



Recenzja rozprawy doktorskiej mgr. Przemysława Mogielka
„Układ w postępowaniu restrukturyzacyjnym na tle ekonomicznej
analizy prawa”

Podstawą wydania niniejszej recenzji jest uchwała z dnia 29 maja 2023r. Rady Dyscypliny Nauki Prawne Uniwersytetu Gdańskiego. Przewód doktorski jest prowadzony na podstawie ustawy z dnia 14 marca 2003 r. o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1789 z późn. zm.), na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 3 lipca 2018 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (Dz. U. poz. 1669 z późn. zm.).

1. Ocena wyboru tematu pracy

Przedmiotem pracy jest układ w postępowaniu restrukturyzacyjnym na tle ekonomicznej analizy prawa.

We Wstępie Doktorant wskazał, że „Inspiracją do napisania niniejszej pracy doktorskiej były obserwacje praktyki stosowania prawa insolwencyjnego (prawa o niewypłacalności) znowelizowanego ustawą z dnia 15 maja 2015 r. Prawo restrukturyzacyjne z perspektywy doradcy restrukturyzacyjnego.”.

W pracy Autor stara się udzielić odpowiedzi na pytanie, czy nowa regulacja jest bardziej efektywna niż regulacje zawarte w Prawie upadłościowym i naprawczym, która zastąpiła dwa akty prawne z 1934 r.: rozporządzenie Prezydenta Prawo upadłościowe i Prawo o postępowaniu układowem. Ocenę efektywności reformy prawa insolwencyjnego Autor przeprowadził poprzez podstawienie określonego (tego samego) stanu faktycznego pod normę prawną

obowiązującą w danym historycznym stanie prawnym i w ten sposób ustalił, w którym z tych reżimów prawnych dojdzie do zawarcia układu i dlaczego.

Tak sformułowany cel badawczy wpisuje recenzowaną monografię w nurt badań naukowych, które zmierzają do zidentyfikowania i analizy warunków skuteczności prawa restrukturyzacyjnego. Prawo upadłościowe¹ i Prawo restrukturyzacyjne² niezbyt często są przedmiotami badań naukowych, zmierzających do dokonania ich oceny z punktu widzenia realizacji celów, jakie ustawodawca postawił przed postępowaniem upadłościowym i przed postępowaniem restrukturyzacyjnym (co prawda, Autor, we Wstępie wskazał, że badania takie podejmowane są dość często, ale ta różnica poglądów być może jest wynikiem różnicy oczekiwań). W ocenie Recenzenta, dla rozwoju nauki prawa upadłościowego i restrukturyzacyjnego, a ponadto dla prac legislacyjnych w tym obszarze, niezwykle istotne wydaje się udzielenie odpowiedzi na pytanie, na ile przyjęte przez ustawodawcę rozwiązania normatywne w zakresie regulacji przebiegu postępowania upadłościowego i postępowania restrukturyzacyjnego pozwalają na realizację podstawowych celów tych postępowań. Nie ulega bowiem wątpliwości, że pełne poznanie określonej regulacji prawnej wymaga również zbadania zdolności tej regulacji do osiągnięcia założonych celów.

Pierwotnie, w określonym zakresie badania dotyczące skuteczności prawa upadłościowego były prowadzone w obrębie nauk ekonomicznych. Zostały one zapoczątkowane w 2004 r. w Kolegium Nauk o Przedsiębiorstwie Szkoły Głównej Handlowej w Warszawie. Ich wyniki zostały przedstawione w czterech monografiach: „Ekonomiczne aspekty upadłości przedsiębiorstw w Polsce” pod redakcją E. Mączyńskiej³, „Zagrożenie upadłością” pod redakcją prof. K. Kucińskiego i E. Mączyńskiej⁴, „Bankructwa przedsiębiorstw. Wybrane aspekty instytucjonalne” pod redakcją E. Mączyńskiej⁵ oraz „Meandry upadłości przedsiębiorstw. Klęska czy druga szansa” pod redakcją E. Mączyńskiej⁶. Badania te, aczkolwiek bardzo istotne dla rozwoju nauk ekonomicznych, nie opierały się w sposób dostateczny na dogmatycznej analizie obowiązującej regulacji normatywnej. W konsekwencji, nie mogły one przyczynić się do lepszego poznania mechanizmów i zależności pomiędzy

¹ Ustawa z 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 498 ze zm.) – dalej p.u.

² Ustawa z 15.05.2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 814) – dalej p.r.

³ E. Mączyńska (red.), *Ekonomiczne aspekty upadłości przedsiębiorstw w Polsce*, Warszawa 2005.

⁴ E. Mączyńska (red.), K. Kuciński (red.), *Zagrożenie upadłością*, Warszawa 2005.

⁵ E. Mączyńska (red.), *Bankructwa przedsiębiorstw. Wybrane aspekty instytucjonalne*, Warszawa 2014.

⁶ E. Mączyńska (red.), *Meandry upadłości przedsiębiorstw*, Warszawa 2009; zob. również: E. Mączyńska (red.), *Bankructwa, upadłości i procesy naprawcze przedsiębiorstw. Wybrane aspekty regulacyjne*, Warszawa 2015; E. Mączyńska, S. Morawska, *Efektywność procedur upadłościowych. Bankructwa przedsiębiorstw, katharsis i nowa szansa*, Warszawa 2015; E. Mączyńska, (red.), *Cykle życia i bankructwa przedsiębiorstw*, Warszawa 2010; E. Mączyńska, Z. Messner (red.), *Zagrożenia w działalności gospodarczej a prawo bilansowe*, Warszawa 2010; E. Mączyńska (red.), *Zagrożenie upadłością*, Materiały i Prace IFGN, t. XCIII, Warszawa 2005.

treścią obowiązujących przepisów prawa upadłościowego i naprawczego a jego zdolnością do wywołania pożądaných przez ustawodawcę skutków.

Następnie, badania skuteczności prawa restrukturyzacyjnego i prawa upadłościowego były prowadzone przez pracowników Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego w ramach Projektu ACURIA – *'Assessing Courts' Undertaking of Restructuring and Insolvency Actions: best practices, blockages and ways of improvement* (Ocena działalności sądów w postępowaniach restrukturyzacyjnych i upadłościowych: najlepsze praktyki, bariery i sposoby poprawy). Projekt ACURIA jest programem badawczym realizowanym przez cztery państwa europejskie, tj. Holandię (Universiteit Maastricht), Polskę (Uniwersytet Gdański), Portugalię (Centro de Estudos Sociais w Coimbrze) oraz Włochy (Universita degli Studi di Firenze). Celem projektu finansowanego przez Komisję Europejską było określenie, w oparciu o badania teoretyczne i przede wszystkim empiryczne, czynników usprawniających oraz blokujących przeprowadzenie efektywnych postępowań upadłościowych i restrukturyzacyjnych. Realizacja tego przedsięwzięcia wymagała, obok analizy owych czynników, ich usystematyzowania i umiejscowienia w systemie prawa, a następnie wskazania rozwiązań zarówno usuwających zidentyfikowane bariery, jak i wzmacniających dobre praktyki w tym obszarze postępowań sądowych. Prawnoporównawczy punkt odniesienia dla przedmiotowych kwestii, obejmujący porządki prawne czterech państw Unii Europejskiej, zapewniła współpraca naukowców Uniwersytetu Gdańskiego z przedstawicielami uczelni Holandii, Portugalii i Włoch. W ramach prowadzonych badań dokonano analizy akt spraw sądowych Sądu Rejonowego Gdańsk – Północ w Gdańsku oraz Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy w Warszawie. Badaniu poddano łącznie 243 sprawy upadłościowe i restrukturyzacyjne, które zostały prawomocnie zakończone w okresie od 1.01.2012 r. do 31.12.2016 r. Akta były badane m.in. pod kątem struktury organizacyjnej dłużnika oraz wierzycieli, rodzaju postępowania (postępowanie o charakterze upadłości likwidacyjnej lub układowej) i jego wyniku, wysokości i rodzaju uznanych wierzytelności, składników majątku dłużnika stanowiących masę upadłości, czasu trwania postępowania, środków zabezpieczających, środków odwoławczych, stopnia zaspokojenia wierzycieli oraz kosztów postępowania. Z badania wyłączone zostały postępowania dotyczące jednoosobowych przedsiębiorców oraz upadłości konsumenckie. Wyniki badań zostały zaprezentowane w opracowaniu Joanny Kruczałak-Jankowskiej, Anny Machnikowskiej oraz Moniki Maśnickiej „Działalność sądów w postępowaniach restrukturyzacyjnych i

upadłościowych: bariery funkcjonowania i instrumenty poprawy systemu upadłościowego w Polsce”⁷.

Kolejna publikacja (Postępowanie restrukturyzacyjne w praktyce sądów powszechnych autorstwa A. Hrycaj, B. Sierakowski, P. Filipiak) prezentowała wyniki badań przeprowadzonych przez Autorów w ramach projektu realizowanego na zlecenie Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości w okresie od października 2019 r. do marca 2020 r. Problemem badawczym będącym przedmiotem projektu było zbadanie zależności pomiędzy określonym kształtem regulacji prawa restrukturyzacyjnego oraz praktyką stosowania tego prawa a stopniem realizacji celów założonych przez ustawodawcę i wyrażonych w uzasadnieniu projektu ustawy – Prawo restrukturyzacyjne.

Jednak, jak do tej pory nie były prowadzone żadne prace badawcze, które dokonywałyby oceny efektywności różnych stanów prawnych poprzez przeprowadzenie symulacji przebiegu postępowania opartego na tym samym stanie faktycznym. W żadnych badaniach dotyczących polskiego prawa restrukturyzacyjnego i upadłościowego nie wykorzystano też teorii gier. Nie poszukiwano również odpowiedzi na pytanie jaki jest stopień efektywności regulacji ustawowych w sensie Pareto (efekt, w którym sytuacja przynajmniej jednego podmiotu się poprawi, a niczyja sytuacja się nie pogorszy) lub efektywności Kaldora-Hicksa (stan, w którym korzyść zyskujących przewyższy stratę drugiej strony, a jednocześnie zyskujący dokonają rekompensaty stronie, która stratę poniosła).

Badania przeprowadzone przez Doktoranta, których efektem jest recenzowana monografia wpisując się w nurt badający „prawo w działaniu”. W mojej ocenie, dopiero badania „prawa w działaniu” pozwalają na dokonanie realnej analizy badanej instytucji i są znakomitą płaszczyzną do obserwacji jak omawiane regulacje normatywne działają w praktyce, w tym do właściwego zidentyfikowania istniejących dysfunkcji. W istocie rzeczy, dopiero takie badanie powinno być podstawą do konstruowania postulatów *de lege ferenda*. W przeciwnym wypadku prowadzone badania niezmiennie ogniskują w sferze ocen, przypuszczeń i domysłów na temat tego jak w rzeczywistości funkcjonuje badana instytucja.

W konsekwencji, wybór przedmiotu badań i wybór tematu recenzowanej monografii należy ocenić zdecydowanie pozytywnie.

2. Metoda badawcza

⁷ J. Kruczałak-Jankowska, A. Machnikowska, M. Maśnicka, *Działalność sądów w postępowaniach restrukturyzacyjnych i upadłościowych: bariery funkcjonowania i instrumenty poprawy systemu upadłościowego w Polsce*, Warszawa 2019.

Zastosowana w rozprawie metoda badawcza jest metodą z zakresu ekonomicznej analizy prawa. Autor zaproponował wykorzystanie do analizy prawa dotyczącego niewypłacalności precyzyjnych (matematycznych i statystycznych) narzędzi ekonomicznej analizy prawa w celu ustalenia, czy ustawodawca zrealizował swoje zamierzenie ustawodawcze określone w uzasadnieniu projektu ustawy Prawo restrukturyzacyjne. Przy użyciu narzędzi teorii gier Doktorant badał sytuacje strategiczne, które występują pomiędzy graczami w skali mikro (dłużnik i wierzyciele, wierzyciele pomiędzy sobą nawzajem) oraz w skali makro, gdzie graczem jest „architekt” systemu insolwencyjnego – ustawodawca, który „rozgrywa grę” z adresatem normy prawa insolwencyjnego. W rozprawie Autor skupił się na tzw. grach kooperacyjnych, zauważając, że teoria gier zajmuje się między innymi sytuacją podejmowania uchwały w ramach organów kolegialnych. Jest to gra, w której każdy uczestnik dysponuje pewną ilością głosów zależną od wysokości jego wiarygodności, co wyraża się ułamkiem $w(i)$. Suma wszystkich udziałów wynosi W . Do przyjęcia każdej wiążącej uchwały potrzebna jest większość głosów - A (określona ustawą). Koalicja, która łącznie zbierze A głosów, zdecyduje o przyjęciu albo odrzuceniu każdej uchwały. Jest to tzw. koalicja wygrywająca (wyplata 1). Koalicja, która nie ma większości, jest koalicją przegrywającą i przypisuje się jej wyplata 0. Gry takie nazywa się w teorii gier ważonymi grami większości. Proces tworzenia się koalicji wskazuje, kiedy dołączenie danego gracza do koalicji powoduje, że dana grupa staje się koalicją wygrywającą. Taki gracz staje się tzw. graczem decydującym. W rozprawie autor bada, czy ustawodawca ukształtował instytucję układu w postępowaniu restrukturyzacyjnym w taki sposób, aby strony wybierały strategie kooperacyjne. Autor postawił słuszną tezę, zgodnie z którą ustawodawca racjonalny powinien stworzyć taki system prawa upadłościowego i restrukturyzacyjnego, żeby skłaniać strony postępowania do zawarcia układu, pod warunkiem że będzie to rozwiązanie najbardziej efektywne.

W pełni należy podzielić pogląd Doktoranta, który wskazał, że przy interpretacji prawa, zwłaszcza odnosząc się do wykładni funkcjonalnej czy systemowej, stosujący prawo powinien mieć na uwadze funkcje, dla których normy te zostały stworzone oraz otoczenie ekonomiczne danej normy prawnej. To oznacza, że prawo handlowe, w szczególności prawo upadłościowe i restrukturyzacyjne, może być i powinno być tworzone oraz stosowane (interpretowane) z zastosowaniem instrumentów analizy ekonomicznej.

W pracy Autor zastosował również metodę dogmatyczno-prawną co w pełni jest uzasadnione zakresem i celem prowadzonych badań. Autor dokonał porównania kilku stanów prawnych, trafnie identyfikując podobieństwa i różnice.

Zakres wykorzystanej literatury i orzecznictwa nie budzi wątpliwości. Autor czerpie z bogato przywoływanej literatury przedmiotu, podając analizie i krytyce poglądy wyrażane w doktrynie. Niekiedy jednak Autor zbyt obszernie cytuje pozycje innych autorów, w sposób, który nie zawsze wydaje się być uzasadniony, a niekiedy zaburza lekturę pracy (ten wątek zostanie poruszony również w dalszej części recenzji).

3. Struktura pracy

Układ recenzowanej rozprawy doktorskiej jest prawidłowy. Rozprawa oprócz wstępu i wniosków końcowych składa się z sześciu rozdziałów.

W rozdziale I pt. „Ekonomiczna analiza prawa upadłościowego i restrukturyzacyjnego” opisane zostały zagadnienia ogólne ekonomicznej analizy prawa oraz zagadnienia szczegółowe dotyczące teorii niewypłacalności korporacyjnej.

W rozdziale II „Teoria gier” przedstawiono problematykę niekooperacyjnej i kooperacyjnej teorii gier, a także dokonano analizy sprawiedliwego podziału sumy uzyskanej w układzie. W tym rozdziale omówiono również zagadnienia dotyczące zawiązania koalicji w przedmiocie przyjęcia układu, podział w tamach tzw. gier w upadłości oraz rozwiązania punktowe gier w głosowanie.

Rozdział III zatytułowany „Układ w systemie prawa insolwencyjnego” jest najobszerniejszym rozdziałem pracy. Zawiera analizę zmian stanu prawnego w zakresie regulacji dotyczących otwarcia postępowania układowego/restrukturyzacyjnego, przyjęcia, zatwierdzenia, wykonywania lub zmiany bądź uchylecia układu.

Rozdział IV pt. „Analiza regulacji prawnych dotyczących układu z wykorzystaniem kooperacyjnej teorii gier” zawiera opis przygotowanego przypadku, który następnie został podstawiony pod różne, przedstawione wcześniej w rozdziale III stany prawne. W tym rozdziale Doktorant dokonał analizy możliwości zawarcia układu na podstawie przepisów Prawa restrukturyzacyjnego, Prawa upadłościowego i naprawczego oraz Prawa o postępowaniu układowem. Dalej, Autor dokonał analizy przygotowanego przypadku z zastosowaniem instrumentów teorii gier, analizy przypadku względem ustalenia indywidualnej i zbiorowej siły głosu oraz analizy sprawiedliwego podziału sumy uzyskanej w układzie.

Rozdział V zatytułowany „Symulacja zgromadzenia wierzycieli” obejmuje przedstawienie wyników symulacji zawartych układów oraz przedstawia skutki regulacji dla wierzycieli z dokonaniem podziału na graczy dyktatorów, graczy bez siły, graczy weto oraz graczy niezerowych.

W rozdziale VI pt. „Statystyki spraw upadłościowych, naprawczych i restrukturyzacyjnych za okres 2005-2022” zostały omówione dane statystyczne zgromadzone i udostępnione przez Ministerstwo Sprawiedliwości.

Struktura pracy jest logiczna i spójna. Autor w pierwszej kolejności przedstawia ogólne kwestie dotyczące teorii gier oraz układu, następnie przeprowadza badanie przypadku, po czym wyniki tego badania potwierdza przeprowadzonymi symulacjami. Przyjęta struktura pracy powoduje, że prowadzony wywód naukowy jest konsekwentny i przejrzysty.

4. Tezy pracy

W rozprawie autor bada, czy ustawodawca ukształtował instytucję układu w postępowaniu restrukturyzacyjnym w taki sposób, aby strony wybierały strategie kooperacyjne. Doktorant słusznie zauważył we Wstępie, że ustawodawca racjonalny powinien stworzyć taki system prawa upadłościowego i restrukturyzacyjnego, żeby skłaniać strony postępowania do zawarcia układu, pod warunkiem że będzie to rozwiązanie najbardziej efektywne.

Doktorant wskazał również, że ocena ekonomicznej efektywności regulacji opiera się w ogólności na ustaleniu pod rządami, której regulacji prawa restrukturyzacyjnego dojdzie do zawarcia układu. Regulacja bardziej efektywna to taka, która pozwala przyjąć układ w większej ilości przypadków (s. 288). Jest to pewne założenie, które stanowi główną oś pracy determinując charakter i zakres prowadzonych badań. Ciekawe byłby jednak postawienie pytania, czy wbrew dość prostym założeniom ustawodawcy faktycznie jest tak, że tym do czego powinno dążyć prawo restrukturyzacyjne powinno być umożliwianie zawierania jak największej liczby układów. Być może w niektórych przypadkach lepsza jest szybka i efektywna upadłość niż wątpliwej stabilności układ, który może nie zostać wykonany.

W ramach określonego problemu badawczego Doktorant sformułował następujące hipotezy badawcze:

1) reguły prawne, zawarte w przepisach prawa insolwencyjnego, realizują preferencje ustawodawcy co do układu jako centralnej instytucji prawa o niewypłacalności, a ogłoszenie upadłości stanowi wyłącznie tzw. ultima ratio,

2) efektywność przyjętych regulacji w Prawie restrukturyzacyjnym w przedmiocie zawierania układu jest zróżnicowana,

3) najbardziej efektywnym systemem głosownia w ramach zgromadzenia wierzycieli jest tzw. tryb ogólny przewidziany w art. 119 ust. 1, 2 i 3 p.r.

5. Analiza merytoryczna pracy wraz z uwagami krytycznymi i polemicznymi.

Dalsze wywody będą prowadzone chronologicznie, w odniesieniu do kolejnych rozdziałów. Niektóre uwagi, które nasunęły się przy lekturze określonego fragmentu są jednak aktualne dla całej pracy.

W rozdziale pierwszym Autor bardzo ciekawie, aczkolwiek zwięźle, przedstawia behawioralne podejście do ekonomicznej analizy prawa, które zakłada badanie tego jakie jest realne, a nie hipotetyczne zachowanie jednostki w odpowiedzi na normę prawną. Doktorant trafnie zauważa, że odejście od racjonalności (ograniczona racjonalność) wynika przede wszystkim z błędów w ocenie określonego zjawiska (co jest konsekwencją dewiacji od modelu racjonalnych oczekiwań oraz przewidywania Bayese'owego) oraz z błędów decyzyjnych (jako implikacji błędów funkcji użyteczności). Trochę szkoda, że Autor nie rozwinął tego fragmentu pracy. Nie jest to oczywiście zarzut dotyczący struktury pracy, gdyż ta – jak wyżej wskazano – jest w pełni prawidłowa i uzasadniona głównym tematem badań Doktoranta. Jest to jedynie wyraz głębokiego przekonania Recenzenta, że akurat w odniesieniu do prawa upadłościowego i restrukturyzacyjnego w sposób szczególnych należałoby uwzględnić podejście behawioralne. Z jednej strony, występują lub mogą występować istotne błędy w ocenie wynikające najczęściej z braku wystarczającego zasobu informacji. Z drugiej strony, w sprawach upadłościowych i restrukturyzacyjnych pojawia się dość istotny ładunek emocjonalny, który może prowadzić do podejmowania decyzji błędnych z punktu widzenia ich racjonalności dla ekonomicznej użyteczności. W tym kontekście ciekawa jest uwaga Autora, który podkreślił, że 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 prawne, żeby prowadziły do określonych wyborów (decyzji), które będą najlepsze z punktu widzenia dobrobytu społecznego. To jest bardzo ciekawy punkt wyjścia dla dalszych badań, które powinny poszukiwać odpowiedzi na pytanie w jaki sposób ukształtować system prawny, aby minimalizować czynniki, które wpływają na ograniczenie racjonalności jednostek.

W dalszej części pracy Autor również wskazuje na modele ekonomiczne badania upadłości i restrukturyzacji, które zakładają, że strony procesów upadłościowych i restrukturyzacyjnych nie posiadają kompletnej i doskonałej informacji (s. 56, 80).

Dalej, Autor wskazuje na tzw. błąd filtrowania, który skutkuje tym, że zarząd przedsiębiorstw, których sytuacja finansowa uzasadniałaby ogłoszenie upadłości likwidacyjnej, mimo wszystko próbuje restrukturyzować firmę. W takim modelu dochodzi do zbyt dużej częstotliwości ogłaszania restrukturyzacji. To jest bardzo ciekawe spostrzeżenie, które jednakże wymagałoby rozwinięcia. Autor w swoich badaniach koncentruje się na zweryfikowaniu efektywności postępowań restrukturyzacyjnych w kontekście tego, czy regulacje dotyczące tych postępowań pozwalają na zawieranie układu. W zasadzie poza głównym nurtem badań Doktoranta pozostaje to czy zawarte układy zostaną wykonane i czy są one faktycznie ekonomicznie bardziej opłacalne niż udział w podziale sumy uzyskanej z likwidacji majątku dłużnika. Może się bowiem okazać, że fakt, że system prawny pozwala na zawarcie układu w dużej liczbie przypadków nie będzie zaletą tego systemu ale jego wadą.

Doceniam uwagę Autora poczynioną niejako na marginesie głównych rozważań (s. 42, przypis 86), który wskazał, że upadłość przedsiębiorców, którzy prowadzą działalność gospodarczą jako osoby fizyczne zbliża się z punktu widzenia ekonomicznego do upadłości konsumenckiej. Co więcej, wydaje się, że to zbliżenie ma charakter nie tylko ekonomiczny ale również społeczny i psychologiczny. To z kolei pozwala postawić pytanie o prawidłowość modelu, który jest ukształtowany w polskim prawie polegającego na podziale systemu na upadłość przedsiębiorców i upadłość konsumentów.

W rozdziale drugim Doktorant bardzo interesująco przedstawia tzw. dylemat więźnia, wskazując, że przed podobnym dylematem stają dłużnik oraz wierzyciel, decydując w sytuacji niewypłacalności o tym, czy ogłosić upadłość, czy też złożyć wniosek o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego. W trakcie postępowania restrukturyzacyjnego wierzyciel może nie zgodzić się na zawarcie układu, który zakłada, np. niepełne zaspokojenie wierzyciela. Powyższe może doprowadzić do upadłości, w trakcie której wierzyciel może zostać potencjalnie zaspokojony w mniejszym stopniu niż gdyby zawarł układ z dłużnikiem (s. 70). Podobnie jak wcześniej, również w tym przypadku Autor trafnie zauważa, że w ramach postępowań insolwencyjnych uczestnicy postępowania nie posiadają doskonałej, pełnej informacji na temat gry oraz pozostałych graczy. W praktyce zatem nie będą występować gry z doskonałą informacją. Mimo że przepisy prawa insolwencyjnego nakładają obowiązki informacyjne na dłużnika (upadłego) oraz pozasądowe organy postępowania – poprzez tzw. obowiązek sprawozdawczy, to jednak najczęściej dla wierzycieli będzie to wiedza niekompletna. Z drugiej strony dłużnik nie posiada informacji na temat wierzycieli, co do ich strategii, a zatem w grze rozgrywanej przez dłużnika z wierzycielami będzie zachodziła sytuacja tzw. gry z asymetryczną informacją. To jest bardzo istotna teza, którą, w mojej ocenie

Autor za słabo wyeksponował. Tak jak wskazałam wyżej jest to teza, która powinna być punktem wyjścia do dalszych badań i jednocześnie powinna stać się istotnym elementem rozważań dotyczących ewentualnych dalszych nowelizacji prawa restrukturyzacyjnego. Wydaje się bowiem, że obecnie w ramach rozwoju prawa restrukturyzacyjnego należy poszukiwać rozwiązań, które będą sprzyjały większej komunikacji dłużnika i wierzycieli oraz wzajemnej komunikacji wierzycieli, a także będą wymuszały przepływ informacji pomiędzy wszystkimi interesariuszami postępowania. Obecny model postępowania jest zbyt bardzo podmiotowy, a zbyt mało relacyjny. Nie ma wystarczająco motywujących rozwiązań, które zachęcałyby, albo wręcz wymuszały komunikację dłużnika i wierzycieli. Jest to w sposób szczególny widoczne w postępowaniu o zatwierdzenie układu z obwieszczeniem o ustaleniu dnia układowego. Bardzo często w ramach tych postępowań dłużnik nie podejmuje żadnej komunikacji z wierzycielami, dokonuje obwieszczenia i pod koniec okresu ochronnego przedstawia wierzycielom propozycje układowe, które nie były z wierzycielami konsultowane. Praktyka orzecznicza pokazuje następnie, że często układu nie są przyjmowane przez wierzycieli, którzy podkreślają brak komunikacji z dłużnikiem. Co ciekawe, niekiedy mimo nieosiągnięcia większości dłużnik składa do sądu wnioski o zatwierdzenie układu. Taka, niewłaściwa praktyka może też zaburzać ocenę danych statystycznych.

Nie jest prawdą, że w ramach przepisów Prawa restrukturyzacyjnego brak jest instytucji spis inwentarza. Poza tym, że występuje ona w postępowaniu sanacyjnym (co słusznie zauważył Autor, s. 115) to występuje również w postępowaniu układowym (art. 274, 275 p.r.).

Nie jestem zwolennikiem używania określenia „prawo insolwencyjne”. Mam pełną świadomość, że zwrot ten coraz bardziej rozpowszechnia się w polskiej literaturze, z zupełnie niezrozumiałych względów zastępując polskie określenie „prawo o niewypłacalności” (którego Doktorant zresztą również używa – s. 123 – decydując się jednak na określenie systemu obejmującego prawo upadłościowe i restrukturyzacyjne mianem systemu insolwencyjnego).

Bardzo interesujące są rozważania Doktoranta dotyczące charakteru prawnego układu. Rozważania te doprowadziły Doktoranta do wniosku, że układ jest złożonym aktem prawnym najbardziej zbliżonym do uchwały. Teza ta pozwoliła na zastosowanie w dalszych badaniach narzędzi kooperacyjnej teorii gier.

Bardzo ciekawe, twórcze i pouczające jest spostrzeżenie Doktoranta o grze rozgrywanej w skali makro przez ustawodawcę. To rolą ustawodawcy jest określenie kto jest inicjatorem gry oraz kto w grze ma uprawnienia gracza (k. 186). Architekt systemu czyli ustawodawca ma również kompetencje w zakresie określania reguł gry, które wpłyną na strategię innych graczy. Zdecydowanie rację ma Doktorant kiedy twierdzi, że decyzja architekta systemu, co do zmiany

pozytywnego lub negatywnego katalogu podmiotów (dłużników), które będą posiadać przymiot gracza powinna być poprzedzona szerokimi badaniami, na temat możliwych skutków dla zachowania pozostałych graczy, która można przewidywać na podstawie teorii gier.

Dość słabo uargumentowana jest teza (s. 203), zgodnie z którą analiza praktyki stosowania prawa skłania do wniosku, że cel zniechęcania dłużnika do wszczynania postępowań na podstawie tzw. strategicznej (rzekomej) niewypłacalności nie został w pełni osiągnięty. To jest zresztą dość ciekawe i bardzo złożone zagadnienie. Okazuje się bowiem, że w praktyce zupełnie nie są spotykane przypadki rzekomej niewypłacalności w odniesieniu do postępowań sądowych, tj. przyspieszonego postępowania układowego, postępowania układowego lub postępowania sanacyjnego. Być może (aczkolwiek jest to tylko przypuszczenie nie poparte badaniami) jest to wynikiem obawy przed uruchomieniem procedury sądowej, która oznacza pewną machinę procesową, z której przedsiębiorca nie może w łatwy sposób zrezygnować. Interesujące jest natomiast zbadanie w jakim stopniu występują przypadki rzekomej niewypłacalności w przypadku postępowania pozasądowego tj. postępowania o zatwierdzenie układu. Wydaje się jednak, że w tym przypadku nie tyle będzie to kwestia przesłanek ile kwestia prawidłowego badania tych przesłanek przez uprawniony do tego organ, który we wstępnej fazie postępowania jest doradca restrukturyzacyjny.

Doktorant postawił ciekawą, aczkolwiek kontrowersyjną tezę, zgodnie z którą w żadnej z analizowanych regulacji nie występowało uzależnienie treści propozycji układowych od wpływu wierzyciela na zawarcie układu, co, zdaniem Doktoranta, należy ocenić krytycznie (s. 263). Wydaje się, że takie proste ujęcie problemu nie byłoby właściwe. Jednak dalsza lektura pracy wskazuje, że Doktorant wyczuwa złożoność problematyki. Wierzyciel, którego głos jest głosem decydującym o zawarciu układu może bowiem doprowadzić do zawarcia układu i w ten sposób zapewnić pozostałym wierzycielom zaspokojenie na poziomie potencjalnie wyższym niż otrzymaliby w upadłości. Być może więc ten wierzyciel powinien otrzymać pewną rekompensatę lub dodatkowe wynagrodzenie adekwatne do jego strategicznej pozycji. Gdyby propozycje układowe, a ostatecznie układ były formą negocjacji pomiędzy wierzycielami, taki gracz o istotnej pozycji z całą pewnością wykorzystywałby swoją pozycję jako argument przemawiający za przyznaniem mu korzystniejszych propozycji. Jednak propozycje układowe nie powstają w drodze negocjacji. Do tego, na samą treść propozycji układowych też trzeba spojrzeć szerzej. Wierzyciele mogą bowiem otrzymać tyle samo ile otrzymaliby w przypadku likwidacji masy upadłości albo mogą otrzymać co prawda więcej ale w dłuższym okresie czasu, co dla niektórych z nich będzie zupełnie nieatrakcyjne. Taka sytuacja również w ramach negocjacji nie dawałaby wierzycielom dominującym jakiegokolwiek

przewagi negocjacyjnej i nie uzasadniałaby przyznania dla nich korzystniejszych propozycji układowych.

Uwaga na s. 325, zgodnie z którą niezmienną zasadą w historycznych systemach insolwencyjnych było uznanie, że wyciąg ze spisu (listy) wierzytelności, łącznie z wypisem prawomocnego postanowienia zatwierdzającego układ stanowi tytuł egzekucyjny przeciwko dłużnikowi oraz dającemu zabezpieczenie powinna zostać uzupełniona o stwierdzenie, że chodzi o wyciąg z zatwierzonego spisu lub listy. W przypadku postępowania o zatwierdzenie układu, w którym wyciąg ze spisu nie jest zatwierdzany nie jest on tytułem egzekucyjnym.

Rozdział IV i V zawierają najciekawsze, z punktu widzenia tematu pracy, rozważania.

W rozdziale IV Doktorant przeprowadził analizę wybranych przepisów Prawa restrukturyzacyjnego w zakresie procedury zawierania układu na tle konkretnego przypadku (case study). Analizą objęty został Dłużnik, w stosunku do którego zostało otwarte postępowanie restrukturyzacyjne w postaci przyspieszonego postępowania układowego, w Sądzie Rejonowym w X. Dane wierzycieli i dłużnika zostały zanonimizowane. Do założeń analizy należało:

- 1) liczba wierzycieli i wysokość ich wierzytelności,
- 2) wartość majątku dłużnika w razie ogłoszenia upadłości,
- 3) wartość przedsiębiorstwa dłużnika przy założeniu powodzenia restrukturyzacji oraz kontynuowania działalności przez okres wykonywania układu (wartość przedsiębiorstwa obliczona metodą DCF – z ang. Discounted Cashflows),
- 4) propozycje układowe,
- 5) oddane głosy na zgromadzeniu wierzycieli (pisemnie i ustnie).

Celem analizy było ustalenie, jakie ułatwienia bądź ograniczenia występują przy zawieraniu układu w zależności od konkretnej regulacji prawnej, a tym samym udzielenie odpowiedzi na pytanie:

- 1) Czy w danym stanie prawnym, tj. pod rządami Prawa restrukturyzacyjnego, Prawa upadłościowego i naprawczego oraz Prawa o postępowaniu układowym, doszłoby do zawarcia układu?
- 2) Jeżeli nie dojdzie do zawarcia układu, ustalenie co stanowiło przesłankę negatywną jego niezawarcia?

W tym rozdziale Doktorant wraca do wyrażonej wcześniej tezy, zgodnie z którą nie jest właściwe oderwanie treści propozycji układowych od tego, który z wierzycieli miał największy wpływ na zawarcie układu (s. 437). Doktorant wskazał, że w ramach Prawa restrukturyzacyjnego (tylko w ramach tej procedury doszło do zawarcia układu) dwóch

wierzycieli miało największy wpływ na zawarcie układu (1 i 3). Natomiast zgodnie z propozycjami układowymi wierzyciele ci otrzymali jedynie 50% w ramach propozycji układowych. Wierzyciele z grupy III, którzy nie mieli żadnego wpływu na zawarcie układu otrzymali 100% swojej wierzytelności w okresie 12 miesięcy. Wierzyciele, którzy głosowali przeciwko układowi lub nie głosowali wcale (z grupy 1,2 i 3) otrzymują część przysługującą im w ramach układu mimo, że gdyby ich postawa doprowadziła do niezawarcia układu mogliby liczyć jedynie na udział w ramach podziału masy upadłości, tj. na 15,96%, zamiast 100% w 3 grupie i 50% w 1 i 2 grupie. Pewna słabość tej analizy polega na tym, że jest ona dokonywana przy założeniu trafności dokonania wyceny majątku dłużnika przez nadzorcę sądowego. Jest to jeden z istotniejszych problemów, które poza postępowaniami restrukturyzacyjnymi występują również w sprawach dotyczących odpowiedzialności członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością za zobowiązania spółki. Chodzi mianowicie o brak wystarczająco jasnych kryteriów dokonywania wyceny majątku dłużnika na potrzeby dokonywania symulacji zaspokojenia w potencjalnym postępowaniu upadłościowym. Powoduje to, że dokonana wycena obarczona jest dużym ryzykiem niepewności, co zdecydowanie nie ułatwia wierzycielom podjęcia decyzji. Tym samym wracamy do zasygnalizowanego na początku niniejszej recenzji problemu niepewności i braku wystarczających informacji potrzebnych graczom dla wybrania właściwej strategii. Wydaje się więc, że – jak już to zostało zasygnalizowane wcześniej – zarówno w pracach legislacyjnych jak i w stosowaniu prawa należałoby przyłożyć dużą wagę do rozwiązań wymuszających mediację, wymianę informacji, negocjacje itd.

W analizie przeprowadzonej przez Doktoranta oraz w skonstruowanych wnioskach brakuje odniesienia do opłacalności propozycji układowych w kontekście czasu otrzymania zapłaty. Sformułowanie, że wierzyciele głosujący za układem uchronili pozostałych przez znacznie niższymi wypłatami powinno uwzględniać nie tylko kwestię kosztu pieniądza w czasie ale również subiektywne potrzeby danych wierzycieli. Niewykluczone, że dla wierzyciela 15% wartości wierzytelności otrzymane dziś może mieć zasadnicze znaczenie, a spłaty pięcioletniej wierzyciel może nie dotrwać. Niezależnie jednak od tej uwagi, jak już wyżej wskazano, teza Doktoranta o powinności zróżnicowania wypłaty w zależności od przyczynienia się do wygranej jest interesująca i wymaga dalszych dyskusji.

W pełni zgadzam się z tezą, zgodnie z którą regulacje prawne przyjęte w ramach Prawa restrukturyzacyjnego nie zabezpieczają w sposób wystarczający tego, aby zawierany układ spełniał wymogi racjonalności indywidualnej oraz racjonalności zbiorowej. Uważam przy tym, że zbyt mało wagi poświęca się relacjom pomiędzy uczestnikami postępowania/graczami, a

zbyt dużo indywidualnej ochronie partykularnych interesów poszczególnych graczy lub koalicji graczy.

Jako znakomite oceniam rozważania przeprowadzone w rozdziale V. Takich badań do tej pory w polskiej nauce nie przeprowadzono. Wyniki badań potwierdzają tezy postawione w rozdziale IV.

Tezy te zostały również potwierdzone analizą danych statystycznych (rozdział VI).

Za zdecydowanie trafne uważam stwierdzenia Autora zawarte na s. 448. Autor wskazał, że skłonność wierzyciela do wzięcia udziału w głosowaniu jest odzwierciedleniem aktywności danego wierzyciela w postępowaniu. Na skłonność wierzyciela do wzięcia udziału w zgromadzeniu wierzycieli wpływ mają:

- sytuacja prawna wierzyciela – ustawodawca, tworząc mechanizmy dla skutecznego wpływania wierzyciela na treść układu, może stworzyć zachęty do aktywnego udziału w ramach procesu restrukturyzacyjnego,
- informacja – praktyka wykazuje, że świadomość prawna w zakresie Prawa restrukturyzacyjnego wśród wierzycieli nawet kwalifikowanych (takich, jak banki czy zakłady ubezpieczeń) nie jest znaczna, choć stale rośnie,
- zaangażowanie dłużnika w proces restrukturyzacji, w szczególności poprzez prowadzone negocjacje czy wspólne (wraz z wierzycielami) ustalanie propozycji układowych.

Uważam, że te tezy są absolutnie kluczowym elementem rozprawy. Informacja i wspólne zaangażowanie dłużnika i wierzycieli w rozwiązanie problemu niewypłacalności lub zagrożenia niewypłacalnością dłużnika to kluczowe elementy powodzenia procesu restrukturyzacji.

Ogólna uwaga krytyczna dotycząca warstwy formalnej pracy sprowadza się do zarzutu zbyt dużej liczby przypisów i zbyt dużej ich objętości. Przykładowo, na s. 184 Autor zawarł zdanie: „Cechą charakterystyczną, która odróżnia układ od umowy, jest to, że może być zawarty wyłącznie w określonym postępowaniu sądowym – restrukturyzacyjnym lub upadłościowym.”. Jest to stwierdzenie dość oczywiste, które nie wymaga specjalnego dowodzenia. Do tego zdania został stworzony przypis, w którym wskazano blisko 30 pozycji źródłowych, z czego wiele z nich dotyczy tematów dość odległych od układu. Nie jest to potrzebne, a zdecydowanie utrudnia lekturę pracy. Przed publikacją pracy warto więc dokonać rewizji przypisów. Podobny przykład obszernego, zbędnego, a wręcz niezrozumiałego przypisu jest na s. 193 (przypis 640).

Wnioski

Recenzowana rozprawa doktorska jest opracowaniem znakomitym, niebywale kreatywnym i nowatorskim, interesującym i wartościowym. Prezentuje wysoką ogólną wiedzę teoretyczną kandydata w dyscyplinie nauk prawnych oraz umiejętność samodzielnego prowadzenia pracy naukowej. Jej przedmiotem jest oryginalne rozwiązanie problemu naukowego. Doktorant wykazał się umiejętnością wyraźnego wskazania problemu, wskazania hipotez badawczych, które poddał weryfikacji oraz przedstawił rozwiązanie problemu przez jasne wskazanie udowodnionych tez wraz z ich uzasadnieniem. Recenzowana rozprawa doktorska nie jest powieleniem dotychczasowych rozważań na temat efektywności postępowania restrukturyzacyjnego, ale ma charakter nowatorski. Zastosowanie elementów ekonomicznej analizy prawa, w szczególności teorii gier do badania efektywności prawa stanowi otwarcie nowego rozdziału w badaniach prawa restrukturyzacyjnego i upadłościowego. Recenzowana praca doktorska nie jest więc jedną z wielu rozpraw, które co roku są składane w ramach przewodów doktorskich, ale jest istotną nowością, która – miejmy nadzieję – zapoczątkuje nowy nurt w badaniach prawa o niewypłacalności.

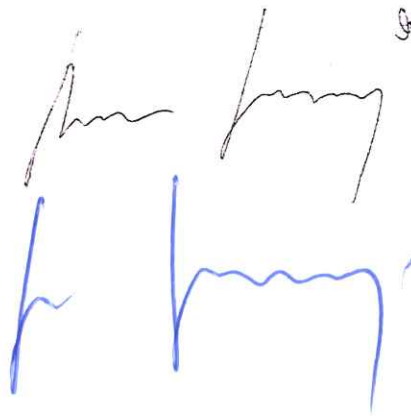
Autor prezentuje odpowiedni warsztat naukowy, sprawnie posługuje się przyjętymi metodami badawczymi. Jasno i syntetycznie wyraża poglądy, które z reguły wyczerpująco uzasadnia. Rozważania prowadzone w poszczególnych rozdziałach są spójne, logicznie uporządkowane i kompletne. Przyjęte przez Autora tezy są w większości trafne, szeroko uargumentowane i stanowią wynik wszechstronnej i wnikliwej analizy badanego zjawiska. Rozmiar przeprowadzonych badań, ich szczegółowość oraz trafne i precyzyjne ujęcie problemów badawczych, a także obszerne wykorzystanie dorobku literatury i orzecznictwa (w zakresie w jakim to było możliwe) budzą uznanie.

Przedstawione wyżej w treści recenzji uwagi mają w zdecydowanej większości charakter polemiczny bądź techniczny i w niczym nie umniejszają zdecydowanie pozytywnej oceny rozprawy. Uwagi zmierzają wręcz do rozwinięcia dyskusji i wyprowadzenia dyskursu naukowego poza ramy znakomicie przygotowane przez Doktoranta.

W konsekwencji, należy stwierdzić, że rozprawa doktorska Pana Przemysława Mogielki stanowi oryginalne rozwiązanie problemu naukowego, wykazuje ogólną wiedzę teoretyczną Doktoranta w zakresie prawa oraz jego umiejętność samodzielnego

prowadzenia pracy naukowej, a tym samym odpowiada ona warunkom określonym w art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 14 marca 2003r. o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki⁸ (tj. Dz. U. z 2017, poz. 1789).

Wnoszę również o podjęcie uchwały o wyróżnieniu rozprawy doktorskiej Pana Przemysława Mogielki. Nowatorski charakter badań, logika i uporządkowanie wywodu, kreatywność i zdecydowanie twórcze spojrzenie na badany przedmiot zasługują na najwyższe uznanie, którego realnym substratem powinno być wyróżnienie recenzowanej rozprawy w sposób, który umożliwi Doktorantowi ubieganie się o nagrody w trybie określonym w art. 32 ustawa z dnia 14 marca 2003 r. o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1789 z późn. zm.).



⁸ Przepisy te mają zastosowanie na mocy art. 179 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 3 lipca 2018 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (Dz. U. 2018, poz. 1669).