

# Rozdział I. Ekonomiczna analiza prawa upadłościowego i restrukturyzacyjnego

## § 1. Upadłość, bankructwo i restrukturyzacja

Problem niewypłacalności, ekonomicznego bankructwa czy upadłości jest zjawiskiem wielopłaszczyznowym. Strukturalnie przenikają się w nim zagadnienia prawne, ekonomiczne, społeczne oraz psychologiczne. Z ekonomicznego punktu widzenia ogłoszenie upadłości czy otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego postrzegane jest jako skutek nieodpowiedniego rozwiązania kryzysu, który jest naturalnym etapem rozwoju każdego przedsiębiorstwa<sup>1</sup>.

W nauce o przedsiębiorstwie wskazuje się, że niewypłacalność wynika z wielu przyczyn<sup>2</sup>. Każde działanie podejmowane w sferze gospodarczej ukierunkowane jest na osiągnięcie określonych celów w przyszłości (1). Podstawowym czynnikiem stanowiącym i określającym przyszłość jest niepewność oraz ryzyko<sup>3</sup> (2). Przedsiębiorstwo jest bytem dynamicznym wchodzącym w inte-

---

<sup>1</sup> P. Antonowicz, Bankructwa i upadłości przedsiębiorstw, Gdańsk 2015, s. 35 i n.; zob. szerzej P. Antonowicz, Zatory płatnicze i problemy z utrzymaniem płynności finansowej jako determinanty upadłości przedsiębiorstw branży budowlanej, w: E. Mączyńska (red.), Bankructwa przedsiębiorstw. Wybrane aspekty ekonomiczne i prawne, Warszawa 2013, s. 95–111; zob. także A. Adamska, Bankructwa, upadłości i restrukturyzacja przedsiębiorstw, KNP, Warszawa 2012, Nr 1, s. 51.

<sup>2</sup> Por. P. Antonowicz, Postępowania likwidacyjne i układowe versus naprawcze a ochrona wierzycieli w procesach upadłościowych przedsiębiorstw w Polsce, w: B. Lepczyński (red.), Procesy upadłościowe przedsiębiorstw i osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej – konsekwencje dla banków oraz propozycje usprawnień, Warszawa–Gdańsk 2013, s. 79–104; *idem*, Własności wskaźnika rentowności sprzedaży brutto oraz produktywności majątku w prognozowaniu i ocenie zagrożenia upadłością przedsiębiorstw, w: Czas na pieniądź. Zarządzanie finansami. Mierzenie wyników przedsiębiorstw i ocena efektywności inwestycji, Szczecin 2013, s. 11–20; *idem*, Składowe cyklu konwersji gotówki na trzy lata przed ogłoszeniem upadłości polskich przedsiębiorstw, w: S. Morawska (red.), Ekonomia i prawo upadłości przedsiębiorstw. Zarządzanie przedsiębiorstwem w kryzysie, Warszawa 2012, s. 100–111.

<sup>3</sup> Przez niepewność rozumie się sytuację, w której nie można określić elementów składowych i ich wartości oraz prawdopodobieństwa wystąpienia tych elementów. Najczęściej dotyczy zjawisk,

rakcje z otoczeniem (3). Niemożliwe jest funkcjonowanie przedsiębiorstwa jako bytu statycznego. Z istoty działalności gospodarczej wynika, że przedsiębiorstwo zawiera kontrakty z kooperantami (dostawcami czy odbiorcami – produktów lub usług), ale i z konsumentami. Ze względu na fluktuacje rynku, niepewność, ryzyko i inne czynniki makro- i mikroekonomiczne w cyklu życia przedsiębiorstwa dochodzi do sytuacji kryzysowych. Przyczyny tego kryzysu leżą po stronie przedsiębiorstwa, ale także mają podłoże w tzw. czynnikach zewnętrznych niezależnych od przedsiębiorcy (4). Niedostrzeganie kryzysu początkowego i bagatelizowanie symptomów kryzysu przez prowadzącego działalność przedsiębiorcę może doprowadzić do pojawienia się kryzysu właściwego (5). W dalszej kolejności następuje tzw. eskalacja kryzysu właściwego, która może zaburzyć dotychczasowe formy kooperacji pomiędzy stronami występującymi w procesach gospodarczych (6). Trwały brak równowagi w relacjach przedsiębiorstwo – otoczenie staje się przesłanką i podstawą do wystąpienia tzw. ekonomicznego bankructwa<sup>4</sup> (7). Posiadanie przez przedsiębiorstwo określonych atrybutów umożliwia kooperantom podejmowanie prób przywrócenia stanu równowagi<sup>5</sup> (8).

Zjawisko kryzysu w działalności gospodarczej przedsiębiorstwa, a później tzw. kryzys właściwy, najczęściej przebiegają w określonym ciągu zdarzeń. W nauce ekonomii wyróżnia się kolejne etapy prowadzące do upadłości przedsiębiorstwa: 1) kryzys strategii, 2) kryzys rentowności, 3) kryzys obrotów, 4) kryzys płynności, 5) niewypłacalność<sup>6</sup>.

---

które nie pojawiły się w przeszłości a jednocześnie charakteryzuje je duży stopień złożoności. Natomiast przez ryzyko rozumie się taką sytuację, gdy co najmniej jeden z elementów składowych zjawiska nie jest znany, ale znane jest prawdopodobieństwo jego wystąpienia. Por. A.K. Koźmiński, A.M. Zawislak, Pewność i gra. Zarys teorii równowagi organizacyjnej, Warszawa 1982, s. 3 i n.; A.K. Koźmiński, Zarządzanie w warunkach niepewności. Podręcznik dla zaawansowanych, Warszawa 2004, s. 71; E. Urbanowska-Sojkin, Ryzyko w wyborach strategicznych w przedsiębiorstwach, Warszawa 2013, s. 30–31.

<sup>4</sup> Pojęcie bankructwa jest pojęciem nauki ekonomii i nie występuje na gruncie obecnie obowiązujących ustaw Prawo upadłościowe czy Prawo restrukturyzacyjne.

<sup>5</sup> P. Antonowicz, Bankructwa i upadłości, s. 17. Autor stawia tezę, że bankructwa oraz upadłości przedsiębiorstw są nierozzerwalnie związane ze stanem gospodarki rynkowej. W ocenie autora już przed ogłoszeniem upadłości można zidentyfikować zagrożenie upadłością na podstawie wielowymiarowej analizy jej przejawów i cech charakterystycznych. Por. K. Krzakiewicz, Kryzysy w cyklu rozwoju organizacji, w: K. Krzakiewicz, Strategie przedsiębiorstw w warunkach kryzysu, ZNAE w Poznaniu 2004, Nr 50, s. 31.

<sup>6</sup> S. Gurgul, Kryzys, droga do upadłości, w: W. Pluta (red.), Zarządzanie finansami firm – teoria i praktyka, Wrocław 2006, s. 268; por. M. Regester, J. Larkin, Zarządzanie kryzysem, Warszawa 2005, s. 41–42; E. Urbanowska-Sojkin, Zarządzanie przedsiębiorstwem. Od kryzysu do sukcesu,

Z punktu widzenia upadłości (likwidacji) czy restrukturyzacji przedsiębiorstwa istotne jest to, że sytuacje kryzysowe, postrzegane pejoratywnie w społeczeństwie, nie muszą oznaczać zakończenia działalności przedsiębiorstwa. Wręcz przeciwnie, zidentyfikowanie we właściwym czasie oraz odpowiednio zarządzane sytuacje kryzysowe, mogą stać się katalizatorem pozytywnych zmian w organizacji i impulsem do rozwoju przedsiębiorstwa. Natomiast bagatelizowanie symptomów kryzysu może doprowadzić do wystąpienia tzw. kryzysu właściwego i konieczności likwidacji istniejącej organizacji. Powszechny jest podgląd, że przedsiębiorstwo rozwija się poprzez kryzysy<sup>7</sup>. Co ważne, symptomy zbliżającej się upadłości są dostrzegalne na poziomie analizy wskaźnikowej już w okresie 4 lat poprzedzających sądowe orzeczenie o niewypłacalności dłużnika. Poziom zagrożenia upadłością przedsiębiorstwa jest zdefiniowany przyjętą formą i ustalonym terminem regulowania zobowiązań pieniężnych przez strony umów gospodarczych<sup>8</sup>.

Dominujący pogląd w literaturze ekonomicznej jest taki, że przekształcenia organizacyjne dokonują się najczęściej w wyniku krótkich, nieciągłych zmian, obejmujących kluczowe dziedziny aktywności organizacji. Zmiany te nie kumulują się, stopniowo prowadząc w konsekwencji do fundamentalnej transformacji przedsiębiorstwa. Najczęściej rewolucyjna transformacja przedsiębiorstwa jest konsekwencją dużego i gwałtownego obniżenia wydaj-

---

Poznań 1998, s. 21; T. Iwanek, Kryzys i jego odmiany, Wrocław 2004, s. 79; P. Masiukiewicz, Wielkie korporacje a ryzyko systemowe, ZNWSH 2014, z. 1, s. 59.

<sup>7</sup> Zob. S. Mikosik, Teoria rozwoju gospodarczego J.A. Schumpetera, Warszawa 1993, s. 44–51; A. Kozłowska, Ewolucja struktur gospodarczych w świetle Schumpeterowskiej koncepcji kreatywnej destrukcji, Poznań 2010, s. 357; A. Bieńkowska, Z. Kral, A. Zabłocka-Kluczkza, Istota i ewolucja zarządzania kryzysowego, w: J. Skalik, PNAE we Wrocławiu, Wrocław 2005, s. 25–26; B. Kosowski, Sprawne i elastyczne zarządzanie w kryzysie, Warszawa 2008, s. 23; K. Krzakiewicz, Zarządzanie antykryzysowe w organizacji, Poznań 2008, s. 31–33; A. Zelek, Zarządzanie kryzysem w przedsiębiorstwie, Ekonomika i Organizacja Przedsiębiorstw 2003, Nr 3, s. 64; M. Wieczorek-Kosmala, Koncepcja zarządzania ciągłością działania (BCM) – walory aplikacyjne z perspektywy rozwiązań antykryzysowych, w: K. Znanińska (red.), M. Gorczyńska, Zjawiska kryzysowe a decyzje finansowe przedsiębiorstw, SE ZNUE w Katowicach, Katowice 2011, s. 119–135; B. Nogalski, H. Marcinkiewicz, Wzorzec dynamicznego reagowania jako narzędzie zarządzania przedsiębiorstwem w sytuacji kryzysowej, w: J. Skalik (red.), Zmiana warunkiem sukcesu. Integracja, globalizacja, regionalizacja – wyzwania dla przedsiębiorców, PNAE we Wrocławiu 2002, Nr 963, s. 367–375.

<sup>8</sup> Por. P. Antonowicz, Bankructwa i upadłości, s. 19 i n. Autor buduje metaforę ewolucyjną w cyklu życia przedsiębiorstw, próbując pogodzić dwie antagonistyczne teorie rozwojowe przedsiębiorstwa, tj. klasycznego ewolucjonizmu (w ujęciu Darwinowskim) oraz punktualizmu (z ang. *Punctuated Equilibrium Theory*). W ocenie autora teoria nie stoi w sprzeczności z teorią ewolucji a stanowi jej uzupełnienie i jest dla niej teorią komplementarną.

ności i aktywności przedsiębiorstwa<sup>9</sup>. Podobnie gwałtowne zmiany czynników makroekonomicznych zwiększają prawdopodobieństwo rewolucyjnej zmiany. Do tego samego skutku prowadzi także zmiana personalna na poziomie zarządu przedsiębiorstwa<sup>10</sup>.

O ile w konwencjonalnej teorii ewolucji zmiany zachodzą powoli i stopniowo, o tyle w życiu gospodarczym cykl zmian jest gwałtowny, zdecydowanie krótszy, a także skokowo przerywany. Powyższe jest konsekwencją oddziaływania dużej zmienności czynników zewnętrznych, takich jak czynniki ekonomiczne, polityczne, prawne, technologiczne czy też społeczne<sup>11</sup>. Jak podkreśla się w nauce, niekwestionowaną cechą współczesnego świata jest stan naruszonej równowagi<sup>12</sup>.

Koncepcja ewolucji organizacji zakłada 5-fazowy rozwój organizacji: 1) po fazie kreatywności następuje kryzys przywództwa, 2) po fazie ukierunkowania następuje kryzys autonomii, 3) po fazie decentralizacji następuje kryzys sterowania, 4) po fazie koordynacji następuje kryzys złożoności, 5) po fazie współpracy następuje kolejny trudny do przewidzenia charakter kryzysu<sup>13</sup>.

Proces rozwoju sytuacji kryzysowej wynikać może z tzw. kryzysu dotychczasowego modelu zarządzania przedsiębiorstwem. Jest to wyraz rozwojowego charakteru sytuacji kryzysowej. Zbagatelizowanie eskalujących symptomów rodzącej się sytuacji kryzysowej prowadzi do pojawienia się fazy tzw. kryzysu właściwego. Powyższe uruchamia tzw. kryzys reaktywności organizacji, wyrażający się brakiem wystarczającej elastyczności. Prowadzi to do wystąpienia

---

<sup>9</sup> Por. Z. Piątek, *Procedury i przedsięwzięcia systemu reagowania kryzysowego*, Warszawa 2005, s. 29–56; R. Wróblewski, *Wybrane problemy zarządzania przedsiębiorstwem w sytuacjach kryzysowych*, Administracja i Zarządzanie 2010, Nr 87, s. 46–66; W. Kitler, *Istota zarządzania kryzysowego*, w: J. Gryz, W. Kitler (red.), *System reagowania kryzysowego*, Toruń 2007, s. 24; G. Pietrek, *Zarządzanie w sytuacjach kryzysowych*, Słupsk 2013, s. 44; J. Rogozińska-Mitrut, *Podstawy zarządzania kryzysowego*, Warszawa 2010, s. 49–51.

<sup>10</sup> E. Romanelli, M.L. Tushman, *Organizational transformation as Punctuated Equilibrium: An Empirical Test*, *AManJour*1994, T. 35, Nr 5.

<sup>11</sup> J.A. Schumpeter, *Teoria rozwoju gospodarczego*, Warszawa 1960, s. 344. Autor wskazuje, iż jest faktem, że w zmiany w gospodarce nie dokonują się w sposób stały i gładki. Występują ruchy przeciwnie, recesje, najbardziej różnorodne incydenty, które hamują bieg rozwoju, występują zalamania ekonomicznego systemu wartości.

<sup>12</sup> E. Mączyńska, *Przedsiębiorstwa wobec kryzysu i naruszonej równowagi*, w: R. Sobiecki, J.W. Pietrewicz (red.), *Przedsiębiorstwo a kryzys globalny*, Warszawa 2010, s. 200; A.K. Koźmiński, K. Obłój, *Zmiany innowacyjne*, PO 1998, Nr 10, s. 28; M. Grzesiowski, *Zarządzanie przez kryzysy*, w: K. Perchuda, *Zarządzanie przedsiębiorstwem przyszłości. Koncepcje, modele, metody*, Warszawa 2000, s. 201. Zob. A.K. Koźmiński, *Zarządzanie w warunkach niepewności*, s. 71.

<sup>13</sup> P. Antonowicz, *Bankructwa i upadłości*, s. 19 i n.

ryzyka zagrożenia ciągłości funkcjonowania przedsiębiorstwa. Następstwem opisanych okoliczności są tzw. problemy płatnicze. W krótkim okresie zasoby środków finansowych nie wystarczają na bieżącą działalność przedsiębiorstwa, w wyniku czego pojawia się tzw. kryzys odporności finansowej podmiotu. Jest on skutkiem kształtowania się składowych cyklu konwersji gotówkowej – niemożności efektywnej windykacji należności oraz wydłużenia w czasie spłaty wymagalnych zobowiązań. Kryzys odporności finansowej przedsiębiorstwa rozpoczyna jego potencjalne ekonomiczne bankructwo<sup>14</sup>. Rośnie stopień zagrożenia roszczeń wierzycieli, nadto pojawiają się przeterminowane zobowiązania, co doprowadza do procesów o zapłatę, a następnie do postępowań egzekucyjnych, co prowadzi albo do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, albo wniosku o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego<sup>15</sup>.

W sensie ekonomicznym istnieje specyficzny etap w cyklu życia przedsiębiorstwa doświadczającego kryzysu właściwego, w którym jego eskalacja przybiera tak zaawansowaną formę, że ma on bezpośredni wpływ na zdolność do bieżącego zarządzania środkami finansowymi. Jest to faza braku płynności finansowej, która poprzedza etap niewypłacalności przedsiębiorstwa. Powyższe może prowadzić do tzw. ekonomicznego bankructwa. Ten moment jest przełomowy dla przedsiębiorstwa, bo wiąże się on albo ze złożeniem wniosku o ogłoszenie upadłości, albo wniosku o otwarcie jednego z czterech dostępnych postępowań restrukturyzacyjnych. Likwidacja kończy proces zmagania się z kryzysem właściwym w przedsiębiorstwie – poprzez wyeliminowanie przedsiębiorstwa z obrotu gospodarczego. Proces restrukturyzacji natomiast daje szansę na dalszą działalność jedynie wówczas, jeżeli restrukturyzacja zakończy się powodzeniem.

Przyczyny, które prowadzą do niewypłacalności, a w konsekwencji do ogłoszenia upadłości lub otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego, mają dwójaki charakter. Z jednej strony są to przyczyny o charakterze wewnętrznym tkwiącym w przedsiębiorstwie oraz zewnętrznym wynikającym z czyn-

---

<sup>14</sup> Zob. J. Pociecha, Problemy prognozowania bankructwa firmy metodą analizy dyskryminacyjnej, AUL. Folia Oeconomica 2007, Nr 505, s. 64–65; A. Herman, Ekonomika bankructw, KNP 2010, Nr 4, s. 2; A. Tokarski, Charakterystyka podstawowych rodzajów upadłości firm w edukacji przedsiębiorczości, PiE 2012, Nr 8, s. 173; E. Mączyńska, Bankructwa przedsiębiorstw, s. 26.

<sup>15</sup> K. Krzakiewicz, Kryzys w cyklu rozwoju organizacji, w: K. Krzakiewicz (red.), Strategie przedsiębiorstw w warunkach kryzysu, Zeszyty Naukowe Akademii Ekonomicznej w Poznaniu, Nr 50, Poznań 2004, s. 3.

ników niezależnych od przedsiębiorcy<sup>16</sup>. Do przyczyn wewnętrznych zalicza się: 1) niewłaściwe zarządzanie finansami przedsiębiorstwa – brak płynności finansowej, trudności ze ściąganiem należności, zbyt wysokie zadłużenie, wzrost kosztów produkcji, występowanie ujemnego wyniku finansowego, niewłaściwe zarządzanie kapitałami, wycofywanie i zbyt niski poziom kapitałów własnych; 2) niewłaściwe zarządzanie majątkiem trwałym – w tym wysokie koszty utrzymania nieprodukcyjnego majątku, jego wyprzedaż po zbyt niskich cenach, zbyt małą bazę produkcyjną, brak środków finansowych na modernizację majątku; 3) niewłaściwą organizację i zarządzanie przedsiębiorstwem – w tym niewłaściwe zarządzanie operacyjną działalnością przedsiębiorstwa, nadmierny stan zatrudnienia, brak środków na marketing i zarządzanie, zawieranie niekorzystnych kontraktów finansowych.

Do przyczyn zewnętrznych zalicza się te mające charakter zarówno mikroekonomiczny, jak i makroekonomiczny<sup>17</sup>. Przyczyny wynikające z mikrootoczenia to najczęściej załamanie rynków zbytu, wysoka konkurencja na rynku i związana z tym niska cena, trudności w pozyskaniu surowców. Czynniki mikrootoczenia to brak prawidłowej polityki gospodarczej, liberalizacja handlu zagranicznego, trudności w pozyskaniu koncesji, wzrost podatków, zwłaszcza podatku VAT, a także w mniejszym stopniu brak stabilnej polityki podatkowej oraz niekorzystna sytuacja kursowa, zmiany prawa, stylu życia konsumentów oraz ich zwyczajów.

Nadto czynniki wpływające na kryzys przedsiębiorstw można podzielić na popytowe oraz podażowe. Czynniki popytowe to najczęściej niedostateczne środki, jakimi dysponują konsumenci, zbyt duża konkurencja na rynku, obniżanie cen przez konkurencyjne przedsiębiorstwa, niedostateczna znajomość pozycji przedsiębiorstwa na rynku. Do podażowych czynników można zaliczyć: nieodpowiednie technologie, niezapewniające odpowiedniej efektywności produkcji, trudności w ściąganiu należności, ograniczony dostęp do kredytów, brak surowców, brak wykwalifikowanej siły roboczej<sup>18</sup>.

W nauce ekonomii przedstawiono wzorzec dynamicznego reagowania w sytuacji kryzysowej. Stanowi on modelowy schemat działań zarządu przed-

---

<sup>16</sup> S. Sojak, Przyczyny rozwoju i upadku przedsiębiorstw w okresie transformacji systemowej w latach 1990–1998 w ocenie banków, RNWSB w Toruniu 2001, Nr 1, s. 95–98.

<sup>17</sup> Por. D. Appenzeller, Mikro- i makroekonomiczne przyczyny upadłości przedsiębiorstw w Polsce, RPEiS, R.LX, 1998, z. 3–4, s. 337–343. Autor wskazuje na przyczyny mikro- i makroekonomiczne.

<sup>18</sup> R. Borowiecki, B. Siuta-Tokarska, Problemy funkcjonowania i rozwoju małych i średnich przedsiębiorstw w Polsce. Synteza badań i kierunki działania, Warszawa 2008, s. 187–202.

sieźbiorstwa w kryzysie. Doświadczając kryzysu, przedsiębiorca powinien, po pierwsze, dokonać identyfikacji przyczyn kryzysu oraz zaakceptować taki stan rzeczy. Po drugie, model zakłada podjęcie jak najszybszych działań reaktywnych. Po trzecie, zarządzający przedsiębiorstwem powinien dokonać identyfikacji czynników sukcesu, od których zależy powodzenie planu restrukturyzacyjnego (naprawczego). Wreszcie po czwarte, model zakłada wdrożenie działań o charakterze proaktywnym<sup>19</sup>.

## § 2. Ekonomiczna analiza prawa – zagadnienia ogólne

Bezsporne w literaturze jest, że stosunki majątkowe pomiędzy podmiotami prawa cywilnego (osób fizycznych, osób prawnych, innych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej) wynikają przede wszystkim z ekonomicznych potrzeb i interesów tych podmiotów<sup>20</sup>. Przy interpretacji prawa, zwłaszcza stosując wykładnię funkcjonalną czy systemową, stosujący prawo powinien mieć na uwadze funkcje, dla których normy te zostały stworzone oraz otoczenie prawne danej normy prawnej<sup>21</sup>. To oznacza, że prawo handlowe<sup>22</sup> w szerokim rozumieniu, a w jego ramach także prawo upadło-

---

<sup>19</sup> B. Nogalski, H. Macinkiewicz, Wzorzec, s. 367–375.

<sup>20</sup> Zob. B. Brożek, The Economic Analysis of Law and Legal Argumentation, w: Studia z filozofii prawa, Kraków 2007, T. 3, s. 67–78; P. Buława, K. Szmít, Ekonomiczna analiza prawa, Warszawa 2012, s. 7 i n.; P. Chmielnicki, Wspólne spojrzenie na katedrę. Mocne i słabe strony ruchu Law & Economics z punktu widzenia nauk prawnych, PPP 2012, Nr 6, s. 107–121; M. Chmura, G. Góralczyk, Kryzys tradycyjnego paradygmatu prawoznawstwa a ekonomiczna analiza prawa i jej ograniczenia, w: M. Żuralska (red.), Interdyscyplinarne ujęcie prawa. Materiały konferencyjne, Warszawa 2013, s. 57–76; T. Famulski, Economic Efficiency in Economic Analysis of Law, FinPr-Fin 2017, Nr 3 (15), s. 27–39.

<sup>21</sup> Por. T. Giaro, Leon Petrażycki i ekonomiczna analiza prawa. Materiały do dalszych rozważań, w: H. Izdebski, Nauka i nauczanie prawa. Tradycja i przyszłość. Konferencja na dwóchset-lecie Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego 7.3.2008 r., Warszawa 2009, s. 211–239; M. Golecki, Homo oeconomicus (d/r)ekonstruowany. Kilka uwag o postmodernistycznej transformacji ekonomicznej analizy prawa, w: M. Błachut, Ponowoczesność. Z zagadnień teorii i filozofii prawa, Wrocław 2007, s. 243–256.

<sup>22</sup> Spektrum badań ekonomicznej analizy prawa jest znacznie szersze. Ekonomiczna analiza prawa zajmuje się także prawem cywilnym, np. w zakresie ekonomicznej teorii własności, ekonomiczną teorią kontraktu, ekonomiczną teorią prawa deliktów, ale także postępowaniem cywilnym – poprzez tzw. ekonomiczną teorię procesu sądowego.

ściowe i restrukturyzacyjne może być i powinno być interpretowane z zastosowaniem instrumentów analizy ekonomicznej<sup>23</sup>.

Aparatu służącego do analizy problemów na styku prawa i ekonomii dostarczył nurt nauki zwany ekonomiczną analizą prawa (z ang. *Law and economics* lub *Economic analysis of law*)<sup>24</sup>, która powstała na początku lat 70. w USA<sup>25</sup>. Ekonomiczna analiza prawa<sup>26</sup> może zostać wykorzystana do przewi-

---

<sup>23</sup> J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze*, s. 21 i n. Szkoła ekonomicznej analizy prawa powstała na początku lat 70-tych XX w. w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej. Szkoła ta prezentowała pogląd, że prawo powinno być efektywne ekonomicznie, czyli powinno prowadzić do zwiększenia materialnego i niematerialnego bogactwa społecznego. Na temat ekonomicznej analizy prawa zob. także A. Barteczek, *Wykorzystania ekonomicznej analizy prawa w polityce gospodarczej*, w: A.J. Witosz (red.), *Kapitał-praca-człowiek. Księga Jubileuszowa Profesora Jana Wojtyły*, Warszawa 2016, s. 7–17; R. Pacud, *Stosunek prawa do ekonomii. Kontynuacja myśli Profesora Jana Wojtyły*, w: A.J. Witosz (red.), *Kapitał-praca-człowiek. Księga Jubileuszowa Profesora Jana Wojtyły*, Warszawa 2016, s. 43–55; J. Beldowski, J. Kantorowicz, *Czy jakość regulacji gospodarczych może mieć wpływ na wzrost gospodarczy?* EP 2012, Nr 2, s. 11–13; J. Beldowski, K. Metelska-Szaniawska, *Ekonomia w prawie. Wprowadzenie*. Cz. 3, EP 2015, Nr 1, s. 37–40; J. Beldowski, K. Metelska-Szaniawska, W. Wojciechowski, *O zastosowaniach ekonomicznej analizy prawa. Teoria gier w prawie*, EP 2011, Nr 5, s. 37–41; A. Biegalski, *Rational-choice economics – koncepcyjna podstawa chicagowskiej szkoły ekonomicznej analizy prawa w rozważaniach sędziego R.A. Posnera*, *Studia Prawnoustrojowe* 2009, T. 9, s. 141–165.

<sup>24</sup> J. Stelmach, B. Brożek, W. Zaluski, *Dziesięć wykładów*, s. 12. Por. J. Stelmach, M. Soniewicka, *Analiza ekonomiczna*, s. 9 i n. Pomimo że powstanie nurtu ekonomicznej analizy prawa datuje się na lata 70. zeszłego wieku, to nie budzi wątpliwości, że prawo zawsze było w ścisłym związku z ekonomią. Autor wskazuje, że to rozwój instytucji ekonomicznych już w starożytnym Rzymie był przyczyną powstania i ewolucji poszczególnych gałęzi prawa, zwłaszcza prawa prywatnego jak i nauki prawa. Wpływ ekonomii na myślenie jurystów rzymskich jest szczególnie widoczny w prawie rzeczowym i obligacyjnym. Por. W. Litewski, *Podstawowe wartości prawa rzymskiego*, Kraków 2001, s. 83 i n. Co więcej, ekonomia posiadała szczególne znaczenie także w marksistowskiej nauce prawa, była ona w ramach materializmu dialektycznego drugą nauką podstawową. Por. J.B. Paszukanis, *Ogólna teoria prawa a marksizm*, Warszawa 1985, s. 21 i n. W ramach szkoły realizmu prawniczego obecny był pogląd, że prawo istnieje przede wszystkim jako empiryczny fakt (psychologiczny, socjologiczny, ekonomiczny). Przedstawiciele powyższego nurtu dzielili prawo na prawo w książkach (z ang. *law in books*) oraz prawo w działaniu (z ang. *law in action*). Nauka prawa (jurisprudencja) ma stworzyć oparty m.in. na analizie ekonomicznej, system przewidywań na temat tego, co uczynią w określonych sytuacjach podmioty prawa czy sędziowie. Słusznie wyraził to O.W. Holmes „dla racjonalnej nauki prawa staranny (sumienny) interpretator może być człowiekiem teraźniejszości, ale człowiek przyszłości to statystyk i mistrz ekonomii”. Por. O.W. Holmes, *The Path of Law*, *HLRev*, 10, 1897, s. 469.

<sup>25</sup> Zob. W. Karsz, *Ekonomiczna analiza prawa w prawnoustrojstwie amerykańskim*, *StPr-Ekon* 1982, T. 28, s. 49–81. Początki nurtu ekonomicznej analizy prawa sięgają jeszcze wcześniej, bo lat 50. XX w., i w nauce wiążą się z ukazaniem się trzech ważnych artykułów. R. Coase, *The problem of Social Cost*, *JourLawEcon*, T. 3, 1960, s. 1–44; G. Calabresi, *Some Thoughts on Risk –*

dywania reakcji podmiotów prawa, które dążą do maksymalnej efektywności podejmowanych działań na normy prawne<sup>27</sup>. Wyróżnia się dwa jej nurty. Pozytywna ekonomiczna analiza prawa zajmuje się przewidywaniem efektów regulacji dla funkcjonowania systemu gospodarczego<sup>28</sup>. Natomiast normatywna ekonomiczna analiza prawa dostarcza zaleceń i rekomendacji dla podejmowanych zmian w ustawodawstwie, bazując na wnioskach płynących z ekonomii<sup>29</sup>.

Z ontologicznej istoty prawa wynika, że powinno ono realizować co najmniej cztery cele ekonomiczne:

- 1) zabezpieczać podstawowe prawa ekonomiczne jego podmiotów;
- 2) określać ekonomicznie efektywny system alokacji dóbr;
- 3) umożliwiać rozstrzyganie konfliktów ekonomicznych, które mogą powstać pomiędzy podmiotami prawa;
- 4) dążyć do powiększania dobrobytu indywidualnego i społecznego (materiałnego i niematerialnego)<sup>30</sup>.

Ekonomiczna analiza prawa czyni następujące założenia<sup>31</sup>. Po pierwsze, to co stanowi o istocie prawa, daje się zredukować do faktów o charakterze ekonomicznym. Prawo sprowadzane jest do kategorii realnie istniejących faktów, często w formie modeli matematycznych. Najczęściej są to fakty ekonomiczne.

---

Distribution and the Law of Torts, Yale School of Law 1961, s. 1 i n.; A.A. Alchian, Some Economics Of Property Rights, *Il Politico* 1965, Vol. 30, T. 30, Nr 4, s. 816–829; K. Koźmiński, Krytyka ekonomicznej analizy prawa, *Przegląd Prawniczy UW* 2016, T. 15, Nr 1, s. 31–60.

<sup>26</sup> Por. J.M. Golecki, W poszukiwaniu optymalnego prawodawcy: dylematy regulacji i deregulacji z perspektywy ekonomicznej analizy prawa, w: *IKAR* 2019, Nr 5, s. 11–22; G. Góralczyk, Ekonomiczna analiza prawa jako wyraz zmiany tradycyjnego paradygmatu, w: A. Samonek, *Teoria prawa. Między nowoczesnością a ponowoczesnością*, Kraków 2012, s. 161–172; S. Kaźmierczyk, Ekonomiczna analiza prawa w związku ze stosunkiem prawa do ekonomii, *AUW* 2009, Nr 80, s. 61–79; M. Olechowski, O relacjach między prawem a ekonomią. Uwagi cywilisty na marginesie ekonomicznej analizy prawa, *KPP* 2008, Nr 3, s. 601–629.

<sup>27</sup> R. Posner, *Economic Analysis of Law*, New York 2003, s. 694. Ekonomiczne myślenie na temat prawa jest obecne nie tylko w teorii. Również sądy stosujące prawo sięgają do analizy ekonomicznej, w celu interpretowania prawa, a następnie rozstrzygania poszczególnych spraw. W tym względzie, np. w orzeczeniu z 1947 r. sędzia *Hand* stwierdził w jednym ze swoich uzasadnień, że zaniechanie jest brakiem przedsięwzięcia środków uzasadnionych kalkulacją korzyści i kosztów.

<sup>28</sup> J. Kaczor, *Law and economics*, s. 67–79.

<sup>29</sup> Zob. W. Gromski, *Law and economics*, s. 45–66; Ł. Hnatkowski, O potrzebie nauczania, s. 261–264.

<sup>30</sup> J. Stelmach, Spór o ekonomiczną analizę prawa, s. 11 i n.

<sup>31</sup> A. Bator, Instrumentalizacja jako założenie ekonomicznej analizy prawa, w: M. Soniewicka, J. Stelmach (red.), *Analiza ekonomiczna w zastosowaniach prawniczych*, Warszawa 2007, s. 25–43; M. Olender, *Law and Economics – ekonomiczna analiza prawa*, EP 2005, Nr 4, s. 3–6. Zob. J. Stelmach, *Economics Arguments in Legal Discourse*, s. 51–65.

Po drugie, jedynym celem prawa powinna być efektywność ekonomiczna<sup>32</sup>. Prawo ekonomicznie efektywne to takie, które prowadzi do dobrobytu społecznego. Ekonomicznie efektywne prawo jest to prawo spełniające wymogi stawiane przez ekonomiczną analizę prawa. Jednym z takich wymogów jest konieczność przeprowadzenia tzw. rachunku użyteczności. Fundamentalną zasadą powinna być zatem tzw. zasada maksymalizacji dobrobytu. Zwiększanie dobrobytu społecznego polega na generowaniu przez prawo ekonomicznie efektywnych alokacji dóbr. Po trzecie, zarówno twórcą, jak i podmiotem prawa powinien być tzw. *homo oeconomicus*<sup>33</sup>. Powyższe założenie oznacza, że podmiot prawa jest istotą ekonomicznie racjonalną, dążącą do maksymalizacji swojej funkcji użyteczności oraz kieruje się motywami egoistycznymi<sup>34</sup>. Po czwarte, obowiązywanie prawa można uzasadnić przy użyciu narzędzi stosowanych w analizie ekonomicznej. *Homo oeconomicus* nie działa w próżni, wręcz przeciwnie wchodzi nieustannie w interakcje z innymi ekonomicznie myślącymi jednostkami. Podmioty, wchodząc w interakcje z innymi, muszą przezwyciężyć pokusę postępowania w sposób egoistyczny i skoordynować swoje działania z działaniami innych podmiotów. Niezwykle istotną funkcją prawa jest przezwyciężanie przeszkód powstających w ramach wzajemnych interakcji podmiotów. Prawo ma wyznaczać kompromis pomiędzy interesami indywidualnymi i społecznymi. Zgodnie z piątą tezą, za pomocą narzędzi ekonomicznych daje się zbudować spójną teorię sprawiedliwości. Idea sprawiedliwości w ramach ekonomicznej analizy prawa jest rozumiana w ten sposób, że sprawiedliwe są takie reguły prawa, które prowadzą do wzajemnej korzyści

---

<sup>32</sup> Powyższe założenie może budzić kontrowersje w nauce prawa, wskazać jednak należy iż niezbędne jest ono w celu umożliwienia poprawnej analizy i wyciągnięcia logicznie uzasadnionych wniosków. Por. R.T. Stroiński, Ekonomiczna analiza prawa, czyli w poszukiwaniu efektywności, KPP 2002, Nr 3, s. 549–583; W. Załuski, Cel prawa według Law and Economics, w: J. Czapka (red.), M. Dudek, M. Stępień, Wielowymiarowość prawa [Księga jubileuszowa z okazji 40-lecia pracy naukowej Prof. Krzysztofa Pałeckiego], Toruń 2014, s. 302–327.

<sup>33</sup> W. Załuski, Założenie deskryptywne ekonomicznej analizy prawa: człowiek jako *homo oeconomicus*, w: O. Bogucki, S. Czepita (red.), System prawny a porządek prawny, Szczecin 2008, s. 297–313.

<sup>34</sup> Teza, że człowiek podejmuje wyłącznie racjonalne wybory ekonomiczne, kierując się swoim egoistycznie pojmowanym interesem, została zaprzeczona w badaniach empirycznych przez noblistów D. Kahnemanna czy A. Tverskiego. Badania wyżej opisanych uczonych doprowadziły do korekty zarówno nauk ekonomicznych, jak i teorii gier o tzw. element behawioralny. Ludzie nie zachowują się zgodnie z założeniami ekonomii, ale odchylenia od *homo oeconomicus* można prze-widywać, na podstawie badań.

pomiędzy podmiotami wchodzącymi ze sobą w interakcje<sup>35</sup>. Zgodnie z tezą szóstą, analiza ekonomiczna jest uprzywilejowanym typem metody prawniczej (wersja mocniejsza) lub co najmniej można powiedzieć, że analiza ekonomiczna jest uprawnionym typem metody prawniczej (wersja słabsza). Jeśli akceptowalny jest pogląd, że w prawie występują problemy ekonomiczne, to tym samym należy uznać, że analiza ekonomiczna jest uprawnioną metodą badania zjawisk ekonomicznych w prawie<sup>36</sup>.

Kluczowym pojęciem, którym posługują się przedstawiciele ekonomicznej analizy prawa, jest pojęcie **efektywności**<sup>37</sup>. Pojęcie efektywności jest różnie definiowane w ruchu *Law and Economics*<sup>38</sup>. Po pierwsze, wyróżnia się tzw. efektywność w sensie Pareto, która oznacza, że efektywnym nazwiemy takie rozwiązanie, w którym sytuacja przynajmniej jednej osoby ulegnie poprawie, a niczyja sytuacja nie pogorszy się<sup>39</sup>. Dopuszcza się również uznanie danego rozwiązania za efektywne, jeśli spełnia wymogi tzw. efektywności *Kaldora-Hicksa* (tzw. potencjalna poprawa w sensie Pareto). Rozwiązanie będzie efektywne według *Kaldora-Hicksa*, jeśli w jego wyniku nastąpi stan, w którym zyskujący otrzymają korzyść przewyższającą stratę drugiej strony i dokonają rekompensaty stronie, która stratę poniosła.

W dyskursie prawniczym można odwoływać się do co najmniej dwóch argumentów ekonomicznych: ogólnych i szczegółowych. W ramach argumentów ogólnych obecnych w dyskursie prawniczym (także praktycznym dyskursie prawniczym) wyróżnia się następujące argumenty. Po pierwsze, prawo nie może domagać się ekonomicznie niemożliwego<sup>40</sup>. Argument powyższy nawiązuje do elementarnej intuicji filozoficznej i prawniczej, wynikając z tzw. natury

---

<sup>35</sup> Idea sprawiedliwości jako wzajemnej korzyści (z ang. *justice as mutual advantage*) była przyjmowana przez *Hobbesa* i *Hume'a* czy *Gauthier*. Krytycznie o analizie sprawiedliwości wyrażonej, jako wzajemna korzyść podmiotów pisze W. Załuski.

<sup>36</sup> J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Warszawa 2007, s. 19–20.

<sup>37</sup> M. Klusek, Efektywność i sprawiedliwość w kontekście modelowania zmiany w preferencji w ekonomicznej analizie prawa, w: H. Kaczmarczyk, L.J. Pikula (red.), *Granice efektywności prawa. Efektywność a zasady sprawiedliwości i słuszności*, T. 2, Toruń 2016, s. 163–176.

<sup>38</sup> B. Polanowska-Sygułska, Użyteczność a maksymalizacja bogactwa. Filozoficzne zakorzenie poglądów Chicagowskiej szkoły law & economics, Arch.FPiFS 2011, Nr 1, s. 5–14.

<sup>39</sup> R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna analiza*, s. 53–54.

<sup>40</sup> L.L. Fuller, *Moralność prawa*, Warszawa 1978, s. 112. Autor uznał możliwość wykonania prawa za jeden z ośmiu warunków koniecznych dla istnienia prawa. Autor wskazał: „Prawa wymagające, tego co niemożliwe, wydają się być takim absurdem, iż jest się skłonny sądząc, że nie mogą być dziełem zdrowego na umyśle prawodawcy. Największy nawet tyran, nie miałby powodów do uchwalania tego typu praw”.

rzeczy<sup>41</sup>. Po drugie, każde prawo powinno być ekonomicznie efektywne (argument drugi). Każde prawo, które jest ekonomicznie efektywne, nie jest prawem niemożliwym. Podmiot prawa natomiast oczekuje, że otrzyma wszystko, co mu prawo obiecuje nie w formie tzw. idealnego uprawnienia („roszczenia o sprawiedliwość”), lecz w postaci realnych świadczeń czy dóbr. Prawo, aby mogło istnieć, musi być w minimalnym stopniu ekonomicznie efektywne – czyli musi gwarantować powiększenie dobrobytu społecznego. Po trzecie, w prawniczym dyskursie praktycznym powinno uwzględniać się uprzednio dokonane ustalenia ekonomiczne (trzeci argument). Przytoczony tu argument nawiązuje do bardziej ogólnego, zgodnie z którym w prawniczym dyskursie praktycznym powinno się uwzględniać wszelkie ustalenia faktyczne. Argument czwarty, stanowi, że dyskurs prawniczy powinien uwzględniać standardy ekonomiczne (argument czwarty). Chodzi tutaj o wszystkie istniejące i akceptowane w obrocie prawnym zasady, reguły, zwyczaje i inne standardy ekonomiczne. Takie założenie czyni dyskurs prawniczy bardziej pewnym i trwałym. Standardy ekonomiczne stabilizują obrót gospodarczy. Argument piąty wskazuje, że prawo powinno być tworzone i interpretowane z wykorzystaniem metod ekonomicznych (argument piąty). Nie można zasłaniać się niezajomością ekonomii w dyskursie prawniczym. Z normatywnego punktu widzenia w procesach tworzenia prawa powinna być wykorzystywana ekonomiczna analiza prawa. Po szóste prawo powinno prowadzić do maksymalizacji bogactwa społecznego (argument szósty). Powyższe jest sztandarowym hasłem nurtu *Law & Economics*. Argument siódmy wskazuje, że prawo powinno umożliwić przeprowadzenie właściwej alokacji dóbr (argument siódmy). Zwolennicy ekonomicznej analizy prawa, mówiąc, że prawo powinno być bardziej efektywne, mają na myśli efektywność w sensie alokacyjnym. Właściwa alokacja dóbr to taka, która jest akceptowalna dla wszystkich członków grupy, rozpoznawalna przez nich jako słuszna i sprawiedliwa. Prawo ma umożliwić taką właśnie alokację, ograniczając efektywność całego systemu w najmniejszy możliwy sposób. Po ósme prawo powinno sprzyjać minimalizacji kosztów związanych z wymianą dóbr (argument ósmy).

---

<sup>41</sup> J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, Dziesięć wykładów o ekonomii prawa, Warszawa 2007, s. 75. Autorzy wskazują, że tego typu myślenie jest głęboko zakorzenione w europejskiej kulturze prawnej. Argument z tzw. natury rzeczy (z łac. *rerum natura*) wywodził się z rzymskiej jursprudenjii. Powyższe znalazło wyraz w wielu topikach i paremiach prawniczych. Należą do nich np. *impossibile nulla obligatio* czy też *lex neminem cogit ad impossibilia* (prawo nie zmusza do rzeczy niemożliwych).

Założenia ekonomicznej analizy prawa opierają się na przyjęciu, że podmiot prawa (osoba fizyczna, osoba prawna) jest racjonalny, ma doskonałą informację oraz odpowiedni czas do tego, żeby w oparciu o kontekst prawny podjąć optymalną dla siebie decyzję. Powyższe założenie ekonomicznej analizy prawa jest poddawane krytyce w ramach **behawioralnego podejścia do ekonomicznej analizy prawa i ekonomii** (z ang. *behavioral approach to law and economics*)<sup>42</sup>. Przedstawiciele tego kierunku wskazują, że zachowania jednostki często odbiegają od racjonalnych i często wynikają z zachowań instynktownych, psychologicznych czy społecznych<sup>43</sup>. Powyższe podejście w ekonomicznej analizie prawa pomaga w przewidywaniu zachowania podmiotu prawa na określone normy prawne przy użyciu narzędzi ekonomicznej analizy prawa, ale przy bardziej precyzyjnych założeniach dotyczących zachowania podmiotu prawa na skutek zderzenia z normami prawnymi<sup>44</sup>.

**Behawioralne podejście** do ekonomicznej analizy prawa ma badać, jakie jest realne, a nie hipotetyczne zachowanie jednostki w odpowiedzi na normę prawną<sup>45</sup>. W analizie odróżnia się zatem tzw. *homo economicus* od realnych podmiotów prawa (osób fizycznych, osób prawnych, jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej). W rzeczywistości jednostki posiadają ograniczoną racjonalność, ograniczoną siłę woli i kierują się własnym interesem również w sposób ograniczony. Odejście od racjonalności (ograniczona racjonalność) wynika przede wszystkim z błędów w ocenie określonego zjawiska (co jest konsekwencją dewiacji od modelu racjonalnych oczekiwań

---

<sup>42</sup> C.R. Sunstein, C. Jolls, R.H. Thaler, A Behavioral Approach to Law and Economics, Chicago 1998, s. 2 i n. Zob. M. Malecka, Prawo, ekonomia, ludzkie działanie. Dyskusja nad zastosowaniem ekonomii behawioralnej do analizy prawa, Arch.FPiFS 2011, Nr 1, s. 15–28. Zob. C.F. Camerer, H. Teck-Hua, J.K. Chong, Behavioural Game Theory: Thinking, Learning and Teaching, w: S. Hucks (red.), Advances in Understanding Strategic Behaviour, Game Theory, Experiments and Bounded, Rationality. Essays in Honour of Werner Guth, Palgrave 2004, s. 120.

<sup>43</sup> Por. D. Kahneman, A. Tversky, Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk „Econometrica”, 1979, s. 263–292; D. Kahneman, A. Tversky, On the psychology of prediction, Psychological Review 1973, s. 237–251.

<sup>44</sup> Nurt behawioralnej analizy zjawisk ekonomicznych czy finansowych jest od dawna obecny w nauce. Doniosłość odkryć przedstawicieli nauki behawioralnych finansów (czy ekonomii) była doceniana i wielokrotnie nagradzana, także w ramach Nagrody Banku Szwecji im. Alfreda Nobla. W 2002 r. nagrodę w tej dziedzinie otrzymał D. Kahnemann. W 2017 r. za odkrycia w ramach finansów behawioralnych nagrodę otrzymał Richard H. Thaler.

<sup>45</sup> R. Zyzik, Czy Leon Petrażycki był prekursorem behawioralnej ekonomicznej analizy prawa?, FP 2017, Nr 1, s. 21–33.

oraz przewidywania Bayese'owego)<sup>46</sup> oraz z błędów decyzyjnych (jako implikacji błędów funkcji użyteczności).

Behawioralne podejście do ekonomicznej analizy prawa pomaga wyjaśnić, dlaczego ludzie podejmują decyzje finansowe, które mogą wydawać się nieracjonalne z punktu widzenia tradycyjnej ekonomii. Wśród podstawowych błędów poznawczych związanych z wartością pieniądza, postrzeganiem strat i zysku oraz ogólnymi decyzjami finansowymi D. Kahneman wskazuje na<sup>47</sup>:

- 1) **teorię perspektywy** (ang. *Prospect Theory*) – ludzie oceniają wyniki finansowe względem punktu odniesienia, a nie absolutnej wartości bogactwa. Punkt odniesienia może być bieżącym stanem rzeczy lub oczekiwaniami dotyczącymi przyszłości;
- 2) **awersja do strat** (ang. *Loss Aversion*) – straty mają większy wpływ na emocje niż zyski o tej samej wartości. Ludzie są bardziej skłonni unikać strat niż dążyć do zysków;
- 3) **efekt końcowy** (ang. *Endowment Effect*) – ludzie przypisują większą wartość rzeczom, które już posiadają, w porównaniu do rzeczy, które mogliby nabyć;
- 4) **efekt pewności** (ang. *Certainty Effect*) – ludzie mają tendencję do preferowania pewnych wyników nad ryzykownymi, nawet jeśli ryzykowny wynik ma wyższą oczekiwaną wartość;
- 5) **efekt możliwości** (ang. *Possibility Effect*) – ludzie nadmiernie oceniają mało prawdopodobne wydarzenia, szczególnie gdy są one żywo przedstawione;
- 6) **tzw. ramowanie** (ang. *Framing*) – sposób przedstawienia problemu wpływa na decyzje ludzi;
- 7) **dyskonto** (ang. *Discounting*) – ludzie mają tendencję do przywiązywania mniejszej wagi do przyszłych zysków lub strat w porównaniu do bieżących.

Ostatnie badania w ekonomii behawioralnej dowodzą, że można w taki sposób zaprogramować system prawny, aby ułatwić podmiotom prawa podejmowanie decyzji, które będą ekonomicznie efektywne. Zarówno ustawodawca, jak i sądy stosujące prawo powinny w taki sposób kształtować normy

---

<sup>46</sup> J.C. Harsanyi, *Papers In Game Theory*, Berkley 1982, s. 115–171.

<sup>47</sup> D. Kahneman, *Pułapki myślenia. O myśleniu szybkim i wolnym*, Warszawa 2011, *passim*.

prawne, żeby prowadziły do określonych wyborów (decyzji), które będą najlepsze z punktu widzenia dobrobytu społecznego<sup>48</sup>.

Celem normatywnej **ekonomicznej analizy prawa w ujęciu behawioralnym** jest stworzenie warunków podejmowania decyzji, które będą zwiększały prawdopodobieństwo wyboru najkorzystniejszej opcji (z punktu widzenia jednostki lub społeczeństwa), przy jednoczesnym zachowaniu wolności wyboru<sup>49</sup>.

Behawioralne podejście do ekonomicznej analizy prawa zakłada, że przepisy prawne będą w optymalny sposób analizowane i rozumiane w świetle standardowych zasad ekonomicznych. W nauce ekonomicznej analizy prawa wskazuje się na typowy opis tych zasad, w ten sposób, że jednostki dążą do 1) maksymalizowania swojej użyteczności, 2) która wynika ze stabilnego zestawu preferencji i 3) kumulują optymalną ilość informacji i innych danych wejściowych na różnych rynkach<sup>50</sup>.

## § 3. Ekonomiczna analiza Prawa upadłościowego i restrukturyzacyjnego

### I. Zagadnienia ogólne

Ekonomiczna analiza prawa bada różne dziedziny prawa, takie jak delikty, umowy, prawo konkurencji, prawo karne, prawo procesowe, prawo podatkowe czy prawo korporacyjne. Natomiast z różnych przyczyn przez długi czas

---

<sup>48</sup> R.H. Thaler, C.R. Sunstein, *Impuls. Jak podejmować właściwe decyzje, dotyczące zdrowia, dobrobytu i szczęścia*, Poznań 2017, s. 15 i n. Autor – laureat Nagrody Nobla w dziedzinie ekonomii za 2017 r. jest twórcą tzw. libertyńskiego paternalizmu. Koncepcja stworzona przez R.H. Thaler'a profesora ekonomii behawioralnej na Uniwersytecie Booth School of Business na Uniwersytecie Chicago oraz C.R. Sunstein profesora prawa na Wydziale Prawa i Nauk Społecznych Uniwersytetu Chicago – nosi nazwę tzw. „szturchnięcia”. Koncepcja zakłada wykorzystanie nauk ekonomicznych i behawioralnych przez tzw. architekta systemu (np. ustawodawcę) do ułatwienia dokonywania optymalnych, ekonomicznie efektywnych decyzji, przez podmioty prawa. Por. także D. Kahneman, *Pułapki myślenia. O myśleniu szybkim i wolnym*, Warszawa 2011, s. 30 i n. Autor, również laureat Nagrody Nobla, badał proces myślenia u ludzi w ramach tzw. systemu 1 (szybkiego) oraz systemu 2 (analitycznego wolnego).

<sup>49</sup> R.H. Thaler, C.R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, 2008, s. 17 i n.

<sup>50</sup> Por. R.L. Peterson, K. Aoki, *Bankruptcy filings before and after implementation of the bankruptcy reform law*, *JourEconBusiness* 1984, Nr 36, s. 95–105; E.A. Posner, *The political economy of the Bankruptcy Reform Act of 1978*, *MichLawRev* 1997, Nr 96, s. 47–126.