

JAKUB J. SZCZERBOWSKI*

Efektywność prawa umów. Rola sądów

Efektywność prawa umów jest problemem pozostającym na uboczach dogmatyki prawa cywilnego. Pomimo tego efektywność jest w centrum zainteresowania stron każdego kontraktu, od niej bowiem zależy to w jaki sposób ukształtują one stosunek albo czy w ogóle dojdzie to jego zawarcia. W prawie cywilnym zazwyczaj przepisy przemilczają kwestie efektywności prawa umów. Kwestia ta jest jednak coraz częściej poruszana w uzasadnieniach projektów aktów normatywnych¹. Z tego powodu przyjęta w niniejszej pracy metodyka odwołuje się do dorobku ekonomicznej analizy prawa, metodę dogmatyczną traktując jako pomocniczą.

W literaturze przyjmowane są trzy dominujące definicje efektywności: efektywność Pareto, efektywność Kaldora-Hicksa oraz maksymalizacja bogactwa R. Posnera. Efektywną w rozumieniu Pareto zwana jest taka alokacja zasobów, która powiększa użyteczność uzyskiwaną przez co najmniej jeden podmiot, przy czym żaden z rozpatrywanych podmiotów nie traci uzyskiwanej użyteczności. Optymalnym rozwiązaniem w rozumieniu Pareto jest natomiast taka alokacja zasobów, przy której żaden podmiot nie może powiększyć swojej użyteczności bez pogarszania użyteczności innego podmiotu². Problematycznym z punktu widzenia prawa umów jest fakt, że praktycznie każda władcza alokacja zasobów pomiędzy stronami prowadzi do pogorszenia użyteczności jednego z nich (w przeciwieństwie do dobrowolnej wymiany, przy której strony mogą jednocześnie zwiększać swoją użyteczność).

Efektywnym w rozumieniu Kaldora-Hicksa jest taka alokacja zasobów, przy której podmiot zwiększający użyteczność zyskuje więcej, niż podmiot

* Dr Jakub J. Szczerbowski – SWPS Uniwersytet Humanistycznospołeczny, Wydział Prawa, Katedra Prawa Porównawczego; jszczerbowski@swps.edu.pl.

¹ Aczkolwiek można dopatrzeć się prawnej doniosłości pojęcia efektywności w przepisach prawa cywilnego, które odwołują się do zwyczajów oraz w przepisach dotyczących wykładni oświadczeń woli.

² Q. Zhou, *The Evolution of Efficiency Principle: From Utilitarianism to Wealth Maximization*, „SSRN eLibrary” 2005, s. 8.

tracący użyteczność, przy zastrzeżeniu, że istnieje (przynajmniej hipotetycznie) mechanizm kompensacji tej straty³. To kryterium pomiaru efektywności jest często preferowane w badaniach pozwalających na redystrybucję zasobów. Jego zastosowanie do rozważań nad prawem umów rodzi wątpliwości ze względu na brak mechanizmów redystrybucji w prawie umów.

Kryterium maksymalizacji bogactwa zaproponowane przez R. Posnera⁴ odchodzi od kategorii użyteczności na rzecz bogactwa definiowanego jako całość majątku posiadanego przez społeczeństwo przeliczona na jednostki pieniężne. Pomiar bogactwa, w przeciwieństwie od pomiaru użyteczności, nie naraża na trudności związanych z zależnością użyteczności od preferencji. Zgodnie z kryterium maksymalizacji bogactwa rozwiązanie jest efektywne, jeżeli prowadzi do zwiększenia bogactwa. Zhou zauważa, że jedyną cechą różnicującą kryterium maksymalizacji bogactwa od kryterium Kaldora-Hicksa jest zastąpienie użyteczności bogactwem⁵.

Głównym celem niniejszego tekstu jest polemika z poglądem E. Posnera, który wyraża się w stwierdzeniu, że niepewność co do rozstrzygnięcia (rozpatruje on skrajną sytuację rozstrzygnięć hipotetycznego rażąco niekompetentnego sądu) może prowadzić do efektywnych rezultatów o ile spełnione są określone warunki⁶. Po pierwsze, strona, która powinna spełnić świadczenie osiąga lepszy rezultat ekonomiczny ze spełnienia świadczenia niż z niewykonania zobowiązania i przegrania procesu. Po drugie, strona przeciwna zyskuje więcej utrzymując reputację osoby, która dochodzi swoich praw, niż gdyby zaoszczędziła koszty procesu. Po trzecie, strony mają co najmniej częściową wiedzę o nieprawidłowości lub braku świadczenia. Po czwarte, sąd jest w stanie ustalić, czy strony miały wolę wiązać się umową (innymi słowy, sąd jest w stanie ustalić, czy umowa była ważna⁷).

Nie podzielając poglądu E. Posnera proponuję przeciwne twierdzenie, że organizacja wymiaru sprawiedliwości i jakość sądownictwa w wyraźny spo-

³ Ibid., s. 3.

⁴ R.A. Posner, *Wealth Maximization Revisited*, „Notre Dame JL Ethics & Pub. Pol’y” 1985, t. 2, s. 85.

⁵ Q. Zhou, *The Evolution of Efficiency Principle*, op. cit., s. 14.

⁶ E.A. Posner, *A Theory of Contract Law Under Conditions of Radical Judicial Error*, „Northwestern University Law Review” 2000, t. 94, nr 3, s. 767.

⁷ Należy tu na marginesie zwrócić uwagę, że ustalenie istnienia umowy na gruncie anglosaskich systemów praw różni się od ustalenia istnienia umowy na gruncie praw Europy kontynentalnej, w tych pierwszych przodujące znaczenie ma ustalenie istnienia odpłatności, w tych drugich ustalenie, że porozumienie nie miało charakteru umowy gentlemen’skiej, stosunku pomiędzy przyjaciółmi czy innego rodzaju nieformalnego zobowiązania. Por.: J.B. Ames, *Two Theories of Consideration. II. Bilateral Contracts*, „Harvard Law Review” 1899, s. 201; B. Sitek, *Przyjaźń (amicitia) jako wyznacznik rozstrzygnięć w prawie rzymskim na tle współczesnych rozwiązań* [w:] *Bezpieczeństwo informacji państwa i biznesu*, M. Sitek, I. Niedziółka, A. Ukleja (red.), Józefów 2014, s. 189.

sób wpływają na wymiar ekonomiczny prawa umów⁸. Hipotezę powyższą wiąże z dwoma propozycjami pomocniczymi. Pierwszą z nich jest propozycja, że przewidywalność orzeczeń ma pozytywny wpływ na efektywność umów poprzez umożliwienie odpowiedniej kalkulacji ryzyk co umożliwia efektywną alokację zasobów przez uczestników obrotu. Drugą jest propozycja, że dostęp do wymiaru sprawiedliwości w ujęciu ekonomicznym – w przeciwieństwie do ujęcia dogmatycznego, w którym posługujemy się kategoriami takimi jak zdolność procesowa czy legitymacja procesowa rozpatrując problem wykonywania prawa do sądu w konkretnym przypadku – w dużym stopniu zależy od jakości wymiaru sprawiedliwości, a korelacja pomiędzy kompetencją jakością wymiaru sprawiedliwości i dostępem do wymiaru sprawiedliwości jest pozytywna. Przyjmuję także założenie, że stabilna linia orzecznicza możliwa jest w przypadku, gdy sądy są kompetentne (w przeciwieństwie do hipotetycznych rażąco niekompetentnych); nie jest tu jednak wymagana perfekcyjna kompetencja, a jedynie duża pewność poprawnego rozstrzygnięcia połączona z systemem kontroli błędów.

W literaturze spotyka się zazwyczaj poglądy wskazujące na pozytywny wpływ wysokiej jakości sądownictwa na efektywność stosunków kontraktowych. E. Posner proponuje, że nawet jeśli sąd byłby rażąco niekompetentny, czyli jego orzeczenia cechowałby wysoki stopień niepewności, to samo istnienie sądu (przy czterech wskazanych powyżej założeniach) daje stronom umowy odpowiednie pobudki do jej wykonania. Definiując rażąco niekompetencję E. Posner w zasadzie zrównuje ją z rzutem monetą⁹. Posner posługuje się metaforą, że jeśli spełnione są cztery wyżej wymienione założenia to wymiar sprawiedliwości działa wówczas tak, jakby w każdym przypadku sporu obu stronom miano obciąć palec, co miałyby prowadzić do efektywnych skutków w postaci wykonania umowy¹⁰.

Propozycja E. Posnera spoczywa na czterech filarach – założeniach, które mają stanowić dobre przybliżenie rzeczywistości. Pierwsze założenie wymaga, aby strona mająca spełnić świadczenie osiągała lepszy rezultat ekonomiczny z jego spełnienia niż z niewykonania zobowiązania i poniesienia kosztów procesu (chodzi tu o całkowity wynik ekonomiczny procesu). Założenie to jest realistyczne, gdyż zazwyczaj spełnienie świadczenia w przyrzeczonej wysokości i czasie jest tańsze niż spełnienie go po długotrwałym procesie sądowym powiększone o koszty procesu. Drugie założenie wymaga, aby wierzyciel obawiał się o swoją reputację podmiotu walczącego o swoje prawa bardziej niż o ewentualną przegraną polegającą na zapłacie kosztów procesu. Założenie to jest problematyczne, ponieważ trudno jest sobie wyobrazić, aby ktoś dążył do utrzymania

⁸ Por. M.J. Golecki, *Między pewnością a efektywnością: marginalizm instytucjonalny wobec prawotwórczego stosowania prawa*, Warszawa 2011, s. 142.

⁹ E.A. Posner, *A Theory of Contract Law Under Conditions of Radical Judicial Error*, op. cit., s. 762.

¹⁰ Ibid., s. 768.

reputacji osoby walczącej o swoje prawa w sądzie przy założeniu, że sąd „rzuca monetą”. Taka reputacja raczej uniemożliwi zawieranie umów w przyszłości i nie należy do niej dążyć; zwłaszcza, że sam mechanizm skuteczności rażąco niekompetentnych sądów wydaje się opierać na tworzeniu obawy przed procesem, która ma skłaniać strony do dobrej współpracy. Reputacja osoby wszczynającej procesy nie pomaga, w takim hipotetycznym świecie, w pozyskaniu kontrahentów. Trzecie założenie wymaga, aby strony wiedziały o braku lub nieprawidłowości świadczenia. Założenie to jest prawidłowe, ponieważ bez niego nie doszłoby do uruchomienia zachowań przewidzianych w dwóch pierwszych założeniach. Czwarte założenie wymaga, aby sąd był w stanie ustalić, czy strony są związane umową. To założenie E. Posner uznaje za wiarygodne odnosząc się do spraw rozwodowych, w których – jak twierdzi – sąd jest w stanie z łatwością stwierdzić czy pomiędzy stronami istnieje stosunek małżeństwa, ale ma trudności w ustaleniu zakresów poszczególnych obowiązków i ich ewentualnych naruszeń¹¹. O ile założenie wydaje się uzasadnione – jego brak umożliwiałby dopuszczenie pozwania osoby niezwiązanej stosunkiem umownym z powodem – to stosowanie analogii ze stosunku małżeńskiego w celu uzasadnienia określonego założenia dotyczącego umów budzi wątpliwości.

Pogląd E. Posnera ma mieć zastosowanie do umów, których wykonanie rozłożone jest w czasie. Jako przykłady takich umów wymienia dostawę towarów przez producenta sprzedawcom detalicznym, gdzie wykonanie odbywa się częściami lub okresowo. Włącza także umowy o roboty budowlane, ze względu na skomplikowany i rozłożony w czasie charakter świadczenia wykonawcy. E. Posner wskazuje, że w tego typu stosunkach trudno jest przewidzieć zdarzenia, które mogą mieć wpływ ich wykonanie. Podziela ten pogląd bowiem w pewnym przybliżeniu można stwierdzić, że największe ryzyka są, na etapie kontraktowania, najłatwiejsze dla stron do przewidzenia, natomiast ryzyka im mniej oczywiste tym wymagają coraz większych nakładów na analizy i negocjacje, przez co często nie zostają przez strony uregulowane w umowie. Na marginesie należy wspomnieć, że w przypadku wielu umów o roboty budowlane, gdzie inwestorem jest osoba prywatna zaspokajająca swoje potrzeby mieszkaniowe, nie może być racjonalnie przyjęte założenie drugie, dotyczące reputacji – wszak w przypadku jednorazowego zawarcia umowy inwestor nie ma żadnego interesu w utrzymywaniu w branży budowlanej reputacji osoby walczącej o swoje prawa.

E. Posner wskazuje, że przy takich złożonych stosunkach kontraktowych uzupełnianie przez sąd luk w umowie jest utrudnione poprzez informacje o motywacjach, które strony zachowują dla siebie przez co są niedostępne dla sądu. Z tej obserwacji ma wynikać, że sądy nie są w stanie odtworzyć stanu

¹¹ Ibid., s. 767.

faktycznego (treści stosunku umownego i stopnia jej wykonania). Pomimo tego umowy mają być w większości wykonywane ze względu na interes jaki strony mają w zachowaniu reputacji dobrych kontrahentów¹². E. Posner retorycznie uzasadnia, że dowodem na wiarygodność założenia niekompetentnych sądów jest ilość zasobów jakie podmioty przeznaczają na badanie reputacji kontrahentów oraz kształtowanie swojej reputacji – gdyby można było polegać na sądach reputacja nie miałaby znaczenia¹³. Moim zdaniem wagę reputacji można wytłumaczyć inaczej. Wpisana w prawo cywilne zasada całkowitego naprawienia szkody nie obejmuje negatywnych skutków związanych z jej dochodzeniem. Proces sądowy naturalnie wiąże się z niepewnością dla stron, zaś ewentualna wygrana jest równa świadczeniu, które niezależnie od procesu powinno być zapłacone. Niepewność taka nie zostanie usunięta nawet przez hipotetyczny perfekcyjnie kompetentny sąd, ponieważ istnieje asymetria informacyjna pomiędzy stronami. Innymi słowy, przyczyną, dla której reputacja odgrywa ważną rolę w obrocie jest to, że stronom nie jest obojętne czy otrzymają świadczenie dobrowolnie czy też w drodze procesu sądowego. Nawet jeżeli postawi się księgowy znak równości pomiędzy świadczeniem dobrowolnym a świadczeniem zasądzonym wyrokiem to ekonomicznie te dwie sytuacje różnią się znacząco.

Model proponowany przez E. Posnera z pewnością pozwoliłby na obniżenie kosztów wymiaru sprawiedliwości poprzez zatrudnienie hipotetycznych rażąco niekompetentnych sędziów. Wątpliwa jest natomiast efektywność takiego rozwiązania, głównie ze względu na możliwość dokonywania przez strony świadczeń ponad to, co zostało w umowie przyrzeczone – z obawy o ewentualny proces sądowy. Strony miałyby by także pobudki ku temu, aby szantażować drugą stronę procesem w przypadku, gdyby uznały, że mogą stracić znacznie mniej niż przeciwnik. Aby taka nieefektywność miała miejsce nie jest konieczna zła wiara którejkolwiek ze stron, wystarczy rozbieżność w rozumieniu postanowień umowy, której występowanie jest rzeczą naturalną w obrocie gospodarczym. Przy dopuszczeniu działania w złej wierze można wyobrazić sobie model działalności gospodarczej polegający na tworzeniu asymetrii ewentualnych zysków i strat w procesie; w przypadku założenia, że sąd „rzuca” monetą, nawet niewielka asymetria na korzyść zysku promowałaby działalność polegającą na prowokowaniu sporów z kontraktu (np. w sprawach o zwrot zaliczki). Przy takich samych szansach na wygranie jak i na przegranie procesu działalność przyjmującego zaliczkę będzie bardzo lukratywna.

Wydaje się także, że propozycja E. Posnera nie docenia tego, jak istotne znaczenie ma faza przedkontraktowa, nie tylko rozumiana jako czynności pomiędzy stronami przyszej umowy, ale jako ogólna dokonywana przez uczestników

¹² Ibid., s. 749.

¹³ Ibid., s. 756.

obrotu analiza ekonomiczna potencjału ekonomicznego rozważanego stosunku kontraktowego. Już w fazie negocjacji strony dokonują rachunku ekonomicznego w zakresie stopnia sprecyzowania stosunku. Ekonomicznie nieracjonalne jest precyzowanie, w ramach postanowień umownych, wszystkich mogących się pojawić w trakcie wykonywania umowy sytuacji. Przewidzenie wszystkich ewentualności wiązałoby się ze znacznym podwyższeniem kosztu kontraktowania przy jednocześnie niewielkiej potencjalnej korzyści dla stron. Każda umowa wiąże się więc z określonym stopniem niepewności, który minimalizowany jest przez przepisy dyspozytywne, interpretację umowy przez sąd, a także możliwość renegocjacji umowy przez same strony w trakcie jej wykonania¹⁴.

Stopień przewidywalności orzecznictwa ma istotny wpływ na proces decyzyjny stron negocjacji. Zawarcie umowy wiąże się zawsze dla stron z niepewnością. Powoduje ją niedoskonałość i kosztowność pozyskiwanych informacji, sprzeczność interesów stron w zakresie jakości wzajemnych świadczeń albo nawet ich spełnienia, a ponadto pewien stopień nieprzewidywalności ewentualnego rozstrzygnięcia sporu wynikłego z umowy¹⁵. Z drugiej strony należy zaznaczyć, że niepewność jest cechą immanentną systemu prawa cywilnego, w szczególności co do sporów o charakterze gospodarczym. Gdyby strony stosunku umownego mogły przewidywać rozstrzygnięcie sądu to z dużym prawdopodobieństwem zdecydowałyby się na zawarcie ugody (za wyjątkiem sytuacji, w których wewnętrzne regulacje strony nie dają odpowiednich motywacji do zawarcia ugody). Co więcej, strony nie zawsze mają dostęp do informacji pozwalających ocenić szanse na powodzenie w procesie sądowym. Z czynników faktycznych wpływających na zniekształcenie oceny szans powodzenia w procesie można wymienić chociażby informacje przekazywane przez pracowników strony, które przedstawiają wykonanie obowiązków kontraktowych w sposób korzystny dla strony (w sytuacjach, w których prawdziwe przedstawienie niekorzystnych faktów mogłoby skutkować odpowiedzialnością pracownika).

Dodatkowo, należy zauważyć rosnące znaczenie ekonomiczne umów pomiędzy podmiotami nieposiadającymi pełnej swobody decyzji co do dokonywanych czynności kontraktowych. O ile umowa pomiędzy osobami fizycznymi daje się zredukować do stosowania prawa cywilnego i pobudek ekonomicznych występujących po każdej ze stron umowy, o tyle umowa zawierana przez osoby prawa publicznego oraz spółki nie poddaje się takiej redukcji. W przypadku umów zawieranych przez osoby prawa publicznego oraz spółki prawo cywilne stanowi jedynie interfejs pomiędzy wewnętrznymi łańdami normatywnymi tychże podmiotów, tj. łańdem korporacyjnym spółki lub łańdem osoby prawa

¹⁴ Por. M. Chen-Wishart, *A Bird in the Hand: Consideration and Contract Modifications*, „Contract Formation and Parties” 2010, s. 92.

¹⁵ E.A. Posner, *A Theory of Contract Law Under Conditions of Radical Judicial Error*, *op. cit.*, s. 2.

publicznego zazwyczaj mogącym polegać na obowiązkach przestrzegania dyscypliny finansów publicznych. Z tego powodu rośnie rola sądów jako gwaranta wykonania umowy w przeciwieństwie do roli reputacji w środowisku biznesowym. Powyższe zjawisko stanowi źródło sporów o charakter umów w sprawie zamówienia publicznego, w ramach których uwidacznia się zjawisko specyficznego typu problemu agencji¹⁶, w którym minimalizacja ryzyka osoby prawa publicznego nie jest tożsama z minimalizacją ryzyka osób odpowiedzialnych za dokonywanie za nią czynności.

Rażąca niekompetencja sądu, która ma polegać na prawdopodobieństwie wygranej wynoszącej 0,5 dla każdej ze stron ma powodować w ramach przyjętych założeń pewność wykonania umów. Wniosek ten jest przeciwny pogładowi o tym, że zwiększanie niepewności rozstrzygnięcia stanowi dla stron pobudkę do zachowań oportunistycznych. Gdyby więc pogląd E. Posnera był prawdziwy, to wszelkie środki zwiększania niepewności rozstrzygnięcia prowadziłyby do polepszenia statystyk wykonania umów. Nie jest to jednak zgodne z obserwacjami zachowań ludzkich. Nieprzewidywalność rozstrzygnięcia nie musi wynikać z immanentnych cech wymiaru sprawiedliwości takich jak ocenny charakter wykładni oświadczeń woli czy też błędy poznawcze sędziego¹⁷. Naturalnym źródłem niepewności może być działanie legislatury, które dopiero prowadzi do zwiększenia niepewności rozstrzygnięcia. Doskonałym przykładem takiego stanu niepewności było uchylene przez art. VI ust. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Przepisy wprowadzające kodeks cywilny przepisów art. 682-695 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 czerwca 1934 r. Kodeks handlowy, które regulowały spółkę cichą, typ spółki podobny do spółki cywilnej jednakże różniący się znacząco od niej reżimem odpowiedzialności wspólników. W dogmatyce spółki cywilnej przepisem bezwzględnie obowiązującym jest reżim solidarnej odpowiedzialności wspólników, w spółce cichej zaś (w)spólnik cichy nie ponosił odpowiedzialności za zobowiązania kupca. Ta reforma prawa spowodowała, co stanowi rzecz normalną, rozbieżność poglądów doktryny w przedmiocie uznania umowy spółki cichej w nowym stanie prawnym za typ spółki cywilnej, czy też za umowę nienazwaną¹⁸.

Powyższy przykład uwidacznia problem, z którym borykają się strony negocjujące umowę. Podczas negocjacji nie tylko wąż swoje interesy ekonomiczne ale także ryzyka prawne, wynikające z niepewności co do przyszłego rozstrzygnięcia. Niekiedy usprawiedliwione interesy ekonomiczne, które w pozytywny

¹⁶ P. Bajari, S. Tadelis, *Incentives versus transaction costs: A theory of procurement contracts*, „RAND Journal of Economics” 2001, t. 32, nr 3, s. 403.

¹⁷ C. Guthrie, J.J. Rachlinski, A.J. Wistrich, *Inside the Judicial Mind*, „Cornell L. Rev.” 2000, t. 86, s. 829.

¹⁸ Szerzej: K. Ciuckowska-Leszczewicz, *Spółka cicha jako typ spółki cywilnej? Rozważania na gruncie prawa Polski, Austrii, Niemiec i Francji*, „Studia Prawnoustrojowe” 2014, t. 24, s. 114.

sposób wpływają na efektywność stosunku kontraktowego, nie znajdują oparcia w przepisach bezwzględnie obowiązujących.

Jednym z dobrze ilustrujących to przypadków jest stosowanie w umowie o roboty budowlane wzorców umownych FIDIC (np. „Warunki kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez wykonawcę”), które zawierają subklauzulę 20.1, przewidującą procedurę obowiązkową dla wykonawcy, jeśli uzna się za uprawnionego do roszczenia. Zgodnie z tą procedurą wykonawca nie później niż w 28 dni po stwierdzeniu wystąpienia okoliczności dających podstawę do roszczenia musi o nich powiadomić inżyniera kontraktu, pod rygorem utraty roszczenia.

Takie postanowienie umowne ma na celu ochronę istotnego interesu faktycznego inwestora, polegającego na uniknięciu zakrycia lub wbudowania elementów konstrukcji, których cechy stanowią podstawę roszczenia. Przykładowo wykonawca może wywodzić roszczenie o dodatkową płatność z walorów gruntu na placu budowy, gdy przedstawiony do wyceny robót plac budowy przedstawiał podłoże określonej jakości, a faktycznie podłoże było innej jakości, wymagającej zwiększenia nakładów na budowę fundamentu. W takiej sytuacji uzasadnione faktycznie jest wymaganie aby wykonawca zgłosił swoje pretensje zanim wadliwy grunt przykryje budynek i dostępne będą jedynie dowody pozyskane przez wykonawcę w trakcie wykonywania prac gruntowych.

Postanowienie narzucające wykonawcy termin do zgłoszenia roszczenia pod rygorem utraty tegoż roszczenia było przez lata kwestionowane jako naruszające zakaz skracania lub przedłużania terminów przedawnienia czynnością prawną (por. art. 119 k.c.). Ze względu na wątpliwości co do możliwości do dochodzenia roszczeń niezgłoszonych w umówionym terminie możliwe było rozważanie nieprzystawania warunków FIDIC do polskiego prawa cywilnego. Strony postępowania próbowały wywodzić, że warunki FIDIC można przyrównać do swojego rodzaju prawa międzynarodowego. Stanowisko to nie spotkało się z aprobatą Sądu Najwyższego w wyroku z dnia 19 marca 2015 r. sygn. IV CSK 443/14, w uzasadnieniu którego Sąd Najwyższy wskazał, że „[w]arunki FIDIC w żadnym wypadku nie mogą być traktowane jako mające walor norm prawa międzynarodowego. Oznacza to, że wykładnia zamieszczonych w nich postanowień, włączonych do treści wiążącej strony umowy, jest dokonywana zgodnie z regułami wykładni oświadczeń woli (umów) określonymi w art. 56 oraz 65 § 1 i 2 k.c.”. Pomimo tego, Sąd Najwyższy z innych przyczyn uznał za skuteczne postanowienie zawarte w subklauzuli 20.1 w wyroku z dnia 23 marca 2017 r. sygn. V CSK 449/16, stwierdzając, że postanowienie to nie stanowi modyfikacji terminu przedawnienia roszczeń, ale jest umownym terminem zawitym, co jest dopuszczalne na gruncie prawa polskiego. Na marginesie należy wskazać, że niezależnie od uznania skuteczności subklau-

zuli 20.1 Sąd Najwyższy dopuszcza roszczenie wykonawcy z innej podstawy, tj. z bezpodstawnego wzbogacenia.

Powyższe rozważania dogmatyczne nie pozostają bez znaczenia dla decyzji biznesowych dokonywanych przez uczestników obrotu. Niepewność co do rozstrzygnięcia sporu przekłada się na ocenę ryzyka biznesowego. Każde ryzyko może być skompensowane poprzez odpowiednie powiększenie oczekiwanego wynagrodzenia. W przypadku wspólnika cichego może on zażądać większej części zysku niż zażądałby, gdyby miał pewność co do zakresu swojej odpowiedzialności; w przypadku wykonawcy robót budowlanych może on zaoferować wyższe wynagrodzenie za niesporne elementy kontraktu. Ta obserwacja pozwala zadać pytanie o efektywność prawa umów, a także pozwala unaocznic rolę stabilności orzecznictwa dla zapewnienia efektywnych pobudek potencjalnych stron kontraktu.

Rozważając przykład subklauzuli 20.1 wspomniany powyżej można wyobrazić sobie sytuację, w której wszyscy oferenci w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegającego na wykonaniu robót budowlanych zawyżają swoje wynagrodzenie, aby zawrzeć w nim ryzyko związane niepewnością co do skuteczności postanowienia subklauzuli 20.1. Prowadzi to do sytuacji, w której nawet najniższa cena nie stanowi optymalnego wykorzystania środków publicznych ze względu na nieefektywność samego stosunku kontraktowego. Nieefektywność ta nie ma jednakże charakteru dogmatycznego, w takim sensie, że nie stanowi nieefektywnego wydatkowania środków w rozumieniu prawa finansów publicznych. Przeciwnie, ma ona wymiar ekonomiczny, który powinien stanowić asumpt do refleksji nad ewentualną zmianą przepisów prawa w kierunku dania stronom stosunku odpowiednich pobudek.

Rola sądów w zapewnieniu efektywności prawa umów przejawia się przede wszystkim w tworzeniu stabilnego orzecznictwa. Wniosek ten nie może być jednak stawiany jako bezwzględny postulat ze względu na ogromną ilość faktów, które muszą być poddane analizie nie tylko przez sąd orzekający, ale także przez stronę oceniającą swoje szanse na wygranie procesu. Z punktu widzenia kosztów transakcyjnych konkretnej umowy koszt niepewności stanowi tylko ułamek całkowitych kosztów transakcyjnych. Mając na uwadze postulat minimalizowania poprzez normy prawne kosztów transakcyjnych wszędzie tam, gdzie jest to możliwe i w granicach, w jakich jest to możliwe¹⁹, można sformułować zalecenie utrzymywania stabilnego orzecznictwa w sprawach z umów. Zalecenie takie jest wyłącznie możliwe w przypadkach, gdy mamy do czynienia z wysokim poziomem kompetencji merytorycznej sądów.

Odnosząc się do kwestii dostępu do wymiaru sprawiedliwości, w kontekście proponowanych przez E. Posnera założeń należy zauważyć, że ryzyka wynikające

¹⁹ Por. R.H. Coase, *The Problem of Social Cost*, „Journal of Law and Economics” 1960, t. 3, s. 1.

z niestabilności orzecznictwa mają także wymiar dyskryminujący. Faktu tego wydaje się nie doceniać propozycja E. Posnera. Dyskryminacja ta wynika możliwości dywersyfikowania ryzyka przez podmioty, która to możliwość jest bardziej dostępna dla podmiotów dużych. Tworzy to sytuację, w której podmioty duże, tworzące oddziały lub prowadzące działalność w kilku obszarach mogą w lepszy sposób uodpornić się na specyficzne cechy systemu prawnego. Oczywiście, odpowiedzią na potrzeby mniejszych podmiotów wcale nie musi być reforma prawa cywilnego czy sądownictwa, może ona polegać na stworzeniu przyjaznego środowiska dla mniejszych uczestników obrotu. Niemniej jednak, powyższe rozważania ukazują istotną rolę sądów i ich organizacji dla kosztów transakcyjnych umów, a tym samym, w zasadniczy sposób wpływają na ich efektywność.

Ze względu na powyższe rozważania dochodzę do wniosku, że przyjęcie założeń proponowanych przez E. Posnera nie prowadzi do eliminacji zachowań oportunistycznych. Przeciwnie, dla zawartych umów zwiększa się zachęta do ich niewykonania. Ponadto, rażąca niekompetencja może powstrzymać stronę umowy przed tzw. efektywnym niewykonywaniem zobowiązania, które z ekonomicznego punktu widzenia jest pożądane²⁰. Na etapie przedkontraktowym natomiast nieracjonalne jest przypuszczanie, że przyjęcie proponowanych założeń nie wpłynie na zachowania stron, takie jak oddanie ewentualnych sporów pod rozstrzygnięcie innego podmiotu niż sąd.

Pomimo powyższych rozważań należy przyznać, że poza zakresem rozważań jest kwestia różnic pomiędzy kulturami prawnymi, która po dokładnym uwzględnieniu mogłaby doprowadzić do uznania, że pogląd E. Posnera zachowuje aktualność na gruncie systemów prawa anglosaskiego, podczas gdy nie jest prawdziwy na gruncie prawa polskiego. Dopuszczenie takie może wynikać z dwóch przyczyn. Pierwszą jest, wskazywana przez E. Posnera wybieralność sędziów, która uwypukla sprawność polityczną kandydata, nie zaś kompetencje merytoryczne. Drugą przyczyną jest praktyka projektowania umów w sposób o wiele bardziej szczegółowych niż w tradycji Europy kontynentalnej.

Bibliografia

- Ames J.B., *Two Theories of Consideration. II. Bilateral Contracts*, „Harvard Law Review” 1899.
 Bajari P., Tadelis S., *Incentives versus transaction costs: A theory of procurement contracts*, „RAND Journal of Economics” 2001, t. 32, nr 3.
 Chen-Wishart M., *A Bird in the Hand: Consideration and Contract Modifications*, „Contract Formation and Parties” 2010.
 Ciuckowska-Leszczewicz K., *Spółka cicha jako typ spółki cywilnej? Rozważania na gruncie prawa Polski, Austrii, Niemiec i Francji*, „Studia Prawnoustrojowe” 2014, t. 24.

²⁰ Szerzej: S. Shavell, *Damage Measures for Breach of Contract*, „The Bell Journal of Economics” 1980, t. 11, nr 2, s. 466.

- Coase R.H., *The Problem of Social Cost*, „Journal of Law and Economics” 1960, t. 3.
- Golecki M.J., *Między pewnością a efektywnością: marginalizm instytucjonalny wobec prawotwórczego stosowania prawa*, Warszawa 2011.
- Guthrie C., Rachlinski J.J., Wistrich A.J., *Inside the Judicial Mind*, „Cornell L. Rev.” 2000, t. 86.
- Posner E.A., *A Theory of Contract Law Under Conditions of Radical Judicial Error*, „Northwestern University Law Review” 2000, t. 94, nr 3.
- Posner R.A., *Wealth Maximization Revisited*, „Notre Dame JL Ethics & Pub. Pol’y” 1985, t. 2.
- Shavell S., *Damage Measures for Breach of Contract*, „The Bell Journal of Economics” 1980, t. 11, nr 2.
- Sitek B., *Przyjaźń (amicitia) jako wyznacznik rozstrzygnięć w prawie rzymskim na tle współczesnych rozwiązań* [w:] *Bezpieczeństwo informacji państwa i biznesu*, M. Sitek, I. Niedziółka, A. Ukleja (red.), Józefów 2014.
- Zhou Q., *The Evolution of Efficiency Principle: From Utilitarianism to Wealth Maximization*, „SSRN eLibrary” 2005.

Streszczenie

Efektywność prawa umów leży w centrum zainteresowania stron umowy, w szczególności w przypadku umów pomiędzy profesjonalistami. Pomimo tego, literatura prawa rzadko odnosi się do efektywności jako kategorii prawnej. Organizacja i funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości wpływa na koszty transakcyjne stosunków umownych. Ten wpływ można podzielić na dwie szerokie kategorie, wpływ niestabilności lub rozbieżności w orzecznictwie i wpływ dostępu do wymiaru sprawiedliwości. Powszechnie uznaje się, że stabilność orzecznictwa wpływa pozytywnie na dostęp do wymiaru sprawiedliwości poprzez zmniejszanie pobudek do wytaczania powództw. Odmienne poglądy proponuje E. Posner w eksperymencie myślowym, w którym rażąco niekompetentne sądy mają mimo wszystko prowadzić do wykonania umowy przez strony – poprzez wywołanie w stronach umowy niechęci do procesu. W niniejszym tekście przeprowadzono polemikę z powyższym poglądem kwestionując zarówno jego założenia jak i jego wiarygodność w stosunku do obserwacji rzeczywistości.

Słowa kluczowe: prawo umów, koszty transakcyjne, efektywność, sądownictwo

Effectiveness of Contract Law. Role of the Judiciary

Summary

Effectiveness of every contract lies in the center of interest of the parties, especially in contracts between professional entrepreneurs. Despite this law in books rarely acknowledges effectiveness as a category. Organization and functioning of the judiciary has influence on the transaction costs of contracts. This influence can be divided into two broad categories, the influence of instability or divergence of court decisions, and the influence of access to justice. It is generally concluded, that stability of court decisions influences access to justice as it minimizes incentives for disputes. A different view is proposed by E. Posner in his thought experiment, in which radically incompetent courts still compel contractual parties to perform – mainly by deterring them from using the judicial system. This paper discusses the validity of this thought experiment by questioning its assumptions and its ability to explain empirical observations.

Keywords: contract law, transaction cost, effectiveness, judiciary