książki

W uzasadnieniu projektu ustawy, przy ocenie skutków ekonomicznych, społecznych i kulturalnych wprowadzenia ustawy wskazano, że jej wdrożenie doprowadzi do stosowania bardziej racjonalnych przesłanek ustalania cen przez wydawców, a ceny detaliczne nowości wydawniczych będą ustalane na poziomie nieco niższym niż obecnie, co spowodowane będzie brakiem konieczności ich sztucznego zawyżania. Ponadto ustawa pozwoli zmienić strukturę sprzedaży książek na korzystniejszą, a książki będą dłużej w obiegu handlowym, przez co zapewniona zostanie przestrzeń dla zwiększenia się rentowności sektora książki i szanse na jego rozwój. Ewentualne wejście do Polski sieci Amazon po wprowadzeniu ustawy nie spowodowałoby znaczących zmian w strukturze dystrybucji. Dodatkowym

atutem wdrożenia ustawy będzie także okoliczność, że autorzy, mając przez rok zagwarantowaną cenę detaliczną, będą w stanie lepiej kalkulować i kontrolować należne im wpływy. Wreszcie szeroka sieć księgarska (której ochronę ma na celu ustawa, wpływając także pozytywnie na utrzymanie i rozwój sieci księgarskiej) będzie pozwalała na zapewnienie wysokiej jakościowo obsługi nabywcy końcowego[45].

Ponadto CASE-Doradcy szacują, że ewentualne skutki rynkowe spowodowane wprowadzeniem nowej regulacji już w pierwszym roku po zmianie prawa nie będą dotkliwe dla rynku książki w Polsce, a przy spełnieniu określonych warunków poszczególne segmenty rynku odnotują niewielki wzrost sprzedaży, czemu towarzyszyć powinno 8% obniżenie krajowego poziomu cen (ceny średniorocznej)[46].

Z drugiej strony, analiza Forum Obywatelskiego Rozwoju (i Instytutu Misesa) wskazywała, że ustawa, jeżeli spowoduje ograniczenie oferty bibliotek i wycofanie się z rynku książki supermarketów, może mieć wręcz negatywny wpływ na poziom czytelnictwa w Polsce. Ponadto spowolni ona zachodzące na rynku dystrybucji książki zmiany, które wywołała rewolucja informacyjna (w szczególności ekspansję księgarń internetowych i supermarketów), chroniąc stare modele biznesowe kosztem konsumentów i uniemożliwiając oszczędniejszym modelom biznesowym przekazywanie swoich oszczędności konsumentom pod postacią niższych cen. W efekcie tego, na bardziej rozdrobnionym rynku wydawcy będą dysponowali większą siłą rynkową, która będzie ograniczać presją cenową wywieraną przez dystrybutorów i czytelników[47]. Rola supermarketów na rynku książki wymaga oddzielnego przedstawienia, jednak ze względu na ograniczony do bestsellerów repertuar i brak jakichkolwiek usług dodatkowych dla czytelnika w postaci doradztwa czy możliwości dostarczenia innych tytułów, czy też z uwagi na stosowane przez supermarkety oszczędne modele biznesowe (co zostało omówione w rozdziale 4), błędem jest wskazywanie na ich kulturotwórczą rolę. Chybiony jest

45 Por. uzasadnienie do poselskiego projekt z dnia 25 maja 2017 r. ustawy o książce, s. 12–16, http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/2E2C0729653C98B8C1258154002DBF46/%24File/1704.pdf (dostęp 25.02.2018).

46 Por. CASE-Doradcy, *Skutki*…, s. 41–57.

47 A. Gruhn, R. Trzeciakowski, *Jednolita*…, s. 5–8.

również argument o spowolnieniu zachodzących na rynku dystrybucji książki zmian, wywołanych rewolucją informacyjną – ograniczenie przepisów ustawy wyłącznie do książek drukowanych lub utrwalonych na dysku, taśmie i innym „fizycznym" nośniku pozostawia pole do rozwoju innowacji i nowych modeli biznesowych w Internecie. Natomiast wynikającą z braku jednolitej ceny książki alternatywą jest bardziej skonsolidowany rynek, na którym najwięksi dystrybutorzy dysponowaliby większą siłą rynkową, wykorzystywaną na niekorzyść wydawców i mniejszych sprzedawców oraz konsumentów.

7. Podsumowanie

Wprowadzane w XIX i XX w. systemy jednolitych cen książek przyczyniły się do powstania w krajach zachodnioeuropejskich silnych rynków książki, które obejmują zarówno prężny segment wydawniczy, jak i stabilny segment sprzedaży książek w postaci rozbudowanej sieci księgarń. Podczas gdy niektóre kraje, jak Francja czy Niemcy, zdecydowały się na ugruntowanie systemu w postaci rozwiązań legislacyjnych i jego rozszerzenie na e-booki, inne – jak Wielka Brytania czy kraje skandynawskie – zdecydowały się (z różnym skutkiem) na rezygnację z systemu jednolitych cen i stosowanie innych narzędzi realizowania polityki kulturalnej państwa. Na przykładzie francuskim i brytyjskim można porównywać odmienne efekty stosowania i zniesienia systemu jednolitej ceny książek.

Obecna kondycja polskiego rynku, osłabianego wojnami cenowymi, na których tracą wydawcy i księgarnie, jest niewątpliwie przypadkiem uzasadniającym wprowadzenie systemu jednolitej ceny książek. Dzięki temu krajowe podmioty mogłyby wzmocnić się finansowo, pozyskując kapitał do inwestycji niezbędnych dla wprowadzenia innowacyjnych rozwiązań i poprawy usług świadczonych na rzecz czytelników. Również w perspektywie wejścia na polski rynek sieci Amazon system jednolitej ceny książek mógłby zapewnić przetrwanie krajowym podmiotom oraz powściągnąć zapędy monopolizacyjne światowego giganta.

Interesującym przykładem wdrożenia systemu jednolitej ceny książki jest Izrael, gdzie można było zaobserwować zarówno początkowo

daleko idącą reakcję konsumentów na wprowadzenie systemu, jak również podyktowaną względami politycznymi, a nie ekonomicznymi, decyzję o zniesieniu systemu, kiedy przezwyciężone zostały wszystkie negatywne efekty, a jednocześnie można było zaobserwować pozytywne dla rynku skutki działania systemu jednolitych cen książek.

W doktrynie ekonomicznej i prawnej wypracowany został szereg instrumentów związanych bezpośrednio z jednolitą ceną książki, jak i pośrednio z teorią pionowych porozumień cenowych (*resale price maintenance*). Obserwacja rynków książki w Europie, gdzie obok siebie funkcjonują kraje z systemami jednolitych cenach książki, jak i kraje, które czy to zrezygnowały z tych systemów, czy też nigdy z nich nie korzystały, pozwala na empiryczną weryfikację wielu hipotez oraz wypracowanie nowych, dostosowanych do aktualnych wyzwań rynkowych, będących odpowiedzią na proces przemian technologicznych i społecznych związanych ze sposobami nabywania i korzystania z książek.

Na początku 2017 r., w związku z rozważaniem przez Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego wprowadzenia tzw. ustawy o książce, można było zaobserwować interesującą dyskusję z udziałem zwolenników i przeciwników projektu, w których często opierano się na argumentach ekonomicznych. Pomimo zawieszenia prac nad ustawą przez rząd i parlament wypada wyrazić nadzieję, że odpowiednie rozwiązania, mające na celu wzmocnienie polskiego rynku książki i rozwój czytelnictwa, zostaną – po kompleksowych analizach merytorycznych i konsultacjach społecznych – jednak wprowadzone, rozwiązując problemy, z którymi obecnie boryka się rynek książki w Polsce. Punktem wyjścia może być obecny projekt ustawy o książce, który wydaje się najlepiej dostosowany do realiów polskiego rynku oraz uwzględnia doświadczenia związane z działaniem systemu jednolitej ceny książki, jakich dostarczają regulacje i praktyka rynkowa występujące w krajach zachodnioeuropejskich i pozaeuropejskich.

Bibliografia

- Abrams D., *After Israel's Book Law: Hebrew Book Week Sees More Modest Discounts*, https://publishingperspectives.com/2017/06/israel-book-law-hebrew-book-week/.
- Abrams D., *Amid Controversy, Israel Repeals Its Fixed Price ‚Book Law'*, https://publishingperspectives.com/2016/06/book-law-israel-knesset/.
- Abrams D., *New Law in Israel Curtails Bookstore Discounts*, https://publishingperspectives.com/2014/02/new-law-in-israel-curtails-bookstore-discounts/.
- Appelman, M., *Fixed book price*, [w:] *A handbook of cultural economics*, red. R. Towse, Cheltenham 2003.
- CASE-Doradcy, *Skutki ekonomiczne regulacji rynku książki w Polsce*, 23.01.2014, http://www.pik.org.pl/upload/files/LANG_-_CASE_-_Skutki_ekonomiczne_regulacji_rynku_ksiazk.pdf.
- Czubkowska S., *Bitwa o cenę książki*, „Dziennik Gazeta Prawna", 17–19.03.2017, nr 54 (4453).
- Dobrołęcki, P., *The Polish Book Market 2016*, Instytut Książki, 2016, http://instytutksiazki.pl/en/polish-book-market,7,reports,18,polish-book-market-2016,36.html.
- Doorn van F., *Resale Price Maintenance in EC Competition Law. A Law & Economics Perspective*, Utrecht 2009.
- *Fakty i mity na temat izraelskiej ustawy o książce i autorach (The Books and Authors Law)*, http://swiadomiwydawcy.pl/fakty%20i%20mity%20na%20temat%20izraelskiej%20ustawy%20o%20ksiazce.php.
- Gruhn, A., Trzeciakowski, R., *Jednolita cena książki – lobbing przeciwko książce*, Analiza FOR 4/2017, https://for.org.pl/pl/a/5264,analiza-4/2017-jednolita-cena-ksiazki-lobbing-przeciwko-ksiazce.
- International Publishers Association, *Global Fixed Book Price Report*, 23.05.2014, https://www.internationalpublishers.org/images/reports/2014/fixed-book-price-report-2014.pdf.
- *Israel scraps fixed book price amid political chicanery*, https://www.internationalpublishers.org/policy-issues/fixed-book-price/knowledge-bank-fixed-book-price/411-israel-scraps-fixed-book-price-amid-political-chicanery.
- *Izrael: rok po wprowadzeniu stałej ceny na książki – sprzedaż drastycznie spadła, ceny wzrosły*, http://booklips.pl/newsy/izrael-rok-po-wprowadzeniu-stalej-ceny-na-ksiazki-sprzedaz-drastycznie-spadla-ceny-wzrosly/.

- Ploeg van der F., *Beyond the Dogma of the Fixed Book Price Agreement*, CESifo Working Paper Nr 949, Monachium 2003.
- Poort, J., van Eijk, N., *Digital fixation: the law and economics of a fixed e-book price*, „International Journal of Cultural Policy" 2015.
- *Porażka jednolitej ceny książki w Izraelu. Czy Polska musi iść tą samą drogą?*, http://wmeritum.pl/porazka-jednolitej-ceny-ksiazki-w-izraelu-czy-polska-musi-isc-ta-sama-droga/176230/.
- Poselski projekt z dnia 25 maja 2017 r. ustawy o książce, http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/2E2C0729653C98B8C1258154002DBF46/%24File/1704.pdf (dostęp: 25.02.2018);
- Poselski projekt z dnia 8 kwietnia 2015 r. ustawy o książce, http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/9E688B15F19B4EACC1257E600030C321/%24File/3477.pdf.
- Smith S., Kwon T., *Fixed Book Price (FBP) System in Korea*, „Journal of Marketing Thought" 4(1) 2017, http://www.ejmt.org/download/201705/2.pdf.
- Valencia M.C., *Fixed Book Prices and their impacts on Mexicans' reading habits*, Rotterdam 2014, http://www.sai.com.mx/doc/fixed_book_prices.pdf.

Jędrzej Maciejewski – doktorant na Wydziale Ekonomii i Stosunków Międzynarodowych Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie. Absolwent studiów prawniczych na Uniwersytecie Jagiellońskim w Krakowie i Uniwersytecie w Heidelbergu oraz finansów i rachunkowości w Szkole Głównej Handlowej w Warszawie. Od 2011 r. specjalista ds. finansowych i prawnych w Stowarzyszeniu Autorów i Wydawców COPYRIGHT POLSKA.

Aleksandra Szulc

WHETHER ILLEGAL ACTIVITY IS PROFITABLE FOR RATIONAL CRIMINAL FROM THE POINT OF VIEW OF LAW & ECONOMICS (ALONG WITH A CASE STUDY IN THE FIELD OF *WHITE COLLAR CRIMES*)

Abstract

Each of us strives to maximize our satisfaction by choosing a path that will allow us to achieve desired goals and aspirations. Despite the number of factors that differentiate us, the selection function is always the same, which means that we initiate specific actions after a simple calculation. If the benefits of the planned activity outweigh expected costs, that gives us a „green light" to take steps towards putting through our intentions. But what if measures that we deem necessary to achieve the goals are against the binding law or even moral principles? Despite the awareness of sanctions that may await us, is it worthwhile to break certain norms stigmatizing us as criminals, if the expected result will give us needed satisfaction? The above questions have been in the sphere of interest of the economics, which, trying to unravel this mystery, has used methods and categories already developed in the doctrine. This article aims to show how the economic perspective of crime in Law & Economics, sometimes considered „amoral" in the eyes of the public, enables portraying our reality in which criminals are treated as individuals struggling with common dilemmas. An example of application of a rational criminal model is a case study in the field of the so-called *white collar crimes*, distinguished from other categories of crimes. They indicate criminal acts that are performed by people

in the course of their occupation, using social and economic status, abusing power and trust to obtain financial benefits, at the same time jeopardising supra-individual interest.

Abstrakt

Czy działanie niezgodne z prawem jest opłacalne dla racjonalnego przestępcy z punktu widzenia ekonomicznej analizy prawa (wraz ze studium przypadku z zakresu *white collar crimes*)

Każdy z nas dąży do maksymalizacji swojej satysfakcji dokonując wyboru drogi, która pozwoli na zrealizowanie swoich celów i aspiracji. Pomimo szeregu czynników, które nas różnią, funkcja wyboru jest zawsze taka sama, co znaczy, że inicjujemy konkretne działania po przeprowadzeniu prostej kalkulacji. Jeżeli korzyści płynące z planowanej czynności przewyższają spodziewane koszty, daje nam to „zielone światło" do podjęcia kroków w kierunku realizacji naszych zamiarów. Co jednak w sytuacji, jeśli środki, które uznamy za niezbędne dla osiągnięcia wyznaczonego przez nas celu, są niezgodne z obowiązującymi przepisami prawa, czy nawet utartymi w naszym społeczeństwie zasadami moralnymi? Czy pomimo świadomości sankcji, jakie mogą nas czekać, opłaca się nam złamać pewne normy stygmatyzujące nas jako przestępców, jeśli spodziewany rezultat zapewni nam satysfakcję? Powyższe pytania znalazły się w kręgu zainteresowań nauki ekonomii, która próbując rozwikłać tę zagadkę posłużyła się opracowanymi już w doktrynie metodami i kategoriami. Niniejszy artykuł ma na celu ukazać, jak ekonomiczna perspektywa przestępczości w ramach *Law & Economics*, uchodząca niekiedy w oczach społeczeństwa za „amoralną", umożliwia sportretowanie naszej rzeczywistości, w której przestępcy są traktowani jako jednostki zmagające się z powszechnymi dylematami. Ilustrację zastosowania modelu racjonalnego przestępcy stanowi studium przypadku z zakresu tzw. *white collar crimes,* odznaczających się spośród innych kategorii przestępstw wykorzystaniem zajmowanego przez jednostkę stanowiska, statusu społecznego i ekonomicznego, nadużyciem władzy i zaufania, dla osiągnięcia korzyści finansowych, godząc jednocześnie w interes ponadindywidualny.

Introduction

Law & Economics goes beyond the horizon of the traditional approach to phenomena subjected under legal sciences and analyzes them using tools and methods anchored in the doctrine of economic sciences[1]. Its main assumptions are focused on determining the existence of correlation, or its lack, between a *stricte* economic approach to phenomena occurring in the world and the procedure of establishing and applying legal norms, analysis, interpretation and legal response to the behavior of entities. Special emphasis in *Law & Economics* is put on the achievement of the highest economic efficiency[2] by legislative acts, thus departing from the dogmatic approach to legal institutions, and phenomena they normalized, in favor of focusing on the real and actual results of their implementation[3]. *Law & Economics* is not only for the assessment of existing standards, or regulations in their design phase, but also for the construction of recommendations at the stage of legislation. Gradually, the new scientific movement encompassed more areas of legal sciences, starting from civil law. With time, however, representatives of the economic analysis of law began to go beyond the law of the market and contracts. Observing social changes and phenomena occurring in our everyday life, they started to ask questions that social sciences, and in particular criminology, tried to answer. Why do people commit crimes? What factors induce the individual to be ready to enter the path of crime? Are there reasons for making such a decision, referring to sociology

1 J. Bełdowski, K. Metelska-Szaniawska, *Law & Economics – geneza i charakterystyka ekonomicznej analizy prawa*, „Bank i Kredyt" 2007, Vol. 38, No. 10, p. 51.

2 Economic efficiency means, in a simplified way, striving to maximize the value of the society's resources. The solution is effective in the economic sense, when it leads to the improvement of the situation of entities, and if the situation of other entities deteriorates, the loss is compensated. There are a number of efficiency criteria in the doctrine of economics. The very application of this factor as a reference point for the assessment of the law is widely criticized, for example due to the justice goal of criminal law (J. Bełdowski, K. Metelska-Szaniawska, *Law*…, p. 56–58).

3 M. Maraszek, *Model przestępcy racjonalnego i efektywna polityka karna – okiem praktyka*, „Prokurator" 2011, No. 3–4, p. 8, http://www.sprp.com.pl/ (access 04.03.2018).

and psychology, such as depravity, abnormality, deviation?[4] And would not it be more appropriate to say that the perpetrators of crimes are really ordinary individuals like us?[5] A different purpose of criminal law as part of the Law & Economics scientific movement[6] was to create an effective and optimal criminal policy that would meet *in summa* a preventive, guarantee, compensation and repressive goal. The effect of its implementation is to be a „tolerated" level of crime with an optimal distribution of the costs of committing crimes and the costs of crime reduction[7]. The indicator is to be accepted by the rational legislator and the public[8].

In order to dispel doubts and clarify this discourse, it should be noted that the notion of crime used in the text means, under the Polish Penal Code, an offense under penalty, crime or misdemeanor, by the law in force at the time of its perpetration, unlawful, culpable and characterized by social harmfulness to a degree higher than negligible[9].

This article aims to show why the economic crime model developed in the *Law & Economics* movement is a useful tool for describing the behavior of individuals undertaking the implementation of a penal act. The presented discourse will allow to „enter" the mind of the perpetrator of the crime and follow his decision path in accordance

4 J. Anupama, *Economic Theories of Crime and Delinquency*, „Journal of Human Behavior in the Social Environment" 2011, No. 21, p. 271.

5 E. Eide, *Economics of criminal behavior*, [in:] E. Eide, P.H. Rubin, J.M. Shepherd, *Economics of Crime, Foundations and Trends in Microeconomics*, Vol. 2, No. 3, 2006, p. 205.

6 Law & Economics is not to be included in the fields of economics, but rather is referred to as movement (a series of views including the thesis and subordinate clauses accumulated around it). It seems most appropriate to consider it, as a Posner, for an interdisciplinary scientific movement (J. Bełdowski, K. Metelska-Szaniawska, *Law*…, p. 52).

7 Complete elimination of criminal behaviour is impossible to achieve, and what's more, too high costs of crime reduction cannot be associated with rational criminal policy. Some degree of crime is assumed to be accepted (M. Maraszek, *Model*…, p. 9).

8 M. Maraszek, *Model*…, p. 9.

9 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. 1997, nr 88, poz. 553 z późn. zm.).

with the assumptions of the model in question. The economic tools used in the analysis of crime are designed to approximate the economic approach to the phenomenon under investigation. Particular emphasis is placed on the analysis of the so-called *white collar crimes*, economic and financial crimes by interposing a case study. Presentation of the subject matter cannot take place without a critical assessment from the point of view of other trends in different fields of science and from the perspective of our life experience.

Economic crime models

Multiple attempts to describe the criminality have left a mark in the form of models that differ in the approach characteristic of a particular category of science. The prime among the sciences subjecting the research to this issue has always been criminology, followed by sociology and psychology. The theory of crime attempts to answer fundamental questions originating from the purposes of the existence of criminal law. What actions must be sanctioned? What distinguishes the given action from others in such a way that it deserves to be penalized? What punishment is adequate for the act in question to make up for the harm caused and to compensate for the loss suffered?

The entry of economics into the area of interest in criminology dates back to 1968 when Gary Becker published an innovative article entitled *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in which he described the criminality from the point of view of economics[10]. The above events gave a „green light" for the mass expansion of the doctrine of economics in the scope once belonging exclusively to legal sciences, criminology and social sciences, which resulted in numerous works expanding the new approach to the subject. It should be noted, however, that ideas Becker included in his work were not a complete novelty in the world of crime science. This author had illustrious predecessors in the form of Cesare Beccaria and Jeremy Bentham. An excellent confirmation of the contribution of these thinkers is a quote from Bentham's work entitled *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*: „profit from crime

10 E. Eide, *Economics*…, s. 206.

is the force that urges man to the crime: the severity of the penalty is the force that prevents him from doing so"[11]. The cardinal difference between the economic approach to the criminality and the other ones, created under criminology or sociology, lies in the fact that, despite their delivery of deterministic explanations of criminal behavior, only economic models put emphasis on the influence of the environment on the individual in terms of its preferences and its freedom in choosing between alternative solutions[12]. It should be noted that the economic theory of crime alone is just a special case within the more generalized theory of limited resource allocation associated with the doctrine of economic sciences[13]. Peculiarly, the interest of Law & Economics in criminal law focused on the following issues: optimal consensus between certainty and ailment of penalties, the economics of enforcing legal norms and court proceedings, and in particular the deterrent and preventive effects of criminality[14]. It should be added that the original economic models of crime have been modified over time by supplementing them with other factors taken into account in the decision-making process.

Rational criminal

The economic model of crime is based on the notion of a rational crime, in which the „rational and amoral" person, unlimited by remorse or moral principles adapted in its social environment, carefully chooses appropriate tools to bring it closer to the execution of a forbidden act[15]. The exemplification of the above features is derived from the economic theory of *homo oeconomicus* – the rational

11 P.H. Rubin, J. Shepherd, *The Economic Analysis of Criminal Law*, [in:] *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, 2nd edition, p. 1, Elsevier Ltd, UK, https://pdfs.semanticscholar.org/ (access 04.03.2018).

12 B. Dollery, J. Wallis, *Economic Perspective on Crime and Punishment in Modern Australia*, „Agenda (Canberra, ACT)" 1996, vol. 3, No. 2, p. 236.

13 B. Dollery, J. Wallis, *Economic*…, p. 237.

14 R.A. Posner, *An economic theory of the criminal law*, „Columbia Law Review" 1985, Vol. 85, No. 6, p. 1193.

15 R. Cooter, T. Ulen, *Law and Economics – 6th Edition*, Pearson Education, 2012, pp. 463.

human being, who, taking steps to achieve the set goal, is guided by increasing benefits and minimizing costs of the analyzed solutions. It should be noted that the described theory operates around the model criminal who, unshaken by emotional dilemmas, goes through the decision-making process, the result of which are conscious decisions. Bearing in mind the awareness of actions taken by the individual, we exclude the category of unintentional acts. For this reason, when analyzing the issue of crime within this particular model, we use only the category of offenses resulting from the direct intent, *dolus directus*[16], and conditional intent, *dolus eventualis*[17]. In this way, we omit the actions of passion, in which emotional state prevails over the sober assessment of the situation. At this point, it is necessary to eliminate further categories of potential perpetrators of crimes with reduced, as a rule, ability to take rational actions such as: people with excluded or limited sanity, as well as minors in the eyes of criminal law[18]. This does not mean, however, that psychological factors strictly related to the individual subject of the act are marginal. The attributes of the perpetrator affect the absorption of information from the environment, their proper use to achieve the goal of making a prohibited act and to update the changes in the legal, economic and social environment. The perpetrator, as a rational person, at the stage of intent, preparation and implementation of a prohibited act, accumulates and processes the collected information and automatically updates it.

In order to properly use the model, it has to be assumed that preferences of the perpetrator of a prohibited act are constant. This is to serve proper prediction of the individual's behavior as a result of changes in a number of factors affecting the balance of benefits and costs of committing a crime. This uniformity of preferences applies to the issue of maximizing utility from the commission of an offense, which is the purpose of the action of *homo oeconomicus*.

16 The perpetrator wants to commit a prohibited act. He is aware of his actions and has the will to implement the statutory features of a prohibited act.

17 The perpetrator foresees the possibility of committing a prohibited act and persists regardless of the consequences.

18 M. Maraszek, *Model*…, p. 11.

The application of the economic theory of expected utility and the analysis of costs and benefits in the model

In the previous parts of the article some assumptions have already been made, which constitute an introduction to the analysis of the subject model, and focused on the concept of a rational criminal. In the complicated decision-making process, and at the stage of executing criminal acts, this person assesses the expected usefulness of a prohibited act and analyzes the costs and benefits of the act. Presented theory applies mathematical notations in the form of formulas and calculations, and simplifies the indicated dependencies with the graphical analysis. I will use these tools to explain the titled issue.

Based on the concept presented by Becker, the entity will carry out a criminal act in a situation, where the expected utility of the crime exceeds the utility that would occur if the time devoted to the act was committed by the perpetrator to alternative forms of activity[19]. The overall equation can be represented by mathematical notation as follows:

$$EU_j = p_j U_j\left(Y_j - f_j\right) + \left(1 - p_j\right) U_j\left(Y_j\right)$$

Source: G. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, „Journal of Political Economy" 1968, Vol. 73, No. 2, p. 176–177.

where:
U – for the utility function
Y – profit from committing an act, p- probability of detention and conviction
f – the cost of imposing a punishment
j – the specific perpetrator[20].

In simple terms, it is necessary to calculate whether the expected profits outweigh the losses, so that the crime would become for the individual, using a colloquial expression, profitable. Gains and losses that are part of the model are customarily intended to represent

19 K. Kądziołka, *Modele ekonomiczne w analizie zjawiska przestępczości*, „Studia Ekonomiczne" 2014, No. 206, p. 48.

20 K. Kądziołka, *Modele*… The equation in subsequent parts of the work will be modified.

all types of benefits and costs that affect the decision-making process of the entity undertaking the implementation of the criminal act[21]. The simplified record of the equation is as follows:

$$TB_{netto} = TB\ (Y+B_2+B_3+\ldots+B_n) - TC\ (C_1+C_2+C_3+\ldots+C_n)$$

Source: own study

where:
TB_{netto} –means net benefit (balance)
Y – expected profit expressed in monetary units
B_i – further benefits from committing a crime,
C_i – consecutive costs of committing a prohibited act.

When $TB_{netto} > 0$ it is relatively profitable for an entity to commit a prohibited act, if, however, the net benefit equals the zero is neutral for the entity, whether to focus on legal activities or enter the crime path.

The participation of an individual in illegal activities is justified, in accordance with the model, by its alternative cost (f. ex., wages from a legitimate source), factors that encourage the entity to return to illegal activity (f. ex., the level of crime detection or severity of the punishment) as well as its preferences in this regard[22]. It should be noted that people less prone to risk, and therefore more sensitive to changes in criminal law and in the social environment, differently calculate the expected benefits and costs. In most cases, such people will never commit a crime[23].

Among the expected benefits of committing a crime, the place at the top is profit in the form of money. Financial benefit is a primary factor and the motive for the initiation of activities in order to commit a prohibited act. It should be noted that the prohibited act's total value is different for the individual perpetrator and is not only a direct gain from the crime. For example, for a highly qualified person in the labor market receiving high wages of 5,000 PLN per month it is an inferior benefit, unlike the unemployed with little means of subsistence. Thus,

21 P.H. Rubin, J. Shepherd, *The Economic*…, p. 2.

22 A. Dryden Witte, R. Witt, *Crime Causation: Economic Theories*, [in:] *Encyclopedia of Crime and Justice*, 2001, p. 4.

23 P. H. Rubin, J. Shepherd, *The Economic*…, p. 2.

the other entity will be more willing to undertake the forbidden act and differently calculate the expected benefits and costs. With the increase of the crime's weight and the related punishment, the expected return is greater. Assume that the profit achieved by the implementation of the criteria of the offense is *1*, while the offered payment for a person with certain qualifications will be equivalent to $w \leq 1$. From *w*, subsequent values should be deducted, in particular, burdens imposed by the state. In this way, we receive the following net value of salary:

$$w_{netto} = w - t - d$$

Source: own study

where:
w_{netto} – net salary
t – income tax
d – social and health insurance premiums.

In order to obtain a real profit value for a person employed legally, other tax deductible costs would have to be subtracted from the net salary. An entity deciding on an alternative way of earning an income by committing a crime, for obvious reasons, does not deduct from the profit value the above charges. The financial advantage that he receives is usually a purely value-*1*.

Profit from committing a crime is traditionally reduced to monetary units, but it may also include psychological benefits[24], objects of sentimental value or other that may facilitate the person's further involvement in illegal activities. The obtained benefits may be related to self-satisfaction, development of skills necessary to commit an act, a sense of fulfillment or pure satisfaction of their needs. Presentation of the aforementioned benefits by means of a marked number representing a value is associated with some difficulties, thereby complicating analysis[25].

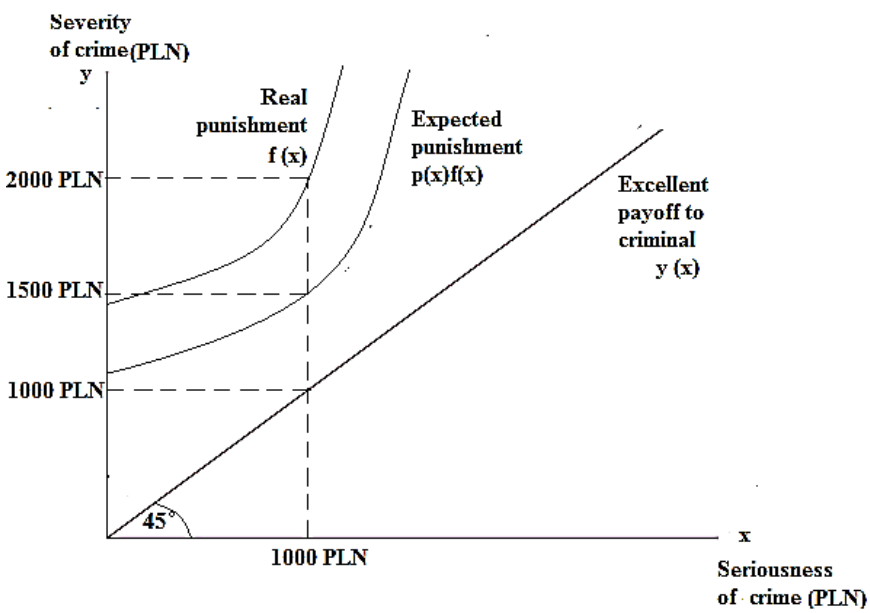
Analyzing the right side of the equation constituting a collection of known and expected costs of a criminal act, a risk factor should

24 J. Anupama, *Economic*…, p. 273.

25 E. Eide, *Economics*…, p. 211.

be taken into consideration. The environment in which the person operates is characterized by a deficit of information and lack of certainty as to the occurrence of the phenomenon or behavior, which indicates their probabilistic nature. For this reason, when analyzing the costs of committing a crime in the scope of calculations, the given value should be multiplied by the appropriate probability coefficient. The most important risk categories analyzed in the entity's decision-making process are the risks of: detection, detention and conviction[26]. For each category of prohibited act their value depends on the degree of social harmfulness of the act, the gravity of the offense, outlays on law enforcement and on many other factors.

The main category of costs strictly related to the types of risk discussed above is a penalty. The amount and ailment of the sentence is assumed to increase with the gravity of the offense. This dependence is illustrated by the graph below:



Source: own study based on: R. Cooter, T. Ulen, *Law…*, p. 465.

26 Just detaining an alleged offender does not imply an indictment, just as conducting a criminal proceeding does not necessarily lead to the conviction of a perpetrator, and even a penalty.

The horizontal axis of the chart represents the weight of the offense under criminal law, while the vertical one the severity of the penalty expressed in monetary units. The „real punishment" curve means the weight of an offense, which corresponds to the adequate amount of sanction, and its slope is positive[27]. A straight line at a 45-degree angle represents a particular punishment scheme that expresses the deterrent function of criminal law[28]. Bearing in mind the lack of certainty of detention, conviction and imposing a punishment in the above chart, one should lead a curve corresponding to the expected penalty equal to the value of the penalty multiplied by the probability of its award. Assume that the variable *x* represents the weight of a prohibited act, the variable *f*- a penalty (in this case a fine), and *p* the probability. Thus, the amount of criminal sanction can be determined using the function $f=f(x)$[29]. The same agent can be used to present the expected penalty, as the product of the function $p\ (x)$ and $f\ (x)$. In the situation presented in the chart above, committing a prohibited act generating a profit for the perpetrator in the amount of 1,000 PLN[30] corresponds to the actual penalty of 2,000 PLN and the expected value of 1,500 PLN (2,000 x 0,75 (*p*)). Therefore, it is clear that committing a crime in the above example is not profitable for an individual, and thus he will resign from the implementation of the prohibited act (1,500 PLN > 1,000 PLN). The solution to the presented dilemma for the individual may be to reduce the severity of the crime, which means committing a prohibited act with lower social harm, at which the severity of the punishment is no longer so severe for the perpetrator. From the chart above, it can be concluded that for the person it will be profitable to move right along the *x*-axis until the marginal benefits equal to marginal costs, which means that it is not possible to increase the net profit further by changing the weight of the offense[31].

27 R. Cooter, T. Ulen, *Law*…, p. 463.

28 R. Cooter, T. Ulen, *Law*…, p. 463.

29 R. Cooter, T. Ulen, *Law*…, p. 463–464.

30 In the simplified model, which is reflected in the above graph, the benefit for the perpetrator is exclusively profit. However, it should be noted that it is only one of many categories of expected benefits.

31 R. Cooter, T. Ulen, *Law*…, p. 466.

Among the costs associated with a conviction for a committed offense, except for the penalty provided for the act, the forfeiture of the proceeds of crimes, all kinds of court fees in proceedings, legal representation costs, penal measures and compensation awarded to the victim of crime should also be taken into account. In the previous part of the article the factor of an alternative cost was mentioned. It should be noted that each decision as a result of choosing one of the possible options generates a cost that can be compared to the value of the next best alternative[32].

In addition to direct costs of crime, the long-term effects of taking a prohibited act must be taken into account[33]. For example, if an individual was convicted of a crime in his youth, he or she will appear on the record as a criminal. An employer requiring a certificate of good conduct from that person is very likely not to take up employment, fearing that the applicant may commit another offense. Also other types of costs should be taken into consideration, which, due to their non-measurability in monetary units, would make it difficult to calculate the expected utility of committing a crime. This category includes mental costs such as guilt, trauma experience or a sense of rejection by society. An individual may be afraid of a reaction from a family, friends or colleagues, and the prospect of prosecution and conviction may have a stronger effect than the punishment itself[34].

White-collar crimes – case study

White-collar crimes is a group of offenses distinguished from other categories of prohibited acts. They indicate criminal acts that are performed by people in the course of their occupation using social and economic status, abusing power and trust to obtain financial

32 J. Anupama, *Economic*…, p. 273.

33 In a static model, like at Becker, people compare the costs and benefits associated with committing offenses only in one period of their lives. On the contrary, it is in the dynamic model, where the individual considers many periods (J. Anupama, *Economic*…, p. 274).

34 E. Eide, *Economics*…, p. 211.

benefits, at the same time jeopardising supra-individual interest[35]. In Polish criminal law, this catalog of offenses is usually, which correctness is doubtful, referred to economic and financial crimes.

What attracts individuals to engage in this type of criminal activity is primarily significant profits, and a relatively low risk of detection[36], resulting from the difficulty of gathering evidence, and in particular the labor-intensity of their analysis process. The further complexity involves necessity of conducting many operations and coordination of investigative actions. The fuzzy responsibility is one of the initial problems expected during the first stage of investigation, which comes down to indicating who is responsible and for what exactly[37]. It should be pointed out that the same applies to the aggrieved parties- it is difficult at first to identify who has been the victim of the crime and whether anyone has been disadvantaged at all. Apprehension of the offender and adjudicating a penalty, except for fulfilling the repressive goal of criminal law, in fact does not have much meaning. The punishment is only a small fraction of the damage caused by the crime, so practically no compensation can be made for it. The other concern is conspicuous vagueness of law and frequently outdated regulations in this particular area, which unfortunately leads to impunity for perpetrators[38].

For a more detailed analysis of the economic crime model presented in the previous sections, I will use an example of an offense belonging to the broad category of white collar crimes known as „money laundering". Mentioned offense was among six types of crimes (apart from corruption, regulation violations, misappropriations of funds, theft of intellectual property and market collusion), listed as a legit threat in 2013 by representatives of a larger number of enterprises from around

35 M. Bocheński, *Sprawca przestępstwa gospodarczego – analiza pojęcia w oparciu o koncepcję „white collar crimes" E.H. Sutherlanda i wybrane przepisy prawa*, „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ" 1/2008, p. 29.

36 D.J. Czerwiak, *Pranie brudnych pieniędzy jako przejaw White Collar Crime. Odpowiedzialność karna pracowników instytucji finansowych – perspektywa brytyjska i polska,* „Studenckie Zeszyty Naukowe" 2016, Vol. 19, No. 29, p. 22.

37 J.Ł. Pacławski, *Ściganie przestępczości White Collar Crime w Polsce i Japonii*, „Studenckie Zeszyty Naukowe" 2016, Vol. 19, No. 29, p. 50.

38 J.Ł. Pacławski, *Ściganie*…, p. 50.

the world[39]. In 2013, as a result of suspected money laundering, 212 preparatory proceedings were initiated, 65 indictments were made against 198 people and 37 sentences were pronounced, convicting 129 perpetrators[40]. The proposed type of a prohibited act, defined with quite colloquial expressions, is the procedure of introducing to the market turnover property values, whose origin is a criminal activity or unregistered one within the informal sector[41]. The subject of discussion in this case study will be the offense under Article 299 § 2 of the Polish Penal Code. In accordance with the aforementioned criminal regulation, the perpetrator of this crime is an employee of a bank, financial or credit institution or a person acting on behalf of that entity[42]. The hallmarks of the prohibited act are, among others: receiving possession, transferring or converting, use circulating mediums, financial instruments or foreign currency[43]. Money laundering is a process characterized by its multiphase and longevity. Its purpose is to break the link between the base crime and the money obtained from it, while keeping the perpetrator's maximum control over the financial assets[44].

Now, we will narrow the scope of the prohibited act to a specific situation of the individual offender. The case described below is – with some modifications – based on the actual case that took place in 2016 in Polish city, Łódź, in which the perpetrator was convicted of a crime[45]. Let us assume that the hero of this analysis is the employee of commercial

39 Chmielniak Adwokaci we współpracy z Kroll Ontrack, *Raport. Pranie pieniędzy*, 2014, p. 5, bialekolnierzyki.com.pl/ (access 10.03.2018).

40 Chmielniak Adwokaci we współpracy z Kroll Ontrack, *Raport*…, p. 8. Mentioned data concerns the criminality in Poland.

41 The financial area of the state economy, the income of which is derived from activities not prohibited by law, all the while hidden in whole or in part from state administration, tax, tariff bodies and etc. It is an illegal trade in legal goods and services. D.J. Czerwiak, *Pranie*…, p. 22.

42 Article 299 § 2 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. 1997, nr 88, poz. 553 z późn. zm.).

43 Article 299 § 2 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. 1997, nr 88, poz. 553 z późn. zm.).

44 Chmielniak Adwokaci we współpracy z Kroll Ontrack, *Raport*…, p. 6.

45 The basic elements of the case in question, such as the perpetrator of the crime under analysis, its modus operandi, and the way to protect itself from being detected, coincide with the case report posted on the website of the Police

bank who was mainly involved in establishing deposits for clients of this entity. However, in spite of employee ethics, internal regulations and legal standards, he decided that he would expropriate the funds deposited. The „protagonist" secured himself against being detected by issuing receipts of funds on prints that resemble legal documents issued by a financial institution (assume the probability of detection (p_d) on 0.3). He made a decision that he would continue his activity until reaching a total of 10,000,000 PLN *in summa* (profit – Y) at the end of the period. After this time, he will invest the funds in 100 six-month bonds of company X with high financial credibility, which price (P_b) is 50,000 PLN, commission (C_d) – 3000 PLN, and interest is paid monthly at 5%. A part of the sum of money will be spent on: an engagement ring (C_r) worth 2,000 PLN, a new apartment (C_a) worth 300,000 PLN, in which two rooms will be let for rental (expected total rent (B_r) – 40 000 PLN). For the correct calculation, let's assume additionally, the following data: probability of prosecution (p_a)- 0.25, probability of conviction and serve a sentence (p_c) – 0.2, nonrefundable court proceedings costs (C_p) – 2000 PLN, total court proceedings costs (TC_p) – 6000 PLN, social stigma (C_s) – 6000 PLN, net wage (w) – 3200 PLN, psychological benefit from having a fiancée (B_f) – 10,000 PLN, fine (P_f) – 3,000,000 PLN, loss associated with serving a sentence of imprisonment – (P_p) – 4,000,000 PLN[46].

The penalty for committing a prohibited act under Article 299 § 2 of the Penal Code is imprisonment from 6 months to 8 years, and next to it, the court may adjudge a fine of 3,000 daily rates[47].

Headquarters in Łódź. Assigned probability values, cash amounts and some of the revenue allocation methods are the subject of the mentioned modification.

46 Within this cost, a few categories of losses should be taken into account: psychological related to being in a prison, eg. fear of prisoners, pressure from the surroundings and prison officers, physical eg. possible beating, bullying, malnutrition, alternative costs related to imprisonment for example, at that time an individual could take up a job or other profitable activity.

47 In the Polish Penal Code, the amount of the fine is determined by means of daily rates, the maximum number of which may amount to 540, and the maximum daily rate – 2000 PLN. Let us assume that in the event of a conviction along with the penalty of imprisonment, a fine will be imposed, the daily rate of which is 1,000 PLN [Article 299 § 2 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. 1997, nr 88, poz. 553 z późn. zm.)].

The overall equation of benefits and costs of committing a crime according to the described case can be presented as follows:

$$TB_{netto} = TB\,(Y+6*0{,}05*P_b+B_r+B_f) - TC\,(w*p_d+C_d+C_r+C_a+C_p*p_a+ +(TC_p+C_s+P_f+P_p)*p_c)$$

Then we can collect all types of costs and benefits listed above and assign them the appropriate stipulated values expressed in Polish currency. For simplicity, the data in question can be presented using the following table (values in PLN)

BENEFIT	**VALUE**	**COST**	**VALUE**
Profit *(Y)*	10 000 000	Detection (dismissal)	960 (3200*0,3)
Profit on bonds	15 000 (6*0,05*50 000)	Commission for bonds (C_d)	3000
Rent (B_r)	40 000	Engagement ring (C_r)	2000
Having a fiancée (B_f)	10 000	New apartment (C_a)	300 000
		Prosecution (nonrefundable court proceedings costs) (C_p)	500 (2000*0,25)
		Total court proceedings costs (TC_p)	1200 (6000*0,2)
		Social stigma (C_s)	1200 (6000*0,2)
		Fine (sentence) (P_f)	600 000 (3 000000*0,2)
		Imprisonment (P_p)	800 000 (4 000 000*0,2)
SUM:	**10 065 000**	**SUM:**	**1 708 860**
BALANCE:	**8 356 140 (+)**		

From the above set of calculations it is clear that there is a significant dominance of the expected benefits over the costs associated with the crime. Thus, the individual, in accordance with the economic model, will undertake the implementation of a criminal act.

Summary

Like every scientific model, the analysis of the decision-making process of an individual about undertaking an act prohibited by law is a simplification that differs from the complex reality. Taking into account all variables and factors and accurate prediction of potential costs is impossible. The traditional approach in criminology pays special attention to the factor in the form of the influence of the environment, while psychological sciences focus on emotional experiences[48]. Economics gives them insignificant, secondary importance, but in reality they are often the impulse or the driving force of our behavior. An element of criticism of the analyzed model is also the issue of the lack of effectiveness of its application in the case of manifestations of elements such as: willingness to take risks[49], ineffectiveness of the justice system[50], public aversion to severe penalties, corruption[51]. In the area of white collar crimes we often deal with perpetrators who are only intermediaries or pawns in the hands of stronger players. Often such people are obtained only in order to play the role of a „scapegoat", taking on the blame for acts prohibited for enormous social harmfulness and causing enormous losses, which are not only financial. Does their conviction meet the objectives of criminal law?

48 E. Eide, *Economics*…, p. 213.

49 Inclination to risk, and above all its extreme version, makes it difficult to explain human behavior in which certain forms of risk aversion are necessary, for example in: insurance, investment or saving.

50 Despite the existence of evidence, one can not convict an alleged offender, for example, due to errors in law enforcement or court. You can also lead to a sentence against an innocent person. The imperfection of the justice system refutes the assumptions of the economic crime model.

51 However, it should be noted that the exploration of the issue brings the conclusion that Law & Economics adequately deals with the factors constituting the subject of these objections.

Regular deviations from the tenets of the theory of expected utility constituted the basis for the development of new research trends on the interdisciplinary ground. Among them, behavioral economics is particularly distinguished, which undertook to modify the models of decision-making processes by complementing them with psychological factors[52]. In view of the objections presented to the model, it should be noted that refusing to recognize its legitimacy would imply recognition of criminal activity as a result of an accident, lack of reflection and pragmatic weighting the arguments „for" and „against" the implementation of a prohibited act.

Bibliography

- Anupama J., *Economic Theories of Crime and Delinquency*, „Journal of Human Behavior in the Social Environment" 2011, No. 21.
- Becker G., *Crime and Punishment: An Economic Approach*, „Journal of Political Economy" 1968, Vol. 73, No. 2.
- Bełdowski J., Metelska-Szaniawska K., *Law & Economics – geneza i charakterystyka ekonomicznej analizy prawa*, „Bank i Kredyt" 2007, Vol. 38, No. 10.
- Bocheński M., *Sprawca przestępstwa gospodarczego – analiza pojęcia w oparciu o koncepcję „white collar crimes" E.H. Sutherlanda i wybrane przepisy prawa*, „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ", No. 1/2008.
- Chmielniak Adwokaci we współpracy z Kroll Ontrack, *Raport. Pranie pieniędzy*, 2014, bialekolnierzyki.com.pl/.
- Cooter R., Ulen T., *Law and Economics – 6th Edition*, 2012.
- Czerwiak D.J., *Pranie brudnych pieniędzy jako przejaw White Collar Crime. Odpowiedzialność karna pracowników instytucji finansowych – perspektywa brytyjska i polska*, „Studenckie Zeszyty Naukowe" 2016, Vol. 19, No. 29.
- Dollery B., Wallis J., *Economic Perspective on Crime and Punishment in Modern Australia,* „Agenda (Canberra, ACT)" 1996, vol. 3, No. 2.
- Dryden Witte A., Witt R., *Crime Causation: Economic Theories*, [in:] ed. J. Dressler, *Encyclopedia of Crime and Justice*, 2001.
- Eide E., *Economics of criminal behavior*, [in:] E. Eide, P.H. Rubin, J.M. Shepherd, *Economics of Crime*, *Foundations and Trends in Microeconomics,* Vol. 2, No. 3, 2006.

52 K. Kądziołka, *Modele*…, p. 51.

- Kądziołka K., *Modele ekonomiczne w analizie zjawiska przestępczości*, „Studia Ekonomiczne" 2014, No. 206.
- Komenda Wojewódzkiej Policji w Łodzi, *Przywłaszczyli i próbowali „wyprać" miliony*, http://www.policja.pl/pol/aktualnosci/139366,Przywlaszczyli-i-probowali-quotwypracquot-miliony.html.
- Maraszek M., *Model przestępcy racjonalnego i efektywna polityka karna– okiem praktyka*, „Prokurator" 2011, No. 3–4.
- Pacławski J.Ł., *Ściganie przestępczości White Collar Crime w Polsce i Japonii*, „Studenckie Zeszyty Naukowe" 2016, Vol. 19, No. 29.
- Posner R.A., *An economic theory of the criminal law*, „Columbia Law Review" 1985, Vol. 85, No. 6.
- *Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu (296–309). Pranie pieniędzy*, strona internetowa statystyki policyjnej, statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko-17/63924,Pranie-pieniedzy-art-299.html.
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. 1997, nr 88, poz. 553 z późn. zm.).
- Van Winden F., Ash E., *On the Behavioral Economics of Crime*, elliottash.com.
- Zieliński S., *Koncepcja przestępczości „białych kołnierzyków" w Polsce w kontekście zmowy przetargowej*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego" 2015, No. 12 (7).

Aleksandra Szulc – a student of the 1st year of master's economics at the University of Economics in Cracow and the fifth year of law at the Jagiellonian University. Special interest in commercial law, including company law and banking law, methods of raising capital on the financial market and the securities market.