

nr 02[2]
12.2015

ISSN 2450-1956

CENA 50 zł

DORADCA restrukturyzacyjny

CZASOPISMO KRAJOWEJ IZBY SYNDYKÓW
PRZY WSPÓŁPRACY Z INSTYTUTEM
ALLERHANDA



W numerze m.in.:

Trzy spojrzenia na wniosek restrukturyzacyjny:

- Łukasz Lipowicz, sędzia Sądu Rejonowego Poznań - Stare Miasto
- Łukasz Grenda, syndyk licencjonowany
- Marcin Kubiczek, biegły sądowy.

Przepisy intertemporalne w Prawie Restrukturyzacyjnym – Zbigniew Miczek, sędzia Sądu Rejonowego w Tarnowie.



Słowo od dziekana

Nowe czasopismo, nowe prawo i nowa Izba – rok nowości!

Bardzo jest miło dostać coś nowego, coś, czego jeszcze nikt nie rozpakował, nie wyciągnął z fabrycznego pudełka i nie używał. Jest wtedy dreszczyk emocji wywołany nowością, ale i zawahanie nad zaufaniem do sprawdzonych wcześniej rzeczy i rozwiązań.

Dokładnie tak się czuję w końcówce roku, w której to otaczają nas, praktyków prawa restrukturyzacyjnego i upadłościowego, liczne nowości. Chciałem znów użyć sformułowania „branża upadłościowa”, ale dziekan Kolegium Nauk o Przedsiębiorstwie SGH dr hab. Roman Sobiecki delikatnie mi ostatnio zasugerował, że nie ma czegoś takiego jak „branża upadłościowa” i trudno mu w tej kwestii nie przyznać racji. Wycofuję się zatem z tego sformułowania, dziękując Panu Dziekanowi za cenną wskazówkę.

Nasze środowisko staje przed wyzwaniem polegającym na profesjonalnym świadczeniu usług doradztwa restrukturyzacyjnego. Będziemy na łamach naszego czasopisma i podczas organizowanych przez Izbę szkoleń starać się definiować, na czym ów profesjonalny charakter nowych usług winien polegać.

Powiew nowości, a w zasadzie silny jej wiatr czuć było również podczas listopadowej dwudniowej konferencji VII Polskiego Kongresu Prawa Upadłościowego i Naprawczego – INSO 2015. Jak zwykle profesjonalnie zorganizowana, największa w Polsce naukowo-praktyczna debata na temat prawa restrukturyzacyjnego i upadłościowego pokazała po raz kolejny, na co stać Instytut Allerhanda. Była ona poświęcona nowym rozwiązaniom prawa restrukturyzacyjnego, które to będziemy wyciągać z pudełek tuż po noworocznym szampanie. Konferencja doczekała się swojego „klasyka”, czyli osoby, do której nawiązywało wielu mówców. „Klasyk” mówił o usługowym charakterze instytucji restrukturyzacyjnych oraz o konieczności stosowania tychże instytucji zgodnie z celami, w jakich zostały powołane. Kto był – wie o kim mowa, kto nie był – niech żałuje i zgaduje.

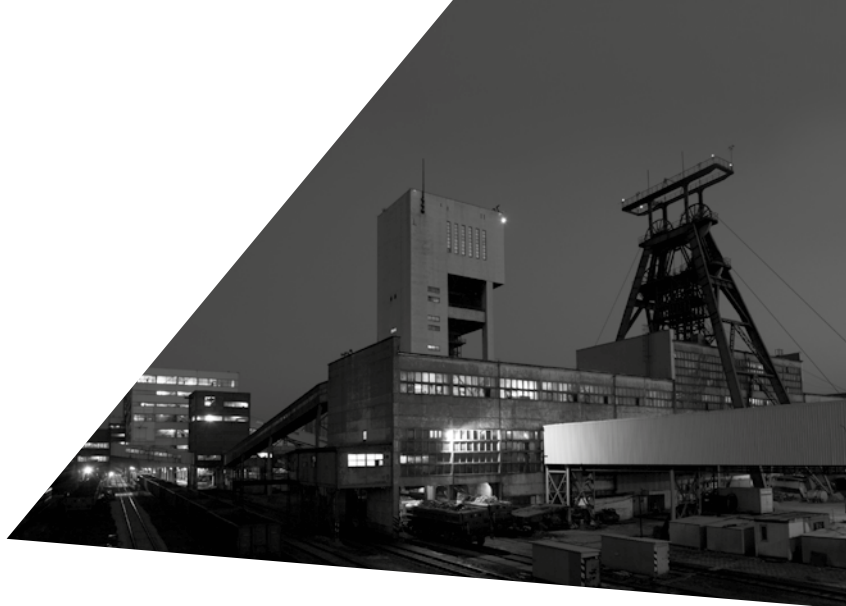
Kończąc „słowo od dziekana”, życzę wszystkim Koleżankom i Kolegom oraz Czytelnikom dobrych świąt Bożego Narodzenia i szampańskiej noworocznej zabawy, bo te miłe chwile na szczęście już się zbliżają. Życzę wielu wspaniałych świątecznych prezentów oraz realizacji postanowień noworocznych, w tym w sposób szczególny tych, które dotyczą sfery zawodowej.

Jerzy Sławek, dziekan Krajowej Izby Syndyków

DORADCA restrukturyzacyjny

CZASOPISMO KRAJOWEJ IZBY SYNDYKÓW
PRZY WSPÓŁPRACY Z INSTYTUTEM ALLERHANDA

nr 02[2] ■ 12.2015



W tym numerze:

Słowo od dziekana	2
Łukasz Lipowicz: Analiza wniosku restrukturyzacyjnego przez sąd – próba określenia przyszłej praktyki sądowej	4
Łukasz Grenda: Wniosek restrukturyzacyjny	11
Marcin Kubiczek, Bartosz Sokół: Przesłanki prowadzenia postępowania restrukturyzacyjnego w świetle jego celu	22
Jarosław Horobiowski: Kluczowe osiągnięcia nowelizacji	32
Rafał Adamus: Upadłość a odpowiedzialność posiłkowa za grzywnę i zobowiązanie do wydania korzyści (art. 24 § 1 i 5 k.k.s.)	39
Zbigniew Miczek: Przepisy intertemporalne w Prawie restrukturyzacyjnym	43
Piotr Zimmerman, Wiktor Danielak: Obowiązkowe ubezpieczenie OC syndyka	48
Paulina Koczwara, Bartosz Groele: Odpowiedzialność prokurenta w prawie upadłościowym	55
Tomasz Rogala: Restrukturyzacja sektora górnictwa węgla a nowe prawo restrukturyzacyjne	62
Rafał Adamus: Materialnoprawne i proceduralne zagadnienia dotyczące wyłączenia składników mienia z masy upadłości	68
Agnieszka Cybulska, Tomasz Biel: Metoda wyceny majątku przedsiębiorcy w kontekście nowego brzmienia przesłanki niewypłacalności wynikającej z nadmiernego zadłużenia	71

WYDAWCA:
Krajowa Izba Syndyków
ul. Elektoralna 12a/94
00-139 Warszawa
KRS 0000348299
NIP 522-29-43-414

REDAKTOR NACZELNY: Mateusz Bienioszek
SIEDZIBA REDAKCJI:
Okręgowa Izba Syndyków w Krakowie
ul. PCK 10/7, 40-057 Katowice
tel. +48 32 323 14 09
e-mail: ois.krakow@izbasyndykow.pl

PROJEKT I DRUK:
INFOMAX
E. Marasik-Bielejec & G. Bielejec Sp. j.
ul. Porcelanowa 11c, 40-246 Katowice
tel. +48 32 258 16 45
www.grupainfomax.com

Nakład: 1000 szt.

Analiza wniosku restrukturyzacyjnego przez sąd – próba określenia przyszłej praktyki sądowej

Stosownie do art. 7 ust. 1 Ustawy z 15 maja 2015 r. Prawo restrukturyzacyjne², o ile ustawa ta nie stanowi inaczej, postępowanie restrukturyzacyjne wszczyna się na wniosek restrukturyzacyjny złożony przez dłużnika³. Utrzymana zatem została obowiązująca na gruncie Ustawy z 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze⁴ zasada, że postępowanie upadłościowe, a od 1 stycznia 2016 r. również postępowania restrukturyzacyjne mają charakter postępowań tylko i wyłącznie wnioskowych, wobec czego niedopuszczalne jest ich wszczęcie z urzędu przez sąd. Poza tym postępowania te mogą być wszczynane wyłącznie na skutek wniosku zawierającego żądanie wydania przez sąd pozytywnego orzeczenia. Wyłącznym, przewidzianym przez ustawodawcę celem złożenia wniosku restrukturyzacyjnego jest doprowadzenie do otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego⁵, co w konsekwencji skutkuje niedopuszczalnością tzw. negatywnych wniosków, których treścią jest żądanie oddalenia wniosku o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego czy o zatwierdzenie układu. Jak już wskazano, wyłącznie postępowanie sanacyjne może zostać wszczęte także na wniosek wierzyciela, w związku z czym może być to również tylko i wyłącznie wniosek zawierający żądanie wydania przez sąd pozytywnego orzeczenia w jego przedmiocie. Niedopuszczalne będzie zatem, by w razie złożenia przez dłużnika wniosku o otwarcie postępowania sanacyjnego jego wierzyciel mógł uczestniczyć w tym postępowaniu poprzez złożenie wniosku zawierającego żądanie oddale-

nia wniosku restrukturyzacyjnego dłużnika. Natomiast jest oczywiste, że w razie złożenia wniosku restrukturyzacyjnego (o otwarciu postępowania sanacyjnego) przez wierzyciela dłużnik może domagać się jego oddalenia.

Stąd też, podobnie jak w dotychczasowym stanie prawnym, jako niezwykle doniosła jawi się rola wniosku, w oparciu o który – co do zasady, jak należy przewidywać – najczęściej jednak to dłużnik będzie domagał się wszczęcia postępowania restrukturyzacyjnego⁶.

WNIOSEK RESTRUKTURYZACYJNY

Przez wniosek restrukturyzacyjny należy rozumieć wniosek o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego oraz wnioski o zatwierdzenie układu przyjętego w postępowaniu o zatwierdzenie układu (art. 7 ust. 2 PrRest)⁷. Rodzaje/typy postępowań restrukturyzacyjnych ustawodawca określił w art. 2 PrRest, wskazując w nim, że restrukturyzację przeprowadza się w następujących postępowaniach restrukturyzacyjnych:

- 1) postępowaniu o zatwierdzenie układu;
- 2) przyspieszonym postępowaniu układowym;
- 3) postępowaniu układowym;
- 4) postępowaniu sanacyjnemu.

Każdorazowo to do sądu restrukturyzacyjnego⁸ należeć będzie ocena zasadności wniosku (art. 14 ust. 1 PrRest).

¹ Sędzia Sądu Rejonowego Poznań – Stare Miasto w Poznaniu, członek Sekcji Prawa Upadłościowego Instytutu Allerhanda.

² Dz. U. 2015, poz. 978; dalej jako PrRest.

³ Stosownie do art. 283 ust. 1 i 2 PrRest wniosek o otwarcie postępowania sanacyjnego w stosunku do niewypłacalnej osoby prawnej może zgłosić również kurator ustanowiony na podstawie art. 26 ust. 1 Ustawy z 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym, a także wierzyciel osobisty.

⁴ T.j. Dz. U. 2015, poz. 233 ze zm.; dalej jako PrUpN.

⁵ Wspólną cechą wszystkich postępowań restrukturyzacyjnych jest dokonywana w ich ramach restrukturyzacja w drodze zawarcia układu.

⁶ Wprawdzie w przypadku złożenia przez wierzyciela wniosku o otwarcie postępowania sanacyjnego, stosownie do art. 284 ust. 4 PrRest, nie musi on spełniać szeregu wymogów formalnych, jakie PrRest stawia w przypadku złożenia przedmiotowego wniosku przez dłużnika, to jednakże nie należy przypuszczać, że częstymi sytuacjami będą te, gdy wniosek taki składany będzie przez wierzyciela, wbrew woli dłużnika.

⁷ O ile w publikowanym artykule nie będzie się odróżniać wniosku restrukturyzacyjnego od wniosku o zatwierdzenie układu, to pod pojęciem wniosku restrukturyzacyjnego należy rozumieć wniosek o wszczęcie każdego rodzaju postępowania restrukturyzacyjnego, czyli w rozumieniu przyjętym w art. 7 ust. 2 PrRest.

⁸ Dalej jako „sąd”.

Będzie ona poprzedzać podjęcie decyzji co do tego, czy postępowanie takie w stosunku do konkretnego dłużnika otworzyć, czy też wydać w tym przedmiocie postanowienie negatywne. Sąd, podejmując decyzję w tym zakresie, związany będzie treścią art. 8 ust. 1 PrRest, który nakazuje w przypadku każdego postępowania restrukturyzacyjnego wydanie postanowienia odmawiającego jego otwarcia, jeżeli skutkiem tego byłoby pokrzywdzenie wierzycieli. Dodatkowo, poza wskazaną negatywną przesłanką otwarcia każdego postępowania restrukturyzacyjnego, sąd zobowiązany będzie również, w oparciu o art. 8 ust. 2 PrRest, odmówić otwarcia postępowania układowego lub sanacyjnego także wówczas, jeżeli nie została uprawdopodobniona zdolność dłużnika do bieżącego zaspokajania kosztów postępowania i zobowiązań powstałych po jego otwarciu⁹.

ANALIZA WNIOSKU RESTRUKTURYZACYJNEGO PRZEZ SĄD

Celem publikowanego artykułu nie jest, z uwagi na obszerność zagadnienia, omówienie procedury związanej z prowadzeniem postępowania w przedmiocie rozpoznania wniosku restrukturyzacyjnego, tym bardziej, że sprowadzałyby się to w istocie do czynienia jedynie pewnych przewidywań odnośnie do tego, jak może kształtować się praktyka sądów restrukturyzacyjnych w tym zakresie, a ta z pewnością będzie się krystalizować z upływem czasu, wraz z rozpoznawaniem przez nie kolejnych wniosków restrukturyzacyjnych i nabywaniem doświadczenia w tym zakresie.

Zamiarem autora była jedynie próba zastanowienia się, w jaki sposób i na ile szczegółowo sądy będą przeprowadzały analizę i ocenę przyszłych wniosków restrukturyzacyjnych, a przede wszystkim, jakie ich elementy w praktyce sądowej mogą okazać się istotne z punktu widzenia organów orzeczniczych zaangażowanych w postępowanie restrukturyzacyjne. W moim przekonaniu, przynajmniej na początkowym etapie obowiązywania ustawy PrRest sądy będą posługiwały się w tym zakresie – co całkowicie rozumiałe – praktyką wypracowaną przez ponad dziesięcioletni okres obowiązywania Prawa upadłościowego i naprawczego. Niemniej jednak z uwagi na znaczne odmienności, jakie PrRest wprowadza w odniesieniu do przepisów regulujących czynności, które poprzedzać będą wydanie orzeczenia w przedmiocie złożonego wniosku restrukturyzacyjnego, a także różnice w zakresie samej konstrukcji postę-

powania poprzedzającego otwarcie zasadniczego/właściwego postępowania restrukturyzacyjnego, wymagać to będzie zastosowania nowego podejścia w spojrzeniu przez sąd na wniosek restrukturyzacyjny.

WNIOSEK O ZATWIERDZENIE UKŁADU

Owa konieczność zastosowania przez sądy nowego podejścia w badaniu wniosków w mniejszym stopniu powinna dotyczyć postępowania przeprowadzanego na skutek złożenia wniosku o zatwierdzenie układu. W moim przekonaniu, można tutaj zakładać daleko idący, choć nie bezrefleksyjny, automatyzm sądów restrukturyzacyjnych w wydawaniu postanowień w przedmiocie zatwierdzenia układu, skoro znaczna część tego postępowania ma charakter postępowania pozasądowego. Nie ulega wątpliwości, iż takie jego ukształtowanie nie było przypadkowe i wynikało ze świadomej decyzji ustawodawcy, by to wierzycielom powierzyć decydujący, właściwie wyłączny wpływ na przebieg i wynik tego postępowania, który jedynie finalnie poddano kontroli sądu. Ingerencja sądu w bieg tego postępowania została ograniczona do minimum. Należy mieć na uwadze także krótki termin, jaki ustawodawca zostawił sądowi na podjęcie decyzji w tym przedmiocie (art. 223 ust. 1 puin). Można zatem zasadnie przewidywać, że w przypadku wniosków o zatwierdzenie układu podstawą do odmowy jego zatwierdzenia przez sąd będzie w przeważającej mierze ustalenie określonych nieprawidłowości przy właściwej i charakterystycznej dla tego postępowania pozasądowej procedurze związanej z przeprowadzeniem głosowania nad układem¹⁰.

Sądy, analizując odnośne wnioski, winny jednak badać¹¹ prawidłowość ustalenia wyniku głosowania i to nawet pomimo tego, że – zgodnie z art. 220 pkt 2 PrRest – składane wraz z wnioskiem o zatwierdzenie układu sprawozdanie nadzorca układu ma zawierać ocenę zgodności z prawem przebiegu samodzielnego zbierania głosów wraz ze wskazaniem innych okoliczności, które mogą mieć wpływ na zatwierdzenie układu¹². Można jednak bronić w tym zakresie poglądu, że skoro ustawodawca nałożył na nadzorcę układu taki obowiązek, to rzeczą sądu jest wyłącznie sprawdzenie, czy dołączone do wniosku restrukturyzacyjnego sprawozdanie nadzorca układu zawiera element wskazany w art. 220 pkt 2 PrRest, choć w świetle wymogu z art. 219 ust. 2 pkt 1 PrRest uznać

¹⁰ Co do charakteru prawnego układu por. Ł. Szuster, *Skutki układu w postępowaniu upadłościowym*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 1-14.

¹¹ Poza samym sprawdzeniem, czy dany wniosek spełnia określone w ustawie wymogi formalne opisane w art. 219-220 PrRest w zw. z art. 223 ust. 1-3 PrRest.

¹² Skoro na kwestię zatwierdzenia układu bez wątpienia wpływa okoliczność opisana przez ustawodawcę w art. 8 ust. 1 PrRest, to wydaje się, że nadzorca układu w sprawozdaniu winien poczynić określone uwagi w tym zakresie.

⁹ Dłużnik może zmniejszyć ryzyko zastosowania przez sąd regulacji art. 285 ust. 2 PrRest, uiszczając zaliczkę określoną w art. 267 PrRest (w przypadku postępowania układowego) oraz w art. 285 PrRest (w przypadku postępowania sanacyjnego).

należy, iż solidniejsze oparcie w przepisach znajduje jednak twierdzenie, że obowiązkiem sądu jest przeprowadzenie szczegółowego badania w tym zakresie. W innym wypadku nieuzasadniony byłby wymóg składania wraz z rzeczoną wnioskami obszernej dokumentacji, do jakiej odnosi się art. 219 ust. 2 pkt 1 PrRest. Obecnie raczej trudno przewidywać, w jakim kierunku pójdzie praktyka sądów w tym zakresie. Niemniej jednak, skoro opisywane postępowanie sądowe ma się właściwie – w jego „warstwie” sądowej – sprowadzać do zatwierdzenia układu zawieranego poza sądem, to jednak należałoby postulujeć, by sądy sprawdzały wniosek przede wszystkim pod kątem prawidłowości treści propozycji układowych (art. 219 ust. 1 pkt 2 PrRest) i poprawności ustalenia wyniku głosowania (art. 219 ust. 1 pkt 3 PrRest). Jeżeli się zważy natomiast, że do wniosku o zatwierdzenie układu obligatoryjnie należy dołączyć sprawozdanie nadzorca układu, to ze względu na liczne wymogi formalne, jakie musi ono spełniać¹³, należy dojść do wniosku, że ustawodawca nadał mu znaczną rangę w tym postępowaniu. Stąd też, jeśli się prześledzi rozliczne wymogi stawiane treści/zawartości odnośnego sprawozdania, wówczas należy dojść do wniosku o szczególnym znaczeniu przedmiotowego dokumentu. Co za tym idzie, to tutaj, poza zbadaniem przez sąd przede wszystkim dopełnienia warunków z art. 219 PrRest, w szczególności z art. 219 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz 219 ust. 2 pkt 1 PrRest, koncentrować się będzie, jak należy przewidywać, uwaga sądu. Tym bardziej, iż, jak już parokrotnie wskazywano, w treści rzeczowego sprawozdania nadzorca układu zobowiązany będzie zawrzeć oświadczenie opisane w art. 220 pkt 2 PrRest.

Oczywiście, znowu nie sposób stawiać jednoznacznej tezy co do tego, jak kształtować się będzie praktyka sądów restrukturyzacyjnych w tym względzie, niemniej jednak wydaje się, że istotne oświadczenie nadzorca układu składane w tym trybie winno zawierać chociażby skrótowe uzasadnienie jego stanowiska. Znając dotychczasową praktykę sądów w zakresie badania wniosków o ogłoszenie upadłości, wydaje się, że zasadnie można prognozować, że sądy restrukturyzacyjne – poza wymienionymi powyżej elementami – większą wagę będą przykładać do zawartej w omawianym sprawozdaniu oceny możliwości wykonania układu (art. 220 pkt 4 PrRest), a ponadto do spisu wierzytelności oraz spisu wierzytelności spornych, a to ze względu na to, że przedmiotowe postępowanie może być prowadzone wyłącznie wówczas, gdy suma wierzytelności spornych uprawnionych do głosowania nad układem nie przekracza 15% sumy wierzytelności uprawnionych do głosowania nad układem (art. 220 pkt 8 i 9 w zw. z art. 3 ust. 2 pkt 2 PrRest).

¹³ Art. 220 pkt 1-13 PrRest.

Wydaje się ponadto i to już bez przeprowadzania bliższej analizy, a przede wszystkim szeregowania przesłanek umożliwiających wydanie postanowienia zatwierdzającego układ, że odnośna przesłanka winna być badana przez sąd restrukturyzacyjny jako jedna z pierwszych¹⁴, albowiem umożliwi ona skorzystanie z tego typu postępowania restrukturyzacyjnego. Jeżeli bowiem suma spornych wierzytelności uprawnionych do głosowania nad układem przekracza 15%, wówczas jest oczywiste, że sąd nie zatwierdzi takiego układu, bezprzedmiotowe stanie się wówczas badanie przez sąd tego, czy spełniony został wymóg określony w art. 8 ust. 1 PrRest bądź czy czynności nadzorca sądowego, które doprowadziły do zawarcia układu, spełniały wymagania stawiane im przepisami PrRest¹⁵.

Jeżeli chodzi o kwestię planu restrukturyzacyjnego, który winno również zawierać sprawozdanie nadzorca układu (art. 220 pkt 16 PrRest), to pomimo tego, że – jak się wydaje – będzie to istotny składnik tegoż sprawozdania, to nie należy przewidywać, by sądy nadawały mu szczególne znaczenie. Stosownie do art. 10 ust. 1 pkt 1-10 PrRest plan restrukturyzacyjny musi zawierać szereg szczegółowych informacji dotyczących szeroko pojętej sytuacji gospodarczej dłużnika. Należy powątpiewać, w szczególności przy większym rozmiarze prowadzonej przez dłużnika działalności gospodarczej i wysokim stopniu jej skomplikowania, by sąd był w stanie przeprowadzić wnikliwą analizę, a właściwie ocenę/weryfikację informacji np. o aktualnym oraz przyszłym stanie podaży i popytu w sektorze rynku, w którym przedsiębiorstwo działa (art. 10 ust. 1 pkt 1 PrRest), czy opisu metod i źródeł finansowania, w tym wykorzystania dostępnego kapitału, sprzedaży aktywów w celu finansowania restrukturyzacji, finansowych zobowiązań udziałowców i osób trzecich, w szczególności banków lub innych kredytodawców, wielkości udzielonej i wnioskowanej pomocy publicznej oraz pomocy *de minimis* lub pomocy *de minimis* w rolnictwie lub rybołówstwie i wykazania zapotrzebowania na nią (art. 10 ust. 1 pkt 7 PrRest). Tym bardziej, jeśli się zważy na przewidziany przez ustawodawcę krótki termin na rozpoznanie wniosku o zatwierdzenie układu oraz niedopuszczalność już choćby z racji powyższego skorzystania przez sąd z dowodu z opinii biegłego. Poza tym, stosownie do art. 196 PrRest w postępowaniu restrukturyzacyjnym nie przeprowadza się dowodu z opinii biegłego, z wyjątkiem określonym w art. 93 ust. 1¹⁶.

¹⁴ Bez wątpliwa wcześniej sąd będzie musiał przesądzić m.in., czy w danej sprawie zachodzi jurysdykcja sądów polskich (art. 342 PrRest), jak również czy dany dłużnik ma w ogóle zdolność restrukturyzacyjną (art. 4 PrRest).

¹⁵ Co do hierarchizacji przesłanek w przypadku postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości na podstawie przepisów Ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze por. m.in. I. Flotyńska, Ł. Lipowicz, *Pozytywne i negatywne przesłanki ogłoszenia upadłości spółek handlowych – uwagi praktyczne* (cz.1), „Prawo spółek” 2011/6, s. 40-42.

¹⁶ Możliwość przeprowadzenia przez sąd dowodu z opinii biegłego została

Z powyższego względu wydaje się, iż można zasadnie prognozować, iż kontrola przeprowadzana przez sąd w zakresie planu restrukturyzacyjnego sprowadzać się będzie raczej do sprawdzenia, czy spełnia on określone w ustawie PrRest wymagania formalne co do jego treści, niż przybierze postać rzeczywistego badania danych przedstawionych w tymże planie. Niemniej jednak za uzasadniony można uznać pogląd, że autorem powyższego planu jest przecież – zgodnie z art. 220 pkt 16 PrRest – nadzorca układu. Stosownie zaś do art. 25 ust. 1 PrRest nadzorca i zarządca odpowiadają za szkodę wyrządzoną na skutek nienależytego wykonywania obowiązków¹⁷. Stąd też należy oczekiwać, że odnośne plany będą pomimo tego sporządzane w sposób prawidłowy, obrazujący rzeczywistą i projektowaną kondycję gospodarczą danego dłużnika¹⁸. Nie ulega, przynajmniej w mojej ocenie, żadnej wątpliwości, że zważywszy na sygnalizowany już krótki czas dany sądowi na podjęcie decyzji odnośnie do zatwierdzenia układu i wyeliminowanie możliwości oparcia się na dowodzie z opinii biegłego, plan restrukturyzacyjny sporządzany przez nadzorcę układu nie będzie spełniał szczególnie doniosłej roli w procesie podejmowania przez sąd decyzji w przedmiocie zatwierdzenia układu. Będzie on sporządzany bardziej na potrzeby samego dłużnika czy jego wierzycieli, po to, by ułatwić im podjęcie decyzji w przedmiocie głosowania za układem, stosownie do przedstawionych przez danego dłużnika propozycji układowych, czy też przeciwko układowi. Wydaje się, że z powyższego zdawał sobie sprawę sam zespół projektujący omawiane normy, skoro w uzasadnieniu do projektu ustawy Prawo restrukturyzacyjne wskazano, że znaczenie planów restrukturyzacyjnych widoczne jest m.in. przy ubieganiu się o udzielenie pomocy publicznej czy przy pozyskiwaniu dodatkowego finansowania, czy przy pozyskiwaniu strategicznych inwestorów. Autorzy projektu uchwalonej już ustawy PrRest zwracali uwagę również na to, że rola planu restrukturyzacyjnego jest bardziej istotna dla postawy wierzycieli i ich gotowości do akceptacji propozycji układowych. Na etapie sądowym natomiast znaczenie planu restrukturyzacyjnego przejawiać się będzie w możliwości późniejszej kontroli jego wykonania i dzięki temu monitorowania możliwości wykonania układu¹⁹.

Podsumowując, należy przynajmniej obecnie dojść do wniosku, że praktyka sądów restrukturyzacyjnych w zakresie rozpoznawania wniosków o zatwierdzenie układu

wyeliminowana również z postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości, albowiem możliwość taką co do zasady eliminuje art. 30a PrUpN.

¹⁷ Jak stanowi art. 23 PrRest, przez nadzorcę należy rozumieć m.in. nadzorcę układu.

¹⁸ Należy zatem mieć nadzieję, że plany te nie będą stanowiły listy pobożnych życzeń zadłużonych przedsiębiorców przepisanych bez refleksji przez doradcę restrukturyzacyjnego, jak prognozuje A. Głowacki na łamach dziennika „Rzeczpospolita”, www.4.rp.pl/Opinie/309299995-Prawo-restrukturyzacyjne-recepta-na-sukces-nowych-przepisow.html.

¹⁹ Por. zawartość pliku: Uzasadnienie do projektu Prawo restrukturyzacyjne z 9.05.2014 r. podaną zgodnie z informacją dostępną na stronie internetowej: <http://ms.gov.pl/pl/nowelizacja-prawa-upadlosciowego-i-naprawczego>.

zmierzać będzie raczej w kierunku dość odformalizowanego badania tychże wniosków, ze skoncentrowaniem się raczej na ich wymogach formalnych. Będzie to tym bardziej zasadne, że pomijając możliwe patologiczne sytuacje, których wykluczyć się nie da, sąd będzie przecież na skutek złożenia przedmiotowego wniosku dysponował już zawartym układem, stanowiącym wyraz autonomicznej woli i autonomicznej decyzji podjętej przez wierzycieli danego dłużnika. Stąd też, tak jak można zaobserwować w utrwalonej obecnie praktyce postępowań upadłościowych z możliwością zawarcia układu, nie należy raczej przewidywać daleko idącej ingerencji sądów w tym zakresie. Z pewnością pojawi się ona jedynie w sytuacjach oczywistych, łatwo dostrzegalnych i wymagających zdecydowanej interwencji, a te już obecnie należą do rzadkości²⁰.

POZOSTAŁE POSTĘPOWANIA RESTRUKTURYZACYJNE

Pozostając przy kwestii samego wniosku, który będzie inicjować postępowanie restrukturyzacyjne – w kontekście pozostałych, innych niż opisywane postępowań restrukturyzacyjnych – w mojej ocenie, jego doniosłość będzie znacznie większa niż w przypadku obecnie obowiązującego postępowania upadłościowego, a to ze względu przede wszystkim na:

- prymat postępowania restrukturyzacyjnego nad postępowaniem upadłościowym – art. 11 PrRest²¹;
- położenie nacisku na szybkość i dynamikę procedowania w przedmiocie wniosku restrukturyzacyjnego, w tym wniosku o zatwierdzenie układu przyjętego w postępowaniu o zatwierdzenie układu;
- daleko idące ograniczenia w zakresie materiału dowodowego, na jakim sąd będzie opierał swoje rozstrzygnięcie w przedmiocie wniosku restrukturyzacyjnego, w tym, na co już zwrócono uwagę powyżej, w szczególności wyeliminowanie możliwości skorzystania przez sąd z dowodu z opinii biegłego;
- utrzymanie zasady rozpoznawania wniosku na posiedzeniu niejawnym, z możliwością wyznaczenia rozprawy w przypadku wniosku o otwarcie postępowań układowego i sanacyjnego (art. 270 ust. 2 PrRest oraz art. 288 ust. 1 PrRest) z jednoczesnym zastrzeżeniem terminu instrukcyjnego w tym wypadku²²;
- całkowicie odmienne unormowanie kwestii postępowania zabezpieczającego majątek dłużnika na etapie poprzedzającym rozpoznanie wniosku o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego – w porównaniu z po-

²⁰ Jeżeli chodzi o poznański sąd upadłościowy, to przez cały okres obowiązywania ustawy PrUpN odnotowano tylko jeden taki przypadek.

²¹ Może to rodzić pokusę nadużywania tej regulacji przez dłużników, którzy w razie złożenia przez wierzyciela wniosku o ogłoszenie ich upadłości składają będą wnioski restrukturyzacyjne.

²² Marginalnie jedynie zaznaczyć trzeba, iż jego dochowanie ocenić należy jako mało realne.

stępowaniem upadłościowym w jego obecnym kształcie, jak również przy uwzględnieniu zmian, jakie znajdą w tym zakresie od 1 stycznia 2016 r.;

- wspólną cechą wszystkich postępowań restrukturyzacyjnych, która sprowadza się do tego, że dokonywana w ich ramach restrukturyzacja następuje niezmiennie poprzez zawarcie układu z wierzycielami;
- przesunięcie, a właściwie wyeliminowanie etapu „diagnozy” co do przewidywanej przez sąd opcji postępowania, stawianej obecnie w postępowaniu upadłościowym na etapie postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości (art. 14-15 PrUpN), i całkowite scedowanie decyzji w tym względzie na wierzycieli upadłego, którzy oceny tej dokonywać będą, głosując za lub przeciwko propozycjom układowym w ich powiązaniu w szczególności z planem restrukturyzacyjnym bądź wstępnym planem restrukturyzacyjnym²³;
- inny cel postępowań restrukturyzacyjnych w porównaniu z postępowaniem upadłościowym – art. 3 ust. 1 PrRest.

Przechodząc do skrótowego, siłą rzeczy, omówienia wskazanych powyżej czynników, które w moim przekonaniu rzutować będą, a przynajmniej rzutować mogą na szczególną rolę wniosków restrukturyzacyjnych, w pierwszej kolejności wskazać należy na prymat postępowania restrukturyzacyjnego nad postępowaniem upadłościowym. W związku z tym, w razie konkurencji wniosku restrukturyzacyjnego i upadłościowego, doniosłość i znaczenie pierwszego z nich jawi się w sposób nader oczywisty. Poza tym nie ulega wątpliwości, że wyraźnym zamiarem ustawodawcy było „skanalizowanie” punktu ciężkości rozpoznawania spraw dłużników zagrożonych niewypłacalnością bądź już niewypłacalnych²⁴ w postępowaniu restrukturyzacyjnym przeprowadzanym w celu uniknięcia ogłoszenia upadłości dłużnika przez umożliwienie mu restrukturyzacji²⁵. Wskazane ukształtowanie przez ustawodawcę wzajemnego stosunku obu postępowań wpływać będzie musiało na prowadzenie przez sąd takiej wykładni przepisów regulujących kwestię stosunku postępowania upadłościowego i restrukturyzacyjnego, która przemawiać będzie za preferowaniem otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego przed postępowaniem upadłościowym. W tym kontekście należy przewidywać wzrost rangi planu restrukturyzacyjnego, którego rzetelne, a przede wszystkim czytelne dla sądu sporządzenie z pewnością stanowić będzie jeden z kluczowych elementów ułatwiających sądowi podjęcie decyzji co do tego, czy otworzyć postępowanie restrukturyzacyjne²⁶.

²³ Najwyraźniej widać to w przypadku postępowania w przedmiocie zatwierdzenia układu, gdzie owa decyzja wierzycieli w zakresie propozycji układowych zapada poza postępowaniem sądowym.

²⁴ Art. 6 ust. 1 PrRest.

²⁵ Art. 3 ust. 1 PrRest.

²⁶ Wprawdzie w przypadku przyspieszonego postępowania układowego, postępowania układowego oraz postępowania sanacyjnego ustawa zezwala na złożenie dłużnikowi jedynie wstępnego planu restrukturyzacyjnego

Wprawdzie, stosownie do art. 10 ust. 2 PrRest, plan restrukturyzacyjny może być ograniczony, jeżeli z uwagi na wielkość lub charakter przedsiębiorstwa dłużnika ustalenie wszystkich informacji wymienionych w art. 10 ust. 1 PrRest nie jest możliwe albo nie jest niezbędne do dokonania oceny możliwości wykonania układu. Ograniczenie planu restrukturyzacyjnego wymaga uzasadnienia. Jednakże w razie „konkurowania” ze sobą wniosku restrukturyzacyjnego z wnioskiem upadłościowym, dla zwiększenia szans dłużnika na uwzględnienie wniosku o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego, należałoby jednak postulować, by nie rezygnował on ze złożenia planu restrukturyzacyjnego, albowiem ten z pewnością będzie bardziej wspierał zarówno jego, jak i następnie argumentację sądu za tym, by dać pierwszeństwo postępowaniu restrukturyzacyjnemu przed upadłościowym. Nie bez znaczenia w tym względzie jest także teza wskazana w uzasadnieniu do projektu ustawy Prawo restrukturyzacyjne, gdzie wyraźnie wskazano, że głównym założeniem projektu, przejętym następnie do uchwalonej ustawy, jest wprowadzenie skutecznych instrumentów pozwalających na przeprowadzenie restrukturyzacji przedsiębiorstwa dłużnika i zapobieżenie jego likwidacji²⁷. Co do zasady, od 1 stycznia 2016 r. charakter likwidacyjny ma mieć tylko i wyłącznie postępowanie upadłościowe.

Nadto, zwrócić uwagę również należy na to, że ustawodawca w przypadku postępowań restrukturyzacyjnych oczekuje zupełnie innej dynamiki ich prowadzenia przez sądy niż w przypadku postępowania upadłościowego, przynajmniej w jego dotychczasowym kształcie. W przypadku każdego z postępowań restrukturyzacyjnych ustawa PrRest wprowadza dla sądu termin na ich rozpoznanie²⁸. W przypadku postępowania o zatwierdzenie układu są to dwa tygodnie od dnia złożenia wniosku (art. 223 ust. 1 PrRest). Jeżeli chodzi o wniosek o otwarcie przyspieszonego postępowania układowego, sąd na jego rozpoznanie ma termin zaledwie tygodnia od dnia złożenia wniosku (art. 232 ust. 2 PrRest). Z kolei wniosek o otwarcie postępowań układowego oraz sanacyjnego ma być w zamiśle ustawodawcy rozpoznany w terminie dwóch tygodni od dnia złożenia wniosku, chyba że istnieje konieczność wyznaczenia rozprawy, w takim przypadku sąd rozpoznaje wniosek w terminie sześciu tygodni (art. 270 ust. 2 PrRest oraz art. 288 PrRest).

(odpowiednio art. 227 ust. 1 pkt 2 PrRest, art. 265 PrRest, art. 284 ust. 1 pkt 3 PrRest, którego minimalną zawartość określa art. 9 PrRest), to jednak w przypadku konieczności jednoczesnego rozpoznania wniosku restrukturyzacyjnego i upadłościowego korzystne dla danego dłużnika może okazać się „wzbogacenie” wstępnego planu restrukturyzacyjnego o dodatkowe elementy nieujęte w art. 9 PrRest, który to przepis wskazuje jedynie na minimalną treść wstępnego planu restrukturyzacyjnego.

²⁷ Por. zawartość pliku: Uzasadnienie do projektu Prawo restrukturyzacyjne z 9.05.2014 r. podaną zgodnie z informacją dostępną na stronie internetowej: <http://ms.gov.pl/pl/nowelizacja-prawa-upadlosciowego-i-naprawczego>.

²⁸ Ma on charakter instrukcyjny.

Ustawodawca jedynie w przypadku wniosku o otwarcie przyspieszonego postępowania układowego wskazał, iż jego rozpoznanie następuje wyłącznie na podstawie dokumentów dołączonych do wniosku (art. 232 ust. 1 PrRest), bez ich uzupełniania na dalszym etapie postępowania, bo wówczas zachowanie terminu określonego w art. 232 ust. 2 PrRest byłoby tym bardziej nierealne. Niemniej jednak, jeśli uwzględni się charakter postępowania w przedmiocie zatwierdzenia układu, którego ciężkość absolutnie przesunęła na etap pozasądowy, to można zaryzykować, przynajmniej obecnie, twierdzenie, że praktyka sądowa w odniesieniu do tego rodzaju wniosku może również zmierzać w kierunku oparcia orzeczenia sądu wyłącznie na dokumentacji dołączonej do wniosku o zatwierdzenie układu, tym bardziej, że sąd będzie zawsze dysponował w tym wypadku przegłosowanym układem. Powyższe znajduje dodatkowe potwierdzenie w tym, że – zgodnie z art. 196 PrRest – niedopuszczalne jest oparcie przez sąd orzeczenia w przedmiocie wniosku restrukturyzacyjnego na przeprowadzonym przez tenże sąd dowodzie z opinii biegłego. Kwestią otwartą pozostaje natomiast to, czy sąd ten mógłby skorzystać z opinii takiego biegłego sporządzonej w innym postępowaniu, gdyby taka opinia była pomocna dla rozpoznania danego wniosku restrukturyzacyjnego.

W przypadku postępowań układowego oraz sanacyjnego ustawodawca bez wątplenia przewidział i wyraźnie dopuścił możliwość uzupełnienia przez sąd materiału dowodowego, skoro w obu przypadkach dopuszczalne jest wyznaczenie rozprawy, co będzie uzasadnione i potrzebne wyłącznie wówczas, gdy w ocenie sądu konieczne będzie uzupełnienie materiału dowodowego ponad to, co zawierał wniosek restrukturyzacyjny.

Charakterystyczne dla regulacji wprowadzonej dla postępowań restrukturyzacyjnych jest całkowicie odmienne, w porównaniu z postępowaniem upadłościowym, unormowanie kwestii zabezpieczenia majątku dłużnika na etapie poprzedzającym rozpoznanie wniosku o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego. Jest przecież oczywiste dla wszystkich praktyków zaangażowanych obecnie w proces upadłościowy, iż przeprowadzane w jego toku postępowanie zabezpieczające²⁹, poza swą główną funkcją polegającą na ochronie majątku dłużnika przed jego uszczupleniem, spełnia równoległe funkcję równie ważną i niezwykle przydatną praktycznie dla sądów rozpoznających wnioski o ogłoszenie upadłości, a polegającą na dostarczaniu im – w drodze sprawozdań sporządzanych głównie przez tymczasowych nadzorców sądowych – informacji niezbędnych do podjęcia decyzji co do sposobu rozstrzygnięcia w postępowaniu w przedmiocie ogłoszenia upadłości. Jest

to jedna z okoliczności, która bez wątplenia będzie, a przynajmniej powinna rzutować na sposób oceny wniosków restrukturyzacyjnych, jakiej będą dokonywać już niedługo sądy. Jeżeli chodzi o postępowanie o zatwierdzenie układu, to zgodnie z art. 226 PrRest nie stosuje się w nim przepisów o zabezpieczeniu. W przypadku przyspieszonego postępowania układowego brak regulacji w zakresie postępowania zabezpieczającego, w związku z czym należy dojść do wniosku, że zabezpieczenia również się nie stosuje, co jest tym bardziej uzasadnione, jeśli uwzględni się termin wyznaczony sądowi na rozpoznanie tego wniosku. Powyższe wzmacnia zatem dodatkowo wyrażony wcześniej pogląd o kapitalnym znaczeniu przygotowania wniosków restrukturyzacyjnych dla ich pomyślnego dla wnioskodawcy, a przede wszystkim możliwie sprawnego i szybkiego rozpoznania przez sąd. Sąd nie będzie bowiem dysponował, tak jak ma to miejsce w przypadku postępowania upadłościowego, narzędziem pozwalającym mu na zweryfikowanie – w drodze sprawozdania tymczasowego nadzorczy sądowego – okoliczności powołanych przez dłużnika we wniosku o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego.

Jeżeli chodzi o postępowania układowe oraz sanacyjne, to w ich wypadku ustawodawca przewidział możliwość zabezpieczenia majątku dłużnika³⁰. Należy przewidywać, że (tak samo jak w przypadku obecnego postępowania upadłościowego) sądy będą powszechnie korzystały z tej możliwości, dochodząc w większości przypadków do wniosku o konieczności zabezpieczenia majątku dłużnika, co obecnie jest zjawiskiem powszechnym³¹. Z dużą dozą prawdopodobieństwa można założyć, że sądy będą korzystały z tej możliwości, tym bardziej, że wówczas zachodzić będą podstawy do sięgnięcia przez nie po regulacje zawarte w art. 267 oraz art. 285 PrRest, które umożliwiają umorzenie odpowiednio postępowania układowego i sanacyjnego w razie nieuiszczenia przez dłużnika zaliczki na wynagrodzenie tymczasowego nadzorczy sądowego. Jest raczej oczywiste, że unormowanie to będzie stosowane w większości przypadków. Żądanie przez sąd uiszczenia odnośnej zaliczki skutkować będzie zaś wydłużeniem czasu rozpoznania wniosku o otwarcie postępowania układowego bądź sanacyjnego. Sąd będzie bowiem czekał na jej wpływ, albowiem od tego uzależniony będzie dalszy bieg takich postępowań. W mojej ocenie, w celu wyeliminowania powyższego ryzyka czasowego dłużnik będzie mógł dołączyć do wniosku restrukturyzacyjnego dowód uiszczenia odnośnej zaliczki, przy uwzględnieniu treści art. 268 ust. 7 PrRest oraz 286 ust. 2 PrRest.

³⁰ Odpowiednio art. 268-269 oraz 286-287 PrRest.

³¹ Jak wskazuje obecna praktyka wydziałów upadłościowych, tylko w wyjątkowych wypadkach sądy nie decydowały się na zabezpieczenie majątku dłużnika na etapie postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości. Z reguły sytuacja taka miała miejsce wówczas, gdy z treści wniosku w sposób oczywisty wynikał brak podstaw do ogłoszenia upadłości danego dłużnika.

²⁹ Na etapie postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości.

Podjmując próbę zastanowienia się nad kierunkiem i sposobem badania przyszłych wniosków restrukturyzacyjnych przez sądy, uwzględniać należy sygnalizowaną już wspólną dla wszystkich postępowań restrukturyzacyjnych cechę, a mianowicie, że restrukturyzacja ma polegać na zawarciu układu z wierzycielami. Nie sposób tracić z pola widzenia również innego celu tego postępowania w porównaniu z postępowaniem upadłościowym, bardziej dolegliwym dla dłużnika, bo z reguły mającym kończyć się jego likwidacją. W istocie restrukturyzacja ma stanowić dla dłużnika szansę na uniknięcie zastosowania wobec niego likwidacyjnych, a zatem bardziej dolegliwych właśnie, procedur upadłościowych. Do tego dochodzi przesunięcie, a właściwie wyeliminowanie etapu „diagnozy” co do przewidywanej przez sąd opcji postępowania (układ czy likwidacja), stawianej obecnie w postępowaniu upadłościowym na etapie postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości (art.14-15 PrUpN), i całkowite scedowanie decyzji w tym względzie na wierzycieli upadłego, którzy oceny tej dokonywać będą, głosując za lub przeciwko propozycjom układowym w ich powiązaniu w szczególności z planem restrukturyzacyjnym bądź wstępnym planem restrukturyzacyjnym³². Stąd też skoro to w istocie wierzyciele stanowią będą dysponentów wyniku poszczególnych postępowań restrukturyzacyjnych, to przynajmniej na etapie składania wniosków restrukturyzacyjnych i następnie ich rozpoznawania przez sądy można postulować takie prowadzenie postępowania, by tymże wierzycielom umożliwić jak najszybsze w danych warunkach podjęcie decyzji co do tego, czy głosować za układem, czy przeciwko niemu. Oczywiście nie chodzi tutaj o to, by sądy bezrefleksyjnie i bez głębszej analizy otwierały postępowania restrukturyzacyjne, co nie powinno następować chociażby z uwagi na dyrektywę wyrażoną w art. 8 PrRest, ale by analiza wniosku restrukturyzacyjnego dokonywana była z uwzględnieniem celu każdego postępowania restrukturyzacyjnego, którym jest – co już wielokrotnie podnoszono – zawarcie układu. Układ zaś zawierają, co oczywiste, wierzyciele z dłużnikiem. Stroną przyszłego układu nie jest zaś sąd restrukturyzacyjny. Ten winien jedynie, w oparciu o przepisy PrRest, stworzyć jak najlepsze warunki do urzeczywistnienia celu wpisanego w art. 3 ust. 1 PrRest. Tendencja ta dała się zauważyć w praktyce sądów upadłościowych, które w razie wpływu wniosku o ogłoszenie upadłości z możliwością zawarcia układu coraz częściej decydowały się na szybkie ogłoszenie upadłości z możliwością zawarcia układu, dochodząc do słusznego skądinąd wniosku, że wstępny etap takiego postępowania, poprzedzający sporządzenie listy wierzycieli, będzie trwał na tyle długo, że umożliwi

³² Najwyraźniej widać to w przypadku postępowania w przedmiocie zatwierdzenia układu, gdzie owa decyzja wierzycieli w zakresie propozycji układowych zapada poza postępowaniem sądowym.

sędziemu-komisarzowi zweryfikowanie założeń dłużnika –wnioskodawcy, na których ten opierał przede wszystkim założenia/prognozy odnośnie do tego, jak kształtować się będzie jego sytuacja ekonomiczna. W razie gdyby odnośne założenia dłużnika nie sprawdzały się, zastosowanie znajdował art. 17 ust. 1 PrUpN.

UWAGI KOŃCOWE

Na zakończenie dotychczasowych rozważań podkreślić należy, że trudno przewidywać, jak ukształtuje się sądowa praktyka rozpoznawania wniosków restrukturyzacyjnych. Tym bardziej, że przepisy znajdujące tutaj zastosowanie stanowią istotną nowość, z którą niedługo przyjdzie się zmierzyć nie tylko sądom restrukturyzacyjnym, ale wszystkim podmiotom zaangażowanym w proces restrukturyzacyjny.

Wracając do kwestii szybkości rozpoznawania przez sąd wniosków restrukturyzacyjnych, jest rzeczą oczywistą, że szybkość prowadzenia przez sądy tego etapu postępowania, umiejętność identyfikowania i koncentrowania przez nie niezbędnego materiału dowodowego nierzadko rzutuje na treść ostatecznej decyzji sądu kończącej ten etap postępowania. W tym kontekście uwzględnić również należy wprowadzone do ustawy PrRest przepisy wskazujące na czas, w jakim sąd winien rozpoznać wniosek restrukturyzacyjny. Wprawdzie terminy te mają charakter instrukcyjny³³, niemniej jednak ich wprowadzenie do przepisów ustawy stanowi świadomy zabieg i wskazówkę ustawodawcy, nakazującą sądom szybkie i sprawne rozpoznawanie tychże wniosków. Wprawdzie naruszenie danego terminu nie rodzi negatywnych skutków procesowych, lecz wydłuża bez wątpienia postępowanie, przynajmniej w stosunku do założeń ustawodawcy i wynikających z nich oczekiwań wnioskodawców. Zaznaczyć należy, że samo obwarowanie terminami czynności sądów restrukturyzacyjnych, sądów upadłościowych czy sędziów-komisarzy z pewnością nie przyczyni się w wymierny sposób do przyspieszenia podejmowania przez nich czynności, powodując jednakże z całą pewnością – ze zrozumiałych względów – oczekiwanie uczestników postępowania, że w tych sytuacjach, w których ustawa termin instrukcyjny wprowadza, określone w nich czynności będą podejmowane w czasie do niego zbliżonym³⁴.

³³ Zostały zatem zastrzeżone wyłącznie dla sądu. Por. uzasadnienie uchwały Sądy Najwyższego z 25 czerwca 1968, sygn. akt III CZP 62/68, OSNC 1969/3/41.

³⁴ Przy obecnym obciążeniu sądów upadłościowych jest to już, jeśli nie nierealne, to ogromnie utrudnione. Przykładowo jedynie wskazać należy, że w roku 2014 r. XI Wydział Gospodarczy ds. Upadłościowych i Naprawczych Sądu Rejonowego Poznań – Stare Miasto w Poznaniu zanotował łączny wpływ 333 wniosków o ogłoszenie upadłości, ogłaszając w 2014 r. 78 upadłości. Analogiczne dane na 3 listopada 2015 r. wynoszą odpowiednio: 532 wnioski o ogłoszenie upadłości i 170 ogłoszonych upadłości.

Wniosek restrukturyzacyjny

Uwagi praktyczne – aspekty prawne

Zgodnie z art. 7 ust. 2 Prawa Restrukturyzacyjnego² pod pojęciem „wniosek restrukturyzacyjny” rozumieć należy zarówno wniosek o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego, jak i wniosek o zatwierdzenie układu przyjętego w postępowaniu o zatwierdzenie układu. Zatem już z tej definicji legalnej wynika, iż wniosek restrukturyzacyjny jest nieodzownym elementem każdego z czterech postępowań restrukturyzacyjnych uregulowanych w PrRest.

Celem publikowanego artykułu jest próba kompleksowego przedstawienia zagadnień związanych z wnioskiem restrukturyzacyjnym od strony praktycznej (okiem profesjonalnego pełnomocnika), w szczególności poprzez uwypuklenie elementów istotnych z punktu widzenia wnioskodawcy, zainteresowanego możliwie najskuteczniejszym przeprowadzeniem postępowania restrukturyzacyjnego.

Dla omówienia instytucji wniosku restrukturyzacyjnego na wstępie konieczne jest zaznajomienie czytelników z pojęciem postępowania restrukturyzacyjnego, ogólnymi zasadami, jakimi postępowanie to powinno się kierować, oraz celem, dla realizacji którego jest ono przeznaczone.

POSTĘPOWANIE RESTRUKTURYZACYJNE

Pojęcie i naczelné zasady postępowania restrukturyzacyjnego

Nie wdając się w rozważania dotyczące charakteru prawnego postępowania restrukturyzacyjnego, które

samo w sobie nie jest przedmiotem publikacji³, wystarczające będzie przyjęcie definicji, wedle której postępowanie restrukturyzacyjne stanowi jedno z czterech – uregulowanych mocą PrRest – postępowań o charakterze zbiorowym, którego celem jest uniknięcie upadłości niewypłacalnego lub zagrożonego niewypłacalnością przedsiębiorcy poprzez umożliwienie mu przeprowadzenia restrukturyzacji przedsiębiorstwa na drodze zawarcia układu z wierzycielami lub działań sanacyjnych. W ramach wspólnego pojęcia postępowania restrukturyzacyjnego ustawodawca wyróżnia: postępowanie o zatwierdzenie układu, przyspieszone postępowanie układowe, postępowanie układowe oraz postępowanie sanacyjne.

Skuteczność postępowań restrukturyzacyjnych w ocenie ustawodawcy zależy od realizacji w ich toku naczelných zasad postępowania restrukturyzacyjnego, tj.:

- zasady szybkości postępowania,
- zasady równości uczestników,
- zasady jawności⁴.

Restrukturyzacja przedsiębiorstwa dłużnika możliwa będzie bowiem wyłącznie wówczas, gdy przeprowadzona zostanie w takim czasie, jaki nie zostanie odebrany przez jego wierzycieli jako przewlekający stan ich niepewności w zakresie realizacji roszczeń lub stanowiący ucieczkę dłużnika od przymusowej realizacji zobowiązań. Równie istotne dla osiągnięcia celu postępowania restrukturyzacyjnego co realizacja postulatu szybkości postępowania jest zdobycie zaufania wierzycieli do jego instytucji, czemu służyć winny zasady równości uczest-

¹ Autor jest radcą prawnym w Kanecki i Wspólnicy Kancelaria Radców Prawnych sp.k. oraz syndykiem licencjonowanym w Kanecki i Wspólnicy Restrukturyzacja sp.j.

² Ustawa z 15 maja 2015 roku – Prawo Restrukturyzacyjne, Dz. U. 2015, poz. 978, dalej jako PrRest.

³ Na temat pojęcia postępowania restrukturyzacyjnego patrz: A. Hrycaj, *Cztery postępowania restrukturyzacyjne*, „Doradca Restrukturyzacyjny”, nr 1, 9/2015.

⁴ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy Prawo Restrukturyzacyjne, druk nr 2824 Sejmu VII Kadencji, str. 13, dostępne na <http://orka.sejm.gov.pl>, dalej jako uzasadnienie projektu PrRest.

ników postępowania i jawności. Wierzyciel bowiem, wyposażony w odpowiednie do ochrony jego interesów instytucje prawne, a przede wszystkim w łatwe do uzyskania i rzetelne informacje na temat tak samego dłużnika, jak i dotyczącego go postępowania restrukturyzacyjnego, będzie zainteresowany wzięciem czynnego udziału w tym postępowaniu oraz daniem rzetelnemu dłużnikowi drugiej szansy.

Znaczenie prawidłowego wniosku restrukturyzacyjnego

Pierwszym i najistotniejszym etapem postępowania restrukturyzacyjnego jest należyte przygotowanie wniosku restrukturyzacyjnego. Sporządzenie wniosku restrukturyzacyjnego jest jedynym etapem procesu restrukturyzacji, który w pełni zależy od dłużnika. Zrazem prawidłowy wniosek w znaczącym stopniu determinuje dalszy tok postępowania restrukturyzacyjnego. Wnioskujący o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego dłużnik nie ma bowiem decydującego wpływu na sprawność funkcjonowania sądu restrukturyzacyjnego⁵ ani na ostateczną decyzję swoich wierzycieli czy potencjalnego inwestora. Bezsprzecznie jednak prawidłowy wniosek restrukturyzacyjny, tzn. wniosek niezawierający braków formalnych, wypełniony rzetelnymi informacjami o przedsiębiorstwie dłużnika uzasadniającymi wszczęcie postępowania restrukturyzacyjnego oraz wskazującymi na dobór właściwego postępowania restrukturyzacyjnego objętego *petitum* wniosku, zwiększy szansę dłużnika na skuteczne przeprowadzenie restrukturyzacji jego przedsiębiorstwa.

WNIOSEK O OTWARCIE POSTĘPOWANIA RESTRUKTURYZACYJNEGO

Zgodnie z definicją legalną wniosku restrukturyzacyjnego pod pojęciem tym w pierwszej kolejności rozumieć należy wniosek o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego⁶, a zatem dotyczący przyspieszonego postępowania układowego, postępowania układowego bądź postępowania sanacyjnego.

Wniosek o otwarciu przyspieszonego postępowania układowego

Pierwszym z postępowań restrukturyzacyjnych jest przyspieszone postępowanie układowe. Postępowanie to jako pierwsze z trzech postępowań restrukturyzacyjnych, otwieranych decyzją sądu, uregulowane zostało w PrRest w sposób kompleksowy, stanowiąc jednocze-

śnie bazę dla odesłań zawartych w przepisach regulujących postępowania układowe oraz sanacyjne.

Przyspieszone postępowanie układowe jest postępowaniem przeznaczonym dla przedsiębiorcy zagrożonego niewypłacalnością lub niewypłacalnego, który zamierza dokonać restrukturyzacji swojego przedsiębiorstwa na drodze układu zawartego z wierzycielami, a którego suma wierzytelności spornych, uprawniających do głosowania nad układem, nie przekracza 15% sumy wierzytelności uprawniających do głosowania nad układem.

Postępowanie to, uregulowane w sposób analogiczny do obecnie obowiązującej procedury wstępnego zgromadzenia wierzycieli, ma być postępowaniem przeznaczonym dla przedsiębiorców, którzy z różnych względów nie mogą skorzystać z postępowania o zatwierdzenie układu. W przeciwieństwie bowiem do samodzielnego zbierania głosów przez dłużnika w toku postępowania o zatwierdzenie układu przyspieszone postępowanie układowe odbywa się w pełni pod nadzorem wyznaczonego przez sąd nadzorcy sądowego, przez co budzić winno większe zaufanie wierzycieli. Dłużnikowi oferuje ono natomiast beneficjum w postaci natychmiastowej ochrony sądowej przed egzekucjami⁷. Pozostając jednak alternatywą dla postępowania o zatwierdzenie układu, postępowanie to cechować ma znaczna szybkość jego prowadzenia, będąca efektem sprawnej realizacji procedur.

Powyższy postulat znajduje odzwierciedlenie w art. 232 PrRest wskazującym, iż wniosek o wszczęcie przyspieszonego postępowania układowego podlega rozpoznaniu przez sąd na posiedzeniu niejawnym wyłącznie w oparciu o załączone do niego dokumenty, w terminie tygodnia od dnia jego złożenia. Tym samym treść wniosku i załączonych do niego dokumentów stanowić powinna materiał wystarczający dla wydania przez sąd postanowienia w przedmiocie otwarcia postępowania.

Zgodnie z treścią art. 227 ust. 1 PrRest **wniosek o otwarciu przyspieszonego postępowania układowego** powinien zawierać:

- imię i nazwisko dłużnika albo jego nazwę oraz numer PESEL albo numer w Krajowym Rejestrze Sądowym, a w przypadku ich braku – inne dane umożliwiające jego jednoznaczną identyfikację, miejsce zamieszkania albo siedzibę, adres, a gdy dłużnikiem jest spółka osobowa, osoba prawna albo inna jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – imiona i nazwiska reprezentantów, w tym likwidatorów, jeżeli

⁵ Art. 14 ust. 1 PrRest.

⁶ Art. 7 ust. 2 PrRest.

⁷ Uzasadnienie projektu PrRest, str. 48.

są ustanowieni, a ponadto w przypadku spółki osobowej – imiona i nazwiska oraz miejsce zamieszkania wspólników odpowiadających za zobowiązania spółki bez ograniczenia całym swoim majątkiem;

- propozycje układowe wraz ze wstępnym planem restrukturyzacyjnym oraz odpisami propozycji układowych w liczbie wystarczającej do doręczenia wszystkim wierzycielom;
- wskazanie miejsc, w których znajduje się przedsiębiorstwo lub inny majątek dłużnika;
- aktualny wykaz majątku z szacunkową wyceną jego składników;
- bilans sporządzony przez dłużnika dla celów postępowania na dzień przypadający w okresie trzydziestu dni przed dniem złożenia wniosku;
- wykaz wierzycieli z podaniem imienia i nazwiska albo nazwy oraz miejsca zamieszkania albo siedziby, adresu i wysokości wierzytelności każdego z nich, terminów zapłaty, z określeniem, czy wierzytelność objęta jest układem z mocy prawa, czy może zostać objęta układem po wyrażeniu zgody przez wierzyciela oraz czy wierzyciel ma prawo do głosowania nad układem, a jeżeli nie, to wskazanie, z jakiego powodu;
- sumę wierzytelności z wyszczególnieniem sumy wierzytelności objętej układem z mocy prawa oraz sumy wierzytelności, która może zostać objęta układem po wyrażeniu zgody przez wierzyciela;
- wykaz wierzytelności spornych z podaniem imienia i nazwiska albo nazwy wierzycieli, miejsca zamieszkania albo siedziby, ich adresów i wysokości żądanej przez każdego z nich wierzytelności, terminów zapłaty oraz zwięzłym przedstawieniem podstawy sporu;
- sumę wierzytelności spornych;
- informację, czy dłużnik jest uczestnikiem podlegającego prawu polskiemu lub prawu innego państwa członkowskiego systemu płatności lub systemu rozrachunku papierów wartościowych w rozumieniu Ustawy z 24 sierpnia 2001 r. o ostateczności rozrachunku w systemach płatności i systemach rozrachunku papierów wartościowych oraz zasadach nadzoru nad tymi systemami, zwanych dalej „systemem płatności” oraz „systemem rozrachunku papierów wartościowych”, lub niebędącym uczestnikiem podmiotem prowadzącym system interoperacyjny w rozumieniu tej ustawy, zwany dalej „systemem interoperacyjnym”.

Nadto, do wniosku dłużnik winien załączyć także dowód uiszczenia zaliczki na wydatki przyspieszonego postępowania układowego w wysokości przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw bez wypłat nagród z zysku w trzecim kwartale roku poprzedniego, ogłoszonego przez prezesa Głównego

Urzędu Statystycznego (art. 230 PrRest), oświadczenie o prawdziwości danych zawartych we wniosku i jego załącznikach (art. 228 ust. 1 PrRest) oraz odpis wniosku i jego wszystkich załączników (art. 227 ust. 3 PrRest).

Wniosek o otwarcie postępowania układowego

Kolejnym z postępowań restrukturyzacyjnych, uregulowanych przepisami PrRest, jest postępowanie układowe. Jest ono przeznaczone dla przedsiębiorcy zagrożonego niewypłacalnością lub niewypłacalnego, który zamierza dokonać restrukturyzacji swojego przedsiębiorstwa na drodze układu zawartego z wierzycielami, a którego suma wierzytelności spornych, uprawniających do głosowania nad układem, przekracza 15% sumy wierzytelności uprawniających do głosowania nad układem.

Kwestię wniosku o otwarcie postępowania układowego reguluje art. 265 PrRest, wskazując, iż powinien on odpowiadać wymogom formalnym określonym w art. 277 ust. 1 pkt 1-3 i pkt 6-10 oraz ust. 2 i 3 PrRest, tj. wymogom formalnym zastrzeżonym dla wniosku o otwarcie przyspieszonego postępowania restrukturyzacyjnego, ale w ograniczonym zakresie.

Zatem, **wniosek o otwarcie postępowania układowego** powinien zawierać:

- imię i nazwisko dłużnika albo jego nazwę oraz numer PESEL albo numer w Krajowym Rejestrze Sądowym, a w przypadku ich braku – inne dane umożliwiające jego jednoznaczny identyfikację, miejsce zamieszkania albo siedzibę, adres, a gdy dłużnikiem jest spółka osobowa, osoba prawna albo inna jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – imiona i nazwiska reprezentantów, w tym likwidatorów, jeżeli są ustanowieni, a ponadto w przypadku spółki osobowej – imiona i nazwiska oraz miejsce zamieszkania wspólników odpowiadających za zobowiązania spółki bez ograniczenia całym swoim majątkiem;
- propozycje układowe wraz ze wstępnym planem restrukturyzacyjnym;
- wykaz wierzycieli z podaniem imienia i nazwiska albo nazwy oraz miejsca zamieszkania albo siedziby, adresu i wysokości wierzytelności każdego z nich, terminów zapłaty, z określeniem, czy wierzytelność objęta jest układem z mocy prawa, czy może zostać objęta układem po wyrażeniu zgody przez wierzyciela oraz czy wierzyciel ma prawo do głosowania nad układem, a jeżeli nie, to wskazanie, z jakiego powodu;
- sumę wierzytelności z wyszczególnieniem sumy wierzytelności objętej układem z mocy prawa oraz sumy

wierzytelności, która może zostać objęta układem po wyrażeniu zgody przez wierzyciela;

- wykaz wierzytelności spornych z podaniem imienia i nazwiska albo nazwy wierzycieli, miejsca zamieszkania albo siedziby, ich adresów i wysokości żądanej przez każdego z nich wierzytelności, terminów zapłaty oraz związłym przedstawieniem podstawy sporu;
- sumę wierzytelności spornych;
- informację, czy dłużnik jest uczestnikiem podlegającego prawu polskiemu lub prawu innego państwa członkowskiego systemu płatności lub systemu rozrachunku papierów wartościowych w rozumieniu Ustawy z 24 sierpnia 2001 r. o ostateczności rozrachunku w systemach płatności i systemach rozrachunku papierów wartościowych oraz zasadach nadzoru nad tymi systemami, zwanych dalej „systemem płatności” oraz „systemem rozrachunku papierów wartościowych”, lub niebędącym uczestnikiem podmiotem prowadzącym system interoperacyjny w rozumieniu tej ustawy, zwany dalej „systemem interoperacyjnym”.

Wraz z wnioskiem dłużnik winien złożyć również oświadczenie o prawdziwości danych zawartych we wniosku i jego załącznikach (art. 228 ust. 1 w zw. z art. 266 ust. 3 PrRest) oraz odpis wniosku i jego wszystkich załączników (art. 227 ust. 3 w zw. z art. 265 PrRest).

Nadto, we wniosku o otwarcie postępowania układowego dłużnik powinien uprawdopodobnić swoją zdolność do bieżącego zaspokajania kosztów postępowania układowego i zobowiązań powstałych po jego otwarciu⁸.

Wniosek o otwarcie postępowania układowego, co do zasady, sąd rozpoznaje na posiedzeniu niejawnym w terminie dwóch tygodni, chyba że istnieje konieczność przeprowadzenia rozprawy⁹. W ramach postępowania w przedmiocie wszczęcia postępowania układowego istnieje wprawdzie możliwość przeprowadzenia rozprawy celem rozpoznania wniosku, jednak konieczność skorzystania przez sąd z tego rozwiązania znacząco wydłuży czas, w jakim postępowanie zostanie wszczęte. Stąd też wyznaczenie rozprawy celem rozpoznania wniosku nie leży zasadniczo w interesie dłużnika zainteresowanego szybką i skuteczną restrukturyzacją swojego przedsiębiorstwa.

Wniosek o otwarcie postępowania sanacyjnego

Ostatnim z postępowań restrukturyzacyjnych jest postępowanie sanacyjne. Jest ono przeznaczone dla przedsiębiorcy zagrożonego niewypłacalnością lub nie-

wypłacalnego, który zamierza dokonać restrukturyzacji swojego przedsiębiorstwa na drodze układu zawartego z wierzycielami oraz działań sanacyjnych.

Zgodnie z treścią art. 284 PrRest **wniosek o otwarcie postępowania sanacyjnego** powinien zawierać:

- imię i nazwisko dłużnika albo jego nazwę oraz numer PESEL albo numer w Krajowym Rejestrze Sądowym, a w przypadku ich braku – inne dane umożliwiające jego jednoznaczną identyfikację, miejsce zamieszkania albo siedzibę, adres, a gdy dłużnikiem jest spółka osobowa, osoba prawna albo inna jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – imiona i nazwiska reprezentantów, w tym likwidatorów, jeżeli są ustanowieni, a ponadto w przypadku spółki osobowej – imiona i nazwiska oraz miejsce zamieszkania współników odpowiadających za zobowiązania spółki bez ograniczenia całym swoim majątkiem;
- wskazanie miejsc, w których znajduje się przedsiębiorstwo lub inny majątek dłużnika;
- wstępny plan restrukturyzacyjny wraz z uzasadnieniem wskazującym, że jego wdrożenie przywróci dłużnikowi zdolność do wykonywania zobowiązań;
- uprawdopodobnienie zdolności dłużnika do bieżącego zaspokajania kosztów postępowania sanacyjnego i zobowiązań powstałych po dniu jego otwarcia;
- wykaz wierzycieli z podaniem imienia i nazwiska albo nazwy oraz miejsca zamieszkania albo siedziby, adresu i wysokości wierzytelności każdego z nich, terminów zapłaty, określeniem, czy wierzytelność objęta jest układem z mocy prawa, czy może zostać objęta układem po wyrażeniu zgody przez wierzyciela oraz czy wierzyciel posiada prawo do głosowania nad układem, a jeżeli nie, to wskazanie, z jakiego powodu;
- sumę wierzytelności z wyszczególnieniem sumy wierzytelności objętej układem z mocy prawa oraz sumę wierzytelności, która może zostać objęta układem po wyrażeniu zgody przez wierzyciela;
- wykaz wierzytelności spornych z podaniem imienia i nazwiska albo nazwy wierzycieli, miejsca zamieszkania albo siedziby, ich adresów i wysokości żądanej przez każdego z nich wierzytelności, terminów zapłaty oraz związłym przedstawieniem podstawy sporu;
- informację, czy dłużnik jest uczestnikiem podlegającego prawu polskiemu lub prawu innego państwa członkowskiego systemu płatności lub systemu rozrachunku papierów wartościowych lub niebędącym uczestnikiem podmiotem prowadzącym system interoperacyjny.

Wraz z wnioskiem dłużnik winien złożyć również oświadczenie o prawdziwości danych zawartych we

⁸ Art. 266 ust. 1 PrRest.

⁹ Art. 270 ust. 2 PrRest.

wniosku i jego załącznikach (art. 228 ust. 1 w zw. z art. 284 ust. 3 PrRest). Ponadto, podobnie jak w przypadku wniosku o otwarcie postępowania układowego, dłużnik winien uprawdopodobnić także swoją zdolność do bieżącego zaspokajania kosztów postępowania sanacyjnego i zobowiązań powstałych po jego otwarciu¹⁰.

Z uwagi na brak stosownej regulacji, analogicznej do postępowań przyspieszonego układowego oraz układowego, dłużnik nie jest zobligowany do złożenia odpisu wniosku i jego wszystkich załączników¹¹. Z praktycznego punktu widzenia rzetelny dłużnik, któremu zależy na szybkim wszczęciu postępowania oraz sprawnej i skutecznej restrukturyzacji, winien odpis taki do wniosku załączyć. Pamiętać jednak należy, iż niezłączenie odpisu wniosku nie może zostać potraktowane w tym wypadku jako brak formalny wniosku.

Wniosek o otwarcie postępowania sanacyjnego, co do zasady, sąd rozpoznaje na posiedzeniu niejawnym w terminie dwóch tygodni, chyba że istnieje konieczność przeprowadzenia rozprawy¹².

Wniosek restrukturyzacyjny jako pismo procesowe – pozostałe wymogi formalne

Z uwagi na treść art. 209 PrRest wskazującego, iż w sprawach nieuregulowanych ustawą do postępowania restrukturyzacyjnego stosuje się odpowiednio przepisy księgi pierwszej części pierwszego kodeksu postępowania cywilnego¹³, z wyłączeniem przepisów o zawieszeniu i wznowieniu postępowania, przyjęć należy, iż każdy wniosek restrukturyzacyjny jest pismem procesowym, a zarazem odpowiadać winien wymogom określonym w art. 126 Kpc.

Tym samym do dalszych elementów koniecznych każdego wniosku restrukturyzacyjnego zaliczyć należy także:

- 1) oznaczenie sądu, do którego wniosek jest skierowany,
- 2) oznaczenie rodzaju wniosku,
- 3) osnovę wniosku oraz dowody na poparcie przytoczonych okoliczności,
- 4) podpis wnioskodawcy albo jego przedstawiciela ustawowego lub pełnomocnika,
- 5) wymienienie załączników.

¹⁰ Art. 284 ust. 1 pkt. 4 PrRest.

¹¹ Brak odesłania do stosowania w postępowaniu sanacyjnym przepisu art. 227 ust. 3 PrRest, jak ma to miejsce w art. 265 PrRest.

¹² Art. 288 ust. 1 w zw. z art. 270 ust. 2 PrRest.

¹³ Ustawa z 17 listopada 1964 roku – Kodeks postępowania cywilnego, tj. Dz. U. 2014, poz. 101, ze zm. dalej jako Kpc.

Analiza wybranych elementów wniosku restrukturyzacyjnego

Podejmując próbę zwięzłego omówienia elementów wniosku o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego, autor przyjął w dalszej części artykułu kolejność właściwą dla formułowania wniosku. Analizie poddane zostaną przede wszystkim elementy merytoryczne wniosku, nie zaś jego elementy formalne, których wymagane składniki szczegółowo określa ustawa PrRest, a które, jak np. wstępny plan restrukturyzacyjny, stanowią winny samodzielny temat artykułu.

Oznaczenie sądu

Zgodnie z treścią art. 126 Kpc każde pismo procesowe musi zawierać oznaczenie sądu, do którego jest kierowane. Dla każdego wniosku restrukturyzacyjnego będzie to sąd restrukturyzacyjny, o którym mowa w art. 14 ust. 1 PrRest, a którym – z uwagi na właściwość rzeczową i funkcjonalną – będzie sąd rejonowy – sąd gospodarczy.

Właściwość miejscową sądu restrukturyzacyjnego określa art. 15 PrRest. Przepis ten stanowi, iż sprawy restrukturyzacyjne rozpoznaje sąd właściwy (miejscowo) dla głównego ośrodka podstawowej działalności dłużnika.

Mając na uwadze cel postępowania upadłościowego, a więc restrukturyzację przedsiębiorstwa dłużnika na drodze układu z wierzycielami, przy zachowaniu odpowiedniej szybkości i sprawności postępowania, właściwe ustalenie i oznaczenie sądu, do którego kierowany jest wniosek, z praktycznego punktu widzenia stanowi niezwykle istotną kwestię. Zgodnie bowiem z treścią art. 16 ust. 1 PrRest w przypadku stwierdzenia przez sąd rozpoznający wniosek restrukturyzacyjny, że jest on niewłaściwy miejscowo, sąd ten przekaże sprawę sądowi właściwemu, który związany będzie treścią postanowienia o przekazaniu sprawy.

Zatem sporządzający wniosek restrukturyzacyjny dłużnik czy tym bardziej jego profesjonalny pełnomocnik winien w sposób niezwykle skrupulatny ustalić sąd właściwy dla wniosku restrukturyzacyjnego, kierując się przy tym definicją legalną pojęcia „główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika” oraz domniemaniami prawnymi jej dotyczącymi¹⁴. Błędne określenie sądu, do którego skierowany jest wniosek, skutkować będzie bowiem jego przekazaniem sądowi miejscowo właściwemu, co nie tylko uniemożliwi w praktyce rozpoznanie wniosku i otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego w terminie okre-

¹⁴ Patrz art. 16 ust. 2-6 PrRest.

ślonym w art. 232 ust 2 PrRest¹⁵, lecz przede wszystkim przedłuży znacznie łączny okres jego rozpoznawania, co w wielu przypadkach może znacząco zmniejszyć szansę na skuteczną restrukturyzację przedsiębiorstwa dłużnika.

W odniesieniu do wymogu oznaczenia właściwości miejscowej sądu rozpoznającego wniosek restrukturyzacyjny, mając na uwadze fakt, iż pojęcie „głównego ośrodka podstawowej działalności dłużnika” jest na gruncie polskiego postępowania cywilnego pojęciem nowym, w zakresie którego brak utrwalonej linii orzeczniczej czy stanowisk doktryny, a nadto fakt, iż z mocy nowej regulacji¹⁶ sądy działać będą przy rozpoznawaniu wniosków pod presją czasu, postulować należy, mimo braku takiego wymogu formalnego, zawarcie we wniosku restrukturyzacyjnym zwięzłego uzasadnienia właściwości miejscowej sądu. Oczywiście sąd właściwość tę będzie mógł ustalić we własnym zakresie w oparciu o wspomniane domniemania oraz pozostałe elementy wniosku, w tym załączone dokumenty. Niemniej – z praktycznego punktu widzenia – uzasadnienie wyboru konkretnego sądu może przyczynić się do szybszego rozpoznania wniosku przez tenże sąd „po myśli dłużnika”, tym bardziej, że wnioskodawcy nie przysługuje zażalenie na postanowienie w przedmiocie przekazania sprawy sądowi właściwemu miejscowo¹⁷.

Dodać również należy, iż w przypadku skierowania wniosku do sądu, którego właściwość ustalona została w sposób inny aniżeli w oparciu o domniemania wymienione w art. 16 ust. 2-5 PrRest, uzasadnienie właściwości miejscowej stanowić będzie element konieczny wniosku, albowiem na wnioskodawcy ciążyć będzie wówczas obowiązek obalenia tegoż domniemania prawnego¹⁸.

Oznaczenie dłużnika

Oznaczenie dłużnika jest elementem koniecznym wniosku. Powinno zostać ono szczegółowo sformułowane już w osnowie wniosku, przy czym pamiętać należy o prawidłowym określeniu dłużnika, którego wniosek dotyczy, w szczególności poprzez podanie jego numerów identyfikacyjnych, tj. NIP, KRS, PESEL. Nadto, w treści wniosku bądź też w załączonym do niego dokumencie wskazać należy pozostałe informacje wymagane treścią przepisu art. 227 ust. 1 pkt 1 PrRest¹⁹.

¹⁵ Odpowiednio art. 270 ust. 2 PrRest dla postępowania układowego i sanacyjnego oraz art. 223 ust. 1 PrRest dla postępowania w przedmiocie zatwierdzenia układu.

¹⁶ Art. 223 ust. 1, art. 232 ust. 2 i art. 270 ust. 2 PrRest.

¹⁷ Art. 16 ust. 1 PrRest.

¹⁸ Art. 234 Kpc – Domniemania ustanowione przez prawo (domniemania prawne) wiążą sąd; mogą być jednak obalone ilekroć ustawa tego nie wyłącza.

¹⁹ Tak samo w postępowaniu układowym i sanacyjnym, z uwagi na art. 265 PrRest oraz 284 ust. 1 pkt 1 PrRest.

Oznaczenie rodzaju pisma

Wniosek restrukturyzacyjny, jak każde inne pismo procesowe, winien zawierać oznaczenie. W przypadku wniosku restrukturyzacyjnego oznacza to określenie, którego z postępowań restrukturyzacyjnych²⁰ wniosek dotyczy. Oczywiście, zgodnie z utrwalonym poglądem doktryny i judykatury prawa²¹, błędne oznaczenie pisma nie uniemożliwia jego prawidłowego rozpoznania, niemniej jednak, jak wskazano na wstępie artykułu, to właśnie dłużnik winien być tym podmiotem postępowania, który jako pierwszy realizuje postulat jego szybkości. Prawidłowe, tj. niebudzące wątpliwości i zgodne z treścią wniosku, oznaczenie wnoszonego pisma bezsprzecznie ułatwi sądowi jego prawidłowe, a zapewne także szybsze rozpoznanie.

Zasadnicza treść (osnowa) wniosku

Osnowa wniosku restrukturyzacyjnego odnosić się powinna do żądania dłużnika w przedmiocie otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego. Żądanie to, z założenia zgodne z prawidłowym oznaczeniem pisma, sprowadzać się będzie do wskazania, otwarcia którego konkretnego postępowania restrukturyzacyjnego wnioskodawca się domaga.

W tej części wniosku, kierując się treścią art. 126 § 1 pkt 3 Kpc, wnioskodawca – poza samym żądaniem otwarcia konkretnego postępowania restrukturyzacyjnego, zawrzeć winien również wszelkie twierdzenia uzasadniające uwzględnienie wniosku oraz dowody na ich poparcie. W praktyce twierdzenia dłużnika winny się więc sprowadzać do wykazania zaistnienia przesłanek pozytywnych otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego przy jednoczesnym oświadczeniu, że nie wystąpiły w odniesieniu do niego żadne z przesłanek negatywnych.

W ocenie autora tę część wniosku uznać należy za najistotniejszą. Zobligowane terminami instrukcyjnymi sądy rozpoznawać będą bowiem wnioski restrukturyzacyjne pod dużą presją czasu. Nie sposób przypuszczać, aby sędzia restrukturyzacyjny, będący jednocześnie sędzią upadłościowym, zdołał ocenić wniosek restrukturyzacyjny w zakreślonym ustawą terminie instrukcyjnym bez wyznaczania rozprawy, dokonując w tak krótkim czasie analizy załączników do wniosku, zawierających w założeniu ustawodawcy jego zasadniczą treść. W interesie dłużnika jest więc, aby kluczowe dla oceny zasadności i dopuszczalności wniosku restrukturyzacyjnego dane,

²⁰ Art. 2 PrRest.

²¹ Patrz art. 130 § 1 Kpc oraz A. Jakubecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*. Wydanie V. WKP 2012.

wynikające oczywiście z załączników do wniosku, zostały zwięźle zaprezentowane w treści jego uzasadnienia.

Zauważyć jednak należy, iż w przeciwieństwie do pokrewnej regulacji²² odnoszącej się do wniosku o ogłoszenie upadłości ustawodawca nie umieścił wśród elementów koniecznych wniosku restrukturyzacyjnego ani wymogu uprawdopodobnienia okoliczności go uzasadniających, ani nawet ich wskazania²³. Za zawarciem w treści wniosku restrukturyzacyjnego odniesienia do okoliczności go uzasadniających przemawiają przede wszystkim potencjalne korzyści, jakie dłużnik dzięki temu zabiegowi może osiągnąć, a polegające na usprawnieniu rozpoznania jego wniosku przez sąd.

Przechodząc do omówienia niektórych elementów osnowy wniosku, wskazać należy w pierwszej kolejności na uprawdopodobnienie pozytywnych przesłanek wszczęcia postępowania restrukturyzacyjnego, tj. zdolność restrukturyzacyjną dłużnika oraz zdolność dłużnika do bieżącego zaspokajania kosztów postępowania i zobowiązań powstałych po jego otwarciu, a następnie na niewystąpienie przesłanki negatywnej, tj. możliwości porczywdzenia wierzyciel.

Zdolność restrukturyzacyjna dłużnika

Zgodnie z treścią art. 4 ust. 1 PrRest przepisy ustawy stosuje się do przedsiębiorców w rozumieniu kodeksu cywilnego²⁴, spółek z ograniczoną odpowiedzialnością i spółek akcyjnych nieprowadzących działalności gospodarczej, wspólników spółek handlowych ponoszących odpowiedzialność za zobowiązania spółki bez ograniczenia całym swoim majątkiem oraz wspólników spółki partnerskiej. Tym samym więc ustawa przyznaje tym podmiotom zdolność restrukturyzacyjną w sytuacji, gdy zgodnie z art. 6 ust. 1 PrRest popadły one w stan niewypłacalności bądź też stan zagrożenia niewypłacalnością.

Spod dyspozycji ustawy PrRest wyłączone zostały natomiast Skarb Państwa i jednostki samorządu terytorialnego, a także banki państwowe, zakłady ubezpieczeń oraz fundusze inwestycyjne. Powyższe, w ocenie autora, czyni elementem koniecznym osnowy wniosku wskazanie na istnienie po stronie dłużnika zdolności do prowadzenia postępowania restrukturyzacyjnego, tzn. stwierdzenie, że dłużnik jest jednym z podmiotów, do

których zastosowanie znajdują przepisy PrRest, a także, że znalazł się on w stanie niewypłacalności lub w stanie zagrożenia niewypłacalnością.

Z uwagi na fakt, iż oceny niewypłacalności dłużnika sąd dokonywał będzie w odniesieniu do regulacji zawartej w PrUp²⁵, zaś oceny stanu zagrożenia niewypłacalnością w odniesieniu do definicji zawartej w art. 7 ust. 2 PrRest²⁶, w treści wniosku ujęta powinna zostać argumentacja dłużnika, uzasadniająca jego twierdzenia o stanie niewypłacalności lub zagrożenia tym stanem. Argumentacja ta będzie szczególnie istotna przy ocenie stanu zagrożenia niewypłacalnością, bowiem definicja zaistnienia tego stanu jest w tak znacznym stopniu ocenna, że dotyczyć może nawet podmiotu znajdującego się na dzień składania wniosku w dobrej kondycji finansowej, który jednak z dużym wyprzedzeniem antycypuje swoje problemy.

W odniesieniu do zakresu podmiotów posiadających zdolność restrukturyzacyjną w przypadku popadnięcia w stan niewypłacalności lub zagrożenia niewypłacalnością zwrócić należy uwagę na rozbieżność, jaka występuje pomiędzy katalogiem podmiotów z art. 4 ust. 2 PrRest, względem których PrRest nie znajduje zastosowania, a art. 6 PrUp zawierającym katalog podmiotów, względem których nie można ogłosić upadłości. Zestawiając ze sobą oba przywołane przepisy oraz zakreślony w art. 3 ust. 1 PrRest cel postępowania restrukturyzacyjnego²⁷, dochodzimy do wniosku, iż część podmiotów, która nie została wyłączona spod działania PrRest, tj. np. publiczne samodzielne zakłady opieki zdrowotnej, (a więc posiada zdolność restrukturyzacyjną na gruncie PrRest) pozbawiona została zdolności upadłościowej na gruncie PrUp. Tym samym otwarcie lub przeprowadzenie postępowania restrukturyzacyjnego względem tych podmiotów nigdy nie urzeczywistni ustawowego celu regulacji PrRest²⁸.

Powyższa nieścisłość legislacyjna, która w przyszłości zapewne doczeka się komentarzy ze strony doktryny oraz stanowiska orzecznictwa lub nowelizacji, w ocenie autora, w obecnym stanie prawnym z uwagi na wykładnię systemową nie może przemawiać za uznaniem zdolności restrukturyzacyjnej tych podmiotów, które nie

²² Na temat powiązań prawa upadłościowego i prawa restrukturyzacyjnego patrz: A. Hrycaj, *Cztery postępowania restrukturyzacyjne*, „Doradca Restrukturyzacyjny”, nr 1, 9/2015.

²³ Art. 22 ust. 1 pkt. 3 Ustawy z 28 lutego 2003 roku – Prawo upadłościowe, t.j. Dz. U. 2015, poz. 233, ze zm., w wersji obowiązującej od 1 stycznia 2016 roku, dalej jako PrUp.

²⁴ Ustawa z 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, t.j. Dz. U. 2014, poz. 121, ze zm., dalej jako kc.

²⁵ Art. 11 PrUp.

²⁶ Art. 6 ust. 3 PrRest – przez dłużnika zagrożonego niewypłacalnością należy rozumieć dłużnika, którego sytuacja ekonomiczna wskazuje, że w niedługim czasie może on stać się niewypłacalny.

²⁷ Art. 3 ust. 1 PrRest – celem postępowania restrukturyzacyjnego jest uniknięcie ogłoszenia upadłości dłużnika przez umożliwienie mu restrukturyzacji w drodze zawarcia układu z wierzycielami, a w przypadku postępowania sanacyjnego – również przez przeprowadzenie działań sanacyjnych, przy zabezpieczeniu słusznych praw wierzycieli.

²⁸ Uzasadnienie projektu PrRest, str. 12 – jednym z celów prawa restrukturyzacyjnego jest wprowadzenie zasady subsydiarności postępowania upadłościowego.

posiadają zdolności upadłościowej. Nie sposób bowiem uznać prowadzenia postępowania restrukturyzacyjnego – z zaangażowaniem aparatu państwa i wielu wierzycieli, daleko idącymi modyfikacjami stosunków obligacyjnych łączących dłużnika z jego wierzycielami czy też pozbawieniem pracowników należnej im z mocy kodeksu pracy²⁹ ochrony trwałości stosunków pracy – za uzasadnione, jeśli działania te nie prowadzą do realizacji celu ustawy, polegającego na uniknięciu upadłości danego podmiotu. Stanowisko takie można wyczytać również z uzasadnienia projektu rządowego PrRest³⁰.

Zdolność do bieżącego zaspokajania kosztów postępowania i zobowiązań powstałych po jego otwarciu

Zdolność dłużnika do bieżącego zaspokajania kosztów postępowania i zobowiązań powstałych po jego otwarciu jest jedyną z przesłanek wszczęcia postępowania restrukturyzacyjnego (układowego oraz sanacyjnego), która z mocy art. 8 ust. 2 PrRest winna być przez dłużnika uprawdopodobniona.

W treści wniosku dłużnik w pierwszej kolejności powinien szacunkowo określić wielkość kosztów postępowania³¹ i zobowiązań, jakie mogą powstać w jego toku, a następnie uprawdopodobnić, iż posiada zdolność do ich bieżącego regulowania. Uprawdopodobnienie to należy rozmieść zgodnie z treścią art. 243 kpc. Zarazem, mając na uwadze przyświecający dłużnikowi cel, tj. doprowadzenie do możliwie najszybszego wszczęcia postępowania restrukturyzacyjnego, uprawdopodobnienie winno odbywać się w oparciu o załączone do wniosku dokumenty, w tym np.: tabelaryczne zestawienie kosztów i zobowiązań, jakich wystąpienia spodziewa się dłużnik w toku postępowania restrukturyzacyjnego, wyciąg z rachunku bankowego wskazujący na posiadanie przez dłużnika określonej kwoty środków pieniężnych przeznaczonych na pokrycie kosztów postępowania, zestawienie czekających na zrealizowanie faktur wraz z terminami ich płatności, oświadczenie inwestora zewnętrznego o zasileniu dłużnika określoną kwotą pieniędzy itp.

W odniesieniu do przesłanki zabezpieczenia kosztów postępowania restrukturyzacyjnego zauważyć należy, iż w opisanym kształcie występuje ona wyłącznie w postępowaniach układowym i sanacyjnym. Natomiast we

wniosku o otwarcie przyspieszonego postępowania układowego, z mocy art. 230 PrRest, dłużnik obowiązany jest jedynie przedstawić dowód uiszczenia zaliczki na pokrycie kosztów tegoż postępowania.

Możliwość pokrzywdzenia wierzycieli

Możliwość pokrzywdzenia wierzycieli na skutek otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego stanowi tzw. przesłankę negatywną dla oceny zasadności jego wszczęcia. Ustalenie ewentualnego zaistnienia tej przesłanki leży w kompetencji sądu i skutkuje oddaleniem wniosku. Dłużnik nie jest obowiązany do wykazywania okoliczności przeciwnych, jednak z praktycznego punktu widzenia istotne jest, aby w sposób jasny przedstawił szczegółowe cele, jakie zamierza zrealizować w ramach restrukturyzacji swojego przedsiębiorstwa. W szczególności, aby uchronić się przed zarzutem uznania wystąpienia możliwości pokrzywdzenia wierzycieli, dłużnik winien przedstawić, jakie korzyści, w zestawieniu z ogłoszeniem jego upadłości, pociąga za sobą otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego³². Restrukturyzacja przedsiębiorstwa, jak każde inne przedsięwzięcie gospodarcze, w sposób oczywisty łączy się z ryzykiem, które w tym wypadku ponoszone jest w głównej mierze przez wierzycieli. Stąd też dłużnik w osnowie wniosku winien przynajmniej zasygnalizować, iż owo ryzyko nie przewyższa korzyści, jakie wierzyciele mogą na skutek restrukturyzacji osiągnąć.

Elementy dodatkowe wniosku

Poza omówionymi dotychczas składnikami wniosku restrukturyzacyjnego przepisy PrRest wskazują na dwa fakultatywne elementy wniosku, które dłużnik może zawrzeć w jego treści. Pierwszym z owych dodatkowych elementów wniosku restrukturyzacyjnego jest wniosek dłużnika o powołanie konkretnej osoby do pełnienia funkcji nadzorcy sądowego bądź zarządcy. Kwestię tę reguluje art. 38 ust. 2 i art. 51 ust. 2 PrRest.

Zgodnie z treścią tych przepisów dłużnik zainteresowany powołaniem konkretnej osoby jako nadzorcy sądowego czy zarządcy uprawniony jest do złożenia stosownego wniosku, popartego pisemną zgodą wierzyciela lub wierzycieli posiadających łącznie ponad 30% sumy wierzytelności.

Wniosek dłużnika, poparty stosowaną zgodą wierzycieli, jest dla sądu w praktyce wiążący. Sąd może bowiem odmówić powołania wskazanej przez dłużnika osoby

²⁹ Ustawa z 26 czerwca 1974 roku – Kodeks pracy, t.j. Dz. U. 2014, poz. 1502, ze zm., dalej jako kp.

³⁰ Uzasadnienie projektu PrRest – str. 55.

³¹ Wysokość kosztów postępowania dłużnik oszacować powinien w odniesieniu do zakresu tych kosztów określonego mocą art. 207 PrRest, wedle którego w skład kosztów postępowania restrukturyzacyjnego wchodzi opłaty i wydatki.

³² Uzasadnienie projektu PrRest – str. 9.

wyłącznie z uzasadnionych przyczyn, w szczególności, jeżeli jest oczywiste, że wskazana osoba nie daje rękojmi należytego wykonywania obowiązków.

Należy podkreślić, że funkcję nadzorcy sądowego bądź zarządcy mogą pełnić jedynie osoby spełniające ustawowe przesłanki, w tym w zakresie posiadanych uprawnień, a jednocześnie, wobec których nie zachodzą przesłanki negatywne, wskazane w art. 24 PrRest. Z uwagi na powyższą regulację, w ocenie autora, wnioski o powołanie konkretnej osoby do pełnienia funkcji w postępowaniu restrukturyzacyjnym nie będzie wymagał szczególnego uzasadnienia.

Nadto, elementem dodatkowym wniosku o otwarcie postępowania sanacyjnego może być także wniosek dłużnika o zezwolenie na wykonywanie przez niego zarządu nad całością lub częścią przedsiębiorstwa w zakresie nieprzekraczającym zwykłego zarządu w toku postępowania. Zgodnie bowiem z treścią art. 288 ust. 2 PrRest, uwzględniając wniosek o otwarcie postępowania sanacyjnego, sąd odbiera zarząd własny dłużnikowi i wyznacza zarządcę. Jednakże, na podstawie art. 288 ust. 3 PrRest, w sytuacji gdy prowadzenie postępowania sanacyjnego wymaga osobistego udziału dłużnika lub jego reprezentantów, a jednocześnie dają oni gwarancję należytego sprawowania zarządu, sąd może zezwolić dłużnikowi na wykonywanie zarządu nad całością lub częścią przedsiębiorstwa w zakresie nieprzekraczającym zwykłego zarządu.

Podkreślenia wymaga, że sąd, podejmując decyzję o pozostawieniu dłużnikowi prawa zarządu w toku postępowania sanacyjnego, kierował się będzie treścią wniosku o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego (sanacyjnego). Stąd też dłużnik zainteresowany utrzymaniem zarządu własnego nad przedsiębiorstwem winien zawrzeć we wniosku o otwarcie postępowania sanacyjnego stosowne żądanie i należycie je uzasadnić. Owe uzasadnienie odwoływać się powinno do wskazanych w art. 288 ust. 3 PrRest przesłanek, przemawiających za pozostawieniem dłużnikowi zarządu własnego, tj. istnienia potrzeby osobistego sprawowania zarządu przez dłużnika dla skutecznego przeprowadzenia postępowania sanacyjnego (będzie tak w szczególności w przypadku prowadzenia przez dłużnika działalności gospodarczej związanej z jego osobistymi kwalifikacjami i zaangażowaniem bądź też działalności wysoce specjalistycznej), oraz gwarancji należytego sprawowania tegoż zarządu przez dłużnika (znaczenie dla oceny zachowania dłużnika będzie miało w szczególności jego postępowanie w okresie poprzedzającym złożenie wniosku restrukturyzacyjnego).

WNIOSEK O ZATWIERDZENIE UKŁADU

Drugim typem wniosku restrukturyzacyjnego, zdefiniowanym w art. 7 ust. 2 PrRest, jest wniosek o zatwierdzenie układu przyjętego w postępowaniu o zatwierdzenie układu³³. Wniosek ten dotyczy wyłącznie postępowania o zatwierdzenie układu.

Postępowanie o zatwierdzenie układu, uregulowane w art. 210-226 PrRest, jest postępowaniem szczególnego rodzaju, bowiem jego zasadniczą część ma charakter pozasądowy. W przeciwieństwie do pozostałych postępowań restrukturyzacyjnych postępowanie to nie jest wszczynane decyzją sądu (na skutek złożenia wniosku restrukturyzacyjnego), lecz w wyniku decyzji dłużnika zawierającego umowę z nadzorcą układu. Sam zaś wniosek restrukturyzacyjny, który w tym przypadku przybiera formę wniosku o zatwierdzenie układu, nie zmierza do wszczęcia postępowania, lecz do jego zakończenia poprzez zatwierdzenie przez sąd zawartego z wierzycielami układu.

Wniosek o zatwierdzenie układu przyjętego w postępowaniu o zatwierdzenie układu, zgodnie z treścią art. 219 PrRest, zawierać winien:

- imię i nazwisko dłużnika albo jego nazwę oraz numer PESEL albo numer w Krajowym Rejestrze Sądowym, a w przypadku ich braku – inne dane umożliwiające jego jednoznaczny identyfikację, miejsce zamieszkania albo siedzibę, adres, a gdy dłużnikiem jest spółka osobowa, osoba prawna albo inna jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – imiona i nazwiska reprezentantów, w tym likwidatorów, jeżeli są ustanowieni, a ponadto w przypadku spółki osobowej: imiona i nazwiska oraz miejsce zamieszkania współników odpowiadających za zobowiązania spółki bez ograniczenia całym swoim majątkiem;
- propozycje układowe;
- wynik głosowania ze wskazaniem liczby wierzycieli i sumy wierzytelności uprawniającej do głosowania oraz liczby wierzycieli i sumy wierzytelności przypadającej wierzycielom głosującym za układem, a jeżeli propozycje układowe przewidują podział wierzycieli na grupy – również liczby wierzycieli i sumy wierzytelności poszczególnych grup oraz liczby wierzycieli i sumy wierzytelności przypadających wierzycielom głosującym za układem w każdej grupie.

Nadto, do wniosku o zatwierdzenie układu dłużnik obowiązany jest dołączyć:

³³ Art. 7 ust. 2 PrRest.

- zebrane przez dłużnika karty do głosowania wraz z odpisami lub wydrukami z rejestru i pełnomocnictwami koniecznymi dla wykazania uprawnienia do oddania głosu oraz informacją, czy w stosunku do wierzyciela nie zachodzą okoliczności wskazane w art. 116 PrRest, uszeregowane zgodnie z kolejnością przyjętą w spisie wierzytelności sporządzonym przez nadzorcę układu;
- dowód wysłania co najmniej na trzy tygodnie przed dniem złożenia wniosku o zatwierdzenie układu kart do głosowania z propozycjami układowymi wierzycielom, którzy nie oddali głosu, na adres wskazany w rejestrze, do którego jest wpisany wierzyciel, o ile wierzyciel jest wpisany do rejestru, w przeciwnym przypadku na adres zamieszkania wierzyciela znany dłużnikowi;
- sprawozdanie nadzorcy układu.

Zgodnie z treścią art. 223 ust. 1 PrRest sąd wydaje postanowienie w przedmiocie zatwierdzenia układu w terminie dwóch tygodni od dnia złożenia wniosku o zatwierdzenie układu.

Wydając przedmiotowe postanowienie, sąd bada zachowanie wymogów określonych w art. 210–226 PrRest (dotyczących procedury zbierania głosów przez dłużnika) oraz wynikających z art. 165 PrRest (dotyczących treści układu).

Przedstawiając uwagi praktyczne odnoszące się do treści wniosku o zatwierdzenie układu, wskazać należy, iż wniosek ten również stanowi pismo procesowe, w treści którego dłużnik zawrzeć powinien jasno wyartykułowane żądania i wnioski. Jednocześnie jednak w przypadku tego typu wniosku restrukturyzacyjnego przebieg postępowania na jego sądowym etapie nie zależy wyłącznie od samego dłużnika czy jego rzetelności lub staranności w sporządzeniu wniosku. Na pierwszy plan bowiem wysuwa się w tym postępowaniu restrukturyzacyjnym współpraca dłużnika z wybranym przez niego nadzorcą układu, a także kompetencje i zaangażowanie tegoż nadzorcy w proces restrukturyzacji przedsiębiorstwa dłużnika.

Element konieczny wniosku dłużnika o zatwierdzenie układu stanowi m.in. sprawozdanie nadzorcy układu. Sprawozdanie winno zawierać, poza elementami właściwymi dla innych wniosków restrukturyzacyjnych, także stwierdzenie przyjęcia układu, ocenę zgodności z prawem przebiegu samodzielnego zbierania głosów wraz ze wskazaniem innych okoliczności, które mogą mieć wpływ na zatwierdzenie układu przez sąd, a nadto ocenę możliwości wykonania układu przez dłużnika

oraz plan restrukturyzacyjny, sporządzany przez nadzorcę układu³⁴. Braki w treści sprawozdania nadzorcy układu uniemożliwiają rozpoznanie wniosku dłużnika o zatwierdzenie układu.

Biorąc więc pod uwagę konieczność złożenia prawidłowego formalnie sprawozdania i jego zakres merytoryczny, w ramach którego nadzorca układu stwierdza przyjęcie układu oraz odnosi się do zgodności z prawem procedury zbierania głosów, odpowiedni dobór nadzorcy układu, zapewniający jednocześnie prawidłową współpracę z nim, uznać należy za najistotniejszą decyzję dłużnika, warunkującą skuteczne zawarcie układu, a następnie przygotowanie prawidłowego wniosku o jego zatwierdzenie. Wszelkie bowiem elementy istotne dla rozpoznania tegoż wniosku zawarte będą nie w treści wniosku dłużnika, lecz właśnie w sprawozdaniu nadzorcy układu.

PODSUMOWANIE

Analiza procesu sporządzania wniosku restrukturyzacyjnego z punktu widzenia praktyka (potencjalnego nadzorcy układu, nadzorcy sądowego czy pełnomocnika dłużnika) jest zadaniem niezwykle trudnym. Obecnie bowiem, tj. przed wejściem w życie regulacji PrRest i PrUp, trudno ocenić, w jakim zakresie przedsiębiorcy będą skłonni z nich korzystać, jakiego rodzaju przedsiębiorstwa zdecydują się na wdrożenie restrukturyzacji opartej o przepisy PrRest oraz na jakie elementy wniosków restrukturyzacyjnych w praktyce uwagę zwracać będą sądy restrukturyzacyjne. Odpowiedzi na te i inne pytania uzyskamy zapewne już w ciągu pierwszych miesięcy obowiązywania nowych regulacji, podobnie jak miało to miejsce w przypadku upadłości konsumenckiej po jej ostatniej dużej nowelizacji.

Niemniej jednak przyjąć należy, iż powodzenie przeprowadzenia każdego postępowania restrukturyzacyjnego zależne jest od przyjęcia przez dłużnika rozumowania zgodnego z zamysłem nowej regulacji, opierającej się na uznaniu, iż skuteczna restrukturyzacja przedsiębiorstwa możliwa jest wyłącznie w toku sprawnie przeprowadzonego postępowania. Sprawne przeprowadzenie restrukturyzacji w trybie PrRest zależy zaś w pierwszej kolejności od tego, czy dłużnik będzie traktował swoich wierzycieli jak partnerów do rozmowy, którzy aby podjąć decyzję w przedmiocie zawarcia układu uzyskać muszą odpowiednią ilość rzetelnych informacji o przedsiębiorstwie dłużnika, jego kondycji, przyczynach problemów oraz planach na przyszłość.

³⁴ Art. 220 ust. 1 PrRest.

Pierwszą emanacją nastawienia dłużnika do restrukturyzacji stanowi właśnie sporządzenie wniosku restrukturyzacyjnego, w którym dłużnik rzetelnie i uczciwie zaprezentuje stan swojego przedsiębiorstwa oraz plan jego naprawy, a jeśli będzie to możliwe, wskaże również nadzorcę sądowego (zarządcę), z którym za zgodą części wierzycieli zamierza przeprowadzić postępowanie.

Kompletny, prawidłowy i rzetelnie przygotowany wniosek restrukturyzacyjny zwiększy z pewnością

szansę dłużnika na zawarcie układu. Złożenie bowiem przez dłużnika wniosku, który zawierał będzie braki formalne bądź też niepełne dane o jego przedsiębiorstwie czy też złożony zostanie do sądu niewłaściwego miejscowo, odebrane może zostać przez wierzycieli jako pozorowanie działań restrukturyzacyjnych, których prawdziwą intencją jest jedynie odwlekanie wszczęcia przez wierzycieli przymusowego dochodzenia przysługujących im należności.

Przesłanki prowadzenia postępowania restrukturyzacyjnego w świetle jego celu

Wraz z wejściem w życie nowego prawa restrukturyzacyjnego podmioty posiadające zdolność restrukturyzacyjną w myśl art. 4 PrRestr uzyskują możliwość restrukturyzacji swoich zobowiązań w ramach czterech odrębnych postępowań restrukturyzacyjnych: postępowania o zatwierdzenie układu (samodzielne zbieranie głosów), przyspieszonego postępowania układowego, postępowania układowego oraz postępowania sanacyjnego. Wielość procesów restrukturyzacyjnych wydaje się odpowiadać zapotrzebowaniu na indywidualizację podejścia do konkretnej, a nie jedynie abstrakcyjnej, sytuacji dłużnika; nie można jednak zapomnieć, iż swoboda wyboru wariantu procedury restrukturyzacyjnej ograniczona jest ustawową przesłanką limitu sumy wierzytelności spornych, uprawniających do głosowania nad układem. Przywołana autonomia dłużnika³ pozwala na dobór optymalnego – w ocenie przedsiębiorcy – modelu restrukturyzacyjnego, odpowiadającego aktualnej sytuacji ekonomiczno-finansowej dłużnika, poziomowi zapasności finansowej oraz istniejącym możliwościom negocjacyjnym dłużnika z jego wierzycielami. Otwarcie szerszej przestrzeni dla możliwości restrukturyzacji dłużnych podmiotów nie oznacza pozbawienia jej jakichkolwiek normatywnych granic, możliwość prowadzenia postępowania restrukturyzacyjnego obarczona jest warunkami *sine qua non* o charakterze zarówno pozytywnych, jak i negatywnych przesłanek.

W ramach publikowanego artykułu autorzy zarysują wybrane problemy związane z metodologią badania przesłanek prowadzenia postępowania restrukturyzacyjnego

w świetle jego celu, ze szczególnym uwzględnieniem roli sądu restrukturyzacyjnego oraz możliwych do dopuszczenia dowodów w sprawie restrukturyzacyjnej.

CEL POSTĘPOWANIA RESTRUKTURYZACYJNEGO

Tytułową analizę przesłanek wdrożenia przedmiotowych postępowań restrukturyzacyjnych rozpocząć warto od wskazania celu postępowania restrukturyzacyjnego, bowiem to właśnie w jego świetle należy interpretować normatywnie wskazane podstawy (przesłanki pozytywne) oraz przesłanki negatywne prowadzenia postępowania. Wykładnia wskazanych regulacji, określających warunki otwarcia poszczególnych rodzajów postępowań restrukturyzacyjnych, winna każdorazowo uwzględniać nie tylko wyrażony w ustawie ogólny cel postępowań restrukturyzacyjnych, ale i *ratio legis* przedmiotowej ustawy, opisany wyraźnie w uzasadnieniu projektu⁴.

Cel ten – w powszechnym ujęciu, ograniczonym jednak ustawowymi wyjątkami⁵ – uregulowany został przez ustawodawcę w ramach art. 3 ust. 1 PrRestr, stanowiącego, iż: *celem postępowania restrukturyzacyjnego jest uniknięcie ogłoszenia upadłości dłużnika przez umożliwienie mu restrukturyzacji w drodze zawarcia układu z wierzycielami, a w przypadku postępowania sanacyjnego – również przez przeprowadzenie działań sanacyjnych, przy zabezpieczeniu słusznych praw wierzycieli*. W uzasadnieniu projektu ustawy wskazano z kolei sześć zasadniczych celów nowej regulacji, w świetle których winno się dokonywać wykładni celu wskazanego bezpośrednio w ustawie: za-

¹ Ekonomista. Biegły skarbowy, biegły sądowy w obszarze upadłości, restrukturyzacji, wyceny przedsiębiorstw i odpowiedzialności zarządzających. Doradca restrukturyzacyjny.

² Prawnik. Młodszy partner biura doradcy restrukturyzacyjnego Marcina Kubiczka.

³ Wniosek o otwarcie postępowania sanacyjnego w stosunku do niewypłacalnej osoby prawnej może zgłosić również jej wierzyciel osobisty.

⁴ Źródło: <http://sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2824>; dostęp wg stanu na 12.11.2015 r.

⁵ Wyjątek ten ustanowiony został w art. 352 PrRestr, zgodnie z którym postępowanie restrukturyzacyjne wobec deweloperów prowadzi się tak, aby doprowadzić do zaspokojenia nabywców w drodze przeniesienia na nich własności lokali, o ile racjonalne względy na to pozwolą. Przywołaną regulację należy traktować w kategorii celu nadrzędnego względem celu ogólnego wyrażonego w art. 3 ust. 1 PrRestr.

pewnienie przedsiębiorcom i ich kontrahentom skutecznych instrumentów do restrukturyzacji przy jednoczesnej maksymalizacji ochrony praw wierzycieli, zapewnienie instytucjonalnej autonomii postępowań restrukturyzacyjnych w oderwaniu od stygmatyzujących postępowań upadłościowych, wprowadzenie zasady subsydiarności postępowania upadłościowego jako *ultima ratio* wobec ekonomicznego fiaska restrukturyzacji, zwiększenie uprawnień aktywnych wierzycieli, maksymalizacja szybkości i efektywności restrukturyzacji i upadłości oraz realizacja polityki „nowej szansy” – zapewnienie możliwości „nowego startu” przedsiębiorcom, których fiasko przedsięwzięcia gospodarczego wynika z niekorzystnej zmiany warunków ekonomicznych.

Należy zauważyć, iż interpretacja przywołanej normy prawnej (art. 3 ust. 1 PrRestr) nie powinna prowadzić do konstatacji, iż uniknięcie upadłości dłużnika jest celem abstrahującym od kontekstu jego ekonomiczno-prawnej sytuacji; z pewnością zapobiegać ma temu warunkowe pojęcie „zabezpieczenia słusznego interesu wierzycieli”. Jak wskazuje R. Adamus, uniknięcie upadłości dłużnika i zabezpieczenie słuszných praw wierzycieli należy traktować jako cele równorzędne⁶. Wydaje się jednak, że bardziej zasadne byłoby stwierdzenie, iż uniknięcie upadłości dłużnika jest celem nadrzędnym, natomiast zabezpieczenie słusznego interesu wierzycieli warunkiem umożliwiającym jego realizację. Nie można dopuścić do takiej sytuacji, w której słuszny interes wierzycieli zostanie pominięty w procesie restrukturyzacji zmierzającej do uniknięcia upadłości dłużnika, a tym samym procedura restrukturyzacji zostanie wówczas przeprowadzona w sposób efektywny dla dłużnika, jednakże niweczący prawną ochronę wierzycieli.

Warto zauważyć przy tym, że cel postępowania restrukturyzacyjnego różni się zasadniczo od celu postępowania upadłościowego, w którym nadrzędne jest zaspokojenie roszczeń wierzycieli w możliwie najwyższym stopniu, a jedynie pobocznym celem jest zachowanie przedsiębiorstwa dłużnika, jeśli pozwolą na to racjonalne względy (art. 2 ust. 1 puin). Mając na względzie cel prawa restrukturyzacyjnego wyrażony w art. 3 ust. 1 PrRestr, przyjąć należy, że zaspokojenie roszczeń wierzycieli w możliwie najwyższym stopniu co prawda może stanowić kategorię wartościującą w ramach postępowania restrukturyzacyjnego (maksymalizacja zaspokojenia wierzycieli jest bowiem stanem pożądanym i słusznym), jednak – inaczej niż w postępowaniu upadłościowym – nie określa nadrzędnego celu postępowania, będąc *de facto* okolicznością podporządkowaną działaniom zmierzającym

do uniknięcia upadłości dłużnika. Zasada optymalizacji wyrażona w art. 2 puin nie obowiązuje w ramach postępowania restrukturyzacyjnego. Podkreślić trzeba zasadę swoistego pierwszeństwa postępowania restrukturyzacyjnego względem postępowania upadłościowego – w myśl art. 12 ust. 2 PrRestr: sąd upadłościowy wstrzymuje rozpoznanie wniosku o ogłoszenie upadłości do czasu wydania prawomocnego orzeczenia w sprawie wniosku restrukturyzacyjnego. Wstrzymanie rozpoznania wniosku o ogłoszenie upadłości nie wyłącza możliwości zabezpieczenia majątku. Przywołana norma prawna w sposób klarowny wskazuje na systemowe pierwszeństwo nadrzędnego celu prawa restrukturyzacyjnego (uniknięcie upadłości dłużnika) w stosunku do nadrzędnego celu prawa upadłościowego (maksymalizacja zaspokojenia wierzycieli).

Powyższe rozważania korespondują z uzasadnieniem projektu ustawy, w ramach którego ustawodawca wskazał, iż *prawo restrukturyzacyjne ma zapewnić warunki, o ile to możliwe, do wynegocjowania warunków realizacji układów, które zapewnią maksymalne zaspokojenie wierzycieli, przy maksymalnej ochronie wartości ekonomicznej przedsiębiorstwa*⁷. Sformułowanie „o ile to możliwe” odbiera regule maksymalizacji zaspokojenia wierzycieli przymiot absolutności, pozostając w zgodzie z nadrzędnym celem postępowania restrukturyzacyjnego, jakim jest uniknięcie upadłości dłużnika.

W jaki sposób rozumieć zatem pojęcie „zabezpieczenia słusznego interesu wierzycieli”? Wydaje się, że za elementarną przesłankę wskazującą na skuteczne zabezpieczenie słusznego interesu wierzycieli uznać należy przestrzeganie przewidzianych prawem procedur i normatywnie zakreślonych form procedowania w ramach postępowania restrukturyzacyjnego. Przejawem takiego stanu rzeczy jest chociażby konieczność uprawdopodobnienia przez dłużnika zdolności do bieżącego zaspokajania kosztów postępowania i zobowiązań powstałych po jego otwarciu (art. 8 ust. 2 PrRestr). Dla przykładu przywołać można również treść art. 220 p. 2 PrRestr, w myśl którego sprawozdanie nadzorca układu zawierać winno ocenę zgodności z prawem przebiegu samodzielnego zbierania głosów. Niewątpliwie przedmiotowy element sprawozdania nadzorca układu zmierza bezpośrednio właśnie do zabezpieczenia słuszných interesów wierzycieli i wyeliminowania ryzyka ich pokrzywdzenia. Analogicznie rzecz ma się z art. 220 p. 4 PrRestr, tj. stanowiącym, iż nadzorca układu winien zawrzeć w swoim sprawozdaniu ocenę możliwości wykonania układu. Udzielenie przedmiotowej

⁶ R. Adamus, *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Warszawa 2015, art. 3.

⁷ Źródło: <http://sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2824>; dostęp wg stanu na 12.11.2015 r.

informacji przez nadzorcę układu, a także odpowiednie jej uzasadnienie z pewnością przyczynią się właśnie do zabezpieczenia interesu wierzycielskiego. W końcu przywołać można w tym kontekście również wierzycielskie uprawnienia w postępowaniu o zatwierdzenie układu, w ramach których wierzyciel żądać może informacji o sytuacji ekonomicznej dłużnika (art. 216 ust. 1 PrRestr) lub też zgłosić zastrzeżenia co do procedury zbierania głosów (art. 216 ust. 2 PrRestr).

Tak rozumiany, nadrzędny cel postępowania restrukturyzacyjnego (uniknięcie upadłości dłużnika) pozwala na wybór właściwego modelu interpretacji przesłanek warunkujących możliwość prowadzenia postępowania restrukturyzacyjnego, o czym poniżej.

BADANIE PODSTAWY DO WSZCĘCIA POSTĘPOWANIA RESTRUKTURYZACYJNEGO

– ART. 6 PrRestr

Na wstępie wskazać należy zasadniczą przesłankę pozytywną (normatywną podstawę), umożliwiającą prowadzenie względem dłużnika postępowania restrukturyzacyjnego. Art. 6 ust. 1 PrRestr stanowi, iż postępowanie restrukturyzacyjne może być prowadzone wobec dłużnika niewypłacalnego lub zagrożonego niewypłacalnością, przy czym w ramach art. 6 ust. 2 PrRestr ustawodawca skonstruował swoiste odwołanie do prawa upadłościowego, stanowiąc, iż przez dłużnika niewypłacalnego należy rozumieć dłużnika niewypłacalnego w rozumieniu prawa upadłościowego. W art. 6 ust. 3 PrRestr wyjaśniono natomiast, w jaki sposób należy interpretować pojęcie zagrożenia niewypłacalnością, wskazując, iż przez dłużnika zagrożonego niewypłacalnością winno rozumieć się takiego dłużnika, którego sytuacja ekonomiczna wskazuje, że w niedługim czasie może stać się niewypłacalny.

Nie ulega wątpliwości, iż przywołana norma prawna zawiera odwołanie do znowelizowanego art. 11 pu (wchodzącego w życie również 1.01.2016 r.), w sposób znaczący modyfikującego dotychczasowe przesłanki niewypłacalności. Po pierwsze, przesłanka płynnościowa została przebudowana w taki sposób, iż dłużnika winno uznawać się za niewypłacalnego nie wtedy, gdy nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych, ale wtedy, gdy utracił zdolność do ich wykonywania. Ustawodawca skonstruował przy tym domniemanie, w myśl którego uznawać należy, iż dłużnik utracił zdolność do wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych, jeżeli opóźnienie w wykonaniu zobowiązań pieniężnych przekracza trzy miesiące

(art. 11 ust. 1a pu). Równie zasadniczo znowelizowana została przesłanka majątkowa (art. 11 ust. 2 pu), która w nowelizowanym brzmieniu stanowi, iż dłużnik będący osobą prawną jest niewypłacalny także wtedy, gdy jego zobowiązania pieniężne przekraczają wartość jego majątku, a stan ten utrzymuje się przez okres przekraczający dwadzieścia cztery miesiące. Ustawodawca zdecydował się zatem na dookreślenie rodzaju zobowiązań, które winny być uwzględniane w rachunku testowym na niewypłacalność, a także na określenie minimalnego okresu, w którym istnieć musi nieprzerwanie przedmiotowa nadwyżka pasywów nad aktywami w celu zmaterializowania się stanu niewypłacalności. Również przesłanka majątkowa uzupełniona została o domniemanie, w myśl którego domniemywa się, że zobowiązania pieniężne dłużnika przekraczają wartość jego majątku, jeżeli zgodnie z bilansem jego zobowiązania, z wyłączeniem rezerw na zobowiązania oraz zobowiązań wobec jednostek powiązanych, przekraczają wartość jego aktywów, a stan ten utrzymuje się przez okres przekraczający dwadzieścia cztery miesiące (art. 11 ust. 5 pu). Szerszy opis licznych zagadnień ekonomiczno-prawnych związanych z materializacją przesłanek niewypłacalności wskazanych w art. 11 pu wykracza poza zakres publikowanego artykułu, stąd też wystarczyć musi elementarny rys przywołanej powyżej regulacji.

Na tle tak zarysowanego stanu prawnego rodzi się pytanie o instrumenty, za pomocą których sąd restrukturyzacyjny może badać, czy rzeczywiście wystąpiła wskazana w art. 6 ust. 1 PrRestr podstawa do wszczęcia postępowania restrukturyzacyjnego. Pamiętajmy, iż w kręgu zainteresowań sądu restrukturyzacyjnego nie zawsze leży ustalenie faktu niewypłacalności dłużnika, bowiem już ewentualne ustalenie stanu zagrożenia niewypłacalnością stanowi wystarczającą podstawę do wszczęcia postępowania restrukturyzacyjnego. Należy bronić tezy, iż to na dłużniku ciąży obowiązek wykazania przed sądem restrukturyzacyjnym materializacji stanu niewypłacalności lub zagrożenia taką niewypłacalnością. Inaczej niż w postępowaniu upadłościowym w stanie prawnym obowiązującym do 31.12.2015 r. sąd orzekający w sprawie nie dysponuje możliwością powołania biegłego sądowego na okoliczność zbadania, czy zmaterializowała się podstawa wszczęcia postępowania restrukturyzacyjnego – taki stan rzeczy wynika bowiem bezpośrednio z art. 196 PrRestr, stanowiącego, iż w postępowaniu restrukturyzacyjnym nie przeprowadza się dowodu z opinii biegłego, z wyjątkiem określonym w art. 93 ust. 1 PrRestr⁸. Powołanie biegłego

⁸ Art. 93 ust. 1 PrRestr dotyczy sprzeciwu co do umieszczenia wierzytelności w spisie wierzytelności, stanowiąc, iż okoliczności uzasadniające sprzeciw mogą być udowodnione wyłącznie dowodem z dokumentu albo opinii biegłego.

na tym etapie sprawy wydłużyłoby zresztą czas rozstrzygnięcia przez sąd restrukturyzacyjny, co uznać należy za okoliczność dalece niepożądaną w świetle celów postępowania wyrażonych w uzasadnieniu do projektu ustawy. Zgodnie z art. 223 ust. 1 PrRestr sąd wydaje postanowienie w przedmiocie zatwierdzenia układu w terminie dwóch tygodni od dnia złożenia wniosku o zatwierdzenie układu. W przypadku przyspieszonego postępowania układowego, w myśl art. 232 ust. 2 PrRestr, sąd rozpoznaje wniosek restrukturyzacyjny w terminie tygodnia od jego złożenia, natomiast w myśl art. 270 ust. 2 PrRestr: *wniosek o otwarcie postępowania układowego rozpoznaje się w terminie dwóch tygodni od dnia złożenia wniosku, chyba że istnieje konieczność wyznaczenia rozprawy. W takim przypadku wniosek rozpoznaje się w terminie sześciu tygodni.* W ramach postępowania sanacyjnego należy stosować odpowiednio art. 270 PrRestr, co wynika bezpośrednio z dyspozycji art. 288 ust. 1 PrRestr. Mając na względzie przywołane terminy, nie sposób wyobrazić sobie sytuacji, w której sąd powołuje biegłego na etapie rozpoznawania wniosku restrukturyzacyjnego, bez uszczerbku dla normatywnie wskazanych terminów, mimo ich instrukcyjnego *de facto* charakteru, o czym szerzej w dalszej części artykułu.

Należy przyjąć w związku z tym, iż rolą sądu restrukturyzacyjnego jest dokonanie samodzielnej oceny, czy dokumentacja przedstawiona przez dłużnika wraz z wnioskiem o zatwierdzenie układu, wnioskiem o otwarcie przyspieszonego postępowania układowego, wnioskiem o otwarcie postępowania układowego lub wnioskiem o otwarcie postanowienia sanacyjnego wskazuje na materializację w danym stanie faktycznym stanu niewypłacalności dłużnika lub co najmniej stanu zagrożenia tą niewypłacalnością.

W ramach rozstrzygnięcia przedmiotowych wniosków sąd restrukturyzacyjny dysponować winien określoną normatywnie dokumentacją, pozwalającą na dokonanie wymiernej oceny sytuacji ekonomiczno-finansowej dłużnika. W postępowaniu o zatwierdzenie układu dłużnik dołącza do wniosku sprawozdanie nadzorca układu (art. 219 ust. 2 p. 3 PrRestr), przy czym sprawozdanie to winno zawierać w myśl art. 220 PrRestr m.in. (p. 6-14): aktualny wykaz majątku dłużnika z szacunkową wyceną jego składników; bilans sporządzony przez dłużnika dla celów postępowania o zatwierdzenie układu na dzień przypadający w okresie trzydziestu dni przed dniem złożenia wniosku; spis wierzytelności sporządzony przez nadzorcę układu, ze wskazaniem, czy wierzyciel głosował za, czy przeciw układowi; spis wierzytelności spornych sporządzony przez nadzorcę układu; wska-

zanie sumy wierzytelności z wyszczególnieniem, jaką część stanowią wierzytelności sporne; listę zabezpieczeń dokonanych przez wierzycieli na majątku dłużnika wraz z datami ich ustanowienia; spis podmiotów zobowiązanych majątkowo wobec dłużnika wraz z adresami, z określeniem wierzytelności, daty ich powstania oraz terminów zapłaty; wykaz tytułów egzekucyjnych oraz tytułów wykonawczych przeciwko dłużnikowi; informację o postępowaniach dotyczących ustanowienia na majątku dłużnika hipotek, zastawów, zastawów rejestrowych, zastawów skarbowych i hipotek morskich oraz innych obciążeń podlegających wpisowi w księdze wieczystej lub w rejestrach, jak również o prowadzonych innych postępowaniach sądowych, administracyjnych, sądowno-administracyjnych oraz przed sądami polubownymi, dotyczących majątku dłużnika. Również w ramach przyspieszonego postępowania układowego oraz postępowania układowego dłużnik przedstawia zbliżoną zakresowo dokumentację pozwalającą sądowi na dokonanie wymiernej oceny całokształtu ekonomicznej sytuacji dłużnika (art. 227 ust. 1 PrRestr).

Uznać należy również, iż sąd restrukturyzacyjny dysponować będzie wstępnym planem restrukturyzacyjnym (art. 9 PrRestr) lub planem restrukturyzacyjnym (art. 10 PrRestr), którego integralną częścią jest analiza przyczyn trudnej sytuacji ekonomicznej dłużnika (art. 9 p. 1 PrRestr oraz art. 10 ust. 1 p. 2 PrRestr). Przedmiotowy dokument stanowić będzie wartościowe źródło wiedzy w zakresie okoliczności determinujących sytuację ekonomiczno-finansową dłużnika, a tym samym w przedmiocie ewentualnej materializacji podstawy postępowania restrukturyzacyjnego, wskazanej w art. 6 PrRestr.

Przywołane elementy wykazów dokumentacji, którą nadzorca układu winien zawrzeć w ramach przedstawianego sądowi restrukturyzacyjnemu wraz z wnioskiem o zatwierdzenie układu sprawozdania lub też którą powinien przedstawić dłużnik, pozwolą sądowi na dokonanie oceny sytuacji ekonomiczno-finansowej dłużnika, a także na przesądzenie, czy w określonej sytuacji doszło do powstania stanu niewypłacalności lub zagrożenia niewypłacalnością, czy też nie.

Z punktu widzenia interesu dłużnika konieczne jest dochowanie należytej staranności w procesie wykazywania przed sądem stanu niewypłacalności lub zagrożenia niewypłacalnością, bowiem niedostateczne umotywołanie stanowiska dłużnika w tym zakresie skutkować może odmową otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego pomimo zaistnienia stanu niewypłacalności lub zagrożenia tym stanem.

BADANIE PRZESŁANKI W POSTACI WYSOKOŚCI SUMY WIERZYTELNOŚCI SPORNYCH – ART. 3 PrRestr

Przypomnieć należy, iż swoboda doboru przez dłużnika właściwego – w jego ocenie – modelu restrukturyzacji ograniczona jest sumą wierzytelności spornych. I tak, postępowanie o zatwierdzenie układu oraz przyspieszone postępowanie układowe mogą być prowadzone, jeżeli suma wierzytelności spornych uprawniających do głosowania nad układem nie przekracza 15% sumy wierzytelności uprawniających do głosowania nad układem [art. 3 ust. 2-3 PrRestr]. W sytuacji dłużnika, który przekracza próg 15% sumy wierzytelności spornych, właściwym pozostaje postępowanie układowe [art. 3 ust. 4 PrRestr]. Warto dodać, iż omawiana przesłanka nie dotyczy postępowania sanacyjnego. Suma wierzytelności spornych determinuje zatem możliwość prowadzenia określonego rodzaju postępowania restrukturyzacyjnego, w związku z czym kwestia ta winna stać się przedmiotem oceny sądu restrukturyzacyjnego. Art. 165 ust. 3 PrRestr stanowi, iż *sąd odmawia zatwierdzenia układu w postępowaniu o zatwierdzenie układu albo przyspieszonym postępowaniu układowym, jeżeli suma spornych wierzytelności uprawniających do głosowania nad układem przekracza 15% sumy wierzytelności uprawniających do głosowania nad układem.*

Na tak zarysowanym tle stanu prawnego rodzi się pytanie o instrumenty, którymi dysponuje sąd restrukturyzacyjny na etapie rozpatrywania wniosku restrukturyzacyjnego, pozwalające na dokonanie oceny wysokości spornych wierzytelności. Należy przyjąć niewątpliwie, że sąd restrukturyzacyjny winien oprzeć swoje rozstrzygnięcie w omawianym zakresie na informacjach dostarczonych przez dłużnika. W przypadku postępowania o zatwierdzenie układu art. 220 p. 9-10 PrRestr stanowi, iż sprawozdanie nadzorca układu zawiera spis wierzytelności spornych, a także wskazanie sumy wierzytelności z wyszczególnieniem, jaką część stanowią wierzytelności sporne. Analogicznie, w kontekście przyspieszonego postępowania układowego lub postępowania układowego art. 227 p. 8-9 PrRestr nakłada na dłużnika obowiązek zawarcia we wniosku o otwarcie przyspieszonego postępowania układowego (względnie postępowania układowego) wykazu wierzytelności spornych (z podaniem imienia i nazwiska albo nazwy wierzycieli, miejsca zamieszkania albo siedziby, ich adresów i wysokości żądanej przez każdego z nich wierzytelności, terminów zapłaty oraz zwięzłym przedstawieniem podstawy sporu) wraz z sumą wierzytelności spornych.

Warto przywołać przy tym pomocniczo definicję wierzytelności spornej zawartą w art. 65 ust. 5 PrRestr, który

stanowi: Przez wierzytelność sporną należy rozumieć wierzytelność inną niż wskazana w ust. 4, która została skonkretyzowana co do zakresu świadczenia dłużnika i podstawy faktycznej, w szczególności wierzytelność, co do której dłużnik został wezwany do spełnienia świadczenia, zawezwano dłużnika do próby ugodowej, wytoczono powództwo przeciwko dłużnikowi albo podniesiono zarzut potrącenia w sprawie wszczętej przez dłużnika, albo co do której toczy się postępowanie przed sądem polubownym oraz wierzytelność, o której mowa w art. 90 ust. 2⁹.

Wydaje się, że obligatoryjna dokumentacja, którą dłużnik przedstawia sądowi, będzie dostatecznym źródłem badania, czy względem dłużnika istnieją wierzytelności sporne, których odsetek przekracza 15% sumy wierzytelności uprawniających do głosowania nad układem.

BADANIE PRZESŁANKI NEGATYWNEJ W POSTACI POKRZYWDZENIA WIERZycIELI – ART. 8 UST. 1 PrRestr

W art. 8 ust. 1 PrRestr zawarto pierwszą przesłankę negatywną otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego: sąd odmawia otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego, jeżeli skutkiem tego postępowania byłoby pokrzywdzenie wierzycieli.

Przedmiotowa regulacja wymaga nie tylko wyjaśnień w zakresie wykładni pojęcia pokrzywdzenia wierzycieli, ale też w zakresie instrumentów i sposobów badania przez sąd restrukturyzacyjny ewentualnej materializacji przedmiotowej przesłanki. Niewątpliwie klauzula generalna, za jaką uznać należy „pokrzywdzenie wierzycieli”, spotka się w przyszłości z szerokim omówieniem doktryny oraz judykatury, a także stanie się przedmiotem licznych polemik. Trudno bowiem wskazać jednoznaczne wskazówki interpretacyjne w ramach ustawy Prawo restrukturyzacyjne, a pomoc w tym zakresie znaleźć można wyłącznie pośrednio w regulacjach wskazujących cel postępowania restrukturyzacyjnego.

Nie sposób nie zauważyć, iż układ przeważnie wiąże się z pewnym uszczerbkiem majątkowym po stronie wierzycieli, przy czym zazwyczaj mamy do czynienia również ze swoistym zróżnicowaniem stopnia tego uszczerbku w zależności od konkretnego wierzyciela. W związku z tym należy zakwestionować możliwość bezpośredniej implementacji dorobku judykatury w zakresie wykładni pojęcia „pokrzywdzenia wierzycieli” w myśl art. 527 kodeksu cywilnego, chociażby ze względu na zupełną od-

⁹ W art. 90 ust. 2 PrRestr wskazano, iż *wierzytelność, co do której dłużnik zgłosił zastrzeżenia, stanowi wierzytelność sporną. W takim przypadku sędzia-komisarz dokonuje odpowiednich zmian spisu wierzytelności oraz spisu wierzytelności spornych.*

rębność przedmiotowych regulacji oraz odmienne okoliczności, w jakich znajdują zastosowanie przedmiotowe normy prawne (art. 8 ust. 1 PrRestr oraz art. 527 KC). Nie każdy bowiem uszczerbek majątkowy po stronie wierzyciela świadczyć będzie o jego pokrzywdzeniu, a kontekst restrukturyzacji dłużnika nakazuje przyjąć w tym wypadku inną optykę. Optykę zorientowaną wokół możliwości przywrócenia konkurencyjności dłużnego przedsiębiorstwa oraz wynikających z tego faktu wymiernych korzyści dla gospodarki i uczestników w sferze szeroko definiowanego obrotu gospodarczego, w tym także korzyści dla wierzycieli zrestrukturyzowanego dłużnika.

Należy zgodzić się z R. Adamusem, iż krzywdzące dla wierzycieli byłoby restrukturyzowanie wierzyciela nieznajdującego się w stanie niewypłacalności lub nawet zagrożenia niewypłacalnością, a także otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego niewypłacalnego dłużnika, jeżeli dłużnik ten w sposób oczywisty nie ma perspektyw na zawarcie lub wykonanie układu¹⁰. Trudno natomiast zgodzić się z tezą, iż pokrzywdzenie wierzycieli ma miejsce zawsze wówczas, gdy otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego jest mniej korzystne dla wierzycieli niż jego brak¹¹. Wręcz przeciwnie, można wyobrazić sobie sytuację, w której w ramach upadłości likwidacyjnej wierzyciele zostaliby zaspokojeni w wyższym stopniu niż w ramach postępowania restrukturyzacyjnego, a mimo to całkowicie zasadne jest restrukturyzowanie dłużnego przedsiębiorstwa w myśl przepisów prawa restrukturyzacyjnego. Po pierwsze, nie można tracić z pola widzenia nadrzędnego celu postępowania restrukturyzacyjnego, jakim jest w myśl art. 3 ust. 1 PrRestr uniknięcie ogłoszenia upadłości dłużnika przez umożliwienie mu restrukturyzacji w drodze zawarcia układu z wierzycielami (zabezpieczenie słusznych praw wierzycieli uznać należy w tym kontekście za środek umożliwiający poprawną realizację nadrzędnego celu postępowania, o czym już wspomniano wcześniej). Skoro nadrzędnym celem postępowania restrukturyzacyjnego jest uniknięcie upadłości dłużnika, to interes wierzycielski uznać należy za wartość podrzędną względem nadrzędnego celu postępowania również w takim sensie, że skuteczne przeprowadzenie postępowania restrukturyzacyjnego względem dłużnika, przywrócenie mu rynkowej konkurencyjności oraz zdolności do efektywnego uczestnictwa w obrocie gospodarczym jest dla ustawodawcy wyższą wartością niż bezwzględna maksymalizacja ochrony interesów wierzycielskich, zawężonych wyłącznie do wysokości i czasu zaspokojenia konkretnej wierzytelności pieniężnej.

Należy podkreślić w tym kontekście, iż jeżeli istnieją ku temu ekonomiczno-rynkowe podstawy, to ograniczenie interesu wierzycielskiego w krótszej perspektywie czasowej może okazać się dla uśrednionego interesu wierzycieli korzystniejsze w wymiarze średnio- lub długookresowym. Jeśli restrukturyzowane przedsiębiorstwo efektywnie odnajdzie się na rynku (a taki jest cel tego postępowania), to można spodziewać się, iż ogół wierzycieli będzie czerpał z tego faktu określone korzyści w przyszłości, chociażby w postaci intratnej współpracy gospodarczej. Nie oznacza to, że dla wszystkich wierzycieli owa długookresowa percepcja może okazać się korzystna, gdyż łatwo wyobrazić sobie sytuację, w której ograniczenie interesu wierzycielskiego w ramach postępowania restrukturyzacyjnego doprowadzić może do upadłości określonego wierzyciela lub konieczności jego restrukturyzacji, ale takie zdarzenia należy kwalifikować jako typowe dla gospodarki rynkowej zjawisko. Zarówno prawo upadłościowe, jak i prawo restrukturyzacyjne muszą odwoływać się jednak do ogólnego interesu wierzycielskiego, gdyż w samej naturze rynku gospodarczego leży pierwotna niemożność pełnej i jednoczesnej realizacji w toku postępowania upadłościowego lub restrukturyzacyjnego interesów wszystkich wierzycieli w jednakowym stopniu.

Warto przywołać brzmienie art. 14 puin w obowiązującym obecnie stanie prawnym (tj. do 31.12.2015 r.), który to artykuł został w całości uchylony w ramach wchodzącej 1.01.2016 r. nowelizacji prawa upadłościowego i naprawczego: *jeżeli zostanie uprawdopodobnione, że w drodze układu wierzyciele zostaną zaspokojeni w wyższym stopniu, niż zostaliby zaspokojeni po przeprowadzeniu postępowania upadłościowego obejmującego likwidację majątku dłużnika, ogłasza się upadłość dłużnika z możliwością zawarcia układu*. Gdyby przywołana regulacja znalazła swoje odzwierciedlenie w ramach prawa restrukturyzacyjnego, należałoby mówić o pokrzywdzeniu wierzycieli w sytuacji wszczęcia wobec dłużnika postępowania restrukturyzacyjnego pomimo uprawdopodobnienia, iż w toku postępowania upadłościowego (likwidacja majątku dłużnika) wierzyciele zostaliby zaspokojeni w wyższym stopniu. Taka konstatacja jest jednak nieuprawniona, a to wobec braku jakiegokolwiek analogicznej do art. 14 puin regulacji w prawie restrukturyzacyjnym. Ustawodawca nie zdecydował się na pozostawienie dłużnikowi/wierzycielowi normatywnie regulowanej możliwości uprawdopodobnienia, iż w toku postępowania upadłościowego wierzyciele zostaliby zaspokojeni w wyższym stopniu aniżeli w toku postępowania restrukturyzacyjnego, a tym samym nie sposób przyjąć, aby okoliczność ta miała znaczenie dla możliwości prowadzenia postępowania

¹⁰ R. Adamus, *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Warszawa 2015, art. 8.

¹¹ Tamże.

restrukturyzacyjnego lub wchodziła w zakres pojęciowy „pokrzywdzenia wierzycieli”. Warto dodać na marginesie, iż decyzja ustawodawcy wydaje się być na wskroś racjonalna, trudno bowiem wartościować różnicę pomiędzy stopniem zaspokojenia wierzycieli w odrębnych całkowicie postępowaniach, jeżeli ich cele nie tylko nie są zbieżne, ale i zdecydowanie się różnią.

W jakich jeszcze okolicznościach można przyjąć zatem, iż skutkiem otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego byłoby pokrzywdzenie wierzycieli? Warto wskazać sytuację, w której dłużnik w przedpolu restrukturyzacji dokonuje szeregu czynności skutkujących pozbyciem się kluczowych dla prowadzenia działalności gospodarczej aktywów. W takim stanie faktycznym otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego byłoby niecelowe, a to wobec braku perspektyw na przywrócenie konkurencyjności przedsiębiorstwa. Analogicznie w przypadku działań dłużnika, które wypełniają znamiona czynów zabronionych w art. 300–301 kodeksu karnego. Przypomnijmy, iż w treści art. 300 ust. 1 kodeksu karnego ustawodawca spenalizował zachowanie dłużnika, który *w razie grożącej mu niewypłacalności lub upadłości udaremnia lub uszczupla zaspokojenie swojego wierzyciela przez to, że usuwa, ukrywa, zbywa, darowuje, niszczy, rzeczywiście lub pozornie obciąża albo uszkodza składniki swojego majątku*. Natomiast w art. 301 ust. 1 kodeksu karnego spenalizowano czynność dłużnika, który *będąc dłużnikiem kilku wierzycieli udaremnia lub ogranicza zaspokojenie ich należności przez to, że tworzy w oparciu o przepisy prawa nową jednostkę gospodarczą i przenosi na nią składniki swojego majątku*. Należy podkreślić, iż w ramach prawa restrukturyzacyjnego brak normatywnego instrumentu pozwalającego na uznanie przedmiotowych czynności za bezskuteczne z mocy prawa w przypadku postępowania o zatwierdzenie układu, przyspieszonego postępowania układowego oraz postępowania układowego. Taka regulacja znajduje się w prawie restrukturyzacyjnym wyłącznie w ramach postępowania sanacyjnego w art. 304 PrRestr, gdzie w ust. 1 wskazano, iż *bezskuteczne w stosunku do masy sanacyjnej są czynności prawne, nieodpłatne albo odpłatne, którymi dłużnik rozporządził swoim majątkiem, jeżeli wartość świadczenia dłużnika przewyższa w istotnym stopniu wartość świadczenia otrzymanego przez dłużnika lub zastrzeżonego dla dłużnika lub dla osoby trzeciej, dokonane w ciągu roku przed dniem złożenia wniosku o otwarcie postępowania sanacyjnego*.

W związku z powyższym dokonanie przez dłużnika czynności zarządczych, które stawiają pod znakiem zapytania możliwość efektywnej restrukturyzacji dłużnika poprzez

przywrócenie jego konkurencyjności (zbycie kluczowych aktywów), a także dokonanie nieekwiwalentnych czynności w przedpolu restrukturyzacji, noszących znamiona czynów zabronionych z art. 300–301 kodeksu karnego, może świadczyć o materializacji przesłanki negatywnej wskazanej w art. 8 ust. 1 PrRestr, chyba że dłużnik w dalszym ciągu posiada taki zespół aktywów, który umożliwia generowanie dodatnich przepływów pieniężnych.

W jaki sposób sąd na etapie rozpoznawania wniosku o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego winien badać, czy w danym stanie faktycznym zmaterializowała się przesłanka negatywna wskazana w art. 8 ust. 1 PrRestr, tj. jakie posiada ku temu instrumentarium? Po pierwsze, przypomnieć należy, że dłużnik w ramach każdego z postępowań restrukturyzacyjnych przedstawia sądowi restrukturyzacyjnemu dokumentację, na podstawie której sąd może zapoznać się ze stanem jego majątku oraz dokonać oceny w zakresie możliwości przywrócenia konkurencyjności dłużnika. W myśl art. 220 p. 8 PrRestr sprawozdanie nadzorczy układu – dołączane obligatoryjnie do wniosku o zatwierdzenie układu [w ramach postępowania o zatwierdzenie układu] – zawiera ocenę możliwości wykonania układu. Z pewnością przedmiotowa ocena nie może zamykać się w jednym zdaniu, winna być wszechstronnie uzasadniona i umotywowana. Nadzorca układu powinien uwzględnić sytuację przedsiębiorstwa na rynku, a także wskazać, jakie są szanse powodzenia zaplanowanych i po części wdrażanych już działań restrukturyzacyjnych.

W ramach przedmiotowej oceny winno się podkreślić również, czy układ i wybrany rodzaj restrukturyzacji wpłyną na poprawę konkurencyjności podmiotu na rynku. Zauważyć należy przy tym, iż nadzorcą układu może być wyłącznie osoba posiadająca licencję doradcy restrukturyzacyjnego, stąd też w ocenie ustawodawcy¹² jest to podmiot uprawniony do przedstawienia takiego dokumentu i posiadający stosowne ku temu wiadomości specjalne, pozwalające na dokonanie takiej oceny. Przedmiotową ocenę zawartą w sprawozdaniu nadzorczy niewątpliwie uznać należy za kluczowy fragment materiału dowodowego w sprawie, a także wiodącą wskazówkę dla sądu restrukturyzacyjnego przy orzekaniu w sprawie. Należy przypomnieć, iż sąd restrukturyzacyjny nie posiada wiadomości specjalnych zogniskowanych w instytucji doradcy restrukturyzacyjnego, stąd też winien opierać swoją ocenę stanowiska przedstawionego przez nadzorcę układu na takich kryteriach jak: poziom wiedzy doradcy restrukturyzacyjnego, sposób

¹² Patr.: ustawa o licencji syndyka z 15.06.2007 r.; od 1.01.2016 r. tytuł ustawy otrzymuje brzmienie: „o licencji doradcy restrukturyzacyjnego”.

umotywowania sformułowanego stanowiska, stopień stanowczości wyrażonych w nim ocen, a także zgodność z zasadami logiki i wiedzy powszechnej [analogicznie jak przy ocenie dowodu z opinii biegłego sądowego].

Warto zaznaczyć, iż na etapie rozpoznawania przez sąd restrukturyzacyjny wniosku restrukturyzacyjnego istnieją istotne przesłanki wskazujące na brak możliwości zastosowania art. 194 ust. 3 PrRestr, stanowiącego, iż: *jeżeli zachodzi potrzeba przeprowadzenia dowodu z przesłuchania dłużnika, nadzorca sądowego, zarządcy, wierzyciela, członka rady wierzycieli lub innych osób, sąd albo sędzia-komisarz, stosownie do okoliczności, przesłuchuje ich na posiedzeniu i z przesłuchania sporządza protokół, niezależnie od obecności innych osób zainteresowanych, albo odbiera od osób przesłuchiwanym oświadczenia na piśmie. Oświadczenia te stanowią dowód w sprawie. Należy bronić stanowiska, iż przedmiotowa regulacja przynależy do kategorii norm ogólnych, podrzędnych względem norm szczególnych. Wskazuje na to m.in. systemowe umiejscowienie art. 194 ust. 3 PrRestr, który znajduje się w dziale VIII Prawa Restrukturyzacyjnego, zatytułowanym „Przepisy ogólne dotyczące postępowania restrukturyzacyjnego”. Taki stan rzeczy prowadzi do konkluzji, iż w postępowaniu o zatwierdzenie układu oraz w postępowaniu o otwarcie przyspieszonego postępowania układowego nie stosujemy art. 194 ust. 3 PrRestr (przepis ogólny), bowiem istnieją normy szczególne, określające sposób procedowania wniosku restrukturyzacyjnego (art. 223 PrRestr, art. 232 PrRestr). Warto podkreślić, iż na mocy art. 232 ust. 1 PrRestr ustawodawca *explicite* wyłączył możliwość dopuszczania w przyspieszonym postępowaniu układowym – na etapie rozpoznawania wniosku o otwarcie postępowania – jakichkolwiek innych dowodów niż przedstawione przez dłużnika wraz z wnioskiem restrukturyzacyjnym, stanowiąc, iż: *sąd rozpoznaje wniosek o otwarcie przyspieszonego postępowania układowego na posiedzeniu niejawnym wyłącznie na podstawie dokumentów dołączonych do wniosku.**

Z kolei możliwość wyznaczenia rozprawy na etapie rozpoznawania wniosku restrukturyzacyjnego w postępowaniu układowym lub sanacyjnym wynika bezpośrednio z art. 270 i 288 PrRestr, zatem również z norm szczególnych, a nie ogólnych. Mając na względzie powyższe, należy uznać za niedopuszczalne przeprowadzanie dowodu z przesłuchania dłużnika lub wierzycieli w myśl art. 194 ust. 3 PrRestr na etapie rozpoznawania wniosku restrukturyzacyjnego, zaś sposób procedowania w tym zakresie określają wskazane przepisy szczególne.

Wątpliwa jest również możliwość dopuszczenia przez sąd restrukturyzacyjny dowodu z opinii biegłego sądowego na okoliczność wykluczenia lub potwierdzenia materializacji przesłanki negatywnej, o której w art. 8 ust. 1 PrRestr. Inne stanowisko przyjmuje R. Adamus w komentarzu do art. 8 ust. 1 PrRestr, twierdząc, iż: *możliwy jest także – jak się wydaje – dowód z opinii biegłego (ograniczenie co do dowodu z opinii biegłego w rozumieniu art. 196 PrRestr odnosi się do postępowania po otwarciu restrukturyzacji)*¹³. Trudno podzielić tę konstatację z kilku względów. Po pierwsze, inaczej niż w prawie upadłościowym, w ramach prawa restrukturyzacyjnego nie istnieje normatywny podział na postępowanie o wszczęcie restrukturyzacji i właściwe postępowanie restrukturyzacyjne. Można co najwyżej mówić o pewnej etapowości jednolitego postępowania restrukturyzacyjnego, w ramach którego pierwszy etap ogniskuje się właśnie wokół rozpoznania wniosku restrukturyzacyjnego. Okoliczność ta jest o tyle istotna, iż uprawnia do twierdzenia, że zakaz przeprowadzania dowodu z opinii biegłego, wynikający z art. 196 PrRestr, nie jest ograniczony wyłącznie do drugiej fazy postępowania restrukturyzacyjnego. Po drugie, trudno przyjąć, aby wykładnie językowa, celowościowa lub systemowa wspierały interpretację zawężającą właściwość art. 196 PrRestr wyłącznie do drugiej fazy postępowania restrukturyzacyjnego. Nie świadczy o tym ani literalne brzmienie przepisu, ani też jego lokalizacja systemowa w dziale VIII zatytułowanym „Przepisy ogólne dotyczące postępowania restrukturyzacyjnego”. Jak już wspomniano przy okazji omówienia art. 194 ust. 3 PrRestr, przywołana norma prawna (art. 196 PrRestr) rzeczywiście nie miałaby zastosowania do pierwszej fazy postępowania restrukturyzacyjnego, gdyby istniał odpowiedni ku temu przepis szczególny. Należy jednak z całą mocą podkreślić, iż w prawie restrukturyzacyjnym nie ma normy prawnej uchylającej na mocy przepisu szczególnego art. 196 PrRestr, poza wyraźnie wskazanym w treści tego przepisu art. 93 ust. 1 PrRestr. Warto dodać również, że jednym z celów prawa restrukturyzacyjnego, wyrażonym w uzasadnieniu projektu ustawy, jest maksymalizacja szybkości oraz efektywności restrukturyzacji i upadłości¹⁴, co z pewnością nie koresponduje z ewentualną możliwością powoływania biegłego już na etapie rozpatrywania wniosku restrukturyzacyjnego. Mając na względzie powyższe okoliczności, wydaje się zasadne przyjęcie, iż rolą sądu restrukturyzacyjnego jest ocena wiarygodności i mocy dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału

¹³ Tamże.

¹⁴ Źródło: <http://sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2824>; dostęp wg stanu na 12.11.2015 r.

(w szczególności przedstawionego przez dłużnika wraz z wnioskiem restrukturyzacyjnym), przy czym brak jest przesłanek wskazujących na możliwość powoływania na tę okoliczność bieglego sądowego.

BADANIE PRZESŁANKI NEGATYWNEJ W POSTACI BRAKU ZDOLNOŚCI DO POKRYWANIA BIEŻĄCYCH KOSZTÓW POSTĘPOWANIA – ART. 8 UST. 2 PrRestr

W ramach art. 8 ust. 2 PrRestr sformułowano drugą z negatywnych przesłanek wszczęcia postępowania układowego lub sanacyjnego: sąd odmawia otwarcia postępowania układowego lub sanacyjnego również, jeżeli nie została uprawdopodobniona zdolność dłużnika do bieżącego zaspokajania kosztów postępowania i zobowiązań powstałych po jego otwarciu.

Na wstępie podkreślić należy, iż przywołana przesłanka negatywna może zmaterializować się wyłącznie w ramach rozpoznawania wniosku o otwarcie postępowania układowego lub wniosku o otwarcie postępowania sanacyjnego, zatem pozostaje poza zakresem zainteresowania w postępowaniach o zatwierdzenie układu lub w postępowaniach prowadzonych w wariantcie przyspieszonego postępowania układowego. W ramach przedmiotowej regulacji pojawia się konieczność uprawdopodobnienia zdolności dłużnika do bieżącego zaspokajania kosztów postępowania i zobowiązań powstałych po jego otwarciu. Nie powinno ulegać wątpliwości, iż ciężar owego uprawdopodobnienia spoczywa wyłącznie na dłużniku, który może uprawdopodobnić swoją zdolność do bieżącego zaspokajania kosztów postępowania i zobowiązań powstałych po jego otwarciu w treści złożonego przez siebie wniosku restrukturyzacyjnego (w szczególności w ramach uzasadnienia wstępnego planu restrukturyzacyjnego) lub też w odrębnym dokumencie przedstawionym przez dłużnika. W celu wykładni pojęcia „uprawdopodobnienie” odwołać się należy do dorobku doktrynalnego oraz orzeczniczego art. 243 kodeksu postępowania cywilnego, który stanowi, iż: *zachowanie szczegółowych przepisów o postępowaniu dowodowym nie jest konieczne, ilekroć ustawa przewiduje uprawdopodobnienie zamiast dowodu*. Jak wskazuje w komentarzu do przywołanej normy prawnej M. Sieńko¹⁵: *W wyjątkowych wypadkach, przy rozstrzyganiu przez sąd kwestii incydentalnych, strona nie musi udowadniać swoich twierdzeń, wystarczy, jeżeli je uprawdopodobni. W tym celu może posłużyć się środkiem zastępczym (surogatem) dowodu, który nie daje pewności, lecz jedynie prawdopodobieństwo prawdziwości twierdzeń o faktach*.

¹⁵ M. Sieńko, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, wyd. II, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, 2013, art. 243.

Warto przywołać również postanowienie Sądu Najwyższego z 16.12.2005 r. (sygn. I CNP 37/05), w który stwierdzono, iż: (...) *w związku z treścią art. 243 k.p.c., skarżący może powoływać i przedstawiać zarówno dowody, w tym tzw. dowody niedające pewności, jak i inne środki, nie uznawane przez kodeks za dowody, np. pisemne oświadczenia, surogaty dokumentów itp.*

W związku z tym należy przyjąć, iż dłużnik może przedstawić sądowi restrukturyzacyjnemu zarówno dowody, jak i inne środki pozadowodowe, które choć nie dają pewności, to jednak zdołają uprawdopodobnić (wykazać istnienie prawdopodobieństwa), iż dłużnik zdolny jest do bieżącego zaspokajania kosztów postępowania i zobowiązań powstałych po jego otwarciu. Z pewnością trudno oczekiwać od dłużnika, iż w ramach antycypacji przyszłego stanu faktycznego przedstawi dowody na potwierdzenie swojego stanowiska, może jednak niewątpliwie przedstawić okoliczności świadczące o możliwości pokrywania bieżących zobowiązań oraz kosztów postępowania restrukturyzacyjnego, np. promesy współpracy. Przedmiotowe uprawdopodobnienie winno zawierać wykaz prognozowanych przychodów (w ujęciu rzeczywistych przepływów gotówkowych, a nie memoriałowym) wraz z określeniem ich źródła. Ponadto dłużnik powinien wskazać przewidywany przez siebie czas trwania postępowania restrukturyzacyjnego, przy założeniu sprawnej i efektywnej organizacji. Należy nadmienić przy tym, iż jeżeli dłużnik nie chce narazić się na odmowę otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego, to w myśl art. 8 ust. 2 PrRestr winien przedstawić sądowi restrukturyzacyjnemu inne dokumenty, niewynikające wprost ze specyfikacji dokumentacji wskazanej w art. 265 PrRestr (postępowanie układowe) lub 284 PrRestr (postępowanie sanacyjne), o ile z przedstawionej sądowi restrukturyzacyjnemu obligatoryjnej dokumentacji nie sposób wywieść pożądanego uprawdopodobnienia.

Należy i tym razem bronić stanowiska, iż sąd restrukturyzacyjny nie ma możliwości powołania biegłego na okoliczność wykazania, czy dłużnik zdolny jest do bieżącego zaspokajania kosztów postępowania i zobowiązań powstałych po jego otwarciu. Nie ulega natomiast wątpliwości, że prywatną opinię ekspercką w przedmiotowym zakresie może przedstawić sam dłużnik w ramach uprawdopodobnienia swojej zdolności finansowej. Przedłożenie przez dłużnika opinii sporządzonej zgodnie z prawidłami sztuki w sposób oczywisty przyczyni się do uprawdopodobnienia możliwości pokrywania przez dłużnika bieżących zobowiązań oraz kosztów postępowania restrukturyzacyjnego, a także korespondować będzie z celem prawa restrukturyzacyjnego w postaci szybkości

postępowania. Zaznaczyć jednak należy, że nie w każdym postępowaniu taka opinia prywatna będzie konieczna. W przypadku części postępowania dłużnik z powodzeniem uprawdopodobni swoją zdolność do pokrywania bieżących zobowiązań oraz kosztów postępowania restrukturyzacyjnego za pomocą innych wskazanych już środków dowodowych lub ich surogatów.

IN DUBIO PRO DEBITOR?

Słuszne wydaje się przyjęcie stanowiska, iż – w razie wątpliwości – sąd restrukturyzacyjny winien interpretować pozytywne oraz negatywne przesłanki otwarcia postępowania restrukturyzacyjnych na korzyść dłużnika, a tym samym w sposób umożliwiający prowadzenie względem dłużnika postępowania restrukturyzacyjnego, tj. w celu realizacji nadrzędnego celu postępowania restrukturyzacyjnego, jakim jest uniknięcie upadłości dłużnika. Prawo restrukturyzacyjne dostarcza odpowiednich instrumentów pozwalających na umorzenie już otwartego postępowania restrukturyzacyjnego, więc gdyby w trakcie przedmiotowego postępowania ujawniły się okoliczności przynależące do zakresu znaczeniowego przesłanek negatywnych, sąd restrukturyzacyjny może niezwłocznie takie postępowanie umorzyć. Art. 325 ust. 1 PrRestr stanowi, iż sąd umarza postępowanie restrukturyzacyjne, jeżeli: prowadzenie postępowania zmierzałoby do pokrzywdzenia wierzycieli, dłużnik wniósł o umorzenie postępowania i zezwoliła na to rada wierzycieli, układ nie został przyjęty, uprawomocniło się postanowienie o ogłoszeniu upadłości dłużnika.

Przywołana norma prawna rodzi po stronie sądu obligatoryjne zobowiązanie określonego działania, co wynika bezpośrednio ze sformułowania „sąd umarza”. Odmiennie rzecz ma się z art. 325 ust. 2-3 PrRestr, który stanowi, iż sąd może umorzyć postępowanie restrukturyzacyjne, jeżeli z okoliczności sprawy, w szczególności z zachowania dłużnika, wynika, że układ nie zostanie wykonany, a także jeżeli dłużnik nie wykonuje poleceń sędziego-komisarza i zezwoliła na to rada wierzycieli. Mając na względzie powyższe, nie ulega wątpliwości,

iż sąd restrukturyzacyjny może umorzyć postępowanie w momencie, w którym ujawnią się przesłanki negatywne prowadzenia postępowania restrukturyzacyjnego uregulowane w art. 8 PrRestr, zatem bezzasadna byłaby odmowa otwarcia takiego postępowania niejako z ostrożności, bez jednoznacznych przesłanek negatywnych, wynikających z zebranego w sprawie materiału dowodowego.

PODSUMOWANIE

Konkludując, zarówno przesłanki pozytywne, jak i negatywne prowadzenia postępowania restrukturyzacyjnego winny być interpretowane w świetle nadrzędnego celu postępowania restrukturyzacyjnego, jakim jest uniknięcie upadłości dłużnika. Należy przyjąć, iż na etapie rozpoznawania wniosku restrukturyzacyjnego sąd restrukturyzacyjny winien dokonywać oceny przedstawionego przed dłużnikiem materiału dowodowego w ramach swobodnej oceny dowodów, rozstrzygając w zakresie materializacji podstawy restrukturyzacji (art. 6 PrRestr), wyboru właściwego modelu restrukturyzacji w kontekście sumy wierzycieli spornych (art. 2 PrRestr) oraz ewentualnej materializacji przesłanek negatywnych (art. 8 PrRestr). Wyłącznie w ramach postępowania układowego oraz postępowania sanacyjnego na mocy przepisów szczególnych sąd restrukturyzacyjny może na etapie rozpoznawania wniosku restrukturyzacyjnego wyznaczyć rozprawę celem wysłuchania dłużnika, wierzyciela lub tymczasowego nadzorca sądowego, niedopuszczalne jest natomiast dopuszczenie na tym etapie postępowania dowodu z opinii biegłego sądowego w żadnym z czterech postępowania restrukturyzacyjnych. Taką możliwość wykluczają bezpośrednio regulacje prawa restrukturyzacyjnego oraz wyrażone przez ustawodawcę cele postępowania.

Należy mieć nadzieję, że taka konstrukcja metodologii badania przesłanek prowadzenia postępowania restrukturyzacyjnego przysłuży się maksymalizacji efektywności nowej regulacji, usprawni procedurę postępowania oraz nie wpłynie na obniżenie merytorycznej jakości poziomu rozstrzygnięć sądów restrukturyzacyjnych.

Kluczowe osiągnięcia nowelizacji

O nowych ustawach – Prawie restrukturyzacyjnym i Prawie upadłościowym: czy są w stanie szybko spełnić pokładane w nich nadzieje?

Publikowany artykuł nie ma na celu wyjaśnienia jakichkolwiek prawnych zagadnień dogmatycznych. Stanowi jedynie, w swej prawniczo-publicystycznej formule, wyraz krytycznego spojrzenia sędziego upadłościowego z wieloletnim doświadczeniem na możliwe perspektywy i kierunki rozwoju praktyki upadłościowej pod rządami nowej ustawy restrukturyzacyjnej oraz istotnie znowelizowanej ustawy upadłościowej, a także na potencjalne skutki tych regulacji dla obrotu prawnego w kontekście oczekiwań, jakie wiąże się z ich rychłym wejściem w życie 1.01.2016 r.

Osobiście uważam, że największymi sukcesami prac powołanego w kwietniu 2012 r. przez ówczesnego ministra sprawiedliwości zespołu do opracowania założeń nowelizacji Prawa upadłościowego i naprawczego było:

- wyeliminowanie nadmiernie stygmatyzującej dłużników i mało efektywnej instytucji upadłości układowej oraz zastąpienie jej procedurami restrukturyzacyjnymi, z których jedna (postępowanie sanacyjne) ma w założeniu zastąpić skutecznie martwe dotychczas w praktyce postępowanie naprawcze;
- znowelizowanie przepisów o upadłości konsumenckiej w sposób otwierający, przynajmniej w teorii, drogę do skutecznego oddłużenia już nie pojedynczych osób, lecz setek i tysięcy niewypłacalnych konsumentów, w tym rolników, prowadząc do istotnego ograniczenia zjawiska współczesnego ekonomicznego niewolnictwa, które eliminuje nadmiernie zadłużonych konsumentów z normalnego obrotu gospodarczego, spychając ich nierzadko do szarej lub czarnej strefy gospodarczej, zmuszając do emigracji, życia w nędzy i poczuciu braku jakichkolwiek perspektyw poprawy ich

sytuacji, a także naruszając ich poczucie własnej wartości i godności ludzkiej;

- stworzenie ustawowych podstaw prawnych dla uruchomienia i funkcjonowania Centralnego Rejestru Restrukturyzacji i Upadłości skupiającego w sobie, realizowane za pośrednictwem poszczególnych jego modułów, funkcje: ogólnopolskiej internetowej tablicy ogłoszeniowej dla wiodących informacji o danej sprawie, orzeczeń i innych czynności sądów oraz pozostałych organów w postępowaniach restrukturyzacyjnych i upadłościowych, zbioru podstawowych informacji, pouczeń, wzorów i formularzy czynności procesowych, a także dobrych praktyk restrukturyzacyjnych i upadłościowych, a docelowo również upadłościowego portalu sprzedażowego.

W pierwszej kolejności wskazać trzeba, że prawo jest czynnikiem regulującym funkcjonowanie gospodarki, lecz nie może ono nigdy odbiegać od realiów ekonomicznych determinowanych prawami ekonomii czy też mocno zakorzenionymi praktykami i zwyczajami panującymi w obrocie gospodarczym danego kraju. Jeżeli zatem ustawodawca chce osiągnąć pewne rezultaty w obrocie prawno-gospodarczym, to musi mieć świadomość tego, że duże zmiany prawne wymagają nie tylko ogólnej społecznej akceptacji środowisk, których mają dotyczyć, lecz także uwzględnienia uwarunkowań ekonomicznych, utartych praktyk i zwyczajów panujących w tych środowiskach, a ponadto wyposażenia w odpowiednie środki tych, którzy stosowanie nowych regulacji mają egzekwować. Każde prawo, które uwarunkowań tych nie uwzględni, jak również nie przewiduje odpowiednich środków jego wdrażania (egzekwowania), pozostaje w większej lub mniejszej mierze zbiorem norm życzeniowych. Osobiście uważam, że takie niebezpieczeństwo poważnie zagraża nowym regulacjom restrukturyzacyjno-upadłościowym,

¹ Sędzia Sądu Rejonowego dla Wrocławia-Fabrycznej we Wrocławiu, przewodniczący VIII Wydziału Gospodarczego dla spraw upadłościowo-naprawczych.

gdyż zarówno z dnia na dzień nie zmieni się przyzwyczajenia, mentalności i oczekiwań przedsiębiorców w Polsce, jak też nie zostały zapewnione odpowiednie środki do tego, aby skutecznie wprowadzać je w życie, o czym będzie mowa niżej. Uniknięcie tego niebezpieczeństwa leżało jednak w dużej mierze poza możliwościami twórców nowych regulacji restrukturyzacyjno-upadłościowych.

POBOŻNE ŻYCZENIA RESTRUKTURYZACYJNE

Rozumiejąc intencje tych, którzy za takim rozwiązaniem optowali i wprowadzili je jako rozwiązanie ustawowe, muszę w pierwszym rzędzie wyrazić swoje obawy związane z nasyceniem obu ustaw licznymi i krótkimi terminami instrukcyjnymi. Generalnie podzielam zdanie, że wprowadzanie tego typu terminów działa mobilizująco na organy sądowe. Abstrahując od specyfiki okresu przejściowego, w którym sądy będą uczyły się stosować nowe prawo, a który z pewnością będzie trwał nie krócej niż rok, ich ilość, długość (są to zwykle bardzo krótkie okresy), a przede wszystkim waga czynności procesowych oraz skala problematyki, do której się odnoszą, sprawiają, że terminy te będą notorycznie i znacząco przekraczane. Obawiam się również, że gdy upłynie okres początkowej wyrozumiałości ze strony sędziów-wizytatorów i organów nadzoru administracyjnego nad sądami restrukturyzacyjnymi i upadłościowymi, dochowywanie tych terminów instrukcyjnych stanie się jednym z istotnych kryteriów oceny sędziów upadłościowych: pozytywnej – w razie ich generalnego przestrzegania i negatywnej – w razie ich częstego przekraczania. Jest to przecież na pierwszy rzut oka bardzo czytelne i proste kryterium oceny z nasuwającymi się automatycznie wnioskami: dobry i sprawny sędzia przestrzega terminów instrukcyjnych, a ten, który ich nie dochowuje, zapewne niedostatecznie ogarnia tematykę restrukturyzacyjno-upadłościową. Z pewnością nie potrafi również podejmować szybkich i trafnych decyzji, co z kolei może przemawiać za negatywną oceną jego pracy i jednocześnie pozytywną oceną zasadności ewentualnej skargi na jego (rzekomą) opieszałość. Poddany tego rodzaju presji sędzia może ulegać pokusie dokonywania rozstrzygnięć szybkich (czyli ogólnie preferowanych i od niego oczekiwanych), lecz niekoniecznie dostatecznie przemyślanych, co – gdy będą one podlegały zaskarżeniu – przesunie główny ciężar rozpoznania sprawy na sąd upadłościowy/restrukturyzacyjny bądź – w razie uchylecia decyzji sędziego-komisarza – na jego zastępcę albo na innego sędziego. Natomiast w odniesieniu do rozstrzygnięć niezaskarżalnych, lecz brzemienne w skutki ekonomiczne, może to z kolei prowadzić do wypracowania specyficznej obojętności odnośnie do ja-

kości podejmowanych decyzji: skoro ma być szybko, to niech będzie szybko, mniej ważne czy trafnie i z jakimi ostatecznie skutkami ekonomicznymi. W obawach tych utwierdzają mnie tematy lustracji wrocławskiego sądu upadłościowego w ostatnich latach, które skupiały się na kwestiach czasowych (szybkości orzekania) i formalnych: przestrzeganiu konkretnych terminów instrukcyjnych (na przykład miesięcznego na rozpoznanie wniosku o wyłączenie z masy upadłości), długości rozpoznawania spraw w przedmiocie ogłoszenia upadłości (co wiąże się z dwumiesięcznym terminem dla ich rozpoznania), ilości upadłości ponadtrzyletnich i ponadpięcioletnich oraz analizy przyczyn ich przedłużania się, terminach sporządzania list wierzytelności, analizie zgodności treści ogłoszeń i obwieszczeń zamieszczanych w prasie oraz „Monitorze Sądowym i Gospodarczym” z treścią będących ich źródłem zarządzeń i orzeczeń sądowych itp. Ponadto ważnym argumentem w liczniejszych zapewne już wkrótce skargach uczestników nieprzychylnych organom postępowań upadłościowych i restrukturyzacyjnych będzie kwestia braku dochowania wielu nowych, a przy tym bardzo krótkich, terminów instrukcyjnych, jakimi nasycono Prawo restrukturyzacyjne i znowelizowane Prawo upadłościowe.

Są wśród prawnych nowości rozwiązania, których ogólnego znaczenia nie można nie doceniać. W szczególności nowy sposób uregulowania właściwości miejscowej sądów restrukturyzacyjnych i upadłościowych (por. art. 15-17 Prawa restrukturyzacyjnego oraz art. 18-19 Prawa upadłościowego), zapożyczony z art. 3 rozporządzenia Rady (WE) nr 1346/2000 z 29.05.2000 r. w sprawie postępowania upadłościowego, stwarza szerokie pole do frymarczenia właściwością poszczególnych sądów w Polsce (*forum shopping*), jeśli nawet nie po złożeniu wniosku o wszczęcie postępowania restrukturyzacyjnego czy upadłościowego, to w okresie tuż przed ich złożeniem w celu pozyskania sądu bardziej przychylnego, by nie powiedzieć: bardziej spolegliwego dla wyreżyserowanego uprzednio scenariusza restrukturyzacyjnego lub upadłościowego. Do tej pory zjawisko to było marginalnie odczuwalne, gdyż przeniesienie przedsiębiorstwa (zakładu głównego) w sensie przedmiotowym w ślad za nową siedzibą rejestrową było operacją logistycznie trudną lub niemożliwą do wykonania.

Zmianą zasadniczą o niezmiernie doniosłych, chociaż nie w pełni przewidywalnych dla obrotu prawnego skutkach jest też nowy sposób uregulowania niewypłacalności jako przesłanki ogłoszenia upadłości przedsiębiorcy. Z olbrzymim sceptycyzmem odnoszę się do porzucenia dotychczasowej regulacji prawnej w tym zakresie oraz do

tez o jej absurdalności. Uważam, że w praktyce orzeczniczej nie pojawiały się obiektywnie kontrowersyjne przypadki ogłoszenia upadłości dłużnika posiadającego jedynie dwa wymagalne zobowiązania o stosunkowo niewielkiej kwocie w odniesieniu do skali pozostałych jego (niewymagalnych) zobowiązań oraz w odniesieniu do wartości jego majątku. Utrwalona dotychczas, rozsądna wykładnia przepisów art. 11 i 12 Prawa upadłościowego i naprawczego, wiążąca powstanie stanu niewypłacalności z ponadtrzymiesięcznym opóźnieniem w wykonywaniu wymagalnych zobowiązań pieniężnych bądź z przekroczeniem przez sumę niewykonanych zobowiązań 10% wartości (a raczej: sumy) bilansowej przedsiębiorstwa dłużnika, łagodziła rygorizm literalnego sformułowania pojęcia niewypłacalności z art. 11 ust. 1 Prawa upadłościowego i naprawczego. Jednakowoż i dotychczas ewidentnie niewypłacalni dłużnicy potrafili nierzadko powoływać się na brak utraty, nieznaney pod rządami wciąż jeszcze obowiązującego prawa, „zdolności wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych”, przedłużając postępowanie w przedmiocie ogłoszenia upadłości, a czasami nawet zyskując przejściowo uznanie swojej racji w sądzie II instancji w związku z uchyceniem ogłoszenia upadłości i przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania.

Przypomnieć wypada, że jednym z podstawowych, zidentyfikowanych przez zespół ds. nowelizacji Prawa upadłościowego i naprawczego negatywnych zjawisk na tle aktualnie obowiązującego prawa była zbyt mała liczba ogłaszanych w Polsce upadłości w odniesieniu do wielkości i potencjału gospodarczego naszego kraju, który jest mniej więcej dwudziestą gospodarką świata pod względem wielkości PKB, jak również praktyka nieskładania w ogóle bądź spóźnienia o rok lub nawet o całe lata wniosku o ogłoszenie upadłości. Warto by na tym tle podać przykład Niemiec – kraju z pierwszej piątki największych gospodarek świata – w których liczba ogłaszanych w każdym roku upadłości liczona jest w dziesiątkach tysięcy, a nie tak jak u nas w setkach lub pojedynczym tysiącu i setkach, co wcale nie świadczy o szczególnej sile naszej rodzimej ekonomii, a raczej o notorycznym ignorowaniu przez uczestników obrotu gospodarczego w Polsce obowiązku terminowego złożenia wniosku o upadłość. Nowa „liberalna” regulacja niewypłacalności będzie w istocie ten negatywny stan sankcjonować, petryfikować i poniekąd usprawiedliwiać. W ten sposób zapewniamy jedynie dłuższy żywot chorych firm, które infekować będą zdrowe ogniwa obrotu gospodarczego i zakłócać zdrową konkurencję w szczególności poprzez notoryczne niepłacenie podatków i składek na ubezpieczenie społeczne. Nasuwa się tutaj analogia do podno-

szczenia kwoty wartości rzeczy stanowiącej granicę, po przekroczeniu której mamy do czynienia z kradzieżą jako występkiem. Jeśli ustalimy ją na poziomie przykładowo 5 000,00 zł, zapewne cała przestępczość spadnie o dziesiątki procent (skoro tradycyjnie kradzieże mają wysoki udział w przestępczości ogółem w Polsce), co oczywiście nie wpłynie na wzrost bezpieczeństwa naszego mienia, chociaż odpowiednio nagłośnione w mediach mogłoby wywołać (raczej krótkotrwałe) wzrost poziomu subiektywnego poczucia bezpieczeństwa u obywateli. Rozsądna wykładnia dotychczasowych przepisów pozwalała oddalać wnioski o ogłoszenie upadłości w odniesieniu do dłużników, których poślizgi w wykonywaniu wymagalnych zobowiązań pieniężnych wynosiły pół roku czy nawet dziewięć miesięcy przy jednoczesnej ciągłej obsłudze wymagalnych zobowiązań powyżej sześciu czy dziewięciu miesięcy. Sądy uwzględniały specyfikę określonych branż, w których tego typu opóźnienia stanowiły powszechną praktykę, stanowiąc okoliczność, z którą zasadniczo każdy ich przedstawiciel musiał się liczyć, kalkulując ją w ryzyko działalności prowadzonej w danej branży – na przykład budowlanej. Nowe rozwiązanie legislacyjne w tym względzie zapewni tego typu podmiotom wprawdzie większe poczucie bezpieczeństwa prawnego, lecz jednocześnie może rozluźnić ich dyscyplinę płatniczą ze szkodą dla płynności w obrocie gospodarczym danej branży, w której powszechnie występują i poniekąd są akceptowane długie poślizgi w płatnościach.

Wyrażam przekonanie, że nowe uregulowanie „majątkowej” postaci przesłanki niewypłacalności z ust. 2 art. 11 Prawa upadłościowego spowoduje jej praktyczną marginalizację. Przypomina to pomysły nowelizacyjne sprzed około 5 lat postulujące jej zniesienie. Wymóg, aby stan przewyżki zobowiązań pieniężnych nad wartością majątku dłużnika niebędącego przedsiębiorcą jednoosobowym (nazwijmy go ogólnie korporacyjnym) utrzymywał się przez okres przekraczający 24 miesiące, stwarza szerokie pole do manipulacji. W szczególności dłużnicy wykazujący ujemny kapitał własny w kolejnych trzech sprawozdaniach finansowych składanych w Krajowym Rejestrze Sądowym będą prawdopodobnie nierzadko powoływać się na brak ciągłości tego stanu, próbując przykładowo dowodzić, że w międzyczasie – choćby tylko chwilowo – ich majątek przewyższał jednak wartość ich zobowiązań pieniężnych.

O wiele istotniejsze jest jednak to, jak nowa regulacja wpłynie na efektywność przepisów sankcyjnych związanych z nieterminowym złożeniem wniosku o ogłoszenie upadłości. Chodzi tutaj w szczególności o sankcje: zakazową z art. 373 ust. 1 Prawa upadłościowego, odpowie-

działności odszkodowawczej reprezentantów dłużnika z art. 21 ust. 3 Prawa upadłościowego, odpowiedzialność majątkową reprezentantów sp. z o.o. z art. 299 k.s.h. czy też odpowiedzialność podatkową i w zakresie składek na ubezpieczenie społeczne reprezentantów spółek z art. 116 Ordynacji podatkowej z uwzględnieniem odesłania do tego przepisu zawartego w art. 32 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych. Stosowanie tych sankcji przez sądy procesowe, organy podatkowe, rentowe i sądy administracyjne będzie znacząco utrudnione, co może wpłynąć na wzrost poczucia swoistej bezkarności u nierzetelnych reprezentantów dłużników korporacyjnych, których – trudniejsze do wyegzekwowania względem nich – sankcje nie będą już tak motywowały do odpowiednio wczesnego wniosku o upadłość, względnie do składania wniosków o restrukturyzację podmiotów przez nich reprezentowanych.

REFORMA PRAWA UPADŁOŚCIOWEGO I NAPRAWCZEGO A POLITYKA

Uważam, że nowe rozwiązania prawne wprowadzone zostały zbyt pośpiesznie. Nie zdążą się do nich należyście przygotować ani sędziowie, ani pozostali praktycy upadłościowo-restrukturyzacyjni, a zwłaszcza syndycy, którzy mają się stać doradcami restrukturyzacyjnymi. Zmiany są ogromne zarówno w ujęciu systemowym, jak i w odniesieniu do poszczególnych rozwiązań prawnych. Osobiście optowałem za tym, aby termin *vacatio legis* był jak najdłuższy oraz aby nie wprowadzać nowych rozwiązań, dopóki nie będzie gotowy CRRiU. Brak tego rejestru (zapewne w okresie najbliższych dwóch lat, a bardzo prawdopodobne, że i dłużej) sprawi, że zdyskontujemy maksymalnie do 30% korzyści płynące z nowych rozwiązań prawnych, a zwłaszcza z nowej koncepcji restrukturyzacji i związanej z tym roli doradców restrukturyzacyjnych. Niezbędna jest bowiem zmiana sposobu myślenia o restrukturyzacji i upadłości, a sfera mentalna nie poddaje się natychmiastowej obróbce stosownie do nowo wprowadzanych rozwiązań prawnych. Te zmiany następują najwolniej, czego przykład obserwowaliśmy pod rządami Prawa upadłościowego i naprawczego zwłaszcza w kontekście jednego postępowania upadłościowego w dwóch opcjach: likwidacyjnej i układowej, dobieranych stosownie do aktualnych okoliczności sprawy i rysujących się na tle każdej z nich możliwości większego lub mniejszego zaspokojenia wierzycieli. Tak będzie i tym razem, gdy po ponad dwunastu latach obowiązywania dotychczasowych rozwiązań prawnych wracamy do dychotomicznego systemu restrukturyzacyjno-upadłościowego. Dłużnicy będą oczekiwali od doradców restrukturyzacyjnych opracowania w każdym

czasie i w każdej sytuacji skutecznych planów restrukturyzacyjnych, gwarantujących poparcie ich przez odpowiednią większość wierzycieli, a brutalna rzeczywistość nie zmieni się: kto się będzie nadawał do restrukturyzacji, bo odpowiednio szybko trafi do doradcy, ten będzie miał szansę, stosując się do jego zaleceń i ciężko nad tym pracując, na kredyt zaufania od wierzycieli, kto zjawi się u doradcy zbyt późno, temu pozostanie upadłość (odtąd już zasadniczo tylko likwidacyjna). Niestygmetyzujący z zasady charakter procedur restrukturyzacyjnych daje wprawdzie szansę na szybsze zgłaszanie się dłużników do doradców restrukturyzacyjnych, lecz ignorancja, niski poziom zaufania przedsiębiorców do sądów i przekonanie wielu zwlekających, że „nie jest jeszcze tak źle, więc sam sobie poradzę” sprawią, że restrukturyzacja w odniesieniu do wielu nią zainteresowanych będzie tak samo wskazana jak reanimacja nieboszczyka.

Aktualnie liczne rozporządzenia wykonawcze przygotowywane są naprędce, bo czas nagli, a zatem nie ma możliwości rzetelnej konsultacji treści ich projektów z praktykami upadłościowymi, a zwłaszcza syndykami, nadzorcami sądowymi, zarządcami i sędziami upadłościowymi. Wygląda na to, że w tym aspekcie upadłości i restrukturyzacji w Polsce kolejny raz w dużej mierze padły ofiarą kampanii wyborczej, podobnie jak to miało miejsce w odniesieniu do ustawy deweloperskiej, którą w ekspresowym tempie uchwalono pod koniec lata 2011 r., tuż przed poprzednimi wyborami parlamentarnymi. Przypomnieć natomiast wypada w tym miejscu, że przykładowo niemieckie prawo insolwencyjne uchwalone w 1994 r. miało pięcioletni okres *vacatio legis*. W mojej opinii nowe regulacje – z nielicznymi wyjątkami – będą z wielkim trudem przebijają się do świadomości sędziów, doradców restrukturyzacyjnych i profesjonalnych pełnomocników. Sędziowie upadłościowi, przygnieceni rosnącym ciężarem gatunkowym dotychczasowych układów i likwidacji oraz wzrastającą systematycznie liczbą upadłości konsumenckich (jest ich przeciętnie 50-75% ogółu wpływu w sprawach GU), otrzymują bowiem kolejne wymagające zadania z zakresu restrukturyzacji bez możliwości nie tylko przygotowania wzorów czynności sądowych w nowych sprawach, lecz i bez możliwości głębszego zapoznania się z poszczególnymi rozwiązaniami prawnymi, a nawet – śmiem twierdzić – bez możliwości odpowiedniego przyswojenia sobie chociażby samej idei i *ratio legis* nowych regulacji. Kilka naprędce przeprowadzonych szkoleń tego nie zapewni. Ten swoisty dyskomfort poznawczy może się już wkrótce przekładać albo na nadmierną wstrzeźliwość lub nawet niechęć do otwierania procedur restrukturyzacyjnych, albo – w szczególności

w powiązaniu z nową liberalną koncepcją niewypłacalności – na przyjęcie w tym względzie podejścia całkowicie pobłażliwego, w świetle którego na restrukturyzację zasługiwać będzie (nieomalże) każdy dłużnik. Z podobną sytuacją mieliśmy do czynienia na gruncie Prawa o postępowaniu układowym w świetle liberalnej wykładni Sądu Najwyższego w zakresie przesłanek jego otwarcia, jednak – jak wielu z nas pamięta – przy znacząco gorszym stosunku ilości układów wykonanych do otwartych postępowań układowych niż w przypadku układów zrealizowanych w upadłościach układowych.

Jednocześnie brak, funkcjonującego równolegle do wchodzącego w życie Prawa restrukturyzacyjnego, CR-RiU co najmniej do lutego 2018 r. – choć mam poważne obawy, że jego uruchomienie w praktyce potrwa dłużej – zahamuje upowszechnianie się tak zwanych dobrych praktyk upadłościowo-restrukturyzacyjnych polegających na przejmowaniu przez pozostałe sądy efektywnych i modelowych rozwiązań przyjętych lub na bieżąco wypracowywanych w sądach upadłościowych, które daną problematykę już dobrze przećwiczyły. Sekretariaty wydziałów upadłościowo-restrukturyzacyjnych będą się borykały – jak dotychczas – z tysiącami zapytań telefonicznych i pisemnych o stan postępowań oraz wniosków o przesłanie odpisu orzeczenia czy wyciągu z listy wierzytelności, co – w założeniach tego rejestru – każdy z wierzycieli mógłby załatwić indywidualnie za pomocą wejścia na stosowną stronę internetową. W dalszym ciągu będą pojawiały się, najczęściej nieuzasadnione, choć uciążliwe dla sędziów-komisarzy i przewodniczących wydziałów restrukturyzacyjno-upadłościowych, skargi na brak odpowiedniego ogłoszenia o zamiarze sprzedaży z wolnej ręki określonych składników masy upadłości czy też na nieczytelność stron internetowych, na których syndycy publikują ogłoszenia o sprzedaży oraz związane z tym regulaminy. Wciąż dostęp do informacji o przeznaczeniu do zbycia i warunkach sprzedaży składników masy upadłości w poszczególnych postępowaniach toczących się przed różnymi sądami pozostanie równy dla wszystkich uczestników tylko w teorii, gdyż do czasu uruchomienia CRRiU nie będzie podlegał jednolitej standaryzacji. Fundamentalne założenie tego rejestru wiąże się bowiem z możliwością pozyskania tej samej informacji o restrukturyzacjach i likwidacjach przez wszystkich potencjalnie zainteresowanych w tym samym czasie (rzeczywistym), w jednym miejscu i nieodpłatnie. Takie uporządkowanie rynku za pomocą oczekiwanego rejestru miało spełnić najlepsze postulaty ekonomii informacyjnej, podnieść poziom zaufania w obrocie gospodarczym, czyniąc go możliwie przejrzystym, przyspieszając likwidację i zmniejszając

koszty transakcyjne po stronie potencjalnych nabywców i masy upadłości oraz zdecydowanie przyspieszyć i zwiększyć dywidendę upadłościową dla wierzycieli. Miało także podnieść poziom zaufania wobec doradców restrukturyzacyjnych (syndyków) i sądów. Tego wszystkiego pozbawiamy się jednak tak długo, jak długo rejestr nie działa. Dodatkowo – w okresie przejściowym, do czasu jego uruchomienia – zwiększą się koszty obwieszczeń, których nowe regulacje przewidują znacznie więcej niż regulacje obowiązujące dotychczas.

UPADŁOŚCIOWO-RESTRUKTURYZACYJNE PENDOLINO NA ROZKLEKOTANYCH TORACH

W otoczeniu infrastrukturalnym sądownictwa upadłościowego z chwilą wejścia w życie tak istotnych nowych regulacji prawnych nie zmieni się dosłownie nic. Pozostają te same narzędzia pracy co dotychczas i te same, zazwyczaj niedostateczne, zasoby kadrowe. Nie jestem wprawdzie orędownikiem zwiększania liczby sędziów upadłościowo-restrukturyzacyjnych (a raczej ich konsolidacji w większych ośrodkach), lecz w odniesieniu do ich personelu pomocniczego (sekretarzy, asystentów) – już zdecydowanie tak. Sekretariaty wydziałów upadłościowo-restrukturyzacyjnych powinny mieć rezerwę na wypadek absencji chorobowych, wypadkowych czy (dłuższych) urlopowych sekretarzy. Rzeczywistość jest natomiast taka, że nawet w dużych sądach upadłościowych niektórzy sędziowie nie mają stałego sekretarza, a nieobecność jednego sekretarza destabilizuje pracę całego sekretariatu. Zmorą kadrową pozostają częste rotacje pracowników, których – z uwagi na zwiększony zakres obowiązków, niezbędne przy specyfice spraw upadłościowych wyższe kwalifikacje intelektualne oraz zdecydowanie większy nakład pracy niż w wydziałach procesowych – trudno pozyskać i utrzymać na dłużej w sekretariacie upadłościowym. Wyszkolenie asystenta sędziego upadłościowego trwa minimum dwa lata. Doświadczonym asystentem jest ktoś, kto w upadłościach pracuje cztery lata. Tymczasem po takim okresie odchodzą oni zwykle do wyższych sądów lub do innych korporacji prawniczych. Przewodniczący przyszłego wydziału upadłościowo-restrukturyzacyjnego, jako sędzia-komisarz, może decydować o tym: czy, kiedy i na jakich warunkach zatrudniać lub zwalniać dziesiątki, setki, a czasami nawet tysiące pracowników, natomiast nie może samodzielnie zadecydować o tym, kto będzie kierownikiem czy zastępcą kierownika jego sekretariatu, ani zatrzymać stosownym dodatkiem motywacyjnym cenionego starszego sekretarza, który odchodzi z pracy, bo nie jest w stanie utrzymać się ze swojej pensji. Pracownicy są przemęczeni i sfrustrowani tym, że – mimo

ich wyteżonej i rzetelnej pracy – zaległości w obsłudze referatów oraz pism przychodzących i wychodzących do sekretariatu nie tylko nie maleją, lecz wręcz rosną.

Z kolei w zakresie dotyczącym narzędzi pracy wspomnieć wypada, że pracujemy na programach obsługi biurowej, które nie są dostosowane do potrzeb i wymogów upadłości oraz układów. Naszym komputerom często doskwiera brak odpowiedniej szybkości i pojemności. W aspekcie infrastrukturalnym pozostają również kwestie lokalowe. Tu wskazać wypada, że już teraz brakuje sal rozpraw, które upadłości muszą dzielić z Krajowym Rejestrem Sądowym lub gospodarczymi wydziałami procesowymi. W 2015 r. zapotrzebowanie na sale rozpraw zwiększyła uwolniona upadłość konsumencka, a od początku 2016 r. zwiększą je postępowania restrukturyzacyjne, w których zasadniczo orzekać się będzie w składach jednoosobowych. Pod tym względem pochwalić należy rozwiązanie przewidujące w upadłościach od 1.01.2016 r. możliwość rozpoznawania sprzeciwów do listy wierzytelności także na posiedzeniach niejawnych.

Wielką szkodą jest brak konsolidacji sądów upadłościowych i przeniesienia ich do sądów okręgowych. Rozwiązanie to sprzyałoby przede wszystkim profesjonalizacji i stabilizacji kadr orzeczniczych w wydziałach upadłościowo-restrukturyzacyjnych, do których nowi sędziowie przychodzą niechętnie, a starsi niekoniecznie chcą w nich pozostać jako dożywotni sędziowie rejonowi. Nie chcę tutaj przytaczać argumentacji, którą w tym zakresie publicznie prezentuję szerzej już od Kongresu prawa upadłościowego INSO 2009, a która pozostaje w całości aktualna. Warto jednak podkreślić, że sędzia-komisarz z poziomu sądu okręgowego byłby z pewnością poważniej traktowany przez inne sądy, prokuraturę czy organy administracji publicznej w swoich wystąpieniach poddyktowanych ochroną interesów masy upadłości i ogółu wierzycieli upadłego, podejmowanych wówczas, gdy okoliczności tego wymagają, a nie są to rzadkie przypadki. Starania o zmiany ustrojowe w tym względzie należy jednak dalej czynić, podobnie jak rozważyć przeniesie w perspektywie kolejnych dwóch lat upadłości konsumenckiej do wydziałów cywilnych z możliwością przekazania ich w pewnych sytuacjach nawet wydziałom rodzinnym. Upadłości konsumenckie są bowiem powiązane z tematyką upadłościową jedynie funkcjonalnie i instytucjonalnie, lecz już raczej nie merytorycznie, ekonomicznie czy celowościowo. Sądy upadłościowe są nierzadko bardzo odległe dla upadłych konsumentów, a syndycy w toku upadłości konsumenckich stają się nierzadko quasi-kuratorami czy quasi-opiekunami. Tematyka tych spraw zbliża się najczęściej do zagadnień

z zakresu klasycznego prawa cywilnego oraz prawa rodzinnego i opiekuńczego, w tym zwłaszcza kwestii alimentacji, pozostając odległą od zagadnień ekonomii i prawa gospodarczego, którymi zajmują się codziennie sędziowie upadłościowi. Docelowo pozostawienie upadłości konsumenckich w wydziałach upadłościowo-restrukturyzacyjnych będzie działało na niekorzyść komasacji okręgów właściwości tych sądów poddyktowaną potrzebą ich profesjonalizacji oraz zwiększenia efektywności ich pracy dla dobra całej gospodarki. Argument, że sądy upadłościowe nie mogą się zbytnio oddalić od swoich podsądnych konsumentów, jest już i tak obecny w dyskusji, a potem będzie tylko jeszcze częściej podnoszony. Bez konsolidacji (centralizacji) sądów upadłościowych nie uda się z kolei wyeliminować tak częstych dzisiaj wydziałów gospodarczych mieszanych (często bez sekcji upadłościowych), zajmujących się upadłościami sporadycznie, w których sędziowie siłą rzeczy muszą się skupiać na sprawach procesowych, bo z tych są przede wszystkim w praktyce rozliczani przez swoich wizytatorów. W takich wydziałach nie ma szansy na specjalizację w tematyce upadłościowej. Podkreślić należy, że dokonane z końcem 2014 r. ożywienie instytucji upadłości konsumenckiej było, jest i będzie potrzebne obrotowi gospodarczemu. Nie ma wątpliwości co do tego, że ich liczba będzie rosła. Pozostawienie upadłości konsumenckich w sądach upadłościowych, zwłaszcza przy braku ich kadrowego wzmocnienia, obniży sprawność prowadzonych w nich postępowań restrukturyzacyjnych i upadłościowych, powodując zatory orzecznicze oraz decyzyjne głównie na etapie ustalania planów spłat i umarzania niespłaconych zobowiązań. Przeniesienie upadłości konsumenckich do wydziałów cywilnych pozwoliłoby natomiast rozłożyć związane z nimi obciążenie na kilkudziesięciokrotnie większą liczbę sędziów cywilistów.

ASERTYWNOŚĆ I EMPATIA – OCZEKIWANE OD WSZYSTKICH

Skuteczność nowego prawa zależała będzie w dużej mierze od dobrej woli i uczciwych intencji wszystkich, którzy będą z niego już wkrótce korzystać, oraz kompetencji, ostrożności, lecz także otwartości i życzliwego podejścia ze strony tych, którzy będą je stosować. Należy podkreślić, że nowe prawo w założeniu daje tylko skuteczniejsze narzędzia restrukturyzacji i likwidacji przedsiębiorców. Najważniejsze jednak pozostaje tworzywo, które za pomocą tych narzędzi ma być obrabiane – przy liczej jego jakości efekt obróbki niekoniecznie musi się różnić od efektu, jaki można było uzyskać przy użyciu dotychczasowych, mniej doskonałych narzędzi. Dłużnicy muszą

być świadomi, że efektywną pomoc będą uzyskiwali tylko ci, którzy sami własną postawą dowiodą, że mogą i chcą pomóc sobie i wierzycielom. Tu nie ma miejsca na prowadzenie dłużnika za rękę ani na roszczeniową postawę dłużnika w stosunku do doradców restrukturyzacyjnych, sądów i wierzycieli: oto mam problemy finansowe, a zatem wy macie zapewnić mi skuteczną restrukturyzację! Dobrym tego przykładem jest chociażby wymóg zasadniczo ciągłego bilansowania wpływów z wydatkami dłużnika w toku postępowania układowego lub sanacyjnego pod rygorem jego umorzenia (por. art. 326 ust. 2 Prawa restrukturyzacyjnego).

Renomowane kancelarie zajmujące się restrukturyzacjami i upadłościami muszą z kolei zdawać sobie sprawę

z tego, że kilka spektakularnych, starannie wyreżyserowanych uprzednio scenariuszy restrukturyzacyjnych służących jedynie zamydleniu oczu sądowi i wierzycielom może znacząco osłabić korzyści i nadzieje, jakie z nowymi procedurami układowymi wiąże cały obrót gospodarczy. W obliczu dość niskiego poziomu społecznego zaufania w Polsce, przenikającego wszystkie dziedziny życia gospodarczego i stosunki państwo – przedsiębiorca, dla zapewnienia większej skuteczności nowych postępowań restrukturyzacyjnych, czyli zawieranych i wykonywanych układow, potrzebna jest dobra wola, elastyczność i maksymalne zaangażowanie wszystkich podmiotów włączonych w te procedury: dłużników, ich doradców prawnych, doradców restrukturyzacyjnych, (kluczowych) wierzycieli i ich pełnomocników oraz sądów.

Upadłość a odpowiedzialność posiłkowa za grzywnę i zobowiązanie do wydania korzyści (art. 24 § 1 i 5 k.k.s.)

Interesującym zagadnieniem praktycznym związanym z upadłością jest problematyka tzw. odpowiedzialności posiłkowej za grzywnę orzeczoną przez sąd karny w stosunku do sprawcy przestępstwa skarbowego i nałożenie zobowiązania do wydania korzyści uzyskanych w wyniku przestępstwa skarbowego.

ODPOWIEDZIALNOŚĆ POSIŁKOWA W PRZYPADKU SKAZANIA SPRAWCY PRZESTĘPSTWA NA GRZYWNĘ

Przepisy kodeksu karnego skarbowego wprowadzają instytucję odpowiedzialności posiłkowej za karę grzywny wymierzoną sprawcy przestępstwa (omawiana regulacja nie ma zastosowania do wykroczeń skarbowych) skarbowego². Odróżnić zatem należy, po pierwsze, sprawcę przestępstwa skarbowego³ i po drugie, podmiot odpowiedzialny posiłkowo. Dalej należy odróżnić osobę upadłą od osoby reprezentanta upadłego i od syndyka.

Ponadto, w myśl art. 24 § 5 k.k.s. niezależnie od nałożenia odpowiedzialności posiłkowej sąd zobowiązuje podmiot, który uzyskał korzyść majątkową, do jej zwrotu w całości albo w części na rzecz Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego (w zależności od tego, kto jest wierzycielem podatkowym); nie dotyczy to ko-

rzyści majątkowej podlegającej zwrotowi na rzecz innego uprawnionego podmiotu.

Wskazana regulacja ma na celu przeciwdziałanie sytuacjom, w których popełnianie przestępstw karnoskarbowych byłoby opłacalne dla osób, z korzyścią dla których działa sprawca.

Sprawcą przestępstwa skarbowego, z istoty rzeczy (art. 5 k.k.s.), może być tylko człowiek (osoba fizyczna). Zgodnie z art. 24 § 1 k.k.s. za karę grzywny wymierzoną sprawcy przestępstwa skarbowego czyni się w całości albo w części odpowiedzialną posiłkowo: osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której odrębne przepisy przyznają zdolność prawną, czyli tzw. osobę ustawową. Innymi słowy, osobą odpowiedzialną posiłkowo może być – co do zasady – każdy z podmiotów prawa cywilnego (badanie zagadnień na styku prawa karnego skarbowego i prawa upadłościowego wymaga posługiwania się aparaturą pojęciową przynależną do obu tych dziedzin prawa). Zgodnie z art. 120 § 1 k.k.s. w postępowaniu w sprawach o przestępstwa skarbowe stronami są: oskarżyciel publiczny, oskarżony, podmiot pociągnięty do odpowiedzialności posiłkowej oraz interwenient.

PRZESŁANKI DLA PRZYPISANIA ODPOWIEDZIALNOŚCI POSIŁKOWEJ

Poniżej, w sposób skrótowy zostaną przedstawione przesłanki dla przypisania odpowiedzialności posiłkowej podmiotowi niebędącemu sprawcą przestępstwa skarbowego.

Po pierwsze, sprawcą czynu zabronionego powinien być zastępca podmiotu odpowiedzialnego posiłkowo pro-

¹ Dr hab. Rafał Adamus, prof. UO, Zakład Prawa Gospodarczego, Handlowego i Upadłościowego Uniwersytetu Opolskiego, radca prawny, www.rafaadamus.pl.

² Zob. na ten temat np. R. Kubacki, *Odpowiedzialność posiłkowa w prawie karnym skarbowym*, PP, 2001, nr 12, s. 53 i n., A. Kisiel, *Odpowiedzialność posiłkowa na gruncie przepisów kodeksu karnego skarbowego*, NKPK 2003, nr 14, s. 257 i n., M. Czyżak, *Karnoadministracyjne, karnoskarbowe i quasi-karne formy odpowiedzialności podmiotów zbiorowych*, WPP, 2004, nr 1, s. 38 i n., M. Brzezińska, D. Kaczorkiewicz, D. Tarnowska, *Niesprawca odpowiedzialność karna o charakterze represyjnym (karnym) w świetle Konstytucji RP* (art. 42 ust. 1), RPEiS, 2013, nr 4, s. 91 i n., P. Kaczmarek, T. Razowski, *Materialne oraz procesowe aspekty orzekania w przedmiocie wydania wyroku łącznego na tle uregulowań kodeksu karnego skarbowego*, „Prok. i Pr.”, 2014 nr 5, s. 103 i n., B. Polak, *Materialnoprawne przesłanki orzekania odpowiedzialności posiłkowej*, „Prok. i Pr.”, 2014.3.98

³ Zob. L. Wilk, *Wina i strona podmiotowa czynu w prawie karnym skarbowym*, PiP, 2001, nr 4, s. 46 i n.

wadzący jego sprawy jako (wyliczenie przykładowe): pełnomocnik (także prokurent), zarządca, pracownik lub działający w jakimkolwiek innym charakterze (np. zleceniobiorca, wykonawca dzieła, *treuhander*, kurator, *negotiorum gestor*). Innymi słowy, sprawca przestępstwa skarbowego musi pozostawać w określonym przez ustawę związku z osobą odpowiedzialną posiłkowo. Kluczowe znaczenie ma zastępstwo podmiotu zbiorowego.

Po drugie, przesłanką nałożenia odpowiedzialności posiłkowej jest odniesienie korzyści majątkowej lub możliwość odniesienia jakiegokolwiek korzyści majątkowej przez zastępowany podmiot z popełnionego przestępstwa skarbowego.

STRUKTURA PODMIOTOWA W PRZYPADKU OGŁOSZENIA UPADŁOŚCI

W przypadku postępowania upadłościowego wskazać należy na następującą konfigurację podmiotową z tym, że należy rozróżnić sytuację przed i po ogłoszeniu upadłości. Przed ogłoszeniem upadłości należy „podmiotowo” wyróżnić dłużnika, który może być osobą fizyczną, osobą prawną lub osobą ustawową, jak i reprezentanta dłużnika. Pojęcie reprezentanta dłużnika w płaszczyźnie prawa prywatnego odnosi się do osoby fizycznej będącej piastunem organu osoby prawnej (por. np. art. 18 § 1 k.s.h.), osoby (niekoniecznie fizycznej) prowadzącej sprawę osoby ustawowej czy osoby (niekoniecznie fizycznej) będącej pełnomocnikiem innej osoby (bez względu na jej rodzaj prawny). Po ogłoszeniu upadłości dłużnik staje się upadłym (art. 185 ust. 1 p.u.). Poprzez fakt ogłoszenia upadłości dłużnik nie traci posiadanego statusu osoby fizycznej, prawnej czy ustawowej (por. art. 185 ust. 2 p.u.). Osoba ustrojowo umocowana do pełnienia funkcji przedstawiciela osoby ustawowej czy osoby prawnej pełni funkcję tzw. reprezentanta upadłego. Wreszcie zgodnie z art. 156 ust. 1 p.u. w przypadku ogłoszenia upadłości sąd upadłościowy powołuje syndyka.

Zgodnie z art. 160 ust. 1 p.u. syndyk dokonuje czynności z zakresu likwidacji masy upadłości „na rachunek upadłego, lecz w imieniu własnym”⁴. Jak podnosi w literatu-

rze przedmiotu M. Pazdan, „zastępstwo w szerokim tego słowa znaczeniu obejmuje różnorodne sytuacje, gdy ktoś zastępuje w obrocie inną osobę, działając na jej rachunek. Działanie na cudzy rachunek jest klamrą spinającą różne postaci zastępstwa. Wśród nich odróżnia się zastępstwo bezpośrednie, oznaczające działanie w imieniu i ze skutkami dla reprezentowanego, oraz zastępstwo pośrednie, zakładające działanie zastępcy w imieniu własnym, choć w cudzym interesie”⁵. Dalej autor ten wskazuje, że „skutki działania zastępcy pośredniego realizują się w jego sferze prawnej. Zastępca pośredni dokonuje czynności prawnej we własnym imieniu. Skutki tej czynności, polegające na nabyciu praw lub zaciągnięciu zobowiązań, dotyczą jego sfery majątkowej. Działa on jednak na cudzy rachunek, co oznacza, iż w ostatecznym rozliczeniu skutki te powinny być przeniesione na inną osobę (zastąpionego). Z osobą tą zastępca pozostaje z reguły w oddzielnym stosunku umownym”⁶. Syndyk nie jest przedstawicielem bezpośrednim, albowiem przedstawicielstwo bezpośrednie zakłada działanie w cudzym imieniu (art. 96 k.c.). Tymczasem z mocy art. 160 ust. 1 p.u. syndyk działa we własnym imieniu. Syndyk nie działa jednak na własny rachunek, ale od razu na rachunek upadłego. W wyniku działania syndyka na rachunek upadłego nie ma potrzeby przenoszenia na drodze osobnej czynności tego, co uzyskał syndyk, albowiem skutki działania syndyka od razu (z mocy samego prawa) odnoszą się do majątku upadłego.

W związku z ogłoszeniem upadłości upadły nadal jest podmiotem praw wchodzących w skład jego majątku. Skutkiem ogłoszenia upadłości bynajmniej nie jest wyłączenie upadłego, choć prawo własności upadłego i inne zostają mocno ograniczone w przepisach prawa upadłościowego. Upadły ograniczony jest przede wszystkim w możliwości rozporządzania swoim majątkiem (art. 75 ust. 1 p.u.). Kompetencje te upadły traci na rzecz syndyka (art. 173 p.u.). Z chwilą ogłoszenia upadłości upadły staje się niedziałającym właścicielem, a syndyk działającym niewłaścicielem. Innymi słowy, typowe atrybuty prawa własności składników majątkowych ulegają rozdzieleniu pomiędzy upadłego (dotychczasowego właściciela) i syndyka. Można zatem postawić tezę, że syndyk masy upadłości jest zastępcą pośrednim upadłego. Jest to zastępstwo pośrednie o szczególnym charakterze: z mocy samego prawa czynności syndyka dokonane w jego imieniu są czynnościami na rachunek upadłego. Co więcej czynności prawne dokonane przez syndyka wiążą

⁴ Na temat statusu prawnego syndyka zob. np. P. Feliga, *Stanowisko prawne syndyka...*, s. 35 i n.; I. Gil, *Sytuacja prawna syndyka...*, s. 152, M. Koenner, *Syndyk masy upadłości*, Sopot 1999, s. 31 i n.; K. Korzan, *Syndyk masy upadłości*, RP, 1993, nr 2, s. 22 i n.; G. Harla, *Syndyk masy upadłości w polskim prawie cywilnym (materiałnym i procesowym)*, Warszawa 2007, s. 117 i n.; tenże: *Organy postępowania upadłościowego a organy postępowania cywilnego w ujęciu systemowym*, PPH 2006, nr 4; P. Sobolewski, *Skutki umorzenia postępowania upadłościowego dla postępowań z udziałem syndyka*, PS 2008, nr 10, s. 75 i n.; J. Pałys, *Syndyk masy upadłości – pozycja ustrojowa*, Pr. Sp. 2000, nr 3, s. 37 i n.; B. Jochemczyk, *Odpowiedzialność odszkodowawcza syndyka masy upadłości*, Pr. Sp. 2004, nr 10, s. 39 i n.; A. Hrycaj, *Syndyk masy upadłości*, Poznań 2006, s. 29 i n.; A. Jarocha, I. Pietrzak, M. Sochajko, *Analiza porównawcza instytucji nadzorczy sądowego, syndyka masy upadłości i zarządcy przymusowego przedsiębiorstwa*, Pr. Sp. 2005, nr 10, s. 53 i n.; A. Pokora,

Stanowisko prawne syndyka masy upadłości, Rej. 1997, nr 7-8, s. 197 i n.

⁵ M. Pazdan, [w:] Z. Radwański, (red.), *System prawa prywatnego*. „Prawo cywilne – część ogólna”, t. II, wyd. 2, Warszawa 2008, s. 478.

⁶ M. Pazdan, [w:] Z. Radwański (red.), *System...*, t. II, s. 478.

⁷ Co do atrybutów prawa własności zob. np. P. Machnikowski, [w:] T. Dybowski (red.) *System prawa prywatnego*. *Prawo rzeczowe*, Warszawa 2007, wyd. 2, s. 13 i n.

upadłego po umorzeniu postępowania upadłościowego (art. 372 ust. 1 p.u.), a także, w zasadzie, po uchyleniu postępowania upadłościowego (art. 372 ust. 2 p.u.). Dotyczy to także sytuacji, w której zakończono postępowanie upadłościowe (art. 368 p.u.). W obecnym stanie prawnym masa upadłości nie jest podmiotem prawa, ale jest przedmiotem stosunków prawnych. Syndyk nie może być zatem zastępcą pośrednim masy upadłości. Zgodnie z art. 161 ust. 1 zd. 1 p.u.n. syndyk może udzielać pełnomocnictw do dokonania czynności prawnych. Zgodnie z art. 95 § 2 k.c. czynność prawna dokonana przez przedstawiciela w granicach umocowania pociąga za sobą skutki bezpośrednio dla reprezentowanego. Pełnomocnik ustanowiony przez syndyka działa w imieniu syndyka. Przy czym z zestawienia treści art. 160 ust. 1 p.u.n. i art. 95 § 2 k.c. wyciągnąć należy wniosek, że skutki działania pełnomocnika syndyka pociągają za sobą skutki bezpośrednio dla upadłego. W związku z likwidacją masy upadłości może dojść do wszczęcia i prowadzenia postępowań sądowych. Zgodnie z ogólną zasadą wyrażoną w treści art. 144 ust. 1 p.u. postępowania takie mogą być wszczęte i prowadzone jedynie przez syndyka lub przeciw niemu.

Należy zwrócić uwagę na okoliczność, że zgodnie z art. 157 ust. 1 i ust. 2 p.u. syndykiem może być osoba fizyczna posiadająca odpowiednią licencję⁸. Ponadto syndykiem może być również spółka handlowa, której wspólnicy ponoszą odpowiedzialność za zobowiązania spółki bez ograniczenia całym swoim majątkiem, albo członkowie zarządu reprezentujący spółkę, posiadający odpowiednią licencję.

SPRAWCA PRZESTĘPSTWA SKARBOWEGO I OSOBA ODPOWIEDZIALNA POSIŁKOWO

Z punktu widzenia zasad odpowiedzialności posiłkowej w kontekście analizowanego problemu istotne znaczenie ma okoliczność, przez kogo przestępstwo zostało popełnione, a w konsekwencji, kiedy popełniono przestępstwo skarbowe: przed czy po wszczęciu postępowania upadłościowego. W myśl art. 2 § 1 k.k.s. czyn zabroniony uważa się za popełniony w czasie, w którym nastąpiło zachowanie sprawcy, chyba że kodeks karny skarbowy stanowi inaczej.

Po ogłoszeniu upadłości w stosunku do dłużnika syndyk zarządza majątkiem upadłego i wykonuje obowiązki sprawozdawcze, jakie ciążyły na upadłym. Syndyk staje się kierownikiem jednostki w rozumieniu przepisów o rachunkowości. Związek pomiędzy syndykiem a upa-

dłym oparty jest o konstrukcję ustawową, a mandat do pełnienia funkcji syndyka przez konkretną osobę w danym postępowaniu wynika z postanowienia sądu upadłościowego. Innymi słowy, po ogłoszeniu upadłości, m.in. za składanie deklaracji podatkowych dotyczących upadłego i za należyte odprowadzanie podatków odpowiada syndyk. Jeżeli syndykiem jest spółka handlowa, zgodnie z art. 157 ust. 2 p.u., wówczas współsprawcami przestępstwa karnoskarbowego mogą być wszyscy wspólnicy, ponoszący odpowiedzialność za zobowiązania spółki bez ograniczenia całym swoim majątkiem, albo wszyscy członkowie zarządu reprezentujący spółkę, posiadający odpowiednią licencję (art. 9 § 1 k.k.s.). Przy czym każdy ze współsprawców wykonujących czyn zabroniony odpowiada w granicach swej umyślności lub nieumyślności, niezależnie od odpowiedzialności pozostałych sprawców; okoliczność osobistą, wyłączającą lub łagodzącą albo zaostrzającą odpowiedzialność, która nie stanowi znamienia czynu zabronionego, uwzględnia się tylko co do sprawcy, którego ona dotyczy (art. 9 § 1 k.k.s.).

Jeżeli przestępstwo karnoskarbowe zostało popełnione po ogłoszeniu upadłości, to karę grzywny wymierza się sprawcy przestępstwa skarbowego – to jest syndykowi będącemu osobą fizyczną – albo osobom, o których mowa w art. 157 ust. 2 p.u. W takim przypadku czyni się upadłego odpowiedzialnym posiłkowo (w całości albo w części), gdyż sprawcą czynu zabronionego jest zastępca upadłego w rozumieniu art. 24 § 1 k.k.s. Masa upadłości nie ma podmiotowości prawnej, a zatem nie może być w żaden sposób odpowiedzialna posiłkowo. Masa upadłości jest majątkiem upadłego zarządzanym przez syndyka. Syndyk – jako sprawca przestępstwa skarbowego – opłaca karę grzywny z własnego majątku osobistego. Należy przyjąć, że odpowiedzialność posiłkowa upadłego powinna być realizowana z funduszków masy upadłości jako koszt postępowania upadłościowego, a zatem w sposób uprzywilejowany.

Sytuacja wygląda nieco inaczej w przypadku, gdy przestępstwo zostało popełnione przez sprawcę, o którym mowa w art. 24 § 1 k.k.s., przed ogłoszeniem upadłości dłużnika. W przypadku skazania sprawcy za przestępstwo karnoskarbowe popełnione przed ogłoszeniem upadłości osobą odpowiedzialną posiłkowo jest upadły. Dłużnik przez fakt ogłoszenia upadłości nie traci swojej podmiotowości prawnej. Syndyk i upadły to dwa niezależne od siebie podmioty prawa, pomimo że syndyk reprezentuje upadłego w sprawach majątkowych. Jeżeli przestępstwo skarbowe zostało popełnione przed ogłoszeniem upadłości, to sprawca nie mógł

⁸ Zob. np. P. Feliga, *Analiza procedury wyboru i kwalifikacji syndyka w prawie niemieckim i polskim – studium prawnoporównawcze*, PUG 2009, nr 10, s. 10 i n.

być zastępcą syndyka w rozumieniu art. 24 § 1 k.k.s. Sprawca przestępstwa skarbowego w takim przypadku jest zastępcą dłużnika, który następnie zostanie postawiony w stan upadłości. Tak samo podmiotem, który uzyskał korzyść majątkową w wyniku przestępstwa skarbowego popełnionego przed ogłoszeniem upadłości, w rozumieniu art. 24 § 5 k.k.s., nie jest osoba pełniąca funkcję syndyka masy upadłości ale dłużnik, który – w wyniku ogłoszenia upadłości – stanie się upadłym. Jeżeli syndyk nie jest sprawcą czynu zabronionego, wówczas koszty związane z odpowiedzialnością za grzywnę i zobowiązanie do zwrotu korzyści majątkowej uzyskanej z przestępstwa nie stanowią kosztu postępowania upadłościowego. Koszty z tytułu, o którym mowa w art. 24 § 1 i 5 k.k.s., są związane z działalnością upadłego, podlegają zaspokojeniu w niższych kategoriach (art. 342 ust. 1 pkt 2 p.u.).

Niemniej sprawa odpowiedzialności posiłkowej za grzywnę, o której mowa w art. 24 § 1 k.k.s, i zobowiązanie do wydania korzyści majątkowej, o którym mowa

w art. 24 § 5 k.k.s., dotyczą spraw majątkowych upadłego, a zatem upadły reprezentowany jest w postępowaniu przez syndyka masy upadłości.

Zgodnie z art. 123 § 2 k.k.s. za podmiot pociągnięty do odpowiedzialności posiłkowej, który nie jest osobą fizyczną, czynności procesowych może dokonać także organ uprawniony do działania w jego imieniu. Czynności procesowe w postępowaniu karnoskarbowym są dokonywane za upadłego przez syndyka.

Pociągnięcie do odpowiedzialności posiłkowej następuje w formie postanowienia (art. 124 § 1 k.k.s.). Postanowienie w postępowaniu przygotowawczym wydaje organ prowadzący to postępowanie, a po wniesieniu aktu oskarżenia – sąd (art. 124 § 2 k.k.s.). Postanowienie zawiera wskazanie oskarżonego, zarzucanego mu przestępstwa skarbowego, kwalifikacji prawnej, podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej (tzn. upadłego) oraz podstaw pociągnięcia podmiotu do odpowiedzialności posiłkowej (art. 124 § 3 k.k.s.).

Przepisy intertemporalne w Prawie restrukturyzacyjnym

1.01.2016 roku wchodzi w życie ustawa z 15.05.2015 roku – Prawo restrukturyzacyjne², która zawiera nowatorskie rozwiązania w zakresie zapobiegania upadłości. Ustawa ta wprowadza cztery postępowania restrukturyzacyjne: o zatwierdzenie układu, przyspieszone postępowanie układowe, postępowanie układowe, postępowanie sanacyjne, które mają dać przedsiębiorcom możliwość przeprowadzania działań zmierzających do naprawy sytuacji ekonomicznej przedsiębiorstwa i zapobiec upadłości. Oprócz tych nowych instytucji ustawa ta wprowadza szereg zmian do innych ustaw, w tym ustawy z 28.03.2003 roku Prawo upadłościowe i naprawcze³. Zmiany w tej ostatniej regulacji są istotne i dotyczą szeregu instytucji zarówno na etapie postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości, jak i samego postępowania upadłościowego. W tym miejscu nie sposób nie zauważyć, że niekiedy problemy interpretacyjne na tle przepisów P.u.n. miały charakter iluzoryczny, gdyż wynikały ze stosowania niewłaściwych reguł wykładni, a mianowicie do przepisów prawa materialnego reguł wykładni prawa procesowego i na odwrót.

Istotne było wprowadzenie w tej ustawie takich regulacji intertemporalnych, które będą w sposób prawidłowy odpowiadać materii uregulowanej w ustawie, czego zabrakło przy wejściu w życie przepisów P.u.n.⁴. Przepisy obu ustaw – P.res. i P.u.n. – zawierają normy o różnorodnym charakterze: przepisy materialne (regulujące prawa i obowiązki), przepisy proceduralne (regulujące sposób realizacji praw i obowiązków), przepisy nowelizujące oraz przepisy przejściowe (intertemporalne). Rozróżnienie przepisów o charakterze

materialnym i proceduralnym ma istotne znaczenie, bo do każdego z nich mają zastosowanie inne reguły intertemporalne.

W przypadku przepisów procesowych zasady intertemporalne są trzy: aktualności postępowania, ciągłości postępowania i stadium postępowania⁵.

Jeśli chodzi o pierwszą z nich, to odwołuje się ona do stosowania obowiązujących aktualnie przepisów, niezależnie od tego, w jakim stanie prawnym rozpoczęło się postępowanie. Oczywiście jest, że możliwe to jest w przypadku takich przepisów, które nie różnicują praw i obowiązków stron postępowania w ten sposób, że jedna z nich z powodu stosowania aktualnie obowiązujących przepisów będzie w gorszej lub w lepszej sytuacji procesowej.

Druga zasada zakłada stosowanie w sposób ciągły tych samych przepisów procesowych, które istniały w momencie wszczęcia postępowania, przez cały okres jego trwania, niezależnie od dokonywanych zmian ustawy procesowej. Stosowanie tej zasady pozwala na stabilizację praw i obowiązków stron oraz na zaplanowanie strategii postępowania i ocenę ryzyka jego powodzenia. W szczególności zasada ta winna być stosowana w przypadku zmian takich przepisów regulujących postępowanie, które bezpośrednio wpływają na uprawnienia procesowe.

Z kolei zasada stadium postępowania jest kompilacją wcześniejszych dwóch zasad: aktualności i ciągłości, a polega ona na stosowaniu przepisów dotychczasowych do zakończenia postępowania w danej instancji, natomiast w kolejnej instancji zastosowanie będą miały przepisy aktualnie obowiązujące. Podkreślić należy, że kolejna instan-

¹ Sędzia, Sąd Rejonowy w Tarnowie, Instytut Allerhanda.

² Dz. U. 2015 r., poz. 978 ze zm. – zwana dalej P.res.

³ T.j. Dz. U. 2015 r. poz. 233 ze zm. – zwana dalej P.u.n.

⁴ Zob. Z. Miczek, M. Załucki, *Problemy intertemporalne w prawie upadłościowym i naprawczym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2004 r., nr 12, s. 37-43.

⁵ Por. M. Uliasz, *Reguły intertemporalne w polskim postępowaniu cywilnym*, „Przegląd Sądowy” 2008 r., nr 3, s. 33-48.

cja to każda następna, a więc również niższa, w sytuacji gdy orzeczenie kończące postępowanie w danej instancji zostało uchylone, a sprawa została przekazana do ponownego rozpoznania sądowi niższej instancji.

Jeśli chodzi natomiast o reguły intertemporalne właściwe dla prawa materialnego, to sprawa jest bardziej złożona, gdyż pełne przedstawienie tego zagadnienia przekracza ramy niniejszego opracowania⁶.

PRAWO MATERIALNE

Nowością w ustawie Prawo restrukturyzacyjne jest przepis art. 448, którego odpowiednika brak było w przepisach przejściowych Prawa upadłościowego i naprawczego. Stanowi on, że przepisy o skutkach wszczęcia postępowania co do osoby, majątku i zobowiązań dłużnika lub upadłego stosuje się również do zdarzeń prawnych, które miały miejsce przed dniem wejścia w życie ustawy. Zamieszczenie tego przepisu ma istotne znaczenie w zakresie aktów podejścia do tworzenia przepisów, gdyż uwzględnia różnorodność norm prawnych zawartych w P.res., w tym przepisów materialnych i procesowych, oraz daje możliwość stosowania nowych regulacji również w stosunku do stanów faktycznych sprzed wejścia w życie tej ustawy. W prawie prywatnym ogólna zasada dotycząca czasowego zakresu stosowania nowej ustawy wyrażona jest w art. 3 k.c., który mówi, że ustawa nie ma mocy wstecznej, chyba że wynika to z jej brzmienia lub celu. Zakaz wstecznego działania prawa zabrania zatem stosowania prawa do stosunków prawnych, które miały miejsce przed wejściem w życie tego prawa, natomiast nie obejmuje swym zakresem rozstrzygnięcia kwestii, jakie prawo należy stosować do sytuacji „w toku”, do momentu wejścia w życie nowego prawa⁷.

Brak regulacji, która została wprowadzona na mocy art. 448 P.res., miałyby poważne reperkusje, gdyż nie pozwalałyby na stosowanie nowych przepisów do stanów faktycznych, które miały miejsce przed 1.01.2016 roku, przy czym odnosi się to nie tylko do przepisów związanych z restrukturyzacją przedsiębiorców, ale również do nowych rozwiązań w zakresie ogłoszenia upadłości.

Przykładowo można zwrócić uwagę na treść art. 247 P.res., który stanowi, że postanowienia umowy na wy-

padek złożenia wniosku o otwarcie przyspieszonego postępowania układowego lub jego otwarcia zastrzegające zmianę lub rozwiązanie stosunku prawnego, którego stroną jest dłużnik, są nieważne. W sytuacji braku regulacji zawartej w art. 448 P.res. zastrzeżenie klauzuli o odmiennej treści i wprowadzenie jej do umowy zawartej po ogłoszeniu ustawy, a przed jej wejściem w życie byłoby skuteczne, gdyż nie byłoby możliwe ocenienie skutków zwartych przed 1.01.2016 roku umów.

PRZEPISY PROCEDURALNE

W zakresie przepisów proceduralnych ustawodawca przyjął zasadę ciągłości, wskazując w art. 449 P.res., że w sprawach w których przed dniem wejścia w życie ustawy wpłynął wniosek o ogłoszenie upadłości, stosuje się przepisy dotychczasowe. Choć nie wynika to wprost z treści tego przepisu, dotyczy to również tych postępowań, w których wniosek o ogłoszenie upadłości wpłynął przed dniem wejścia w życie ustawy, natomiast upadłość ogłoszono po dniu wejścia w życie ustawy⁸. Taka sytuacja powoduje, że przez pewien okres będą funkcjonować dwa typy postępowań w przedmiocie ogłoszenia upadłości oraz dwa modele postępowań upadłościowych.

W związku z powyższym niezbędne będzie wskazywanie przez okres przejściowy w treści orzeczeń rozstrzygających wniosków w przedmiocie ogłoszenia upadłości podstawy prawnej rozstrzygnięcia, a więc ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze albo ustawy Prawo upadłościowe. Takie zachowanie pozwoli, zwłaszcza w sytuacji braku uzasadnienia postanowienia, na wyeliminowanie wątpliwości po samej lekturze treści postanowienia co do podstawy prawnej zastosowanych przepisów.

Podobną zasadę zastosowano w zakresie postępowań dotyczących wniosków o zmianę lub uchylenie układu. Zgodnie z art. 450 P.res. jeśli w takich sprawach wniosek wpłynął przed dniem wejścia w życie ustawy, a nie wydano jeszcze postanowienia w tym przedmiocie, postępowanie prowadzi się według przepisów dotychczasowych. Z treści tego przepisu nie wynika wprost, co się dzieje, jeśli wniosek o zmianę lub uchylenie układu zawartego przed 1.01.2016 roku wpłynął po 1.01.2016 roku, a więc w sytuacji, gdy przepisy dotyczące zwarcia układu i skutków z tym związanych, zawarte dotychczas w przepisach P.u.n., już nie będą obowiązywały. Podnieść należy, że przepisy dotyczące przesłanek uchylenia układu wskazane w art. 302 ust. 1 P.u.n. mają charakter materialnoprawny, więc mogą

⁶ Szczegółowe rozważania w tym zakresie przedstawiane zostały przez J. Gwiazdomorskiego, [w:] *Międzyczasowe prawo prywatne. Część I. Zasady ogólne*, „Nowe Prawo” 1965 r., nr 6, s. 614-626, przedstawił on wszelkie aspekty stosowania prawa międzyczasowego na gruncie prawa materialnego.

⁷ Por. E. Łętowska, *O potrzebie zmiany poglądów na znaczenie art. 3 k.c.*, [w:] *Studia z prawa gospodarczego i handlowego. Księga pamiątkowa ku czci profesora Stanisława Włodyki*, Kraków 1996 r., s. 287.

⁸ Podobnie R. Adamus: *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Warszawa 2015 r., s. 587.

być oceniane tylko i wyłącznie przez pryzmat przepisów istniejących w dacie zawierania i zatwierdzenia układu. Dlatego też również w takich sprawach zastosowanie będą miały przepisy P.u.n. Jeśli zaś chodzi o kwestie proceduralne, to wskazać należy, że wniosek o uchylenie układu nie wszczyna odrębnego i samodzielnego postępowania, lecz jest ściśle związany z toczącym się postępowaniem upadłościowym, w ramach którego zawarto układ, więc na zasadzie art. 449 P.res. zastosowanie do niego będą miały przepisy dotychczasowe, a więc odpowiednio art. 302-304 P.u.n., albo w stosunku do postępowań, do których układ zawarto na podstawie Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 24 października 1934 r. – Prawo o postępowaniu układowym⁹, przepisy art. 74-77 tego rozporządzenia, co wynika z art. 538 ust. 2 P.u.n., który regulował kwestie międzyczasowe związane z wejściem w życie przepisów Prawa upadłościowego i naprawczego.

Również w zakresie postępowań naprawczych zastosowanie będzie miała zasada ciągłości, gdyż zgodnie z art. 451 P.res. w sprawach, w których przed dniem wejścia w życie ustawy przedsiębiorca złożył oświadczenie o otwarciu postępowania naprawczego, stosuje się przepisy dotychczasowe. Norma ta ma w praktyce niewielkie znaczenie ze względu za znikomą liczbę postępowań naprawczych, jak też uchylenie od 1.01.2016 roku przepisów o postępowaniu naprawczym.

PRZEPISY PRZEJŚCIOWE W ZAKRESIE ORZECZANIA O ZAKAZIE PROWADZENIA DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ

Ustanowienie właściwych przepisów intertemporalnych w zakresie postępowań związanych z orzekaniem zakazu prowadzenia działalności gospodarczej ma duże znaczenie ze względu na charakter tej instytucji. Mimo że jest ona uregulowana w przepisach o przeważającym prywatnoprawnym charakterze, to w istocie ma ona charakter sankcji publicznoprawnej, a konieczność ustalenia winy jako przesłanki orzekania zbliża tę instytucję do rozwiązań o charakterze penalnym. Dlatego też przepisy przejściowe w niektórych kwestiach zostały oparte na zasadach typowych dla norm prawa karnego.

Pierwsza regulacja związana jest z okresem, na jaki może być orzeczony zakaz. Dotychczasowe progi zakazu określone w art. 373 ust. 1 i 3 P.u.n. jako okresy od trzech do dziesięciu lat były poddawane słusznej krytyce, wynikającej z założenia, że dolny z tych progów w niektórych przypadkach był zbyt restrykcyjny przez to, że utrudniał właściwe i sprawiedliwe orze-

kanie w przypadkach mniejszej wagi, jak też w sytuacji różnego stopnia winy kilku osób, które ponosiły odpowiedzialność za brak złożenia wniosku o ogłoszenie w terminie (problem tzw. wewnętrznej sprawiedliwości wyroku). Słusznie więc ustawodawca zmienił dolny próg orzekania o zakazie na jeden rok. Konsekwentnie uwzględniono tę okoliczność w art. 452 ust. 1 P.res, w którym wskazano, że w sprawach, w których przed dniem wejścia w życie ustawy wpłynął wniosek o orzeczenie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, stosuje się przepisy dotychczasowe, z tym że zakaz ten może być orzeczony na okres od roku do dziesięciu lat. Zastosowano tutaj znaną z prawa karnego zasadę ustawy względniejszej, przy czym w zakresie postępowania będą miały zastosowanie przepisy według stanu sprzed 1.01.2016 roku (według treści Prawa upadłościowego i naprawczego).

Natomiast zgodnie z art. 452 ust. 2 P.res. w sprawach, w których po wejściu w życie ustawy wpłynął wniosek o orzeczenie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, działania lub zaniechania, o których mowa w art. 373 i art. 374 P.u.n., w brzmieniu nadanym przez P.res., ocenia się według przepisów ustawy obowiązującej w dniu ich wystąpienia. Oznacza to, że postępowania zakazowe wszczęte po 1.10.2016 roku będą się toczyły według przepisów postępowania obowiązujących od 1.01.2016 roku, jednakże same materialnoprawne podstawy zakazu będą oceniane według przepisów obowiązujących do 1.01.2016 roku, a więc według ustawy obowiązującej w dniu, kiedy istniał obowiązek działania (wystąpiło zaniechanie). Biorąc pod uwagę, że przepisy dotyczące podstaw orzekania zakazu sankcjonują zaniechanie osoby zobowiązanej, może wystąpić sytuacja, że okres ten może trwać w czasie obowiązywania ustawy starej i nowej. Ustawodawca przewidział taką sytuację i aby wyeliminować trudności w ocenie takich zdarzeń, przyjął w art. 452 ust. 3 P.res, że jeżeli działania lub zaniechania, o których mowa w art. 373 i art. 374 P.u.n., w brzmieniu nadanym przez P.res, które stanowią podstawę orzeczenia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, miały miejsce zarówno przed dniem wejścia w życie ustawy, jak i po jej wejściu w życie, do oceny ich skutków stosuje się przepisy ustawy zmienianej w art. 428 w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą. Przyjęto więc zasadę stosowania ustawy nowej.

CENTRALNY REJESTR RESTRUKTURYZACJI I UPADŁOŚCI

Przepis art. 5 P.res. wprowadza nową instytucję w postaci Centralnego Rejestru Restrukturyzacji i Upadłości, który ma za zadanie:

⁹ Dz. U. z 1934 r., nr 93, poz. 836, ze zm.

- 1) służyć zamieszczaniu i obwieszczeniu postanowień, zarządzeń, dokumentów i informacji dotyczących postępowań restrukturyzacyjnego i upadłościowego;
- 2) służyć udostępnianiu danych zawartych w postanowieniach, zarządzeniach, dokumentach i informacjach, dotyczących postępowań restrukturyzacyjnego i upadłościowego, obwieszonych w rejestrze w odniesieniu do danego podmiotu;
- 3) umożliwiać składanie pism i dokumentów oraz dokonywanie doręczeń;
- 4) wspomagać organizację pracy i prowadzenie postępowań restrukturyzacyjnego i upadłościowego;
- 5) służyć udostępnianiu wzorów pism procesowych i dokumentów określonych w ustawie.

Zgodnie z art. 456 pkt. 1 P.res. przepis art. 5 P.res. wchodzi w życie 1.02.2018 roku, co ma umożliwić opracowanie tego systemu informatycznego, jego przetestowanie i wdrożenie.

W związku z tym niezbędne było wprowadzenie regulacji przejściowych w tym zakresie, które znalazły się w art. 455 P.res. Niezbędne jest jednak zauważenie, że przepis art. 455 ust. 1 P.res., choć jeszcze nie obowiązuje, to został już zmieniony na podstawie art. 477 ustawy z 11.09.2015 roku o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej¹⁰, który zacznie obowiązywać 1.01.2016 roku. Pierwotne brzmienie tego przepisu było następujące: „Art. 455. 1. Do dnia utworzenia rejestru obwieszceń, o których mowa w ustawie, dokonuje się w Monitorze Sądowym i Gospodarczym”, natomiast po zmianie jego treść będzie następująca: „Art. 455. 1. Do dnia utworzenia rejestru obwieszceń, o których mowa w ustawie, dokonuje się w Monitorze Sądowym i Gospodarczym. W postępowaniu upadłościowym wobec osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej obwieszczenia nie podlegają opłatom”. Wprowadzenie tej korekty wyeliminuje nieścisłości, utrzymując bark obowiązku ponoszenia opłat sądowych przez osoby, w stosunku do których ogłoszono tzw. upadłość konsumenci, wynikający z art. 4916 ust. 1 pkt 4 P.u.n.

Zgodnie z art. 455 ust. 2 P.res. postanowienia, zarządzenia i dokumenty, które zamieszcza się w rejestrze, do dnia jego utworzenia wyklada się w sekretariacie sądu, o czym należy uczynić wzmiankę na sentencji postanowienia z zaznaczeniem daty wyłożenia. Jeżeli ustawa przewiduje, że termin biegnie od dnia zamieszczenia postanowienia, zarządzenia lub dokumentu w rejestrze, do dnia utworzenia rejestru termin ten biegnie od dnia wyłożenia w sekretariacie sądu. Natomiast art. 455 ust. 3

P.res. stanowi, że jeżeli ustawa przewiduje, że pisma lub dokumenty składa się albo można złożyć w postaci elektronicznej, do dnia utworzenia rejestru pisma lub dokumenty składa się w postaci papierowej.

Powyższe regulacje oznaczają, że do czasu uruchomienia rejestru zachowany zostaje dotychczasowy sposób dokonywania obwieszceń i składania pism procesowych. Liczyć tylko należy, że władza wykonawcza wywiąże się z nałożonego na nią obowiązku i w terminie określonym w ustawie przygotuje sprawne i kompletne narzędzie informatyczne, gdyż tak naprawdę cała reforma przepisów dotyczących niewypłacalności, zakładająca szybsze i efektywniejsze prowadzenie postępowań, zakłada wykorzystanie przedmiotowego rejestru.

POZOSTAŁE KWESTIE INTERTEMPORALNE

Przepisy P.res., wprowadzając nowe rodzaje postępowań oraz dokonując rozległych zmian w innych dziedzinach, wymusiły również zmiany w zakresie przepisów regulujących kwestie wykonywania zawodu syndyka. Doszło do zmiany ustawy z 15.06.2007 roku o licencji syndyka¹¹, zmieniając nazwę samej ustawy na Ustawę o licencji doradcy restrukturyzacyjnego oraz nazwę zawodu z syndyka na doradcę restrukturyzacyjnego. Konsekwencją tych zmian było wprowadzenie reguł międzyczasowych odnoszących się do tego zagadnienia. Zgodnie z art. 453 ust. 1 P.res. z dniem wejścia w życie ustawy licencja syndyka staje się licencją doradcy restrukturyzacyjnego. Oznacza to automatyczne otrzymanie uprawnień doradcy restrukturyzacyjnego przez wszystkie osoby, które 1.01.2016 roku miały licencję syndyka, w tym również w stosunku do tych, do których minister sprawiedliwości wydał nieprawomocne decyzje o cofnięciu licencji syndyka lub nawet prawomocne decyzje o zawieszeniu licencji syndyka.

W przypadku gdy osoba złożyła przed dniem wejścia w życie przepisów P.res. egzamin dla osób ubiegających się o licencję syndyka, może ubiegać się o licencję doradcy restrukturyzacyjnego, przy czym zgodnie z art. 453 ust. 2 i 3 P.res. do postępowań o wydanie licencji, które nie zakończyły się do 1.01.2016 roku, stosuje się już nowe przepisy.

Na mocy art. 417 P.res. w ustawie z 29.08.1997 roku – Ordynacja podatkowa¹² dodano art. 116 b, na mocy którego wprowadzono odpowiedzialność likwidatorów spółki, z wyjątkiem likwidatorów ustanowionych przez

¹⁰ Dz.U. z 2015 roku, poz. 1844.

¹¹ T.j. Dz. U. 2014 r., poz. 776.

¹² T.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 613 ze zm.

sąd, za zaległości podatkowe spółki powstałe w czasie likwidacji (§ 1) oraz odpowiedzialność likwidatorów innych osób prawnych niż wymienione w art. 116 Ordynacji podatkowej za zaległości podatkowe tych osób powstałe w czasie likwidacji (§ 2). Z kolei na mocy art. 419 P.res. dokonano zmiany ustawy z 13.10.1998 roku o systemie ubezpieczeń społecznych¹³ w ten sposób, że na zasadzie art. 31 tej ustawy do należności z tytułu składek na ubez-

¹³ T.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 121 ze zm.

pieczenia społeczne ma zastosowanie również art. 116 b Ordynacji podatkowej.

Konsekwencją tych zmian było wprowadzenie w art. 454 P.res. zasady, że likwidatorzy tacy nie odpowiadają na zasadach określonych w art. 116 b za zaległości podatkowe oraz zaległości z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, które powstały przed 1.10.2016 roku jako dniem wejścia w życie przepisów P.res.

Obowiązkowe ubezpieczenie OC syndyka

Ustawa o licencji syndyka – zagadnienia intertemporalne

Ustawą o licencji syndyka³ przed osobami ubiegającymi się o powołanie do pełnienia funkcji syndyka w postępowaniu upadłościowym ustawodawca postawił wymagania w postaci: legitymowania się licencją oraz obowiązku posiadania polisy OC. Wspomniana ustawa wprowadziła radykalne zmiany w zasadach naboru kandydatów do tej funkcji. Z uwagi na fakt, że postępowania upadłościowe trwają średnio kilka lat, w praktyce częstokroć można spotkać się z postępowaniami, które w dacie wejścia w życie u.l.s. były w toku, a w których czynności wykonywali syndycy powołani według starych przepisów. Powyższe daje więc asumpt do rozważenia zagadnień intertemporalnych związanych z wprowadzeniem do polskiego porządku prawnego wspomnianych instytucji.

LICENCJA SYNDYKA – UREGULOWANIA *DE LEGE LATA*

Ustawa o licencji syndyka nie została uchwalona równoległe z ustawą – Prawo upadłościowe i naprawcze⁴, mimo że ta druga w art. 157 ust. 1 wprowadziła zasadę, według której warunkiem powołania konkretnej osoby do pełnienia funkcji syndyka ma być posiadanie przez nią licencji. Ustęp 3 ww. artykułu z kolei stanowił, iż zasady i tryb wydawania licencji miała określać odrębna ustawa. Realizacja dyspozycji art. 157 ust. 3 p.u.n. została jednak odłożona w czasie z uwagi na przepis art. 541 ust. 1 p.u.n., stanowiący, że do czasu wydania ustawy wprowadzającej instytucję licencji syndyka od syndyka, nadzorca sądowego albo zarządcy i ich zastępców nie wymagano jej posiadania. W związku z tym w obecnie prowadzonych

postępowaniach upadłościowych – w zależności od daty ich wszczęcia – syndykami są osoby, które stosownej licencji nie mają. Takie przypadki występują wówczas, gdy postępowania upadłościowe prowadzone są na podstawie przepisów Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej – Prawo upadłościowe⁵, a także już pod rządami p.u.n., o ile syndyka bez licencji powołano przed upływem okresów przejściowych, wprowadzonych u.l.s.⁶

W poprzednim stanie prawnym katalog wymagań stawianych kandydatom do pełnienia funkcji syndyka nie był rozbudowany. Określało je rozporządzenie ministra sprawiedliwości w sprawie szczególnych kwalifikacji oraz warunków wymaganych od kandydatów na syndyków upadłości⁷. Przede wszystkim nie istniało wymaganie w postaci potwierdzenia posiadanej wiedzy w formie specjalistycznego egzaminu; zgodnie z § 1 rozporządzenia kandydat na syndyka musiał spełnić łącznie następujące warunki:

- 1) wyższe wykształcenie⁸;
- 2) co najmniej 5-letni okres pracy na stanowiskach kierowniczych lub samodzielnych w zakresie zarządzania przedsiębiorstwem oraz znajomość prawa gospodarczego, cywilnego, pracy i finansów (dla osób z wykształceniem prawniczym albo ekonomicznym okres ten wynosił 3 lata)⁹;
- 3) niekaralność za popełnione umyślnie przestępstwo przeciwko mieniu;

⁵ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 24.10.1934 r. – Prawo upadłościowe (tekst jedn.: Dz.U. z 2012 r., poz. 1112 ze zm.).

⁶ Por. J. Sławek, *Syndyk w postępowaniach upadłościowych w Polsce*, „Edukacja Prawnicza” 2014, nr 6, s. 16.

⁷ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 16.04.1998 r. w sprawie szczególnych kwalifikacji oraz warunków wymaganych od kandydatów na syndyków upadłości (Dz.U. nr 55, poz. 359).

⁸ Z tym, że osoba fizyczna mająca wykształcenie średnie, która przed dniem wejścia w życie rozporządzenia pełniła funkcję syndyka przez okres co najmniej dwóch lat, mogła być wyznaczana syndykiem upadłości, jeżeli posiadała pozostałe kwalifikacje.

⁹ Tego warunku nie wymagano od kandydata będącego adwokatem, radcą prawnym i biegłym rewidentem.

¹ Doradca restrukturyzacyjny w Zimmerman Filipiak Restrukturyzacja S.A., radca prawny w Zimmerman i Wspólnicy sp.k.

² Aplikant radcowski w Zimmerman i Wspólnicy sp.k.

³ Ustawa z 15.06.2007 r. o licencji syndyka (tekst jedn.: Dz.U. z 2014 r., poz. 776 ze zm.), dalej jako: „u.l.s.”.

⁴ Ustawa z 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze (tekst jedn.: Dz.U. z 2015 r., poz. 233 ze zm.), dalej jako: „p.u.n.”.

- 4) niefigurowanie w wykazie osób, wobec których orzeczono na podstawie Prawa upadłościowego zakaz prowadzenia działalności gospodarczej na własny rachunek oraz pełnienia funkcji reprezentanta lub pełnomocnika przedsiębiorcy, członka rady nadzorczej i komisji rewizyjnej w spółce akcyjnej, z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółdzielni;
- 5) nieusunięcie przez sąd na podstawie Rozporządzenia Prezydenta RP – Prawo upadłościowe z powodu nie należytego pełnienia obowiązków syndyka¹⁰.

Listy kandydatów na syndyków prowadzili prezesi sądów okręgowych. Wpis na nie następował na podstawie zgłoszenia osoby ubiegającej się o wpis po wykazaniu, że spełnia kwalifikacje lub warunki wymagane w analizowanym tu rozporządzeniu. Prowadzenia list zaprzestano wraz z wejściem w życie u.l.s. – zgodnie z art. 24 tej ustawy.

Osoby, które spełniały wymagania określone w rozporządzeniu ministra sprawiedliwości i dzięki temu pełniły obowiązki syndyka w trwających wówczas postępowaniach, wraz z wejściem w życie u.l.s. nie zostały zobligowane do uzyskania licencji. Zgodnie bowiem z art. 23 ww. ustawy osoby te, jeżeli zostały ustanowione syndykami w postępowaniach upadłościowych przed dniem jej wejścia w życie, sprawują swoją funkcję do czasu ich zakończenia. Tym samym ustawodawca dał prymat zasadzie ciągłości postępowania upadłościowego¹¹ oraz zasadzie powołania syndyka do czasu jego zakończenia¹².

Wejście w życie u.l.s., co nastąpiło 10.10.2007 r., nie skutkowało automatycznie tym, że w postępowaniach upadłościowych wszczynanych po tej dacie na syndyków sądy upadłościowe mogły powoływać jedynie osoby legitymujące się odpowiednią licencją¹³. W art. 25 u.l.s. ustawodawca zastosował bowiem kolejną regulację intertemporalną, w myśl której do czasu uzyskania licencji syndyka, nie dłużej jednak niż przez trzy lata od dnia wejścia w życie u.l.s., osoby wpisane na listę prowadzoną przez prezesów sądów okręgowych na podstawie rozporządzenia ministra sprawiedliwości w sprawie szczególnych kwalifikacji oraz warunków wymaganych

od kandydatów na syndyków upadłości mogły być powoływane do sprawowania funkcji w postępowaniu upadłościowym i naprawczym. *Ratio legis* dla przyjęcia tej regulacji leżało w konieczności zapewnienia czasu niezbędnego do powstania listy osób legitymujących się posiadaniem licencji syndyka¹⁴.

Z przytoczonego art. 25 u.l.s. wynika, iż w ciągu pierwszych trzech lat obowiązywania tej ustawy kształtował się wspomniany już wcześniej dualizm co do kwalifikacji osób powoływanych na syndyków w rozpoczynających się postępowaniach upadłościowych: w części z nich syndykami były osoby posiadające licencję, a w części nie. W praktyce powstał problem, jak rozstrzygać przypadki postępowań, w których przed upływem okresu przejściowego na syndyka wyznaczona została osoba bez licencji i która mimo upływu tego okresu licencji nie uzyskała. Problem sprowadzał się do rozstrzygnięcia zagadnienia, czy w takim przypadku syndyk wraz z upływem okresu przejściowego tracił uprawnienia do dalszego wykonywania swoich funkcji, czy też nie. Wątpliwości co do zasygnalizowanej kwestii potęgował również sposób redakcji art. 25 u.l.s., w którym z jednej strony nie określono, jaki skutek dla dalszego wykonywania funkcji syndyka w toczącym się postępowaniu upadłościowym miało nieuzyskanie przez niego licencji przed upływem okresu przejściowego, a z drugiej strony nie określono wprost, czy powołanie na syndyka w trybie art. 25 u.l.s. rozciągało się na całe postępowanie upadłościowe, niezależnie od uzyskania licencji przed upływem wspomnianego okresu.

Ostatecznej odpowiedzi na zaistniałe zagadnienie prawne udzielił Sąd Najwyższy w uchwale z 12.12.2012 r.¹⁵. W przywołanym judykacie stwierdzono, iż osoba powołana do wykonywania funkcji syndyka na podstawie artykułu 25 u.l.s., która mimo upływu okresu przejściowego nie uzyskała licencji, nie traciła z tego powodu uprawnień do dalszego wykonywania swojej funkcji w postępowaniu upadłościowym, w którym powierzono jej wykonywanie czynności. U podstaw tego rozstrzygnięcia legły dwie wspomniane już zasady: zasada ciągłości postępowań oraz zasada powołania syndyka do czasu zakończenia postępowania upadłościowego. W ich kontekście następstwa wprowadzenia art. 25 u.l.s. powinny być rozumiane w ten sposób, że powołanie do sprawowania funkcji syndyka oznacza faktycznie powierzenie takiej osobie uprawnień syndyka, a zatem podmiotu posiadającego kompetencje wynikające z przepisów prawa upadłościowego. Poza tym zdaniem

¹⁰ Analizowane rozporządzenie ministra sprawiedliwości wskazywało również warunki, od spełnienia których uzależniano możliwość pełnienia funkcji syndyka przez osobę prawną. By było to możliwe, wszyscy członkowie zarządu tej osoby prawnej musieli spełniać wymagania wskazane w pkt 3-5, a dodatkowo co najmniej jeden z członków jej zarządu musiał posiadać kwalifikacje określone w pkt 1-2.

¹¹ Por. uzasadnienie do projektu ustawy o licencji syndyka, <http://bip.kprm.gov.pl/ftp/kprm/dokumenty/061013u3uz.pdf>, s. 7.

¹² Na istnienie tej zasady wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z 12.12.2012 r. (III CZP 80/12), OSNC 2013/6/73.

¹³ W dacie wejścia w życie u.l.s. nie była powołana komisja egzaminacyjna, przed którą osoby ubiegające się o licencję syndyka zdają egzamin. Zgodnie z art. 27 u.l.s. minister sprawiedliwości musiał ją powołać w terminie 3 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy.

¹⁴ Por. *Uzasadnienie...*, s. 7.

¹⁵ Uchwała SN z 12.12.2012 r. (III CZP 80/12), OSNC 2013/6/73.

Sądu Najwyższego nie bez znaczenia dla oceny analizowanego zagadnienia była też okoliczność, że przepisy p.u.n. zawierają zamknięty katalog przypadków, kiedy funkcja syndyka ustaje – nie ma wśród nich regulacji przewidującej jako podstawę do odwołania syndyka nieposiadającego licencji z powodu jej niezyskania.

Artykuł 25 u.l.s. nie jest jedyną regulacją o charakterze przejściowym, odnoszącą się do problematyki powołania w postępowaniach upadłościowych wszczętych już po wejściu w życie u.l.s. syndyków bez licencji. Innym tego typu przepisem jest art. 2 ustawy o zmianie ustawy o licencji syndyka¹⁶. Zgodnie z ust. 1 ww. artykułu do czasu uzyskania licencji syndyka, nie dłużej jednak niż przez dziewięć miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy nowelizującej¹⁷, osoby wpisane na listę mogły być powoływane do sprawowania funkcji w postępowaniach upadłościowym i naprawczym. W przeciwieństwie do regulacji z art. 25 u.l.s., ustawodawca w ust. 2 stwierdził wprost, iż syndycy powołani na podstawie określonej w art. 2 ust. 1 ustawy nowelizującej z 29.10.2010 r. sprawują swoją funkcję aż do czasu zakończenia postępowań upadłościowych, w których zostali powołani. Zatem w postępowaniach upadłościowych ogłoszanych po 10.10.2010 r. również można spotkać syndyków sprawujących swoje funkcje mimo braku licencji – pod warunkiem jednak, że do powołania doszło na podstawie art. 2 ww. ustawy, a przy tym najpóźniej 4.10.2011 r. (tj. 9 miesięcy od dnia wejścia w życie nowelizacji z 29.10.2010 r.).

REGULACJE INTERTEMPORALNE ZAWARTE W U.L.S. CO DO WYMAGAŃ STAWIANYCH KANDYDATOM NA SYNDYKÓW

Uchwalając u.l.s., ustawodawca dokonał również zmian w zakresie katalogu wymagań, od spełnienia których uzależniona jest możliwość pełnienia przez dane osoby funkcji syndyka w postępowaniach upadłościowych. W stosunku do przepisów rozporządzenia ministerialnego w sprawie szczególnych kwalifikacji oraz warunków wymaganych od kandydatów na syndyków upadłości katalog ten został poszerzony. Wraz z wejściem w życie u.l.s. wymagania te były następujące:

- 1) posiadanie obywatelstwa państwa członkowskiego Unii Europejskiej, Konfederacji Szwajcarskiej lub państwa członkowskiego Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym;
- 2) znajomość języka polskiego w zakresie niezbędnym do wykonywania czynności syndyka; posiadanie pełnej

¹⁶ Ustawa z 29.10.2010 r. o zmianie ustawy o licencji syndyka (Dz. U. nr 239, poz. 1590).

¹⁷ Ustawa weszła w życie 4.01.2011 r.

- zdolności do czynności prawnych; ukończenie wyższych studiów i uzyskanie tytułu magistra lub równorzędnego w państwie, o którym mowa w pkt 1;
- 3) posiadanie nieposzlakowanej opinii;
- 4) w okresie 15 lat przed złożeniem wniosku o licencję syndyka przez co najmniej 3 lata zarządzanie majątkiem upadłego, przedsiębiorstwem lub jego wyodrębnioną częścią w Rzeczypospolitej Polskiej lub państwie, o którym mowa w pkt 1;
- 5) niekaralność za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe; nieposiadanie statusu podejrzanego albo oskarżonego o przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego lub przestępstwo skarbowe; niewpisanie do rejestru dłużników niewypłacalnych Krajowego Rejestru Sądowego;
- 6) złożenie z pozytywnym wynikiem egzaminu przed komisją egzaminacyjną powołaną przez ministra sprawiedliwości oraz
- 7) zdolność ze względu na stan zdrowia do wykonywania czynności syndyka.

De lege lata katalog ten pozostaje aktualny za wyjątkiem ostatniego z wymienionych punktów.

Regulacje intertemporalne odnoszące się do poruszanej tu kwestii kształtują się identycznie jak w przypadku samej licencji syndyka. Jest tak dlatego, że łączne spełnienie wymienionych kryteriów warunkuje uzyskanie licencji, co wynika z redakcji art. 3 ust. 1 u.l.s. *in principio*: „licencję syndyka może uzyskać osoba fizyczna, która: (...)”; zaś uzyskanie licencji warunkuje z kolei możliwość wykonywania czynności syndyka w ogóle (art. 2 u.l.s., art. 157 ust. 1 oraz ust. 2 p.u.n.). Jedynym szczególnym, przejściowym przepisem regulującym wyłącznie problematykę kryteriów warunkujących uzyskanie licencji syndyka jest art. 26 u.l.s. Zgodnie z nim od osób, które w dniu wejścia w życie u.l.s. posiadały pięcioletnią praktykę w sprawowaniu funkcji syndyka, zarządcy lub nadzorczy sądowego w postępowaniach upadłościowym, układowym i naprawczym oraz przed 1990 r. ukończyły wyższe studia i uzyskały dyplom inżyniera, nie wymaga się spełnienia warunku w postaci ukończenia wyższych studiów i uzyskania tytułu magistra lub równorzędnego w państwie Unii Europejskiej, Konfederacji Szwajcarskiej lub państwie członkowskim Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym.

OBOWIĄZEK POSIADANIA POLISY OC

Drugą zasadniczą zmianą w zakresie zasad pełnienia funkcji syndyka, wprowadzoną do porządku prawnego na mocy u.l.s., było nałożenie na syndyków obowiązku

ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone przy wykonywaniu czynności osobiście lub przez pełnomocnika. Jego istnienie wynika z treści art. 156 ust. 4 p.u.n.

Pierwotnie obowiązek ten nie był przewidziany w przepisach p.u.n. Jak wskazano w uzasadnieniu do projektu ustawy o licencji syndyka, na potrzebę wprowadzenia instytucji obowiązkowego ubezpieczenia zwracały uwagę praktycznie wszystkie podmioty uczestniczące w postępowaniu upadłościowym, ze względu na materialną odpowiedzialność osoby powołanej do pełnienia funkcji za podejmowane w ramach tego postępowania czynności w trosce o realizację ewentualnych roszczeń z tego tytułu, a jednocześnie ochronę osób zobowiązanych¹⁸. W przeciwieństwie jednak do zagadnień intertemporalnych związanych z licencją syndyka w przypadku problematyki zakresu podlegania przez syndyków obowiązkowi ubezpieczenia OC ustawodawca nie zawarł przepisów międzyczasowych, które kwestię tę rozstrzygałyby wprost. Na tym tle powstaje więc spór, czy syndycy powołani według starych przepisów, kiedy ww. obowiązek nie istniał, wraz z wejściem w życie u.l.s. i dodanego na jej mocy art. 156 ust. 4 p.u.n. zobowiązani byli wykupić polisę już na potrzeby postępowań toczących się, w których wykonywali swoje funkcje, czy też obowiązek ten rozciągał się na te postępowania upadłościowe, w których syndyków dopiero powoływano. W ocenie autorów przedmiotowego artykułu prawidłowe jest stanowisko drugie.

W orzecznictwie TK utrwalił się pogląd¹⁹, według którego zakres obowiązywania przepisu należy analizować funkcjonalnie, tj. w ścisłym związku z jego stosowaniem w czasie. Ujęcie to ma szczególne znaczenie wówczas, gdy brak przepisów intertemporalnych (co ma miejsce w przypadku wprowadzenia do systemu prawnego obowiązku posiadania przez syndyków ubezpieczenia OC). Przyjmuje się, że wówczas nie zachodzi brak regulacji kwestii intertemporalnej (luka co do przepisów intertemporalnych), lecz sytuacja taka przesądza o bezpośrednim skutku ustawy nowej²⁰ (jako zasady, od której jednak są wyjątki). Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu jednego z orzeczeń stwierdził: „Milczenie ustawodawcy co do reguły intertemporalnej należy uznać za przejaw jego woli bezpośredniego działania nowego prawa, chyba że przeciw jej zastosowaniu przemawiają ważne racje systemowe lub aksjologiczne”²¹.

Pojęcie „bezpośredniego działania ustawy nowej” w doktrynie – na tle przepisów wprowadzających kodeks cywilny – wyjaśnił Aleksander Wolter. Zdaniem tego autora, powyższa zasada oznacza, że do stosunku prawnego powstałego przed dniem wejścia w życie nowej ustawy (czy też mówiąc szerzej – do stanu faktycznego zaistniałego przed wejściem w życie takiej ustawy) ustawa ta ma być stosowana na przyszłość, tj. od dnia jej wejścia w życie²². Zasady tej nie da się jednak zastosować wprost do stanów faktycznych objętych przepisami prawa upadłościowego i naprawczego. Wynika to z faktu, iż przepisy te zawierają również normy o charakterze proceduralnym, regulujące ciąg czynności sądu, sędziego-komisarza, syndyka, upadłego, organów wierzycielskich i samych wierzycieli, podejmowanych w celu zlikwidowania majątku niewypłacalnego dłużnika i przeznaczenia go na zaspokojenie roszczeń wierzycieli – jeżeli ogłoszono upadłość w opcji likwidacyjnej. Zatem nie są to przepisy, które regulują proste stosunki prawne – są to przepisy często formalne, bezwzględnie obowiązujące, należące do grupy przepisów prawa procesowego cywilnego²³. Już w cytowanym wcześniej orzeczeniu z 8 listopada 2006 r.²⁴ Trybunał Konstytucyjny wskazał, że w razie braku przepisów intertemporalnych sąd i inne organy stosujące prawo muszą kwestię kolizji norm prawnych w czasie rozstrzygnąć w procesie stosowania prawa, mając wybór między zasadą dalszego działania ustawy dawnej i zasadą bezpośredniego działania ustawy nowej. Jeżeli przeciw zastosowaniu drugiej z ww. zasad przemawiają ważne racje systemowe lub aksjologiczne, wówczas mimo dokonanej nowelizacji dla oceny istniejących stosunków prawnych nie należy stosować przepisów ustawy nowej.

W doktrynie postępowania cywilnego wyróżnia się trzy szczególne systemy unormowania stosunku nowych przepisów proceduralnych do przepisów dotychczasowych²⁵:

²² Por. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2001, s. 90. Dla zobrazowania zasady bezpośredniego działania ustawy nowej analizie warto poddać następujący, hipotetyczny stan faktyczny: strony zawarły umowę najmu lokalu na czas określony, trwający 5 lat. W dacie zawarcia tej umowy nie obowiązywały żadne przepisy, które w sposób bezwzględnie obowiązujący regulowałyby problematykę daty płatności czynszu. Strony więc ustaliły, że czynsz płatny będzie co miesiąc, do 15 dnia każdego miesiąca. Po drugim roku obowiązywania umowy najmu w życie weszła ustawa, wprowadzająca imperatywny przepis, w myśl którego w umowach najmu zawartych na czas określony czynsz musi być płatny najpóźniej do 10 dnia każdego miesiąca. Poddanie ww. stanu faktycznego zasadzie bezpośredniego działania ustawy nowej oznacza, że od daty (nie wcześniej) wejścia w życie ustawy nowej najemca będzie musiał płacić czynsz najpóźniej do 10 każdego miesiąca, mimo że w umowie strony przewidziały termin dłuższy. Jednak płatność czynszów dokonana w pierwszych dwóch latach obowiązywania umowy, czyli w 15 dniu każdego miesiąca, będzie skuteczna (gdyż w dacie ich uiszczenia nowe przepisy nie obowiązywały, a ich zastosowanie wprost do płatności czynszów z okresu dwóch pierwszych lat obowiązywania umowy stanowiłoby naruszenie zasady zakazu retroaktywności prawa).

²³ Postępowanie upadłościowe jest jednym z rodzajów postępowania cywilnego, tak: H. Pietrzkowski, *Metodyka pracy sędziego w sprawach cywilnych*, Warszawa 2014, s. 100.

²⁴ K 30/06, OTK 2006, nr 10A, poz. 149.

²⁵ Por. J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapiere, T. Misiuk-Jodłowska, K. Weitz, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2014, s. 37.

¹⁸ Por. *Uzasadnienie...*, s. 5.

¹⁹ Zob. orzeczenie TK z 11.4.1994 r. (K 10/93), OTK 1994, nr 1, poz. 7.

²⁰ Por. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, komentarz do art. 2, nb. 9, Legalis.

²¹ Zob. orzeczenie z 8.11.2006 r. (K 30/06), OTK 2006, nr 10A, poz. 149.

- zasadę jednolitości postępowania, w myśl której postępowania wcześniej wszczęte mają być zakończone w całości według przepisów obowiązujących w chwili ich wszczęcia;
- zasadę stadiów postępowania, w myśl której nowe przepisy proceduralne stosuje się do spraw wcześniej wszczętych dopiero z chwilą wejścia sprawy w następne stadium postępowania (za odrębne stadium uważa się zazwyczaj postępowanie w poszczególnych instancjach), zaś w przypadku wejścia w życie noweli w czasie, gdy dane postępowanie było zawieszona (co jednak nie może mieć miejsca w postępowaniu upadłościowym) – za nowe stadium uważa się także postępowanie po jego podjęciu;
- zasadę czynności procesowych, według której przepisy nowej ustawy stosuje się do wszystkich spraw niezależnie od daty ich wszczęcia, z tym zasadniczym wyjątkiem, że w sprawach będących w toku stosowanie nowych przepisów ogranicza się do czynności dokonywanych już po wejściu w życie ustawy nowej.

Kolejne nowelizacje przepisów prawa upadłościowego prowadzą do wniosku, iż jako zasadę rozstrzygnięcia kolizji w czasie norm je tworzących ustawodawca stosował zasadę jednolitości postępowania. I tak, w art. 536 p.u.n. zawarto regulację, że w sprawach, w których ogłoszono upadłość przed dniem wejścia w życie p.u.n., stosuje się dotychczasowe przepisy²⁶. W art. 5-6 ustawy o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, ustawy o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym oraz ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym²⁷ zastosowano identyczną regułę intertemporalną. W ustawie o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych²⁸, nowelizującej przepisy p.u.n. dotyczące tzw. upadłości konsumenckiej, również ustanowiono zasadę, że do postępowań upadłościowych wobec osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej, wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie ww. ustawy, stosuje się przepisy dotychczasowe.

Taka konsekwencja ustawodawcy jest zrozumiała, ponieważ postępowanie upadłościowe w opcji likwidacyjnej, z uwagi na wywoływane przez siebie skutki (przede wszystkim wskazać tu należy na utratę przez upadłego

prawa zarządu jego majątkiem tworzącym masę upadłości, nieważność czynności prawnych upadłego dotyczących mienia wchodzącego do masy upadłości, wobec którego utracił on prawo zarządu, wygaśnięcie większości umów zawartych przez upadłego przed ogłoszeniem upadłości, umorzenie postępowań egzekucyjnych dotyczących majątku upadłego wraz z uprawomocnieniem się postanowienia o ogłoszeniu upadłości, czy też możliwość wszczęcia postępowań cywilnych i administracyjnych dotyczących masy upadłości wyłącznie przez syndyka lub przeciwko niemu), powinno być traktowane jako postępowanie jednolite, stanowiące zamkniętą całość, prowadzone od momentu jego wszczęcia do chwili prawomocnego zakończenia według tych samych przepisów, niezależnie od tego, czy w czasie jego trwania zajdą zmiany legislacyjne²⁹. Przyjęcie jako zasady, że zmiany prawa upadłościowego nie mają bezpośredniego zastosowania do postępowań prowadzonych w dacie ich wejścia w życie, wzmacnia pewność obrotu prawnego, zapobiegając zaskakiwaniu podmiotów w postępowaniach tych uczestniczących. Poza tym nie bez znaczenia jest tu również fakt, że przebieg postępowania upadłościowego musi być z góry przez syndyka zaplanowany. Zgodnie z art. 306 p.u.n. w terminie miesiąca od dnia ogłoszenia upadłości syndyk musi przygotować plan likwidacyjny oraz preliminarz wydatków, a więc musi on – przy uwzględnieniu przepisów p.u.n. obowiązujących w dacie ogłoszenia upadłości – przygotować swoisty scenariusz przebiegu postępowania w przyszłości. Mając pewność, że w toku tego postępowania nie zmienią się przepisy, syndyk może procedować według przygotowanego planu w terminach w nim wskazanych, co sprzyja sprawności postępowania i w efekcie jest korzystne dla wierzycieli. W przeciwnym wypadku praktycznie każda zmiana w prawie upadłościowym wiązałyby się z koniecznością daleko idących modyfikacji planu likwidacyjnego, powodując przewlekłość postępowania, a w dalszej perspektywie wzrost jego kosztów i niezrealizowanie dyrektywy płynącej z art. 2 ust. 1 p.u.n. **Zatem w świetle powyższych ogólnych reguł należy przyjąć, iż obowiązek posiadania przez syndyków umowy ubezpieczenia OC nie dotyczył tych osób, które w dacie wejścia w życie tego obowiązku (10.10.2007 r.) były już ustanowione syndykami w postępowaniach wówczas toczących się.**

W przepisach u.l.s. ustawodawca również zastosował zasadę jednolitości postępowania, na co wskazuje treść powołanego już wcześniej art. 23 ust. 1, zgodnie z którym syndyk, nadzorca sądowy lub zarządca i ich zastępcy, ustanowieni w postępowaniach układowym oraz

²⁶ W doktrynie wprost wskazano, że art. 536 p.u.n. jest wyrazem jednolitości (jedności) postępowania upadłościowego, por. S. Gurgul, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2013, komentarz do art. 536, nb. 1, Legalis.

²⁷ Ustawa z 6.03.2009 r. o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, ustawy o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym oraz ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz. U. z 2009 r., nr 53, poz. 434).

²⁸ Ustawa z 29.08.2014 r. o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2014 r., poz. 1306).

²⁹ Chyba że ustawodawca wprost wskaże, że nowe przepisy znajdują zastosowanie do postępowań wszczętych przed ich uchwaleniem.

upadłościowym albo naprawczym przed dniem wejścia w życie ustawy, sprawują swoją funkcję do czasu zakończenia tych postępowań, a tymczasowy nadzorca sądowy oraz zarządca przymusowy – do czasu wydania postanowienia w przedmiocie ogłoszenia upadłości. Analiza tego przepisu pozwala sformułować tezę, iż pośrednio wprowadził on zasadę, że wdrażanie w życie nałożonego na syndyków nowego obowiązku w postaci wykupienia polisy OC winno przebiegać z uwzględnieniem zasady jednolitości postępowania upadłościowego. Artykuł 23 ust. 1 u.l.s. nie ogranicza bowiem zakresu swojego zastosowania wyłącznie do obowiązku posiadania przez syndyków licencji, lecz wprowadza ogólną zasadę, zgodnie z którą regulacje nią wprowadzone (zatem także i obowiązek posiadania przez syndyków ubezpieczenia OC) nie dotyczą syndyków pełniących swoje funkcje w postępowaniach będących w toku w dacie wejścia w życie u.l.s., skoro ci swoje funkcje mają sprawować do czasu ich zakończenia. Teza ta znajduje zresztą dodatkowe potwierdzenie, jeśli uwzględni się zasadę powoływania syndyka do czasu zakończenia postępowania upadłościowego.

Do przepisów p.u.n., zmienionych częściowo w związku z uchwaleniem u.s.l., nie wprowadzono regulacji przewidującej jako podstawę do odwołania syndyka nieposiadającego licencji faktu jej nieuzyskania. Ta sama ustawa nie wprowadziła również jako podstawy do odwołania syndyka okoliczności w postaci niezawarcia przez niego umowy ubezpieczenia OC. Jakakolwiek zatem próba odwołania syndyka w powyższej sytuacji musiałaby być uzasadniona dokonaniem rozszerzającej wykładni art. 170 ust. 1 p.u.n., wskazującego *expressis verbis* przypadki, kiedy sąd może odwołać syndyka, a która z uwagi na quasi-karny charakter ww. przepisu nie jest dopuszczalna. To z kolei oznacza, że przyjęcie, iż obowiązek zawarcia przez syndyków umowy ubezpieczenia OC rozciągał się także na postępowania wszczęte przed dniem wejścia w życie u.s.l., byłoby równoznaczne z akceptacją praktyki legislacyjnej, polegającej na wprowadzaniu do systemu prawnego norm pustych, których naruszenie nie wiązałoby się z jakąkolwiek sankcją: cywilną, karną czy też dyscyplinarną. Wszak skoro nie można odwołać syndyka wykonującego już swoją funkcję w trwającym postępowaniu upadłościowym mimo niezawarcia przez niego wspomianej umowy, to w takim przypadku poddawanie sytuacji prawnej takiego syndyka bezpośredniemu działaniu ustawy nowej (tu: u.s.l.) byłoby bezcelowe³⁰.

³⁰ Fakt, że *de lege lata* niezawarcie przez syndyka umowy ubezpieczenia OC wciąż nie jest podstawą do jego odwołania, nie osłabia zaprezentowanej argumentacji. Należy bowiem zauważyć, iż osoba legitymująca się licencją syndyka, która umowy takiej nie zawarła, nie zostanie po prostu powołana do

Stanowisko autorów odnośnie do stosowania normy art. 156 ust. 4 p.u.n. wyłącznie na przyszłość znajduje potwierdzenie także przy uwzględnieniu reguł wykładni logicznej, a konkretniej reguły wnioskowania „z celu na środki”. Schemat rozumowania przy zastosowaniu rzeczony reguły polega m.in. na przyjęciu, że jeżeli prawo dopuszcza określone zachowanie lub osiągnięcie określonego celu, to tym samym dopuszczalne jest również podjęcie określonego zachowania prowadzącego do osiągnięcia tego celu³¹. Zatem jeżeli w art. 23 ust. 1 u.l.s. ustawodawca zezwolił na to, by syndycy ustanowieni w postępowaniach upadłościowych wszczętych przed dniem wejścia w życie u.l.s. (i którzy z obiektywnych przyczyn nie mieli wówczas zawartej umowy ubezpieczenia OC – co należy w tym miejscu powtórzyć) sprawowali swoją funkcję do czasu zakończenia tych postępowań, to tym samym dopuszczalne jest zachowanie takich syndyków, polegające na zaniechaniu zawarcia przez nich umowy ubezpieczenia OC – po to, by możliwe było zrealizowanie celu wyznaczonego przez ustawodawcę w ww. przepisie (czyli wypełnienie funkcji syndyka aż do czasu zakończenia postępowania). Zaprezentowana wykładnia nie jest przeto obarczona błędem logicznym, gdyż pojęcie „zachowanie”, którym teoria prawa posługuje się przy charakterystyce wnioskowania „z celu na środki”, ma szersze znaczenie niż pojęcie „zaniechanie”. Zachowanie może być bowiem aktywne (a więc może przybrać postać działania) bądź pasywne (czyli może przybrać postać zaniechania).

Również argumenty celowościowe nie dają podstaw do odstąpienia od wykładni przyjętej w niniejszym artykule. Z uzasadnienia projektu u.l.s. nie wynika bowiem, by wołą ustawodawcy było rozciągnięcie zakresu zastosowania art. 156 ust. 4 p.u.n. na postępowania będące w toku w dacie wejścia w życie nowelizacji³².

Reasumując, intertemporalne zasady stosowania art. 156 ust. 4 p.u.n. przedstawiają się podobnie jak zasady stosowania przepisów regulujących instytucję licencji syndyka. Należy jednak zaznaczyć, iż powyższa kwestia nie była dotychczas przedmiotem szczegółowych rozważań w orzecnictwie i literaturze, co z kolei oznacza, iż niewykluczone są stanowiska odmienne od zaprezentowanego w publikowanym artykule.

wykonywania czynności syndyka w danym postępowaniu. W tym widoczny jest praktyczny aspekt przyjęcia zasady, że obowiązek zawarcia umowy ubezpieczenia OC rozciąga się wyłącznie na przyszłość. Poza tym wraz z wejściem w życie ustawy Prawo restrukturyzacyjne zmieniony zostanie art. 170 ust. 1 p.u.n. – syndyk, który nie złożył do akt postępowania dokumentu potwierdzającego zwarcie przez niego umowy ubezpieczenia OC, może być odwołany przez sąd upadłościowy. Zatem powyższa argumentacja znajdzie dodatkowe uzasadnienie w wykładni historycznej (o skutkach wejścia w życie prawa restrukturyzacyjnego szerzej w dalszej części artykułu).

³¹ Por. T. Stawicki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2003, s. 180 i n.

³² Por. *Uzasadnienie...*, s. 5.

LICENCJA SYNDYKA – NADCHODZĄCE ZMIANY W PRAWIE UPADŁOŚCIOWYM I RESTRUKTURYZACYJNYM

Ustawą z 15.05.2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne³³, która wejdzie w życie 1.01.2016 r., wprowadzone zostaną zmiany w uregulowaniu instytucji licencji syndyka oraz obowiązku podlegania ubezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej. Na zakończenie prowadzonych tu rozważań warto im się przyjrzeć.

Licencja syndyka przekształcona zostanie w licencję doradcy restrukturyzacyjnego³⁴, uprawniającą do wykonywania funkcji syndyka w postępowaniu upadłościowym, funkcji nadzorca i zarządcy w postępowaniu restrukturyzacyjnym³⁵, zarządcy w egzekucji przez zarząd przymusowy na podstawie ustawy Kodeks postępowania cywilnego³⁶, a ponadto do wykonywania czynności doradztwa restrukturyzacyjnego. Zgodnie z art. 453 ust. 2 p.r. do osób, które jeszcze pod rządami u.s.l. zdały egzamin na licencję syndyka i złożyły wniosek o przyznanie im tej licencji, który jednak przed dniem wejścia w życie p.r. nie zostanie rozpatrzony, zastosowanie znajdą już znowelizowane przepisy. Analogiczną zasadę przyjęto również w przypadku osób ubiegających się o licencję syndyka, które egzamin złożyły jeszcze przed dniem wejścia w życie p.r. – osoby te będą uprawnione do ubiegania się o licencję doradcy restrukturyzacyjnego (por. art. 453 ust. 3 p.r.). W odniesieniu natomiast do obowiązku posiadania przez syndyków zawartej umowy ubezpieczenia OC zmiana nie ma daleko idącego charakteru. Zgodnie z art. 156 ust. 4 zd. 1 prawa upadłościowego³⁷ syndyk niezwłocznie, nie później niż wraz z podjęciem pierwszej czynności przed sądem lub sędzią-komisarzem, będzie zobligowany zło-

żyć do akt postępowania dokument potwierdzający zawarcie umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone w związku z pełnieniem funkcji. Zmiana ta będzie bardziej wyrazem sformalizowania kształtującej się w ostatnich latach praktyki, polegającej na przedkładaniu przez syndyków do akt postępowania kopii posiadanych polis OC³⁸. Niewykonanie obowiązku określonego w art. 156 ust. 4 prawa upadłościowego będzie podstawą do odwołania syndyka przez sąd upadłościowy – po uprzednim bezskutecznym upływie tygodniowego terminu do jego uzupełnienia.

Rodzi się oczywiście pytanie, jak na postępowania upadłościowe będące w toku 1.01.2016 r. wpłyną opisane zmiany. Analiza art. 448 i n. p.r. skłania do wniosku, że także nadchodząca nowelizacja uwzględni zasadę jednolitości postępowań. I tak, w sprawach, w których przed dniem wejścia w życie p.r. wpłynął wniosek o ogłoszenie upadłości, zastosowanie znajdą przepisy dotychczasowe (por. art. 449 p.r.). Analogiczne zasady przyjęto w sprawach, w których przed dniem wejścia w życie nowelizacji wpłynęły wnioski o zmianę układu lub uchylenie układu, a postanowienie w tym przedmiocie nie zostanie wydane (art. 450 p.r.), oraz w sprawach, w których przed dniem wejścia w życie p.r. przedsiębiorca złożył oświadczenie o otwarciu postępowania naprawczego. Bezpośredniemu działaniu ustawy nowej poddane zostaną jedynie zdarzenia prawne, które miały miejsce przed dniem wejścia w życie p.r. – ale wyłącznie w zakresie przepisów o skutkach wszczęcia postępowania restrukturyzacyjnego co do osoby, majątku i zobowiązań dłużnika lub upadłego, a co wynika wprost z treści art. 448 p.r. Dla praktyki regulacje te oznaczają zatem, że sytuacja syndyków powołanych w postępowaniach upadłościowych toczących się w dniu wejścia w życie p.r. (nie wyłączając również postępowań wszczętych jeszcze przed upływem okresów przejściowych wskazanych w u.l.s.), w tych postępowaniach zmiana nie ulegnie – w szczególności nie będzie możliwe odwołanie syndyka z tego tylko powodu, że do akt nie zostanie przedłożony dokument potwierdzający zawarcie przez niego umowy ubezpieczenia OC.

³³ Ustawa z 15.05.2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz. U. z 2015 r. poz. 978), dalej jako: „p.r.”.

³⁴ Zmieniony zostanie również tytuł ustawy o licencji syndyka – na ustawę o licencji doradcy restrukturyzacyjnego.

³⁵ Postępowanie restrukturyzacyjne będzie prowadzone w jednym z czterech rodzajów postępowań: w postępowaniu o zatwierdzenie układu, w przyspieszonym postępowaniu układowym, w postępowaniu układowym oraz w postępowaniu sanacyjnym.

³⁶ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r., poz. 101 ze zm.).

³⁷ Wraz z wejściem w życie p.r. zmieniony zostanie również tytuł ustawy „prawo upadłościowe i naprawcze” na „prawo upadłościowe”.

³⁸ Co do istnienia takiej praktyki patrz J. Sławek, *Syndyk...*, s. 19.

Odpowiedzialność prokurenta w prawie upadłościowym

Nowo uchwalona Ustawa z 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne wraz ze swym wejściem w życie 1 stycznia 2016 r. dokona szeregu zmian w wielu innych istotnych aktach prawnych, w tym w szczególności w Ustawie z 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze – dalej p.u.n. (po nowelizacji – Prawo upadłościowe – dalej pr.upadł.). Zmiany te nie omijają art. 21 obecnego p.u.n., który reguluje obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości oraz odpowiedzialność za szkodę wynikłą z niezłożenia albo ze spóźnionego złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości.

Nowe brzmienie wspomnianego przepisu poskutkowało wieloma wypowiedziami zarówno praktyków, jak i teoretyków prawa, którzy wyrazili opinię, iż od 1 stycznia 2016 r. krąg podmiotów odpowiedzialnych za niezłożenie bądź nieterminowe złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości poszerzy się o prokurentów działających w ramach niewypłacalnego przedsiębiorstwa³. Nie można zgodzić się z taką konkluzją ze względów podniesionych niżej, a nadto – w ujęciu generalnym – może prowadzić to do niepotrzebnej konsternacji środowiska zarządczego.

Celem publikowanego artykułu jest jednoznaczne rozstrzygnięcie kwestii odpowiedzialności prokurenta na tle znowelizowanego Prawa upadłościowego i obrona tezy – wbrew publicznym stanowiskom odmiennym – oraz udowodnienie, że sytuacja prokurenta nie ulega zaostreniu wraz z wejściem w życie Prawa restrukturyzacyjnego. Rozstrzygnięcie tej kwestii ma doniosłe znaczenie przede wszystkim z praktycznego punktu widzenia, gdyż ostatecznie przesądzi o odpowiedzialności prokurenta, ale także poszkodowanych wierzycieli niesumiennego dłużnika, którzy zapewne z nadzieją spoglądają na (w ocenie autorów – niezasadne) informacje płynące nie tylko z mediów, lecz także z ust praktyków prawa.

KONSTRUKCJA ART. 21 P.U.N. I JEGO NOWELIZACJA

Prawo upadłościowe w art. 20 i 21 rozróżnia odpowiednio osoby, którym przysługuje uprawnienie zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości, oraz osoby, na których ciąży taki obowiązek. W centrum tej pracy pozostaje art. 21 p.u.n., jednakże bez pominięcia art. 20, który również może wpisać się w systemowy model wykładni.

Art. 21 ust. 3 p.u.n. konstytuuje odpowiedzialność osób obowiązanych do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości za szkodę wyrządzoną wierzycielowi wskutek nieterminowego złożenia rzeczowego wniosku. Aby określić krąg tych osób, należy cofnąć się do art. 21 ust. 1 i 2 p.u.n. W pierwszej kolejności przepis ten stanowi, że osobą obowiązaną do złożenia wniosku jest dłużnik. Jeśli chodzi o przedsiębiorcę – osobę fizyczną, jasne pozostaje, że to on sam jest zobligowany do wypełnienia dyspozycji art. 21 ust. 1 p.u.n. Jeśli zaś dłużnikiem jest m.in. osoba prawna, osoby zobowiązane do złożenia wniosku w ramach jej funkcjonowania definiuje art. 21 ust. 2 p.u.n.

¹ Aplikant radcowski, Tomasiak PakosiewiczGroele Adwokaci i Radcowie Prawni sp. p.

² Adwokat, Tomasiak PakosiewiczGroele Adwokaci i Radcowie Prawni sp. p., Instytut Allerhanda.

³ Pośród licznych wypowiedzi na uwagę zasługują m.in.: Uhl R., *Prawo restrukturyzacyjne niebezpieczne dla prokurentów: Będą płacić za szkody wierzycieli*, *GazetaPrawna.pl*, 9 czerwca 2015 r., <http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/876030,prawo-restrukturyzacyjne-niebezpieczne-dla-prokurentow-beda-placic-za-szkody-wierzycieli.html>; Lisiecki S., *Prokurenci będą odpowiadać za długi spółek*, *propertynews.pl*, 3 lipca 2015 r., www.propertynews.pl/prawo/prokurenci-beda-odpowiadac-za-dlugi-spolok,37094.html; Zawisza B., *Prokurent zapłaci za szkody wierzycieli*, blog kancelarii Russell Bedford, 29 września 2015 r., www.russellbedford.pl/ru/glavnaya/o-nas/nasha-misiya/item/1121-prokurent-zap%C5%82aci-za-szkody-wierzycieli.html; *newseria.pl*, *Od przyszłego roku zmienia się prawo upadłościowe. Zwiększy się odpowiedzialność prokurentów*, 1 września 2015 r., [www.swks.com.pl/blog.html](http://www.biznes.newseria.pl/news/od_przyszlego_roku,p907001604;Winnicka-Macenthum A., Już nie tylko zarząd spółki handlowej odpowiedzialny za zobowiązania spółki i złożenie wniosku o jej upadłość</i>, blog kancelarii Szejnert, Winnicka, Kowalczyk, Sosnowska, 9 października 2015 r., <a href=).

Wedle dotychczasowego brzmienia art. 21 ust. 2 p.u.n., jeżeli dłużnikiem jest osoba prawna albo inna jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, obowiązek, o którym mowa w ust. 1, spoczywa na każdym, kto ma prawo go reprezentować sam lub łącznie z innymi osobami.

Od 1 stycznia 2016 r. przepis ten otrzyma nieco zmienione brzmienie, mianowicie: jeżeli dłużnikiem jest osoba prawna albo inna jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, obowiązek, o którym mowa w ust. 1, spoczywa na każdym, kto **na podstawie ustawy, umowy spółki lub statutu ma prawo do prowadzenia spraw dłużnika i do jego reprezentowania**, samodzielnie lub łącznie z innymi osobami.

Analogicznej zmianie uległ także art. 20 ust. 1 pkt 2) p.u.n., który określa podmioty posiadające uprawnienie do wniesienia wniosku o ogłoszenie upadłości osoby prawnej.

Ustawodawca, uzasadniając nowelizację obu przepisów, wskazał, że „zmiana art. 20 ust. 2 pkt 2) p.u.n. ma na celu jednoznaczne wyeliminowanie wątpliwości co do uprawnienia do składania wniosku przez prokurentów. Co prawda, zgodnie z dominującym w literaturze poglądem prokurent nie jest legitymowany do złożenia wniosku, aczkolwiek problem ten nie jest postrzegany jednolicie. Pewność prawa wymaga, aby eliminować z ustawy przepisy niejednoznaczne i budzące wątpliwości. Odpowiednia zmiana została wprowadzona w art. 21 ust. 2 p.u.n.”⁴. Słowa uzasadnienia, co prawda, sugerują chęć potwierdzenia, że prokurent nie jest uprawniony ani nie ma obowiązku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, jednak w sposób zbyt subtelny. Czytelnik może nie odczytać intencji ustawodawcy i jest to w pełni zrozumiałe.

W tym miejscu warto nadmienić, że względem odpowiedzialności określonych osób za spóźnione złożenie wniosku praktyczne znaczenie ma odpowiedzialność odszkodowawcza tylko osób uprawnionych do reprezentowania spółek kapitałowych (np. członków zarządu). Odpowiedzialność odszkodowawcza dłużnika będącego osobą fizyczną nie powstaje z uwagi na brak szkody, a dłużnik ponosi nadal odpowiedzialność za niezaspokojoną w toku upadłości wierzytelność. Z tego samego względu odpowiedzialność odszkodowawcza współników handlowych spółek osobowych posiadających prawo reprezentowania spółki nie ma praktycznego znaczenia, ponieważ ponoszą oni odpowiedzial-

ność całym swoim majątkiem za zobowiązania spółki⁵. W praktyce na podstawie art. 21 ust. 3 p.u.n. pozywani bywają najczęściej członkowie zarządu spółek akcyjnych (odnośnie do członków zarządu spółek z ograniczoną odpowiedzialnością kodeks spółek handlowych konstruuje o wiele korzystniejsze dowodowo dla wierzyciela powództwo z art. 299, ale warto zaakcentować, że wraz z 1 stycznia 2016 r. ciężar dowodu z art. 21 ust. 3 pr. upadł. uzyska kształt analogiczny do art. 299 k.s.h.). Nie ulega więc wątpliwości, że z punktu widzenia poszkodowanego wierzyciela atrakcyjnie jawiłaby się możliwość pozwania prokurenta niewypłacalnego dłużnika, gdy wszelkie inne drogi zaspokojenia wierzytelności zostały już wyczerpane.

INSTYTUCJA PROKURY

Instytucję prokury regulują art. 109¹-109⁹ k.c. Art. 109¹ k.c. normuje definicję prokury oraz określa granice uprawnień prokurenta. Prokura stanowi szczególny rodzaj pełnomocnictwa i – mimo braku wyraźnego odesłania – w kwestiach nieuregulowanych w przepisach o prokurze należy do niej odnosić również przepisy ogólne o pełnomocnictwie. Prokurent, będąc pełnomocnikiem, składa zatem własne oświadczenia woli, lecz w imieniu i na rzecz mocodawcy⁶.

Legitymację czynną do udzielenia prokury posiada każdy przedsiębiorca podlegający obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców. Choć w doktrynie pojawiły się wątpliwości na tle rozumienia pojęcia „rejestr przedsiębiorców” w związku z utrzymaniem w polskim porządku prawnym odrębności Krajowego Rejestru Sądowego oraz Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, nie ulega wątpliwości, że osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą są przedsiębiorcami w rozumieniu zarówno ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, jak i art. 43¹ k.c., nie ma więc powodu, by odmawiać im przywileju możliwości udzielenia prokury. Należy zatem przyjąć, że o uprawnieniu do udzielenia prokury decyduje materialnoprawny status przedsiębiorcy, niezależnie od podlegania wpisowi w KRS albo CEIDG⁷.

⁵ Jakubecki A., *Art. 21, Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz, wyd. III*, Zedler F., Jakubecki A. Opublikowano: LEX 2011, teza 8.

⁶ Kopaczyńska-Pieczniak K., *Art. 109(1)*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna, wyd. II*, praca zbiorowa pod red. A. Kidyby. Opublikowano: WKP 2012.

⁷ Podobnie Promińska U., *Art. 109(1)*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna, wyd. II*, praca zbiorowa pod red. M. Pyziak-Szafnickiej. Opublikowano: LEX 2014., teza 7, a także Kidyba A., *Art. 109(1)*..., *op. cit.*, teza 7 oraz Hejbudzki M., *Instytucja prokury w świetle nowelizacji kodeksu cywilnego*, „Radca Prawny”, 2004, numer 6, s. 74; odmiennie: Wajda D., *Prokura – problemy praktyczne*, „Przegląd Prawa Handlowego”, 2008, numer 6, s. 38 oraz Koronkiewicz A., *Czy osoba fizyczna może udzielić prokury?*, „Rejent”, 2007, numer 7-8, s. 142-143, które stwierdzają, że rejestrem przedsiębiorców, o którym mowa w przepisie art. 109¹ k.c., jest tylko rejestr będący częścią KRS.

⁴ Uzasadnienie do projektu ustawy Prawo restrukturyzacyjne, s. 68.

Umocowanie prokurenta do działania w imieniu i na rzecz mocodawcy wynika z oświadczenia woli mocodawcy – przedsiębiorcy⁸. Zakres umocowania został ustalony ustawowo i obejmuje umocowanie do czynności sądowych i pozasądowych, jakie są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa. Istota prokury sprowadza się do reprezentowania mocodawcy we wszystkich czynnościach, jakie są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa. Zakres umocowania prokurenta został zatem ustalony tak szeroko, że na tle dotychczasowego stanu prawnego pojawiły się wątpliwości, czy prokurent posiada uprawnienie do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości swego mocodawcy, a jeśli tak – to czy można go obarczyć obowiązkiem złożenia tego wniosku. Materia ta będzie elementem dalszych rozważań.

KWESTIA ODPOWIEDZIALNOŚCI PROKURENTA NA TLE DOTYCHCZASOWEGO BRZMIENIA ART. 21 UST. 2 P.U.N.

Ustawodawca, pragnąc doprecyzować krąg osób obowiązanych do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości m.in. osoby prawnej, w art. 21 ust. 2 p.u.n. (w dotychczasowym brzmieniu) w sposób dość niefortunny określił, że omawiany obowiązek spoczywa na każdym, kto ma prawo reprezentować dłużnika sam lub łącznie z innymi osobami. Wskazanie na osoby posiadające prawo do reprezentacji nie jest klarowne i budzi wątpliwości. Z pewnością chodzi o współników spółek osobowych posiadających prawo reprezentacji spółki oraz członków zarządu spółek kapitałowych. Nie ulega jednak wątpliwości – wedle tego, co zostało powiedziane – że prawo do reprezentowania dłużnika-mocodawcy ma także prokurent. Pojawiające się więc dotychczas pytania dotyczące obowiązku prokurenta do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości mają swoje uzasadnienie.

W rozpatrywanym aspekcie stanowisko zarówno doktryny, jak i judykatury było dotychczas w znamienitej większości jednolite oraz jasne⁹. W oparciu o obecne brzmienie art. 21 ust. 2 p.u.n. prokurent nie jest zobowiązany do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości przedsiębiorcy, który udzielił mu umocowania, a tym samym prokurent nie odpowiada za nieterminowe złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości. Na omawiany temat wypowiedział się także Sąd Najwyższy w stosunkowo niedawnym postanowieniu z 15 marca 2013 r., w którym orzekł, że nawet zwolennicy poglądu, że prokurent jest uprawniony do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości, przyjmują, iż nie ulega wątpliwości, że

prokurent nie ponosi odpowiedzialności za niezłożenie wniosku o ogłoszenie upadłości, a zatem konsekwencji uchybienia obowiązkowi podjęcia stosownych działań i złożenia wniosku w odpowiednim terminie, ponieważ czynność złożenia wniosku mieści się w zakresie uprawnień prokurenta, a nie jego obowiązków¹⁰. Pomimo że orzeczenie to spotkało się z zasadną krytyką¹¹, albowiem Sąd Najwyższy w istocie nie przedstawił czytelnym argumentów na poparcie swego stanowiska, a ograniczył się jedynie do odniesienia do poglądów wyrażonych w literaturze, należy zaaprobować ogólny wydzźwięk postawionej tezy co do rzeczzonego obowiązku.

Wedle powyższego można uznać za ugruntowane w polskim systemie prawa stanowisko, że prokurent w żadnej mierze nie będzie odpowiadać za nieterminowe złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości, ponieważ nie jest on do tego zobowiązany¹². O ile jednak komentatorzy zgadzali się co do tego w zdecydowanej większości, o tyle sytuacja nie była już tak klarowna, jeśli chodzi o ewentualne przyznanie prokurentowi uprawnienia do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości na podstawie art. 20 ust. 2 pkt 2) p.u.n. Warto odnieść się pokrótce do wspomnianego sporu, gdyż pozostaje on relewantny dla określenia obowiązku prokurenta do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Przyjęte przez poszczególnych autorów argumenty pozostają aktualne w świetle rozstrzygnięcia zagadnienia będącego przedmiotem tego artykułu. Co więcej, sam ustawodawca przyznał, że istnienie wspomnianego sporu było jedną z przyczyn, dla których zdecydował się on znowelizować zarówno art. 20 p.u.n., jak i art. 21 p.u.n.¹³. Należy jednak pamiętać, że powoływani komentatorzy jednoznacznie potwierdzają brak obowiązku po stronie prokurenta do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, a dzieli ich jedynie ocena uprawnienia prokurenta w tej materii. Z uwagi na takie kryterium przyjęte poglądy w sporze można podzielić na trzy grupy.

Z jednej strony są autorzy, zajmujący się analizą przede wszystkim prawa handlowego, którzy podnoszą, że prokurent nie jest uprawniony do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, a co za tym idzie nie ma także takiego obowiązku. W ich opinii prokura jest instytucją ze sfery reprezentacji i jest związana z obrotem. Nie obejmuje zatem umocowania do czynności prawnych

¹⁰ Postanowienie Sądu Najwyższego z 15 marca 2013 r., V CSK 177/12 z glosą częściowo krytyczną Z. Kuniewicza.

¹¹ Kuniewicz Z., *ibidem*.

¹² Stanowisko przeciwne znalazło swoich zwolenników w niewielkim zakresie, por. m.in. Wiśniewski A.W., *Prawo o spółkach. Podręcznik praktyczny. Tom 2. Uzupelnienia do tomu 1. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, Warszawa 1991, s. 186, a także Karolak A., *Prawo upadłościowe i naprawcze jako podstawa dochodzenia roszczeń przez wierzycieli*, „Glosa”, 2006, nr 3, s. 31-32.

¹³ Uzasadnienie do projektu ustawy Prawo restrukturyzacyjne, s. 68.

⁸ Kopaczyńska-Pieczniak K., *Art. 109(1)...*, *op. cit.*, teza 2.

⁹ *Vide*: autorzy powołani w przypisach 12, 13 oraz 14.

w zakresie stosunków wewnętrznych przedsiębiorcy, związanych z jego ustrojem, a także czynności zmierzających do ustania przedsiębiorcy jako podmiotu prawnego. Poza zakresem prokury pozostaje więc w szczególności zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości¹⁴. Należy zaaprobować takie stanowisko.

Do drugiej grupy zaliczają się komentatorzy dużo swobodniej oceniający zakres uprawnień prokurenta. Dopuszczają oni możliwość złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości przez prokurenta przede wszystkim ze względów racjonalnych oraz celowościowych. Mając na uwadze aspekt ekonomiczny, zasadne jest umożliwienie prokurentowi złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, aby zapobiec dalszemu pogłębianiu niewypłacalności przedsiębiorcy w sytuacji, gdy zarząd działać nie może lub nie chce. Nadto, stanowisko to wytyka błąd w rozumieniu czynności prowadzących do ustania bytu prawnego przedsiębiorcy, gdyż postępowanie upadłościowe nie zawsze skutkuje likwidacją przedsiębiorstwa (np. postępowanie z możliwością zawarcia układu lub postępowanie naprawcze). Co więcej, literalne brzmienie art. 20 ust. 2 pkt 2) p.u.n. wskazuje także na prokurentów, gdyż są oni reprezentantami osoby prawnej. Komentatorzy ci jednak jednoznacznie potwierdzają, że pomimo istnienia takiego uprawnienia prokurent nie ma obowiązku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości¹⁵. Na marginesie dodać należy, że niezrozumiała pozostaje odmienna interpretacja dwóch przepisów, w których użyte zostały identyczne wyrażenia. Art. 20 ust. 2 pkt 2) p.u.n., tak samo jak art. 21 ust. 2 p.u.n., odnosi się do osób mających prawo do reprezentowania spółki. Wyciąganie zatem wniosku, że w przypadku art. 20 p.u.n. wyrażenie to obejmuje prokurentów, a w przypadku art. 21 p.u.n. już nie, przeczy zasadom prawidłowej legislacji, racjonalnego ustawodawcy, a także dyrektywie wykładni językowej, wedle której te same wyrażenia użyte w ustawie należy rozumieć tak samo.

W trzeciej grupie znaleźli się autorzy, którzy wykluczają omawiany obowiązek, ale kwestię ewentualnego uprawnienia prokurenta do złożenia wniosku o ogłosze-

nie upadłości swego mocodawcy pozostawiają otwartą i nierozstrzygniętą¹⁶.

Podsumowując, wypada podkreślić, że na tle dotychczasowego brzmienia art. 21 ust. 2 p.u.n. zdecydowana większość doktryny opowiedziała się za brakiem istnienia obowiązku po stronie prokurenta do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości przedsiębiorcy-mocodawcy, co potwierdził również Sąd Najwyższy. Należy zatem odpowiedzieć na pytanie, czy od 1 stycznia 2016 r. sytuacja ta rzeczywiście ulegnie diametralnej zmianie z niekorzyścią dla prokurentów.

KWESTIA ODPOWIEDZIALNOŚCI PROKURENTA NA TLE ZNOWELIZOWANEGO ART. 21 PR.UPADŁ.

Zmianę art. 21 ust. 2 p.u.n. dobrze obrazuje porównawczy tekst nowelizacji tego przepisu, tj.:

Jeżeli dłużnikiem jest osoba prawna albo inna jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, obowiązek, o którym mowa w ust. 1, spoczywa na każdym, kto na podstawie ustawy, umowy spółki lub statutu ma prawo godo reprezentowania prowadzenia spraw dłużnika i do samjego reprezentowania, samodzielnie lub łącznie z innymi osobami.

Nowelizacja art. 21 ust. 2 p.u.n. sprowadza się zatem do dodania dwóch krótkich sformułowań: „na podstawie ustawy, umowy spółki lub statutu” oraz „ma prawo do prowadzenia spraw dłużnika i jego reprezentowania”.

Skoro komentatorzy nowelizacji z tak dodanych wyrażeń wyprowadzają tezę, że prokurent należy do kręgu osób obowiązanych do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, interpretacja nowelizacji będzie sprowadzała się do wykładni literalnej dodanych sformułowań, a na końcu wykładni systemowej przepisu.

A. Wykładnia literalna

„(...) na podstawie ustawy, umowy spółki lub statutu (...)”

Nowe brzmienie art. 21 ust. 2 pr.upadł. wskazuje, że osoba obowiązana do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości powinna wyprowadzać swoje uprawnienie do prowadzenia spraw dłużnika i do jego reprezentowania z ustawy, umowy spółki lub statutu.

¹⁴ Por. m.in. Promińska U., *Art. 109(1)..., op. cit.*, teza 11; Kopaczyńska-Pieczniak K., *Art. 109(1)..., op. cit.*, teza 19, s. 78; Czajkowski P., *Sytuacja prawna prokurenta na tle nowego prawa upadłościowego i naprawczego*, „Przegląd Prawa Handlowego”, 2004, numer 3, s. 22; w podobnym tonie wypowiedzieli się również autorzy na tle obowiązywania dawnego Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 24.10.1934 r. – Prawo upadłościowe oraz Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 27.06.1934 r. – Kodeks handlowy, a w tym m.in. Allerhand M., *Kodeks handlowy. Komentarz*, Lwów 1935, s. 123; Szwaja J., [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, J. Szwaja, *Kodeks handlowy. Komentarz. Tom I. Wyd. 2*, Warszawa 1997, s. 456-457; Siemiątkowski T., *Prokura w spółkach prawa handlowego*, Warszawa 1999, s. 105-106; Piasecki K., *Prawo upadłościowe. Prawo o postępowaniu układowym. Komentarz*, Bydgoszcz – Warszawa 1999, s. 114.

¹⁵ Komentatorzy aprobujący istnienie po stronie prokurenta uprawnienia do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości należą do zdecydowanej mniejszości, por. m.in. Dąbrowski B., Łęczyńska M., *Uprawnienie prokurenta...*, *op. cit.*

¹⁶ Por. m.in. Uliasz R., *Komentarz do art. 109(1)-109(9) Kodeksu cywilnego*. Opublikowano: LEX/el. 2010, teza 15; Szymach M., *Co wolno, a czego nie wolno prokurentowi*, Rzeczpospolita – wydanie internetowe, 9 grudnia 2014 r., www4.rp.pl/artukul/1163337-Co-wolno--a-czego-nie-wolno-prokurentowi.html; do wskazanej grupy zaliczyć należy również stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w cytowanym już postanowieniu z 15 marca 2013 r., V CSK 177/12, który – wbrew temu, co zapewne chcieli usłyszeć zwolennicy przyznania prokurentowi uprawnienia do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości – nie wypowiedział się wcale jednoznacznie co do istnienia takiego uprawnienia.

Aby prokurent uzyskał legitymację do działania w imieniu przedsiębiorcy, konieczne jest udzielenie mu pełnomocnictwa. Nie ulega bowiem wątpliwości, że umocowanie prokurenta do działania w imieniu i na rzecz mocodawcy wynika z jednostronnego oświadczenia woli mocodawcy – przedsiębiorcy¹⁷. Zdawałoby się zatem, że to udzielone prokurentowi pełnomocnictwo stanowi źródło jego uprawnień. Tak jednak nie jest, albowiem zakres uprawnień prokurenta został dokładnie określony ustawowo w sposób bezwzględnie obowiązujący. Oznacza to, że przedsiębiorca udzielający prokury nie może przyjąć takiego zakresu uprawnień prokurenta, który wykraczałby poza umocowanie do dokonywania sądowych i pozasądowych czynności prawnych związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa lub który zostałby określony w sposób węższy, niż przyjmuje to art. 109¹ k.c.¹⁸. Oświadczenie woli mocodawcy jest nieodzowne dla samego zaistnienia stosunku pełnomocnictwa, to ustawa jednak, nie wola mocodawcy (w przeciwieństwie do zwykłego pełnomocnictwa), określa treść stosunku pełnomocnictwa w sposób zupełny i kategoryczny.

Należy więc uznać, że przesłanka ustawowego źródła uprawnień prokurenta wynikająca z art. 21 ust. 2 pr. upadł. jest spełniona. Nie przesądza to jednak o realizacji pozostałych przesłanek.

Na marginesie warto zauważyć, że dodanie omawianego sformułowania może wzbudzić wątpliwość, czy nowy stan prawny nie przełamie jednolicie przyjętego stanowiska, że odpowiedzialność członków zarządu powstaje niezależnie od wewnętrznego rozdziału ich kompetencji¹⁹. Doktrynalny spór odnośnie do tego, czy umowa spółki lub statut może zwolnić członka zarządu z uprawnienia i obowiązku prowadzenia spraw spółki²⁰, może stanowić przyczynek do przyjęcia przez niektórych autorów, że skoro umowa spółki może pozbawić niektórych członków zarządu uprawnienia prowadzenia spraw spółki, nie została spełniona przesłanka ani ustawowego, ani statutowego źródła uprawnień członka zarządu. Rozstrzygnięcie tego zagadnienia pozostaje jednak poza temat naszej pracy.

¹⁷ Kopaczyńska-Pieczniak K., *Art. 109(1)...*, *op. cit.*, teza 2.

¹⁸ Rudnicki S., Trzaskowski R., *Art. 109(1), Kodeks cywilny. Komentarz. Księga pierwsza. Część Ogólna*, praca zbiorowa pod red. S. Dmowskiego i J. Gudowskiego, Opublikowano: LexisNexis 2014, teza 2.

¹⁹ Por. m.in. Zimmermann P., *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 33.

²⁰ Por. m.in. Rodzynekiewicz M., art. 208, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz, wyd. VI*. Opublikowano: LexisNexis 2014, teza 2, który przyjmuje, że umowa spółki może zwolnić członka zarządu z obowiązku i zarazem pozbawić go prawa prowadzenia spraw spółki; odmiennie m.in. Naworski J.P. Art. 208, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, praca zbiorowa pod red. R. Potrzezszcza. Opublikowano: LexisNexis 2011, teza 12.

„(...) ma prawo prowadzenia spraw dłużnika i jego reprezentowania (...)”

Dokonując interpretacji tej przesłanki, należy sięgnąć do treści art. 109¹ k.c., który definiuje zakres uprawnień prokurenta. Stanowi on, że prokurent jest umocowany do dokonywania czynności sądowych i pozasądowych, jakie są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa. Kodeks nie określa bliżej tych czynności, pozostawiając ich kwalifikację wykładni, z tym jednak zastrzeżeniem, że treść pojęcia „prowadzenie przedsiębiorstwa” pokrywa się z pojęciem działalności gospodarczej²¹. Na przestrzeni lat piśmiennictwo pozostawało zgodne, że czynności, do których uprawniony jest prokurent, mieszczą się w sferze reprezentacji przedsiębiorcy, która obejmuje jedynie sferę stosunków zewnętrznych między mocodawcą a osobami trzecimi.

A. Kidyba rozróżnia dwa znaczenia pojęcia „reprezentacja”: szerokie (*sensu largo*) i wąskie (*sensu stricto*). Reprezentacja *sensu largo* dotyczy występowania we wszelkich stosunkach prawnych z zakresu prawa cywilnego, administracyjnego, pracy oraz innych gałęzi prawa. Jest to więc zarówno składanie oświadczeń woli, jak i występowanie przed organami orzekającymi, ujawnianie stanowiska na zewnątrz, składanie oświadczeń, wyjaśnienie przed organami samorządowymi i państwowymi, występowanie przed organami nadzorczymi, osobami trzecimi. W sensie ścisłym reprezentacja dotyczy tylko oświadczeń woli w stosunkach cywilnoprawnych i mieści się w ramach szerszego pojęcia „działania”²².

Prokurent jest umocowany do reprezentowania przedsiębiorcy w pierwszym z opisanych znaczeń (*sensu largo*), gdyż prokura łączy w sobie zarówno pełnomocnictwo procesowe w rozumieniu art. 88 k.p.c., jak i pełnomocnictwo do czynności pozasądowych, bez względu na to, czy mają one charakter czynności zwykłego zarządu, czy przekraczają ten zakres (umocowanie nie obejmuje jedynie tych czynności pozasądowych, które są enumeratywnie wskazane w art. 109³ oraz 109⁶ k.c.)²³. Prokurent niewątpliwie ma prawo reprezentowania mocodawcy w bardzo szerokim zakresie (szerszym niż pełnomocnictwo ogólne). Należy jednak zauważyć, że art. 109¹ k.c. operuje sformułowaniem, iż czynności prokurenta powinny być „związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa”, co oznacza, że prokurent może dokonywać tylko czynności powiązanych organicznie z prowadzeniem

²¹ *Ibidem*, teza 2.

²² Kidyba A., *Art. 201, Komentarz aktualizowany do art. 1-300 Kodeksu spółek handlowych*, Opublikowano: LEX/el. 2015; tak samo: Naworski J.P., *Art. 201, op. cit.*, teza 1.

²³ Kopaczyńska-Pieczniak K., *Art. 109(1)...*, *op. cit.*, teza 10; patrz również tezy 11-14, w których autorka w sposób szczegółowy wymienia i tłumaczy czynności, do których uprawniony jest prokurent.

przedsiębiorstwa zarobkowego. Istotą prokury jest pomoc mocodawcy jako przedsiębiorcy i umożliwienie mu jednoczesnego działania w różnych miejscach, a tym samym sprawnego występowania przedsiębiorcy w obrocie, bez konieczności uczestniczenia w dokonywanych czynnościach przez jego organy czy przedstawicieli ustawowych²⁴. Ścisłe powiązanie prokury z działalnością gospodarczą mocodawcy, nie zaś z jego osobą jako podmiotem prawa, powoduje, że **z zakresu umocowania prokurenta wyłączone są czynności niemieszczące się w kategorii reprezentacji, czyli czynności z zakresu stosunków wewnętrznych przedsiębiorcy, należące do prowadzenia spraw**²⁵.

Prowadzenie spraw definiowane jest jako organizowanie działalności przedsiębiorstwa, podejmowanie decyzji w tej materii, przygotowanie i wykonywanie czynności prawnych²⁶. Skoro zatem prowadzenie spraw dotyczy sfery wewnętrznej funkcjonowania przedsiębiorstwa, a reprezentacja odnosi się do relacji przedsiębiorcy w sferze zewnętrznej, oczywistą konkluzją jest, iż prokurent nie posiada uprawnień do prowadzenia spraw swego mocodawcy. Jest to stanowisko poparte przez zdecydowaną większość doktryny²⁷.

Art. 21 ust. 2 pr.upadł. łączy wyrażenia „ma prawo prowadzenia spraw dłużnika” oraz „jego reprezentowania” spójnikiem „i”, co skutkuje koniecznością zaistnienia obu tych przesłanek, aby uznać, że dyspozycja art. 21 ust. 2 została w pełni spełniona. Skoro więc uzgodnione zostało, że prokurent reprezentuje przedsiębiorcę, ale już nie ma prawa prowadzenia jego spraw, nie można uznać, że prokurent będzie obowiązany do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości swego mocodawcy w świetle art. 21 ust. 2 pr.upadł.

Okoliczności tej nie zmienia fakt, że prokurenta może łączyć ze spółką umowa, na podstawie której uzyskuje on umocowanie do prowadzenia spraw spółki (np. umowa o pracę, umowa zlecenia). Źródłem tego uprawnienia nadal bowiem nie będzie ani ustawa, ani umowa spółki, ani też statut, co wyłącza zastosowanie art. 21 ust. 2 pr.upadł. wobec prokurenta²⁸.

²⁴ Promińska U., *Art. 109(1)...*, *op. cit.*, teza 2.

²⁵ *Ibidem*, teza 19.

²⁶ Naworski J.P., *Art. 201, op. cit.*; por. także Rachwał A., [w:] *System prawa handlowego. Tom 2, Prawo spółek handlowych*, praca zbiorowa pod red. S. Włodyki, C.H. Beck 2012, s. 802-803; Szumański A., [w:] *System Prawa Prywatnego. Prawo spółek kapitałowych. Tom 17A*, praca zbiorowa pod red. S. Sołtyśńskiego, C.H. Beck 2015, s. 473-474.

²⁷ Por. m.in. Kopaczyńska-Pieczniak K., *Art. 109(1)...*, *op. cit.*, teza 19; Kania M., *Prokura - szczególny rodzaj pełnomocnictwa*. Opublikowano: ABC.

²⁸ Por. Kidyba A., art. 41, *op. cit.*, teza 3, który wskazuje, że prowadzenia spraw spółki nie można wykluczyć wobec prokurenta, ale takie upoważnienie będzie wtedy posiadało inną podstawę (np. umowę o pracę); podobnie Witosz A.J., *Prowadzenie spraw i reprezentacja spółek osobowych...*, Opublikowano: LexisNexis 2013, teza 2.3.7.C.

Jak wynika z wykładni literalnej art. 21 ust. 2 pr.upadł., ustawodawca daje jednoznacznie do zrozumienia, że obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w ustawowym terminie obciąża osoby, które przede wszystkim na podstawie ustawy mają prawo prowadzenia spraw dłużnika i jego reprezentowania. Prokurent z całą pewnością nie należy do grona tych osób.

B. Wykładnia systemowa i racjonalna

Pomimo że samo brzmienie znowelizowanego art. 21 ust. 2 pr.upadł. przesądza o braku obowiązku prokurenta do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości przedsiębiorcy-mocodawcy, warto zaprezentować dodatkowe argumenty, które potwierdzą, że również kontekst, w jakim funkcjonuje analizowana regulacja, ma duże znaczenie dla jej zrozumienia.

Art. 21 ust. 2 pr.upadł. jest ściśle powiązany z ust. 1 tego artykułu, który wskazuje, że obowiązany do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości jest sam **dłużnik** – nie osoby działające w jego imieniu (jak pełnomocnicy). Oznacza to, że w przypadku osób prawnych obowiązana do złożenia wniosku jest sama osoba prawna, a precyzyjniej rzecz ujmując, osoby, które realizują jej zdolność do czynności prawnych, a ich działania uznawane są za działania samej osoby prawnej. Skoro tak, osobami tymi mogą być tylko piastuni organu powołanego do reprezentowania i prowadzenia spraw osoby prawnej (względnie: likwidatorzy lub kuratorzy)²⁹. Jedynie takie rozumienie obowiązku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości pozwoli na konkluzję, że obowiązek dłużnika – osoby prawnej może być spełniony.

Nie bez znaczenia pozostaje także dobór słów dokonany przez ustawodawcę. Wyrażenie „prowadzi sprawę i reprezentuje” rodzi zasadne skojarzenia z kodeksem spółek handlowych, który w ten sposób określa kompetencje osób piastujących funkcje w organach spółki, realizujących działania samej spółki (art. 201 k.s.h. – dla sp. z o.o., art. 368 k.s.h. – dla SA). Podobnie zresztą definiowane są kompetencje wspólników spółek osobowych posiadających prawo reprezentowania spółki (np. art. 29 § 1 + art. 39 § 1 k.s.h. – dla sp. j.).

Co więcej, gdyby zaakceptować odpowiedzialność prokurenta w oparciu o art. 21 ust. 3 w zw. z art. 21 ust. 2 pr.upadł., powstałaby słuszna wątpliwość, czy w takim razie odpowiadać powinien również prokurent ustanowiony przez przedsiębiorcę – osobę fizyczną (o ile w świetle

²⁹ Na temat teorii organów zob. m.in. Pazdan M., [w:] *System Prawa Prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna. Tom 2*, praca zbiorowa pod red. S. Sołtyśńskiego, C.H. Beck 2015, s. 467.

wspomnianego sporu przyjąć, że osoba fizyczna może udzielić prokury). Nie sposób wywieść takiej konkluzji z treści art. 21 pr.upadł., co oznaczałoby nieuzasadnione i niezrozumiałe uprzywilejowanie prokurentów działających w ramach przedsiębiorstwa prowadzonego przez osobę fizyczną. Dziwi niedostrzeżenie tego niuansu także przez zwolenników przyznania prokurentowi uprawnienia do wnioskowania o upadłość, który posiada duże znaczenie praktyczne.

Warto również zauważyć, że w toku prac nad prawem upadłościowym z 1934 r. podkomisja postępowania upadłościowego odrzuciła poprawkę wyłączającą uprawnienie prokurenta do wystąpienia z wnioskiem o ogłoszenie upadłości, wychodząc z założenia, że jest to jasne i bez tego. W tym zakresie nie było mowy także o takim obowiązku. Nagła zmiana przepisów oznaczałaby więc niezrozumiałe odejście od ugruntowanego w polskim prawie upadłościowym stanowiska, potwierdzonego także przez doktrynę³⁰.

WNIOSKI

Wnioski płynące z publikowanego opracowania zdają się jasne, dlatego tym bardziej dziwi przekonanie mediów oraz niektórych praktyków prawa, że oto spokojne dni działalności prokurentów są policzone. Wypada przyjąć, że wynika to raczej z niekoniecznie skrupulatnego za-

³⁰ *Vide*: powyższe rozważania nt. odpowiedzialności prokurenta na tle dotychczasowego brzmienia art. 21 ust. 2 p.u.n.

poznania się z przeprowadzoną nowelizacją niż z braku znajomości uprawnień prokurenta.

Podsumowując podjęte rozważania, należy postawić definitywny wniosek: **modyfikacja art. 21 ust. 2 p.u.n. nie zmienia dotychczasowego położenia prokurenta w prawie upadłościowym i nie wprowadza odpowiedzialności prokurenta za spóźnione wniesienie wniosku o ogłoszenie upadłości**, ponieważ prokurent nie ma takiego obowiązku. Ustawodawca idzie nawet dalej. Analogiczna zmiana art. 20 ust. 1 pkt 2) p.u.n. zakończy również spór powstały w związku z przyznaniem prokurentowi uprawnienia do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Prokurent nie będzie posiadał również wspomnianego uprawnienia. Jakkolwiek względy natury funkcjonalnej mogłyby przemawiać za przyznaniem prokurentowi takiego uprawnienia, literalne brzmienie zmienionego art. 20 ust. 1 pkt 2) pr.upadł. nie pozostawia wątpliwości.

Należy zatem powiedzieć więcej – nowe brzmienie analizowanego przepisu dobitnie potwierdza dotychczas przyjęte zarówno w doktrynie, jak i judykaturze stanowisko, że nie można obarczyć prokurenta odpowiedzialnością za nieterminowe złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości. Ustawodawca opowiada się w tym miejscu po stronie najstarszej i najszerzej zaakceptowanej koncepcji, która akcentuje, że prokurent nie posiada swojej roli w toku postępowania upadłościowego.

Restrukturyzacja sektora górnictwa węgla a nowe prawo restrukturyzacyjne

Na przestrzeni ostatnich miesięcy poruszana w mediach problematyka restrukturyzacyjna wcale nie dotyczyła nowego prawa, ale braku płynności największych w Polsce spółek górniczych kontrolowanych przez Skarb Państwa. W związku z gorącym sporem podgrzewanym protestami organizacji związkowych posługiwano się pojęciami „restrukturyzacja”, „plan naprawczy” jako desygnatami zespołu działań, których efektem finalnym miało być osiągnięcie zdolności do bieżącego regulowania zobowiązań. Waga zagadnienia ma swe źródło w rozmiarze tych przedsiębiorstw górniczych, a przez to ich znaczeniu dla gospodarki i rynku pracy. Równie ważnym aspektem jest bezpieczeństwo energetyczne państwa oparte na węglu kamiennym produkowanym przez takie spółki jak Kompania Węglowa S.A. czy Katowicki Holding Węglowa S.A. Ta ostatnia okoliczność nie pozostaje bez znaczenia dla formuły procesów restrukturyzacyjnych. Wg danych finansowych za rok 2014 największa spółka górnicy w Europie, tj. Kompania Węglowa S.A., odnotowała przychody ze sprzedaży w wysokości 7 751 033 493,42 zł i wygenerowała stratę netto w kwocie 1 005 941 812,80 zł, a co wymaga szczególnego zaznaczenia prezentuje na koniec roku kapitały ujemne rzędu 368 142 258,24 zł². Drugi co do wielkości na Śląsku producent węgla energetycznego Katowicki Holding Węglowy S.A. w roku 2014 odnotował przychody ze sprzedaży na poziomie 3 388 971 261,02 zł i stratę na działalności gospodarczej w wysokości 496 128 905,30 zł³. Reasumując, tylko te dwa podmioty generują przychody ze sprzedaży przekraczające 11 mld zł rocznie, co oznacza, że w ramach takich wartości nabywają towary, usługi i pracę niezbędną do osiągnięcia tego przychodu. Ponadto w związku z tą działalnością generowane są różnorod-

ne daniny publiczne, jak VAT, akcyza, podatki od nieruchomości oraz dochodów pracowników, mające bardzo duże znaczenie dla gmin górniczych.

Jako główne przyczyny pogorszenia stanu Kompanii Węglowej S.A. wskazuje się spadek cen węgla na rynkach światowych, zmniejszenie zapotrzebowania na produkt, wysokie koszty produkcji i utrzymywanie w zasobach nierentownych kopalń przynoszących znaczne straty na działalności⁴. Analogiczna sytuacja dotyczy Katowickiego Holdingu Węglowego S.A., podobny spadek cen węgla koksowego zachwiały płynnością Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. Na uwagę zasługuje również fakt, że spółki systematycznie zużywają kapitały własne, co przy braku restrukturyzacji może doprowadzić do konieczności ogłoszenia upadłości.

Rozmiar głównych przedsiębiorstw górniczych, tj. Kompanii Węglowej i Katowickiego Holdingu Węglowego, trudności w bieżącym regulowaniu zobowiązań bezpośrednio przenoszą się na stan spółek tzw. okołogórniczych, świadczących usługi bądź dostarczających różnego rodzaju towary. Już na chwilę obecną sam fakt ograniczenia inwestycji polegających na budowie nowych ścian wydobywczych spowodował u wielu wykonawców robót górniczych zatępienie i zwiększył dług w formie kredytów czy pożyczek. Mając na uwadze aspekt bezpieczeństwa energetycznego, raczej mało prawdopodobne jest bezpośrednie zastosowanie nowego prawa restrukturyzacyjnego dla kluczowych spółek Skarbu Państwa, co nie wyklucza restrukturyzacji wzorującej się na rozwiązaniach nowych regulacji. O wiele większe znaczenie praktyczne nowe prawo będzie miało dla firm okołogórniczych,

¹ Syndyk, biegły sądowy, prowadzi indywidualną kancelarię w Katowicach.

² http://bip.kwsa.pl/?id_kat=27.

³ www.khw.pl/bip/Sprawozdania_finansowe_2014.html.

⁴ www.mg.gov.pl/files/upload/22518/Program%20naprawczy%20KW_prezentacja.pdf.

ponieważ po rozstrzygnięciu co do kierunków i tempa restrukturyzacji spółek głównych, jak Kompania Węglowa S.A. czy Katowicki Holding Węglowy S.A., możliwe będzie restrukturyzowanie ich kooperantów. Restrukturyzacja przedsiębiorców działających w obszarze węgla kamiennego jest zatem ogromnym i wieloaspektowym procesem, do którego przeprowadzenia mogą być wykorzystane regulacje nowego prawa restrukturyzacyjnego. W ramach publikowanego artykułu zasygnalizowano najistotniejsze aspekty postępowania sanacyjnego, które mogą być wykorzystane przez tych przedsiębiorców po 1 stycznia 2016 r.

PRZYCZYNY WPROWADZENIA NOWYCH REGULACJI

Ustawodawca, wprowadzając nowe prawo, kierował się małą efektywnością dotychczasowych regulacji, gdzie współczynnik zaspokojenia wierzycieli był bardzo niski, procent wniosków oddalanych ze względu na ubóstwo masy wysoki i przeważały postępowania likwidacyjne jako najpowszechniejsza metoda restrukturyzacji majątku dłużnika. Tabela poniżej prezentuje strukturę rozpoznawanych wniosków o ogłoszenie upadłości, została ona opracowana na podstawie danych statystycznych Ministerstwa Sprawiedliwości.

Lata	Wpływ spraw o ogłoszenie upadłości	Ogłoszenie upadłości, w tym:		
		Upadłość	Upadłość konsumencka	Upadłość z możliwością zawarcia układu
2005	5484	663	x	171
2006	3901	516	x	105
2007	2690	390	x	70
2008	2402	362	x	69
2009	4393	591	10	131
2010	3742	561	12	124
2011	3535	656	14	101
2012	4390	754	24	162
2013	4634	748	28	178
2014	4546	747	32	124

Źródło: opracowanie własne na podstawie sprawozdań Ministerstwa Sprawiedliwości.

Prawo restrukturyzacyjne daje dłużnikowi do wyboru cztery typy postępowania restrukturyzacyjnych: trzy układowe i jedno sanacyjne, których zasadniczym celem jest uniknięcie ogłoszenia upadłości poprzez zawarcie układu z wierzycielami przy zabezpieczeniu słusznych praw wierzycieli. Legislador dopuścił również zawarcie układu likwidacyjnego, przy czym nie powinien on mieć częstego zastosowania. W przypadku likwidacji bardziej zasadne jest stosowanie przepisów o postępowaniu upadłościowym, jako że udziela ono ochrony wszystkim wierzycielom, podczas gdy prawo restrukturyzacyjne wyraźnie premiuje interes wierzycieli aktywnych. W poniższym artykule zarysowane zostanie postępowanie sanacyjne jako model do wykorzystania praktycznego, co uzasadnione jest rozmiarem przedsiębiorstw górniczych i złożonym charakterem prowadzonej przez nie działalności.

POSTĘPOWANIE SANACYJNE W RESTRUKTURYZACJI SPÓŁKI GÓRNICZEJ

Ponieważ problemy z płynnością sektora górniczego występują od ponad 2 lat, przyjęto wyczerpanie całego zapasu miękkiej restrukturyzacji, jak ustalenie nowych terminów płatności zobowiązań, zabezpieczenia uzupełniające na rzecz kredytodawców, ograniczenia kosztów stałych, układy ratalne z urzędami skarbowymi czy Zakładem Ubezpieczeń Społecznych. Założono, że konieczne będzie zmniejszenie zobowiązań dłużników i spłata pozostałej części w ratach. Dla tak przyjętych założeń za model optymalny uznano postępowanie sanacyjne.

Na podstawie art. 312 PrRestr postępowanie egzekucyjne skierowane do majątku dłużnika wchodzącego w skład masy sanacyjnej wszczęte przed dniem otwar-

cia postępowania sanacyjnego ulega zawieszeniu z mocy prawa z dniem otwarcia postępowania. Wprowadzona przez ustawodawcę ochrona przed egzekucją umożliwia realizację szeregu uprawnień do rekonstrukcji stosunków zobowiązaniowych. Postępowanie sanacyjne m.in. umożliwia wypowiedzenie niekorzystnych umów, uchyla ochronę trwałości stosunków pracowniczych na gruncie przepisów praw pracy i pozwala na hybrydalny tryb postępowania restrukturyzacyjnego polegający na sprzedaży tzw. toksycznych aktywów, które generują straty i nie są istotne dla bytu przedsiębiorstwa dłużnika.

Przepisy regulujące postępowanie sanacyjne zawarte są w art. 283 do 333 PrRestr. Celem postępowania sanacyjnego jest przywrócenie dłużnikowi zdolności do wykonywania zobowiązań. Legitymację czynną do złożenia wniosku, poza samym dłużnikiem, posiada kurator w stosunku do osoby prawnej oraz wierzyciel osobisty dłużnika. Postępowanie sanacyjne jako jedyne uprawnia wierzyciela osobistego dłużnika do zainicjowania procedury restrukturyzacyjnej. W katalogu wymogów formalnych wniosku o otwarcie postępowania sanacyjnego ponad te, które możemy uznać za klasyczne, zwrócić należy uwagę na art. 284 ust. 1 pkt 3) i 4). Do wniosku należy dołączyć m.in. (pkt 3) **wstępny plan restrukturyzacyjny** wraz z uzasadnieniem wskazującym, że jego wdrożenie przywróci dłużnikowi zdolność do wykonywania zobowiązań; (pkt 4) **uprawdopodobnienie** zdolności dłużnika do bieżącego zaspokajania kosztów postępowania sanacyjnego oraz zobowiązań powstałych pod dniu jego otwarcia.

Ustawodawca użył pojęć **wstępny i uprawdopodobnienie**, co może obniżyć praktyczne znaczenie zarówno wstępnego planu restrukturyzacji, jak i konieczności uprawdopodobnienia zdolności do obsługi długu po otwarciu postępowania. W praktyce gospodarczej zdecydowanie częściej z inicjatywą wszczęcia postępowania będzie występował sam dłużnik, profesjonalista, który ma zdecydowanie najlepsze rozeznanie w prowadzeniu swoich spraw. W takim przypadku już wstępny plan restrukturyzacyjny i uprawdopodobnienie powinny w sposób zrozumiały i szczegółowy usprawiedliwiać konieczność otwarcia postępowania sanacyjnego, powinny być wewnętrznie spójne, logicznie niesprzeczne i oparte na analizach ekonomicznych, które bazują na danych historycznych oraz przewidują ostrożne projekcje co do wyniku w kolejnych okresach sprawozdawczych.

PLAN RESTRUKTURYZACYJNY

Plan restrukturyzacyjny jest główną osią, wokół której toczy się całe postępowanie restrukturyzacyjne, i jest

najważniejszym dokumentem w tym postępowaniu. Art. 10 PrRestr zawiera jedynie minimalne wymogi stawiane autorom planu, jak opis przedsiębiorstwa dłużnika, analiza przyczyn trudnej sytuacji, pełny opis i przegląd środków restrukturyzacyjnych, harmonogram ich wdrożenia czy opis źródeł finansowania. Katalog ten nie jest zamknięty i pozwala na wprowadzenie innych danych, niejako wymuszonych przez specyfikę działalności gospodarczej dłużnika. Każda restrukturyzacja spowodowana jest błędami w zarządzaniu, nawet istotna zmiana warunków zewnętrznych, np. obniżenie cen węgla na rynkach światowych, zmniejszenie zapotrzebowania na produkt, to nic innego jak błędne planowanie poziomu przychodów ze sprzedaży, błędne oszacowanie ryzyka i błędne budowanie kosztów jako zbyt wysokich w stosunku do osiągniętych przychodów.

Punktem wyjścia dla planu restrukturyzacji jest egzemplifikacja błędów w zarządzaniu i ustalenie, jakie koszty one wygenerowały, koszty te należy zaprezentować w sposób precyzyjny i czytelny. Na tej podstawie trzeba wskazać, które z błędnych zachowań nie zostaną powtórzone i jak wpłynie to na strukturę kosztów po restrukturyzacji. Ponadto plan powinien wskazać, jakie inne działania, wyrażone również w liczbach, zostaną podjęte celem przywrócenia dłużnikowi zdolności do wykonywania zobowiązań. Całość wyrażona w liczbach bezwzględnych powinna być umieszczona na osi czasu w taki sposób, aby zarządca i sędzia-komisarz mogli łatwo skontrolować, czy plan jest realizowany i nie zachodzą przesłanki do umorzenia postępowania sanacyjnego jako zmierzającego do pokrzywdzenia wierzycieli. Materia ta wymaga zasygnalizowania, gdyż w praktyce dotychczasowych postępowań układowych dłużnicy zazwyczaj opierali plan restrukturyzacji na emocjonalnym zaangażowaniu, a nie na realiach rynkowych, co nader często skutkowało zmianą kierunku postępowania na obejmujący likwidację majątku dłużnika. Ponadto plan restrukturyzacyjny powinien umożliwić wierzycielom nie tylko zorientowanie się w sytuacji dłużnika, ale również przekonać ich, że jest realny i ma duże szanse na powodzenie. Dla przedsiębiorstw okołogórniczych warunkiem uprzednim dla konstruowania planu restrukturyzacyjnego będzie plan restrukturyzacji głównych przedsiębiorstw górniczych: Kompanii Węglowej S.A., Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. i Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A., jako że to one budują rynek docelowy. Możliwe są oczywiście plany dywersyfikacji działalności w innych obszarach, jednakże zdecydowanie częściej spotkamy się z wolą utrzymania klienta, gdyż jest on dobrze znany, zaś sam rynek warty globalnie kilka miliardów złotych.

Ustawodawca zdecydował, iż co do zasady przy otwarciu postępowania sanacyjnego sąd odbiera zarząd własny dłużnikowi i wyznacza zarządcę. Na mocy art. 288 ust. 3 PrRestr wprowadzono wyjątek, w którym można zezwolić dłużnikowi na zarząd własny. Dotyczy to sytuacji, kiedy wymaga tego skuteczne przeprowadzenie postępowania sanacyjnego, zaś sam dłużnik lub jego reprezentanci dają gwarancje należytego sprawowania zarządu. Wprowadzenie takich rozwiązań należy ocenić pozytywnie, ponieważ jeśli plan restrukturyzacyjny jest przygotowany rzetelnie, a dłużnik jest zdeterminowany do jego wykonania, należy powierzyć zarządzanie profesjonalistom, którzy najlepiej orientuje się w sprawach swojego majątku. Zresztą trudno sobie wyobrazić postępowanie sanacyjne dużego podmiotu gospodarczego prowadzone przez zarządcę, gdzie rozmiar i skala prowadzonego przedsiębiorstwa wymagają wiadomości specjalnych. Mogłoby to doprowadzić do chaosu decyzyjnego, a w efekcie niezrealizowania planu restrukturyzacyjnego. Dla spółek okołogórniczych punktem wyjścia dla ich planów jest restrukturyzacja przedsiębiorstw głównych Skarbu Państwa, ponieważ wtedy uzyskują podstawowe informacje, czy i jakim zakresie utrzymają rynek dla swoich towarów i usług.

RESTRUKTURYZACJA MAJĄTKU RZECZOWEGO

Zgodnie z art. 294 PrRestr wraz z dniem otwarcia postępowania sanacyjnego aktywa majątkowe dłużnika w postaci mienia służącego do prowadzenia przedsiębiorstwa i należące do dłużnika stają się masą sanacyjną. Skład masy sanacyjnej ustala zarządca nawet wówczas, gdy dłużnik zostanie dopuszczony do zarządzania masą sanacyjną. Co do zasady masa sanacyjna nie powinna być spieniężana, gdyż ma służyć celom postępowania sanacyjnego. W toku stosowania prawa często wystąpi postać hybrydalna, gdyż poszczególne składniki majątku, tzw. nieprodukcyjne, mogą być zbywane ze skutkiem sprzedaży upadłościowej (egzekucyjnej). Restrukturyzacja jest w pewnym sensie okazją do przeglądu majątku pod względem jego przydatności do prowadzenia podstawowej działalności i przeanalizowania rozwiązań alternatywnych wobec prawa własności rzeczy. Wiele składników majątkowych może przede wszystkim generować koszty podatkowe (podatek od nieruchomości) czy związane z bieżącym utrzymaniem (ubezpieczenie, ochrona, bieżąca konserwacja). Ponadto jeśli składnik majątkowy nie jest wykorzystywany w sposób ciągły, można zamienić go na okresowy najem, uzyskując w ten sposób obniżenie kosztów. Umożliwienie przez ustawodawcę oczyszczenia majątku w toku postępowania jest rozwiązaniem korzystnym dla dłużników i koresponduje

z głównym celem postępowania sanacyjnego – przywróceniem zdolności do regulowania zobowiązań.

RESTRUKTURYZACJA STOSUNKÓW UMOWNYCH

Analogicznie do restrukturyzacji majątkowej ustawodawca w postępowaniu sanacyjnym umożliwił dłużnikowi rozwiązanie umów, których wykonywanie nie jest korzystne z punktu widzenia prowadzonego postępowania, oraz rozwiązanie stosunków pracy, których trwałość podlega ochronie prawa pracy. Na podstawie art. 297 PrRestr zarządca masy może odstąpić od umowy wzajemnej, która nie została wykonana w całości lub w części przed dniem otwarcia postępowania sanacyjnego. Zgodę na odstąpienie od umowy wzajemnej wydaje sędzia-komisarz bez względu na stanowisko rady wierzycieli. Otwarcie postępowania sanacyjnego wpływa na stosunki pracy i wywołuje skutki takie same jak ogłoszenie upadłości, przy czym uprawnienia syndyka wykonuje zarządca. Regulacja ta umożliwia rozwiązanie stosunków pracy z pracownikami podlegającymi szczególnej ochronie na gruncie prawa pracy, należy jednak pamiętać, że jeżeli w toku postępowania restrukturyzacyjnego dojdzie do sprzedaży zorganizowanej części przedsiębiorstwa i tym samym zakład pracy przejdzie w ręce innego pracodawcy, który będzie kontynuował dotychczasową działalność lub podobną, to wówczas takie zwolnienia mogą być zakwalifikowane jako nadużycie⁵. Ingerencja w stosunki pracy może być o tyle istotna, że koszty pracy stanowią procentowo znaczny udział w kosztach ogółem. Plan restrukturyzacyjny może przewidywać konieczność ich ograniczenia jako warunek wierzycieli przy głosowaniu nad zatwierdzeniem układu.

Ustawodawca na wzór obecnie obowiązujących przepisów prawa upadłościowego i naprawczego udziela ochrony na wypadek zawarcia czynności niekorzystnych dla masy sanacyjnej. Zgodnie z art. 304 PrRestr bezskuteczne w stosunku do masy sanacyjnej są czynności prawne dokonane w terminie roku przed dniem złożenia wniosku o otwarcie postępowania sanacyjnego, jeżeli wartość świadczenia dłużnika przewyższa w istotnym stopniu wartość świadczenia otrzymanego przez dłużnika. Bezskuteczne są również zabezpieczenia, które nie zostały ustanowione bezpośrednio w związku z otrzymaniem przez dłużnika świadczenia (ustanowione rok przed złożeniem wniosku), oraz te, których wartość przekracza ponad połowę wartość przedmiotu zabezpieczenia.

⁵ R. Adamus, *Prawo restrukturyzacyjne*, Wydawnictwo CH BECK, Warszawa 2015, s. 488.

POMOC PUBLICZNA

Opisane instrumentarium środków prawnych służących restrukturyzacji przedsiębiorstwa dłużnika może zostać rozbudowane o pomoc publiczną. Ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie do prawa restrukturyzacyjnego pomocy publicznej i uregulował ją w art. 140 i n. PrRestr. Pomoc publiczna polega na udzieleniu przedsiębiorcy wsparcia w jakiegokolwiek formie przy użyciu zasobów państwowych, w szczególności przez zmniejszenie w drodze układu wysokości zobowiązań, rozłożenie spłaty na raty czy odroczenie terminu płatności, zawieszenie postępowań egzekucyjnych prowadzonych w celu dochodzenia wierzytelności, a także udzielanie pożyczek, kredytów, poręczeń lub gwarancji. Do planu restrukturyzacyjnego dołącza się test prywatnego wierzyciela oraz ocenę, czy udzielane wsparcie spełnia kryteria uznania go za pomoc *de minimis*. Test prywatnego inwestora to ocena działań podejmowanych przez podmiot finansujący celem ustalenia, czy wsparcie nie stanowi pomocy publicznej. Wsparcie nie stanowi pomocy publicznej, gdy jest dokonywane w warunkach akceptowalnych również dla inwestora prywatnego. W przedmiotowej regulacji chodzi o zbadanie, czy w tych konkretnych propozycjach układowych zachowanie podmiotu publicznego będzie takie samo jak podmiotu prywatnego, czyli rynkowe.

Pomoc publiczna stanowi jedynie uzupełnienie innych środków przeznaczonych na restrukturyzację i jest uzależniona od wielu warunków, m.in. okresu prowadzenia działalności, który musi wynosić więcej niż 3 lata przed datą złożenia wniosku, nieprowadzenia działalności gospodarczej w sektorze hutnictwa żelaza i stali, górnictwa węgla oraz finansowym, nieprowadzenia działalności na rynku charakteryzującym się strukturalną nadprodukcją, niewchodzenia w skład grupy kapitałowej. W tym ostatnim przypadku przewidziano dwa wyjątki: gdy powstała trudna sytuacja nie jest skutkiem nieuzasadnionego przesuwania kosztów wewnątrz grupy lub jest zbyt poważna, aby mogła być rozwiązana wewnątrz grupy kapitałowej. Warto zauważyć, że ustawodawca wyłączył z zakresu pomocy publicznej m.in. przedsiębiorstwa z sektora górnictwa węgla, co powoduje pogorszenie warunków ich restrukturyzacji. Dalsze szczegółowe warunki udzielania pomocy dotyczą m.in. takich parametrów jak wysokość niepokrytych strat, wpływ pomocy na zachowanie konkurencji rynkowej, wielkość pomocy udzielonej przed wszczęciem postępowania restrukturyzacyjnego. Przedmiotowe ograniczenia mają przeciwdziałać sytuacji udzielenia pomocy w sposób skutkujący zachwianiem równowagi rynkowej, np. gdy

wsparcie przedsiębiorcy środkami publicznymi umożliwi mu zdobycie pozycji dominującej na rynku. Niemniej jednak jest to krok w dobrą stronę i realnie uzupełnia wachlarz instrumentów restrukturyzacyjnych o możliwość skorzystania z pomocy państwa. Zgodnie z art. 148 PrRestr pomoc publiczna nie wymaga notyfikacji Komisji Europejskiej, gdy odpowiada przepisom ustawy, beneficjentem jest mały lub średni przedsiębiorca, a całkowita wartość pomocy nie przekracza równowartości 10 000 000 EUR.

ZAKRES RESTRUKTURYZACJI ZOBOWIĄZAŃ

Restrukturyzacja zobowiązań dłużnika może obejmować:

1. odroczenie terminu wykonania,
2. rozłożenie spłaty na raty,
3. zmniejszenie wysokości,
4. konwersję wierzytelności na udziały lub akcje,
5. zmianę, zamianę lub uchylenie prawa zabezpieczającego określoną wierzytelność.

Katalog ten nie jest zamknięty, ustawodawca nie wprowadził również zakazu łączenia poszczególnych propozycji układowych. W praktyce będą spotykane propozycje mieszane polegające na częściowym zmniejszeniu wysokości zobowiązań, rozłożeniu pozostałej części na raty lub konwersji wierzytelności na udziały lub akcje. Należy założyć większe zainteresowanie konwersją wierzytelności, co jest spowodowane *de facto* wysokim rozwojem gospodarki. Rynek, na którym działają przedsiębiorcy, charakteryzuje wysoka konkurencyjność, która nie sprzyja generowaniu wysokich marż na produktach czy usługach. W konsekwencji nie można zakładać szybkiego odbudowania straty, która np. pochłonęła znaczną część kapitałów własnych. Bardziej atrakcyjną propozycją jest zamiana długu na akcje lub udziały. Dłużnik nie musi przekonywać do znacznej redukcji zobowiązań, zaś wierzyciel jest bardziej skłonny do poparcia układu, gdyż stanie się faktycznie współwłaścicielem przedsiębiorstwa dłużnika. Większy wgląd w sprawy spółki i możliwość późniejszego zbycia udziałów czy akcji jest często lepszym rozwiązaniem niż głosowanie nad układem przewidującym np. 80-proc. redukcję należności głównej. Takie rozwiązanie warto rekomendować zarządom przy konstruowaniu propozycji układowych, gdyż głównymi wierzycielami będą banki i inne podmioty działające na rynku usług finansowych. Zbyt daleko posunięte redukcje należności są nieopłacalne dla banków, które muszą tworzyć rezerwy na pełne kwoty należności. W takiej sytuacji podtrzymywanie działalności dłużnika jest dla nich bezcelowe.

PODSUMOWANIE

Należy oczekiwać, że w perspektywie kilku najbliższych miesięcy dojdzie do rozładowania nabrzmiałej sytuacji w sektorze górnictwa węgla. Analogiczna sytuacja miała miejsce przy zamykaniu i rozliczaniu kontraktów budowlanych po 2012 roku. Zatory płatnicze i niechęć zamawiających do rzetelnego regulowania zapłaty za wykonane roboty skutkowały falą upadłości przedsiębiorstw budowlanych. Podobnie w przypadku spółek okołogórnichy uruchomiony zostanie proces oczyszczania rynku ze złych długów oraz słabszych uczestników gry rynkowej.

Odbędzie się on jednak w zupełnie innej sytuacji prawnej, dłużnicy otrzymają bowiem możliwość realnej restrukturyzacji swoich przedsiębiorstw. Dłużnik będzie jednak musiał sporządzić wiarygodny plan restrukturyzacyjny i przekonać wierzycieli, że głosowanie za jego przyjęciem jest korzystne dla obu stron postępowania. Zauważyć należy, że po obu stronach postępowania restrukturyzacyjnego pojawią się doradcy restrukturyzacyjni, co powinno skutkować szybkim podnoszeniem jakości merytorycznej samych postępowań i przyczynić się do osiągnięcia celów, które przyświecały ustawodawcy przy tworzeniu zupełnie nowych regulacji prawa restrukturyzacyjnego.

Dopuszczalność podniesienia zarzutu bezskuteczności czynności prawnej w odpowiedzi na wniosek o wyłączenie składnika mienia z masy upadłości

Materialnoprawne i proceduralne zagadnienia dotyczące wyłączenia składników mienia z masy upadłości

Zgodnie z materialnoprawną regulacją art. 70 p.u. składniki mienia nienależące do majątku upadłego podlegają wyłączeniu z masy upadłości. Mienie – zgodnie z art. 44¹ k.c. – to własność i inne prawa majątkowe. Tradycyjnie przyjmuje się, że masa upadłości obejmuje wyłącznie aktywa. Osoba trzecia, której przysługuje prawo do mienia podlegającego wyłączeniu, może żądać jego wydania lub świadczenia wzajemnego za jednoczesnym zwrotem wydatków na utrzymanie tego mienia lub na uzyskanie świadczenia wzajemnego poniesionych przez upadłego lub z masy upadłości (art. 72 p.u.). Regulacja art. 71 p.u. zajmuje się zagadnieniem tzw. surogatów. W razie zbycia przez upadłego mienia, które podlega wyłączeniu, świadczenie otrzymane za zbyte mienie wydaje się osobie, do której mienie to należało, jeżeli świadczenie jest wyodrębnione w masie upadłości. W razie zbycia przez syndyka mienia, które podlegało wyłączeniu, osoba, do której prawo to należało, może żądać wydania świadczenia wzajemnego uzyskanego w zamian za to mienie². Jeżeli świadczenie – surogat – nie zostało spełnione przed zgłoszeniem żądania wydania, prawo do świadczenia przechodzi na mającego prawo do wyłączonego mienia. Należy w tym miejscu dodać, że zobowiązania z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia masy upadłości są tzw. zobowiązaniami masy w rozumieniu art. 230 ust. 2 p.u.

Przepisy materialnoprawne art. 70 i n. p.u. stanowią na gruncie upadłości odpowiednik treści art. 222 § 1 k.c., zgodnie z którym właściciel może żądać od osoby, która włada faktycznie jego rzeczą, ażeby rzecz została mu wydana, chyba że osobie tej przysługuje skuteczne

względem właściciela uprawnienie do władania rzeczą³. Roszczenie z art. 72 p.u. należy do grupy roszczeń windykacyjnych. Przy czym przepisy Prawa upadłościowego regulują nie tylko zagadnienia materialnoprawne, ale również zagadnienia proceduralne⁴. Roszczenie windykacyjne co do rzeczy znajdującej się w masie upadłości podlega rozpoznaniu poza zasadami ogólnymi wynikającymi z kodeksu postępowania cywilnego – przepisy prawa upadłościowego przewidują formułę uproszczoną. Sąd Najwyższy w postanowieniu z 27 maja 2015 r., II CSK 461/14, trafnie podniósł, że „regulacja przepisów p.u.n. odnosząca się do wyłączenia z masy upadłości ma charakter szczególny. Z jednej strony przewiduje postępowanie dwuetapowe, początkowo w ramach właściwego postępowania upadłościowego, następnie sądowego rozpoznawczego. W obu tych postępowaniach biernie legitymowany jest syndyk masy upadłości, o statusie zarówno zastępcy pośredniego upadłego w sprawach dotyczących masy upadłości, jak i organu postępowania na etapie właściwego postępowania upadłościowego, który zobowiązany jest działać w interesie zastępowanego, masy upadłości, jak i wszystkich wierzycieli”.

Zgodnie z art. 73 ust. 1-2 p.u. we wniosku o wyłączenie z masy upadłości należy zgłosić wszelkie twierdzenia, zarzuty i dowody na ich poparcie pod rygorem utraty prawa powoływania ich w toku dalszego postępowania, chyba że powołanie ich we wniosku było niemożliwe. Wskazany przepis wprowadza zatem rygor prekluzyjny. Sędzia-komisarz rozpoznaje wniosek o wyłączenie z masy upadłości w terminie jednego miesiąca od dnia jego zło-

¹ Dr hab. Rafał Adamus, prof. UO, Zakład Prawa Gospodarczego, Handlowego i Upadłościowego Uniwersytetu Opolskiego, radca prawny, www.rafaadamus.pl.

² W wyroku Sądu Najwyższego z 21 sierpnia 2013 r., II CSK 707/12, OSNC 2014, nr 4, poz. 48 trafnie wskazano, że „w razie wyrządzenia szkody wskutek zbycia przez syndyka mienia podlegającego wyłączeniu z masy upadłości, roszczenie o jej naprawienie nie jest ograniczone do świadczenia przewidzianego w art. 71 ust. 2”.

³ Por. np. wyrok Sądu Najwyższego z 18 czerwca 2015 r., III CSK 357/14, w którym przyjęto, że legitymacja bierna w procesie windykacyjnym przysługuje tylko tym osobom, które faktycznie sprawują władztwo nad nieruchomością, która ma podlegać wydaniu.

⁴ Zob. np. A. Hrycaj, *Przebieg postępowania dotyczący wyłączenia z masy upadłości*, PPH 2007, nr 7, s. 19 i n., W. Piąt, *Wyłączenie przedmiotu z masy upadłości w postępowaniu upadłościowym z opcją likwidacyjną*, PPH, 2013, nr 11, s. 28 i n.

zenia po wysłuchaniu syndyka (jest to termin wyłącznie instrukcyjny). Przepis art. 73 ust. 6 zd. 1 p.u. stanowi, że postanowienie sędziego-komisarza w przedmiocie wyłączenia z masy upadłości wymaga uzasadnienia.

Dalsza procedura uzależniona jest od treści rozstrzygnięcia sędziego-komisarza.

Po pierwsze, zgodnie z art. 73 ust. 6 zd. 2 p.u. na postanowienie o wyłączeniu z masy upadłości przysługuje zażalenie upadłemu i wierzycielom. Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z 28 maja 2012 r., V ACa 427/12⁵, przyjął, że „postanowienie sędziego-komisarza o wyłączeniu z masy upadłości rzeczy lub praw ma specyficzny charakter i ograniczoną moc, związane z istotą postępowania upadłościowego. Rozstrzyga bowiem jedynie na potrzeby tego postępowania, czy określony składnik majątkowy może być poddany jego rygorom, a więc czy może być traktowany jako składnik majątku upadłego podlegającego likwidacji w ramach toczącego się postępowania. Nie rozstrzyga jednak definitywnie prawa własności do spornych rzeczy lub praw osoby, na rzecz której wyłączono ten składnik z masy upadłości, w sposób uniemożliwiający dochodzenie swoich praw do nich przez inne podmioty w innym postępowaniu cywilnym. Taki charakter tego orzeczenia powoduje, że ma ono ograniczoną skuteczność odnoszoną jedynie do ram toczącego się postępowania upadłościowego, co wyklucza konstruowanie skutku dalej idącego, polegającego na przyjęciu istnienia jego rozszerzonej prawomocności (art. 365 § 1 k.p.c.) prowadzącej do związania nim sądu w innej sprawie dotyczącej oceny prawa własności rzeczy lub praw wyłączonych z masy upadłości na rzecz innego podmiotu”.

Po drugie, w razie oddalenia wniosku o wyłączenie z masy upadłości wnioskodawca może w drodze powództwa windykacyjnego żądać wyłączenia mienia z masy upadłości (art. 74 ust. 1 p.u.).

Powództwo windykacyjne wnosi się do sądu upadłościowego (sądu rejonowego) w terminie miesiąca od dnia doręczenia postanowienia sędziego-komisarza o odmowie wyłączenia z masy upadłości (art. 74 ust. 2 p.u.). Pozwanym jest syndyk masy upadłości⁶. Sąd upadłościowy jest właściwy do rozpoznania sprawy bez względu na wartość przedmiotu sporu (art. 74 ust. 2 p.u. stanowi *lex specialis* względem art. 17 pkt 4 k.p.c.). Powództwo windykacyjne może być oparte wyłącznie

na twierdzeniach i zarzutach zgłoszonych we wniosku o wyłączenie z masy upadłości. Inne twierdzenia i zarzuty mogą być zgłoszone tylko wtedy, gdy powód wykáže, że ich wcześniejsze zgłoszenie było niemożliwe⁷. Niezależnie od wyniku sprawy sąd obciąży powoda kosztami procesu, jeżeli powołał nowe dowody istotne dla rozstrzygnięcia sprawy, których nie zgłosił we wniosku o wyłączenie (art. 74 ust. 3 p.u.). Sąd może zabezpieczyć powództwo przez ustanowienie zakazu zbywania lub obciążania mienia objętego żądaniem wyłączenia z masy upadłości (art. 74 ust. 4 p.u.). Od wyroku sądu upadłościowego przysługuje apelacja do sądu okręgowego na zasadach ogólnych. Również na zasadach ogólnych przysługuje skarga kasacyjna od wyroku sądu drugiej instancji.

ZARZUTY SYNDYKA ODNOSZĄCE SIĘ DO BEZSKUTECZNOŚCI CZYNNOŚCI UPADŁEGO

Zgodnie z ogólną zasadą postępowania cywilnego *audiatur et altera pars* syndyk ma prawo złożenia odpowiedzi na wniosek osoby trzeciej składany do sędziego-komisarza i prawo – na ogólnych zasadach kodeksu postępowania cywilnego – do złożenia odpowiedzi na pozew windykacyjny składany do sądu upadłościowego. Przy czym ustawodawca nie przewidział terminów prekluzyjnych w podnoszeniu twierdzeń i przywoływaniu dowodów przez syndyka.

Bezskuteczność czynności upadłego może wynikać z mocy samego prawa (*ex lege*), z mocy orzeczenia sędziego-komisarza czy z mocy orzeczenia sądu (w tym ostatnim przypadku stosownie do regulacji art. 527 k.c. i n.). W myśl art. 131 p.u. w sprawach nieuregulowanych przepisami art. 127-130 p.u. do zaskarżenia czynności prawnych upadłego, dokonanych z pokrzywdzeniem wierzycieli, stosuje się odpowiednio przepisy art. 132-134 p.u. oraz przepisy kodeksu cywilnego o ochronie wierzyciela w razie niewypłacalności dłużnika. Stosownie do treści art. 531 § 1 k.c. uznanie za bezskuteczną czynności prawnej dłużnika dokonanej z pokrzywdzeniem wierzycieli następuje w drodze powództwa lub zarzutu przeciwko osobie trzeciej, która wskutek tej czynności uzyskała korzyść majątkową. W nauce przedmiotu przyjmuje się, że zarzut procesowy jest środkiem obrony pozwanego, mającym na celu doprowadzenie do korzystnego dla niego zakończenia procesu⁸.

⁷ W wyroku Sądu Najwyższego z 4 lutego 2010 r., IV CSK 328/09 stanowi, że „z art. 74 ust. 3 w związku z art. 73 ust. 1 p.u.n. wynika, że prekluzją dowodową są objęte wszystkie twierdzenia, zarzuty i dowody, które można było powołać we wniosku. Jeżeli więc wnioskodawca znał je w chwili wystąpienia z wnioskiem, jest obowiązany do ich podania, nawet gdy potrzeba ich powołania wyłoni się później”.

⁸ T. Misiuk, [w:] Z. Resich, *System prawa procesowego cywilnego*, t. II, Ossolineum 1987, s. 132.

⁵ POSAG 2012, nr 4, s. 21-43.

⁶ Zob. np. A. Jarocho, M. Sachajko, *Powództwo o wyłączenie mienia z masy upadłości i jego charakter prawny a charakter prawny powództwa o zwolnienie przedmiotu od egzekucji*, PPE, 2011, nr 2, s. 61 i n.

Stosownie do regulacji art. 134 ust. 1 p.u. jeżeli czynność upadłego jest bezskuteczna z mocy prawa lub została uznana za bezskuteczną, to to, co wskutek tej czynności ubyło z majątku upadłego lub do niego nie weszło, podlega przekazaniu do masy upadłości, a jeżeli przekazanie w naturze jest niemożliwe, do masy upadłości wpłaca się równowartość w pieniądzu. Za zgodą sędziego-komisarza druga strona czynności może zwolnić się z obowiązku przekazania do masy upadłości tego, co wskutek tej czynności z majątku upadłego ubyło, przez zapłatę różnicy między wartością rynkową świadczenia dłużnika z dnia zawarcia umowy a wartością świadczenia otrzymanego przez dłużnika. Na postanowienie sędziego-komisarza przysługuje zażalenie. Z kolei w myśl art. 134 ust. 2 p.u. świadczenie wzajemne osoby trzeciej zwraca się tej osobie, jeżeli znajduje się w masie upadłości oddzielnie od innego majątku lub o ile masa upadłości jest nim wzbogacona. Jeżeli świadczenie nie podlega zwrotowi, osoba trzecia może dochodzić wierzytelności w postępowaniu upadłościowym. Przepis art. 134 p.u. nie reguluje jednak wszystkich konsekwencji bezskuteczności czynności prawnych.

Jeżeli osoba składająca wniosek o wyłączenie składników mienia z masy upadłości jest zarazem osobą, która uzyskała korzyść w wyniku bezskutecznej czynności upadłego, i jej wniosek o wyłączenie z masy odnosi się właśnie do takiej korzyści, to należy przyjąć, że syndyk ma umocowanie do podniesienia zarzutu, że składnik mienia, co do którego składany jest wniosek o wyłączenie z masy upadłości, nie powinien zostać takiej osobie wydany.

Jeżeli składnik mienia, do którego odnosi się bezskuteczna czynność prawna, znajduje się w masie upadłości, wówczas z zasady syndykowi nie przysługuje roszczenie o przekazanie ubytku do masy upadłości ani roszczenie o wypłatę równowartości w pieniądzu, opisane w treści

art. 134 p.u. Syndyk ma w takim przypadku korzystniejszą sytuację prawną, gdyż faktycznie dysponuje substratem majątkowym bezskutecznej czynności prawnej. Syndyk może przeciwstawić się roszczeniu osoby trzeciej o wydanie mienia z masy upadłości, jeżeli podstawą takiego roszczenia jest bezskuteczna czynność prawna upadłego. Sprzeczne z elementarnymi zasadami ekonomiki postępowania byłoby wydanie składnika mienia osobie trzeciej, a następnie żądanie zwrotu tego samego składnika do masy upadłości. Co istotne, jeżeli sędzia-komisarz uwzględni stanowisko syndyka i oddali wniosek o wyłączenie składnika mienia z masy upadłości z uwagi na to, że żądanie wydania wywodzone jest z bezskutecznej czynności prawnej upadłego, wówczas osoba trzecia może wytoczyć powództwo do sądu upadłościowego. W konsekwencji tego spór będzie podlegał rozpoznaniu w kontradiktoryjnym procesie prowadzonym w oparciu o przepisy kodeksu postępowania cywilnego. Nie bez znaczenia jest przy tym okoliczność, że ustawodawca od 1.01.2016 r. znacznie poszerzył kompetencje sędziego-komisarza w sprawach dotyczących bezskuteczności czynności upadłego (zob. np. art. 134 ust. 1a p.u.), a w konsekwencji sędzia-komisarz może dokonać stosownej oceny skuteczności zarzutu syndyka na etapie rozpoznawania wniosku o wyłączenie składnika mienia z masy upadłości.

Wreszcie wskazać należy, że art. 531 § 1 k.c. w zw. z art. 131 p.u. może być interpretowany w ten sposób, że zarzut przeciwko osobie trzeciej, która wskutek tej czynności uzyskała korzyść majątkową, może być podniesiony w każdym typie postępowania, w którym jego wywiedzenie pozwoli na osiągnięcie celu regulacji *actio pauliana*. Postępowaniem takim może być postępowanie wpadkowe w ramach postępowania upadłościowego, jakim jest postępowanie o wyłączenie składnika mienia z masy upadłości.

Metoda wyceny majątku przedsiębiorcy w kontekście nowego brzmienia przesłanki niewypłacalności wynikającej z nadmiernego zadłużenia

Nadmierne zadłużenie, jako jedna z przesłanek niewypłacalności, funkcjonuje w polskim systemie prawnym od 1934 r., w którym na obszarze całego kraju zaczęło obowiązywać pierwsze polskie jednolite prawo upadłościowe³. Począwszy od jej pierwotnego brzmienia⁴, przesłanka nadmiernego zadłużenia (w przeciwieństwie do przesłanki płynnościowej) nie ma charakteru powszechnego, a jej zastosowanie jest każdorazowo ograniczone do oznaczonej grupy dłużników spośród ogółu podmiotów posiadających zdolność upadłościową. Od października 2003 r. przesłanka nadmiernego zadłużenia ma zastosowanie w brzmieniu nadanym jej przez przepis art. 11 ust. 2 p.u.n.⁵, wedle którego: *dłużnika będącego osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, uważa się za niewypłacalnego także wtedy, gdy jego zobowiązania przekroczą wartość jego majątku, nawet wówczas, gdy na bieżąco te zobowiązania wykonyje.*

KRYTYKA PRZESŁANKI NADMIERNEGO ZADŁUŻENIA Z P.U.N.

Zakres podmiotowy przesłanki nadmiernego zadłużenia

W ciągu ostatnich 12 lat taki sposób ukształtowania przesłanki nadmiernego zadłużenia stał się przedmiotem wielu opracowań⁶, w których często oceniano go

krytycznie. Po pierwsze, z dezaprobatą spotkał się zbyt szeroki podmiotowy zakres przepisu. Ustawodawca zdecydował bowiem o stosowaniu przesłanki nie tylko do osób prawnych i będących w likwidacji jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, którym odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, ale także do tzw. ułomnych osób prawnych niebędących w likwidacji. Objęcie regulacją tak szerokiego kręgu podmiotów stanowiło odejście od tradycyjnego ujęcia⁷, ale także – jak słusznie wskazywano w doktrynie – nie znajdowało uzasadnienia w praktyce. S. Gurgul zauważył, że: „(...) Rozwiązanie to należy ocenić krytycznie, ponieważ z jednej strony wielkość majątku spółki jawnej, partnerskiej, komandytowej i komandytowo-akcyjnej nie jest miernikiem ich zdolności do zaspokojenia wierzycieli, ze względu na osobistą odpowiedzialność wspólników (art. 22 § 2 KSH w zw. z art. 31 § 1-3 KSH; por. także art. 33¹ § 2 KC), z drugiej zaś w stosunku do osobowych spółek handlowych nie obowiązują wyma-

i naprawczego po nowelizacji z 6.3.2009 r. – cz. I, „Monitor Prawniczy” 2010, nr 4; M. Pannert: Niewypłacalność jako przesłanka ogłoszenia upadłości, „Monitor Prawniczy” 2004, nr 16; J.S. Petrianiuk: Upadłość i jej podstawy, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003, nr 12.

⁷ Komentatorzy rozporządzenia Prawo upadłościowe wyraźnie wskazywali na sens zróżnicowania zakresu zastosowania dwóch przesłanek niewypłacalności ze względu na formę prawną prowadzenia działalności. I tak O. Buber stwierdził, że: „Rozróżnienie to wychodzi ze słusznego założenia, że tam, gdzie motorem przedsiębiorstwa jest własny interes właściciela, zapobiegliwość ludzka zważyć jeszcze może, drogą kredytu lub innych zabiegów handlowych, stan nadmiernego zadłużenia i zapobiec niewypłacalności, podczas gdy w przypadku braku czynnika osobistego interesu, przy nadmiernym zadłużeniu przedsiębiorstw spodziewać się można raczej pogorszenia niż poprawy tego stanu”. [O. Buber: *Polskie prawo upadłościowe*, Warszawa 1936, s. 20-21], podobnie także M. Allerhand: „Jednak odnośnie do spółek z ograniczoną odpowiedzialnością i akcyjnych oraz osób prawnych przyjmuje ustawa także i drugą jeszcze podstawę upadłości, która zarówno z zaprzestaniem płacenia długów uzasadnia ogłoszenie upadłości, a tą podstawą jest nadmierne zadłużenie, a więc przewyżka stanu biernego nad stanem czynnym, u tych osób bowiem przedsiębiorstwo nie opiera się na osobistej pracy właściciela, któremu zależy na jego utrzymaniu i który dokłada wszelkich starań, by przedsiębiorstwo nie uległo zwinieniu, lecz polega wyłącznie na kapitale. Jeżeli więc u wymienionych osób prawnych dojdzie do przewyżki pasywów nad aktywami, można przyjąć, że nie osiągnie się więcej funduszy, potrzebnych dla pokrycia długów, zatem koniecznym jest ogłoszenie upadłości, bo jedynie wtedy zapobiega się zaspokojeniu niektórych tylko wierzycieli” [M. Allerhand: *Prawo upadłościowe. Komentarz*. Bielsko-Biała 1991, s. 30].

¹ Asystent w Katedrze Prawa Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach.

² Radca prawny, syndyk licencjonowany.

³ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 24 października 1934 r. – Prawo upadłościowe (Dz. U. 1934 r., nr 93, poz. 834, w dalszej części artykułu jako: Rozporządzenie Prawo upadłościowe).

⁴ W pierwotnym brzmieniu przesłanka ta miała następującą treść: „Upadłość spółki akcyjnej, spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i osoby prawnej, będącej kupcem, jak również spółki jawnej lub komandytowej, znajdującej się w stanie likwidacji, będzie ogłoszona także wówczas, gdy majątek ich nie wystarczy na zaspokojenie długów”.

⁵ Ustawa z 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r., poz. 233 z późn. zm.).

⁶ Chociażby: S. Gurgul: *Jasne i niejasne oblicza prawa upadłościowego*

gania co do tzw. kapitałów własnych, analogicznie do wymagań odnoszących się do spółek kapitałowych⁸.

Brak wymogu trwałości stanu nadmiernego zadłużenia

Krytycznie oceniono również to, że zgodnie z brzmieniem przepisu art. 11 ust. 2 p.u.n. każda nadwyżka stanu biernego nad czynnym winna być podstawą ogłoszenia upadłości, podczas gdy względy celowości nakazywałyby ograniczyć zakres przepisu do sytuacji, w których nadwyżka ta zagraża wykonywaniu zobowiązań pieniężnych w niedługim czasie⁹. Słusznie wskazywano, że wartość zobowiązań może przekraczać wartość majątku w fazie szybkiego rozwoju spółki, nie stanowiąc okoliczności zagrażającej bezpieczeństwu zaspokojenia wierzycieli¹⁰. Hipoteza przepisu niezawierająca wymogu trwałości występowania stanu nadmiernego zadłużenia świadczy także o niesłusznym sklasyfikowaniu przez ustawodawcę jako dłużników niewypłacalnych przedsiębiorców znajdujących się w sytuacji, w której krótkotrwała nadwyżka zobowiązań nad majątkiem nie jest objawem ich złej kondycji finansowej, lecz wynika z samego charakteru stosunku zobowiązaniowego¹¹.

Brak ustalenia metody określania wartości majątku dłużnika

Negatywna ocena przepisu art. 11 ust. 2 p.u.n. wynikała w końcu z faktu, że w jego brzmieniu nie zawarto jasnych kryteriów stwierdzania stanu nadmiernego zadłużenia¹². Należy zaznaczyć, że szczególnie doniosłe w tym zakresie jest milczenie prawodawcy w przedmiocie prawidłowej i pożądanej metody określenia wartości majątku dłużnika, zwłaszcza że, w zależności od przyjętej koncepcji, moment wystąpienia stanu nadmiernego zadłużenia może się znacząco różnić¹³. Ramowe uwagi w przedmiocie metody badania stosunku wartości majątku dłużnika do stanu jego zobowiązań zostały wyra-

żone w wielu pracach naukowych¹⁴. Jednakże na podstawie lapidarnych wypowiedzi przedstawicieli doktryny można wyciągnąć tylko ogólne wnioski. Wielokrotnie, bez dostatecznej refleksji, powtarzany jest postulat, aby przy ustalaniu zadłużenia nie kierować się wartościami bilansowymi, ale brać pod uwagę realną wartość majątku ze względu na to, że zapisy księgowe będą zazwyczaj niższe od wartości rzeczywistej z uwagi na zasady amortyzowania majątku¹⁵. Wskazuje się przy tym, że wartości realnej nie należy utożsamiać z wartością likwidacyjną, dopóki bowiem dłużnik wykonuje na bieżąco swoje wymagalne zobowiązania, nie ma podstaw, aby wartość jego majątku oceniać w kontekście likwidacji¹⁶. Na uwagę zasługuje również odmienne stanowisko, że na gruncie obowiązujących przepisów, ze względu na brak szczegółowych uregulowań w zakresie innego sposobu wyceny majątku, za jego wartość należy uważać tylko jego wartość księgową, mimo że jest ona często nieadekwatna do rzeczywistości¹⁷. Spostrzeżenie to pokrywa się z obserwacją autorów, poczynioną na gruncie doświadczenia zawodowego, z której wynika, że w wielu przypadkach sądy przy ocenie stanu majątkowego posługują się tylko zapisami księgowymi. Rozbieżność interpretacji w tym zakresie jest zjawiskiem groźnym i niepożądanym, zwłaszcza z punktu widzenia osób zobligowanych do składania wniosków o upadłość dłużników pozostających w stanie nadmiernego zadłużenia.

PRZESŁANKA NADMIERNEGO ZADŁUŻENIA W P.U.¹⁸

Treść nowej regulacji

W kontekście przedstawionej krytyki przepisu art. 11 ust. 2 p.u.n., nie dziwi fakt, że twórcy p. r.¹⁹, konstruując szereg fundamentalnych zmian w zakresie prawa upadłościowego, postanowili podjąć także wyzwanie przemodelowania przesłanki nadmiernego zadłużenia. Zgodnie z jej nowym brzmieniem, począwszy od 1 stycznia 2016 r.:

2. Dłużnik będący osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, jest niewypłacalny

⁸ S. Gurgul: *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*. Warszawa 2013, s. 37.

⁹ R. Adamus, [w:] *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, red. A. Witosz, A. J. Witosz, Warszawa 2014, s. 94.

¹⁰ O. Kowalewski, R.L. Kwaśnicki: *Tysiące „ustawowych bankrutów” – uwagi na tle PrUpadNapr odnośnie do terminu „niewypłacalność”, „Monitor Prawniczy” 2007, nr 20, s. 1136.*

¹¹ J.S. Petraniuk, tamże, s. 22. Autor jako przykład wskazuje tu umowy wzajemne, w których jedno ze świadczeń jest niepieniężne.

¹² Tamże, s. 22-23.

¹³ Wybór adekwatnego sposobu badania wartości majątku dłużnika do stanu jego zobowiązań był już przedmiotem rozważań na gruncie obowiązywania Rozporządzenia Prawo upadłościowe. I tak chociażby M. Allerhand wskazywał, że: „Nadmierne zadłużenie zachodzi wtedy, gdy rzeczywista wartość aktywów jest mniejsza od pasywów, nie rozstrzygają więc sumy bilansowe. Nie ma zatem mowy o nadmiernym zadłużeniu, jeżeli dłużnik wykaże, że bilansowa wartość należących do niego przedmiotów jest niższa od faktycznej, co w szczególności jest doniosłe w razie, gdy dokonano znacznych odpisów. Przy obliczaniu zadłużenia nie powinno się zaś uwzględniać niektórych pozycji biernych, np. kapitału zakładowego, zapasowego i rezerwowego itd., bo te kapitały mają być spłacone dopiero po zaspokojeniu długów. Dla ustalenia więc, czy zachodzi nadmierne zadłużenie, należy sporządzić osobny bilans upadłościowy i wykazać w nim rzeczywiste wartości, a więc także ukryte rezerwy i w stanie biernym dominując fundusze spółki” [M. Allerhand, tamże, s. 31].

¹⁴ Np.: W. Pondel, M. Olszewska: *Upadłość w praktyce. Komentarz. Orzecznictwo. Piśmiennictwo. Wzory. Przykłady. Przepisy*. Warszawa 2012, s. 39; J. Kruczałak-Jankowska: *Zdolność upadłościowa i podstawy ogłoszenia upadłości w projekcie zmian prawa upadłościowego i naprawczego*. „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, nr 1, s. 7-8; J.S. Petraniuk, tamże, s. 22-23; O. Kowalewski, R.L. Kwaśnicki, tamże, s. 1337; T. Hofman: *Niewypłacalność jako przesłanka ogłoszenia upadłości w świetle projektowanych zmian*. „Roczniki Nauk Prawniczych”, tom XXIV, 2014, nr 1; P. Zimmerman: *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*. Warszawa 2012, s. 23; R. Adamus, [w:] *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, red. A. Witosz, A.J. Witosz, Warszawa 2014, s. 93-94.

¹⁵ Tak m.in.: W. Pondel, M. Olszewska, tamże, s. 39; P. Zimmerman, tamże, s. 23.

¹⁶ P. Zimmerman, tamże, s. 23.

¹⁷ O. Kowalewski, R.L. Kwaśnicki, tamże, s. 1337.

¹⁸ Ustawa z 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe, t.j. Dz. U. z 2015, poz. 233. (Ustawą Prawo restrukturyzacyjne zmieniony zostanie tytuł ustawy „Prawo upadłościowe i naprawcze” na „Prawo upadłościowe”).

¹⁹ Ustawa z 15 maja 2015 r. Prawo restrukturyzacyjne (Dz. U. z 2015 r., poz. 978).

także wtedy, gdy jego zobowiązania pieniężne przekraczają wartość jego majątku, a stan ten utrzymuje się przez okres przekraczający dwadzieścia cztery miesiące.

3. Do majątku, o którym mowa w ust. 2, nie wlicza się składników niewchodzących w skład masy upadłości.
4. Do zobowiązań pieniężnych, o których mowa w ust. 2, nie wlicza się zobowiązań przyszłych, w tym zobowiązań pod warunkiem zawieszającym oraz zobowiązań wobec współnika albo akcjonariusza z tytułu pożyczki lub innej czynności prawnej o podobnych skutkach, o których mowa w art. 342 ust. 1 pkt 4.
5. Domniemywa się, że zobowiązania pieniężne dłużnika przekraczają wartość jego majątku, jeżeli zgodnie z bilansem jego zobowiązania, z wyłączeniem rezerw na zobowiązania oraz zobowiązań wobec jednostek powiązanych, przekraczają wartość jego aktywów, a stan ten utrzymuje się przez okres przekraczający dwadzieścia cztery miesiące.
6. Sąd może oddalić wniosek o ogłoszenie upadłości, jeżeli nie ma zagrożenia utraty przez dłużnika zdolności do wykonywania jego wymagalnych zobowiązań pieniężnych w niedługim czasie.
7. Przepisy ust. 2-6 nie mają zastosowania do spółek osobowych określonych w ustawie z 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz. U. z 2013 r. poz. 1030, z późn. zm.), zwanej dalej „Kodeksem spółek handlowych”, w których co najmniej jednym współnikiem odpowiadającym za zobowiązania spółki bez ograniczenia całym swoim majątkiem jest osoba fizyczna.

Ograniczenie doniosłości przesłanki nadmiernego zadłużenia

Niewątpliwie w nowym stanie prawnym ustawodawca w dużym stopniu ograniczył doniosłość przesłanki nadmiernego zadłużenia i zmarginalizował ją, sprowadzając do roli zaledwie pomocniczej w stosunku do przesłanki płynnościowej²⁰. O jej subsydiarnym charakterze świadczy chociażby uprawnienie sądu do oddalenia wniosku o ogłoszenie upadłości w przypadku, w którym nie ma zagrożenia utraty przez dłużnika zdolności do wykonywania jego wymagalnych zobowiązań pieniężnych w niedługim czasie. Nie oznacza to jednak, iż przesłanka ta została pozbawiona praktycznego znaczenia z punktu widzenia dłużnika, który musi dokonać oceny, czy w danym stanie faktycznym wystąpiły przesłanki do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości.

²⁰ Takie postrzeganie roli przesłanki zadłużeniowej wynika z Uzasadnienia projektu ustawy, w którym wskazano, że przesłanka ta ma znaczenie pomocnicze względem przesłanki płynnościowej. Por. *Uzasadnienie projektu ustawy Prawo restrukturyzacyjne*, druk Sejmu VII kadencji nr 2824, s. 66.

Stopień realizacji postulatów doktryny w zakresie przesłanki nadmiernego zadłużenia

W treści nowego przepisu widać istotny wpływ krytycznych uwag formułowanych na tle dotychczas obowiązującego stanu prawnego. Po pierwsze, uwzględniono postulat²¹ dotyczące ograniczenia zakresu podmiotowego przepisu, wyłączając z niego spółki osobowe, w których co najmniej jednym współnikiem odpowiadającym za zobowiązania spółki bez ograniczenia całym swoim majątkiem jest osoba fizyczna.

Ponadto ustawodawca zrealizował sugestie²², że niewypłacalność nie powinna być stwierdzana w przypadku podmiotów, u których stan, w którym zobowiązania pieniężne przekraczają wartość majątku dłużnika, ma charakter krótkotrwały. O ile kierunek zmian, które zmierzają do zredukowania znaczenia przesłanki nadmiernego zadłużenia, należy ogólnie uznać za słuszny, o tyle sposób ich realizacji budzi wątpliwości. W naszej opinii arbitralne ustalenie sztywnego okresu 24 miesięcy jako adekwatnego nie znajduje logicznego uzasadnienia, zwłaszcza że tolerowany okres istnienia nadwyżki zobowiązań nie jest powiązany z rozmiarem tej nadwyżki, jak również z jej wpływem na zdolność dłużnika do regulowania zobowiązań. W praktyce, w pewnych przypadkach, termin ten może być za krótki (choćby przy inwestycjach długoterminowych, wynikających z zaplanowanej strategii rozwoju), w innych z kolei za długi (np. w przypadku instytucji prowadzących działalność parabankową). Intencji prawodawcy we wprowadzeniu właśnie takiego terminu nie można zrekonstruować, nawet odwołując się do uzasadnienia projektu p.r., bowiem znajduje się tam jedynie enigmatyczne stwierdzenie, że: „(...) okres dwudziestoczwemiesięczny jest okresem adekwatnym. Jeżeli w czasie 2 pełnych lat majątek dłużnika ma mniejszą wartość niż jego zobowiązania, to oznacza to, że powinien on być poddany rygorom ustawy upadłościowej”²³. Z czego wynikać ma ta adekwatność – nie wiadomo.

Jednakże największy niepokój w kontekście stosowania znowelizowanej przesłanki nadmiernego zadłużenia budzi brak jednoznacznego rozwiązania kwestii metody określania wartości majątku dłużnika. Nie zostało wskazane wprost, jaką metodą dokonać testu na niewypłacalność związaną z nadmiernym zadłużeniem. Ustawodawca nakazuje porównywać wartość zobowiązań pieniężnych²⁴ z wartością majątku dłużnika. Jednocze-

²¹ S. Gurgul: *Jasne...*, s. 195.

²² J.S. Petraniuk, tamże, s. 37.

²³ *Uzasadnienie...*, s. 65.

²⁴ Należy zwrócić tutaj uwagę na zmianę w stosunku do p.u.n. W nowym stanie prawnym ustawodawca *expressis verbis* nakazuje porównywać wartość majątku z wartością zobowiązań jedynie pieniężnych, a nie jak w p.u.n. ogólnie zobowiązań.

śnie z zakresu pojęcia majątku wyłącza składniki niewchodzące²⁵ w skład masy upadłości, a z zakresu zobowiązań pieniężnych eliminuje zobowiązania przyszłe, w tym zobowiązania pod warunkiem zawieszającym²⁶ oraz zobowiązania wobec wspólnika albo akcjonariusza z tytułu pożyczki lub innej czynności prawnej o podobnych skutkach, o których mowa w art. 342 ust. 1 pkt 4²⁷. Należy zwrócić uwagę, że zarówno zobowiązania niepieniężne, jak i zobowiązania przyszłe i warunkowe są zobowiązaniami, których nie ujmuje się w bilansie, tym samym można przyjąć, iż wysokość zobowiązań na potrzeby przeprowadzenia testu nadmiernego zadłużenia w znacznej części przypadków można ustalić już na podstawie samego bilansu²⁸. Ponadto ustawodawca wprowadza domniemanie, w którym posługuje się terminologią odwołującą się do pozycji bilansowych, z czego wnioskować można, iż dostrzega walory informacyjne bilansu. Uszczegółowienie regulacji nie daje jednak bezpośredniej odpowiedzi na pytanie: na podstawie jakich metod wyceny majątku należy stwierdzać, czy dany podmiot jest niewypłacalny. A przecież przyjęcie odpowiednio metody bilansowej, metody wyceny wartości rynkowej (z założeniem kontynuowania działalności albo likwidacji majątku) czy też jakichś metod mieszanych będzie miało istotny wpływ na ustalanie momentu, w którym aktualizuje się obowiązek złożenia wniosku o upadłość. Kwestia ta jest niezwykle doniosła w związku z konsekwencjami przewidzianymi w przypadku niezgłoszenia przez określone podmioty wniosku o upadłość dłużnika w terminie, w przepisach takich jak: przepis art. 116 o.p.²⁹, art. 299 i 586 k.s.h.³⁰ czy art. 373 p.u.n (i p.u.). Ponieważ wykład-

²⁵ Jak wskazuje R. Adamus, jest to rozwiązanie słuszne, gdyż chodzi tutaj o fundusze, które mają ściśle określony cel, dla którego można nimi dysponować. Por. R. Adamus: *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 42. Jako przykład takich funduszy można wskazać środki pieniężne zakładowego funduszu świadczeń socjalnych. Środki te wykazywane są w bilansie w pasywach w pozycji fundusze specjalne.

²⁶ Wyłączając zobowiązania przyszłe i warunkowe, ustawodawca zrealizował postulat, aby nie brać pod uwagę zapisów, których wartość nie jest znana i nie wiadomo nawet, czy kiedykolwiek zaistnieją. Por. P. Zimmerman, *Prawo...*, s. 23. Dla zilustrowania tego, czym są zobowiązania warunkowe, może posłużyć przykład kontraktu menedżerskiego, z którego wynika, że w przypadku odwołania zarządu przed zakończeniem kontraktu, spółka wypłaci mu odpłatę w wysokości wynagrodzenia za 12 poprzedzających miesięcy, licząc od dnia rozwiązania umowy. W momencie podpisania kontraktu skutek finansowy jest mało prawdopodobny, ale możliwy, jeżeli zaistnieje zdarzenie – odwołanie zarządu. Z tego względu spółka powinna ujawnić na dzień bilansowy oszacowaną kwotę odpłaty w informacji dodatkowej, jako zobowiązanie pozabilansowe. Por. E. Walińska, *Rachunkowość i sprawozdawczość finansowa*, [w:] red. E. Walińska, Warszawa 2014, s. 69.

²⁷ Wyłączenie to jest naturalną konsekwencją wprowadzenia w przepisie art. 342 ust. 1 pkt 4 p.u. czwartej kategorii zaspokojenia z funduszy masy upadłości obejmującej: należności wspólników albo akcjonariuszy z tytułu pożyczki lub innej czynności prawnej o podobnych skutkach, w szczególności dostawy towaru z odroczonego terminem płatności, dokonanej na rzecz upadłego będącego spółką kapitałową w okresie pięciu lat przed ogłoszeniem upadłości, wraz z odsetkami oraz uchylenia art. 14 § 3 k.s.h.

²⁸ Jedynym ustaleniem wysokości ewentualnych zobowiązań wobec wspólnika albo akcjonariusza z tytułu pożyczki lub innej czynności prawnej o podobnych skutkach, o których mowa w art. 342 ust. 1 pkt 4, wymagać będzie dodatkowych ustaleń, bowiem bilansowa pozycja zobowiązania w stosunku do jednostek powiązanych ma charakter zarówno przedmiotowy, jaki podmiotowy szerszy.

²⁹ Ustawa z 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r., poz. 613 z późn. zm.).

³⁰ Ustawa z 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r., poz. 1030 z późn. zm.).

nia językowa nowego brzmienia przesłanki nadmiernego zadłużenia nie rozstrzyga jednoznacznie, jaka metoda jest prawidłowa, niezbędne jest przeanalizowanie konsekwencji przyjęcia poszczególnych możliwych rozwiązań i wybranie tego z nich, które jest optymalne z punktu widzenia wszystkich uczestników obrotu.

SPOSÓB OKREŚLANIA WARTOŚCI MAJĄTKU DŁUŻNIKA NA POTRZEBY PRZESŁANKI NADMIERNEGO ZADŁUŻENIA

Kryteria wyboru metody wyceny na potrzeby przesłanki nadmiernego zadłużenia

Wybór dokonywania testu nadmiernego zadłużenia powinien być poprzedzony ustaleniem, jaki cel chciał osiągnąć ustawodawca, wprowadzając drugą (obok płynnościowej) przesłankę niewypłacalności. W uzasadnieniu projektu p.r. stwierdzono, że: „co do zasady nie jest korzystne dla podmiotu oraz jego otoczenia gospodarczego długotrwałe utrzymywanie się stanu, w którym suma zobowiązań przewyższa łączną wartość zbywcą majątku dłużnika”³¹. A przy tym, że: „przesłanka zadłużeniowa ma charakter subsydiarny wobec przesłanki płynnościowej”³², ponieważ „nadmierne zadłużenie stanowi istotny problem w sytuacji rynkowej dopiero wtedy, gdy prowadzi do zaburzenia zdolności płatniczej podmiotu gospodarczego”³³. W związku z tymi założeniami można przyjąć, że celem analizowanej regulacji jest eliminacja z rynku takich podmiotów, które ze względu na utrzymujący się zły stan majątkowy mogą utracić zdolność płatniczą i tym samym, funkcjonując na rynku, stanowią zagrożenie dla innych działających na nim podmiotów. To z kolei obliguje do wybrania takiej metody określania wartości majątku i zobowiązań dłużnika, która będzie skutecznie wskazywać podmioty spełniające powyższe kryteria, a równocześnie nie będzie prowadziła do uznania za niewypłacalne podmiotów, które mogą bez nadmiernego ryzyka nadal efektywnie funkcjonować na rynku. Wybrana metoda powinna być również oczywiście możliwa do zrealizowania w polskich realiach gospodarczych, przy zaangażowaniu proporcjonalnych do osiągniętych korzyści środków.

Koncepcja testu nadmiernego zadłużenia każdorazowo na podstawie wartości rynkowych

W pierwszej kolejności należy rozważyć konsekwencje zaakceptowania popularnego postulatu³⁴, aby przy

³¹ *Uzasadnienie...*, s. 66.

³² Tamże, s. 66.

³³ Tamże.

³⁴ Por. W. Pondel, M. Olszewska, tamże, s. 39; P.P. Zimmerman, tamże, s. 23.; J.S. Petrianiuk, tamże, s. 22; postulat ten został również wyrażony w uzasadnieniu do P.res.

określaniu stanu nadmiernego zadłużenia nie kierować się wartościami bilansowymi, ale brać pod uwagę zawsze realną wartość majątku. W tym miejscu należy przypomnieć, że u podstawy tej koncepcji leży teza, że zapisy księgowe będą zazwyczaj niższe od wartości rzeczywistej, chociażby z uwagi na zasady amortyzowania majątku³⁵. Trzeba jednocześnie zasygnalizować, że w doktrynie nie zwraca się uwagi na zjawisko przeciwne, kiedy to wartości wynikające z prawidłowo sporządzonego bilansu będą wyższe niż wartość rynkowa majątku, rozumiana jako jego wartość zbywcza³⁶.

Postulat przyjęcia metody określania wartości majątku na podstawie wartości rynkowej w ogólnym założeniu jest słuszny. Niewątpliwie metoda ta w sposób najpełniejszy realizuje koncepcję ochrony pewności obrotu gospodarczego. Przy akceptacji tej metody podmioty działające na rynku mogłyby zakładać, że inni uczestnicy obrotu gospodarczego posiadają majątek, z którego możliwe będzie wyegzekwowanie roszczeń pieniężnych w przypadku braku dobrowolnej zapłaty. W teorii taka świadomość powinna zwiększać wzajemne zaufanie uczestników obrotu gospodarczego, a tym samym ułatwiać wymianę handlową, m.in. poprzez udzielanie odpowiednio wysokich limitów kredytów kupieckich. Jednakże na tym tle pojawiają się pewne wątpliwości.

Po pierwsze, w polskim systemie prawnym brak jednej legalnej, a zarazem uniwersalnej definicji wartości rynkowej. Pomocne w tym zakresie mogą być definicje zawarte w przepisach u.g.n.³⁷ oraz prawa podatkowego. Zgodnie z przepisem art. 151 ust. 1 u.g.n.: *Wartość rynkową nieruchomości stanowi najbardziej prawdopodobna jej cena, możliwa do uzyskania na rynku, określona z uwzględnieniem cen transakcyjnych przy przyjęciu następujących założeń:*

- 1) strony umowy były od siebie niezależne, nie działały w sytuacji przymusowej oraz miały stanowczy zamiar zawarcia umowy,
- 2) upłynął czas niezbędny do wyeksponowania nieruchomości na rynku i do wynegocjowania warunków umowy.

Natomiast zgodnie z przepisem art. 14 ust. 2 u.p.d.o.p.³⁸: *Wartość rynkową (...) rzeczy lub praw majątkowych określa się na podstawie cen rynkowych stosowanych w obrocie rzeczami lub prawami tego samego rodzaju i gatunku, z uwzględnieniem w szczególności ich stanu i stopnia zużycia oraz czasu i miejsca odpłatnego zbycia.*

³⁵ P. Zimmerman, tamże, s. 23.

³⁶ Problematyka ta i jej konsekwencje zostaną szeroko omówione w dalszej części opracowania.

³⁷ Ustawa z 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r., poz. 774 z późn. zm.).

³⁸ Ustawa z 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r., poz. 851 z późn. zm.).

Obie cytowane definicje w istocie odwołują się do jednego kryterium, a mianowicie do wysokości ekwiwalentu pieniężnego, jaki można realnie uzyskać w przypadku sprzedaży danego aktywa. Niewątpliwie definicje te oparte są zatem na kryteriach zobiektywizowanych (*pretium commune*), a nie na subiektywnej szczególnej wartości, jaką rzecz przedstawia dla aktualnego jej właściciela (*pretium singulare*). Wydaje się zatem, iż właśnie takie kryteria ustalenia wartości rynkowej (choćby ze względów celowościowych) powinny być przyjęte jako właściwe przy przeprowadzaniu testu na niewypłacalność metodą majątkową. Co więcej, kierując się interesem wierzycieli, należałoby konsekwentnie dodać, iż wartość majątku przy tej metodzie powinna być ustalana nie tylko jako jego wartość rynkowa, lecz nadto jako wartość ustalona dla sprzedaży wymuszonej. Wartość taka byłaby więc rozumiana jako kwota pieniężna, którą można otrzymać z tytułu sprzedaży w okolicznościach, w których sprzedający znajduje się pod presją konieczności sprzedaży. W istocie bowiem, analizując sytuację wierzyciela, który nie otrzymał przysługującej mu płatności i musi dochodzić przymusowej egzekucji należności z majątku dłużnika, trzeba podkreślić, że sprzedaż danego aktywa odbywa się zazwyczaj w warunkach sprzedaży wymuszonej (np. w postępowaniu egzekucyjnym).

Jednakże, poza problemem rozumienia sformułowania „wartość rynkowa”, przyjęcie omawianej metody spowodowałoby ponadto szereg innych, poważniejszych problemów. Po pierwsze, zaakcentowania wymaga fakt, iż określanie wartości rynkowej aktywów jest czasochłonne, uciążliwe i kosztowne, a przy tym pozbawione atrybutu pewności. Należy również mieć na uwadze, iż niektóre aktywa przedstawiające dla przedsiębiorcy wartość gospodarczą są jednocześnie z różnych przyczyn niezbywalne, a tym samym nie można im przypisywać wartości rynkowej. Ponadto, nieakceptowalną konsekwencją przyjęcia, iż badanie wartości rynkowej majątku jest zawsze jedynym właściwym sposobem przeprowadzania testu na niewypłacalność, byłoby faktyczne zobligowanie przedsiębiorców do comiesięcznej wyceny ich majątków metodą rynkową, bowiem bez stałego dokonywania takich wycen nie mieliby oni możliwości stwierdzenia, czy w rozumieniu ustawy pozostają w stanie nadmiernego zadłużenia, czy też nie. Co więcej, prowadzona przez przedsiębiorcę rachunkowość nie tylko nie stanowiłaby pomocy w ustaleniu wartości rynkowej jego majątku, lecz nadto niejednokrotnie wprowadzałyby tegoż przedsiębiorcę w błąd, którego konsekwencje sięgać mogłyby nawet odpowiedzialności karnej. Należy więc uznać, że postulat stosowania w każdym wypadku metody wyceny na podstawie wartości rynkowej, pozornie racjonalny,

musi zostać odrzucony jako nieodpowiadający realiom i wymogom współczesnej gospodarki. Zgodnie bowiem z powszechnie uznanymi zasadami wykładni: „interpretując normę, należy brać pod uwagę konsekwencje społeczne i ekonomiczne, do jakich prowadzić będzie określona interpretacja, i wybrać taką interpretację, która prowadzi do konsekwencji najbardziej korzystnych”³⁹. Pokładanie nadziei w tym, że majątek dłużnika będzie stanowił realne zabezpieczenie wszystkich zaciągniętych przez niego zobowiązań, jest niebezpieczną iluzją, której realizacja jest praktycznie niemożliwa, a ewentualne próby jej implementacji przyniosłyby szkodliwe skutki dla całej gospodarki, niewspółmierne do potencjalnych korzyści dla indywidualnych uczestników rynku. Taki sposób interpretacji przepisu art. 11 ust. 2 p.u. stanowiłby barierę dla rozwoju polskich przedsiębiorstw, gdyż wiele dotychczasowych przedsięwzięć gospodarczych nie mogłoby być prowadzonych w ogóle bądź też wymagałoby zaangażowania tak znacznych kapitałów własnych, iż ich kontynuowanie nie byłoby opłacalne. Tym samym więc byłby to czynnik istotnie ograniczający konkurencyjność polskich przedsiębiorstw.

Koncepcja testu nadmiernego zadłużenia każdorazowo na podstawie wartości bilansowych

W doktrynie⁴⁰ i orzecznictwie⁴¹ dostrzega się słabość bilansowej metody wyceny majątku głównie w tym aspekcie, iż prowadzi ona do zaniżenia wartości majątku danego podmiotu poniżej jego wartości rynkowej. Rozbieżność między wartościami rynkowymi i bilansowymi wynika z odmiennej filozofii ujmowania wartości majątku w sprawozdawczości finansowej, której celem jest dostarczenie prawdziwego i rzetelnego obrazu sytuacji majątkowej i finansowej podmiotu oraz jego wyników finansowych⁴². Dla realizacji tego celu kryterium wartości rynkowej jest istotne, jednakże nie jedyne⁴³. Do błędnych wniosków w zakresie aktualnej wartości rynkowej aktywów może prowadzić również stosowanie przyjętej w rachunkowości zasady współmierności, która zakłada przedmiotową i czasową zgodność przychodów, zysków i podobnych kategorii wynikowych z adekwatnymi kosztami, stratami i innymi wydatkami, uwzględnianymi w procedurze obliczania wyniku finansowego, osiągniętego przez jednostkę gospodarczą w danym okresie⁴⁴.

³⁹ L. Morawski: *Zasady wykładni prawa*. Toruń 2010, s. 169.

⁴⁰ M.in.: W. Pondel, M. Olszewska, tamże, s. 39; P. Zimmerman, tamże, s. 23.

⁴¹ Por. m.in. Wyrok NSA w Warszawie z 10 lutego 2015 r., I FSK 1069/13, Lex; Wyrok WSA w Bydgoszczy z 14 lipca 2009 r., I SA/Bd 301/09, Lex.

⁴² Więcej o celach sprawozdawczości rachunkowej: M. Michalak, [w:] *Ustawa o rachunkowości. Komentarz do art. 4 ustawy o rachunkowości*, red. E. Walińska, Lex 2013.

⁴³ Więcej na ten temat w: B. Nadolna: *Komentarz do art. 28 ustawy o rachunkowości*, [w:] *Ustawa o rachunkowości. Komentarz*, red. T. Kiziukiewicz, „LexisNexis”, 2014.

⁴⁴ A. Helin: *Ustawa o rachunkowości. Komentarz*. Legalis, 2014.

Efektom stosowania tej zasady jest ujmowanie w sprawozdaniach jako przychodów zdarzeń, którym w aspekcie cywilnoprawnym nie można przypisać jeszcze wartości. Źródłem problemów jest również sama definicja aktywów przyjęta w rachunkowości, przez które, zgodnie z przepisem art. 3 ust. 1 pkt. 12 u.r.⁴⁵, rozumie się *kontrolowane przez jednostkę zasoby majątkowe o wiarygodnie określonej wartości, powstałe w wyniku przeszłych zdarzeń, które spowodują w przyszłości wpływ do jednostki korzyści ekonomicznych*. Warto zauważyć, że powyższa definicja w ogóle nie odwołuje się do kwestii realnej możliwości zbycia danego aktywa, która z punktu widzenia wierzyciela poszukującego zaspokojenia w majątku dłużnika ma znaczenie zasadnicze. Ponadto definicja ta wprowadzie odwołuje się do kryterium wartości, jednakże – jak zostanie wskazane – jest to wartość, która nie musi być utożsamiana z wartością rynkową.

Rachunkowość nie posługuje się jedną wyłączną metodą wyceny⁴⁶. Tradycyjną metodą wyceny aktywów przy sporządzaniu sprawozdań finansowych jest zasada kosztu historycznego, która nakazuje wprowadzanie aktywów do ksiąg rachunkowych według wartości ich nabycia, skorygowanych cen nabycia lub kosztów wytworzenia⁴⁷. Zasada ta zgodnie z przepisami ustawy o rachunkowości w przypadku środków trwałych nakazuje ujmować ich wartość w cenach ich nabycia lub ogółu kosztów poniesionych przez jednostkę, za okres budowy, montażu, ulepszenia i przystosowania składnika aktywów do używania⁴⁸. Tak rozumiana definicja wartości nie koresponduje z definicją wartości rynkowej, szczególnie tej rozumianej w kategoriach zobiektywizowanych (*pretium commune*). Wycena dokonana na podstawie kosztu historycznego nie uwzględnia również tego, że z upływem czasu wartość posiadanych przez jednostkę aktywów może ulegać zmianie, a tym samym koszty historyczne mogą odbiegać często w znacznym stopniu od cen bieżących. Niewątpliwie zalety tej metody to łatwość weryfikacji (faktura, arkusz kalkulacyjny), prostota i obiektywizm⁴⁹, który wyklucza uznaniowość. W celu urealnienia wartości aktywów ustalanych metodą kosztu historycznego zgodnie z zasadą ostrożności⁵⁰ dokonuje

⁴⁵ Ustawa z 29 września 1994 r. o rachunkowości (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r., poz. 330 z późn. zm.).

⁴⁶ Więcej o modelach wyceny, praktycznych konsekwencjach wyboru modelu oraz szczegółowych zasadach wyceny typowych pozycji bilansowych w: *Meritum. Rachunkowość i sprawozdawczość finansowa*. Red. E. Walińska, Warszawa 2014, s. 239-640.

⁴⁷ E. Walińska, [w:] *Rachunkowość...*, s. 254.

⁴⁸ Por. przepis art. 31 ust 1 u.r.

⁴⁹ M. Michalak, [w:] *Ustawa...*, Lex 2013.

⁵⁰ Jak wskazuje A. Helin: „Zasada ostrożności nakazuje aktualizację wartości aktywów, w jakiej są one wykazywane w księgach rachunkowych i sprawozdaniu finansowym, do ich wartości możliwej do odzyskania, jeżeli jest ona niższa od wartości, w której dany składnik aktywów jest wykazywany w księgach rachunkowych na dzień bilansowy (...)” [A. Helin: *Ustawa o rachunkowości. Komentarz*. Legalis, 2014].

się odpisów amortyzacyjnych oraz odpisów z tytułu utraty wartości. Problemem jest jednak to, że odpisy amortyzacyjne nie zawsze odpowiadają rzeczywistej utracie wartości danego aktywa, a także to, że wycena według kosztu historycznego nie przewiduje wzrostu wartości danego aktywa, co w praktyce może mieć miejsce (np. wskutek zmiany cen na rynku). Pierwszy wskazany problem będzie mieć miejsce w sytuacji, gdy przyjęta stawka amortyzacyjna będzie wyższa niż realny spadek wartości rynkowej danego aktywa. Przykładowo w przypadku samochodów osobowych podstawowa stawka amortyzacyjna wynosi 20%, co oznacza, iż po upływie 5 lat wartość bilansowa nabytego przez jednostkę pojazdu wynosi 0,00 zł. Jednak, jak powszechnie wiadomo, 5-letni samochód nie jest bezwartościowy. Drugi problem wystąpi w przypadku wzrostu wartości danego aktywa z upływem czasu. Konsekwencje wystąpienia takiego stanu ilustruje poniższy przykład.

Przykład I

Spółka, której dotyczy poniższa projekcja, jest spółką Skarbu Państwa, która świadczy usługi. Tytułem pokrycia kapitału zakładowego Skarb Państwa wniósł aportem majątek rzeczowy w postaci niezabudowanej nieruchomości

składającej się z wielu działek. Na dzień wniesienia aportu wartość tych nieruchomości zgodnie z wyceną biegłego rzeczoznawcy wynosiła 500 000,00 zł. Spółka była nieudolnie zarządzana i w związku z tym w każdym roku działalności odnotowywała przychody netto ze sprzedaży niższe od kosztów działalności operacyjnej. Strata ze sprzedaży w każdym roku działalności wynosiła 170 000,00 zł. Ponieważ działalność podstawowa nie generowała przychodów wystarczających do pokrycia zaciąganych zobowiązań, spółka finansowała swoją działalność, zbywając częściowo majątek nieruchomy. Z tego tytułu w roku 3, 5 i 9 zrealizowała wpływy odpowiednio w kwotach 200 000,00 zł, 300 000,00 zł oraz 690 000,00 zł. Pomimo iż spółka zbyła jedynie około 80% swoich nieruchomości, uzyskała z tego tytułu łącznie kwotę ponad dwukrotnie wyższą niż pierwotna wartość wniesionej nieruchomości. Wynikało to z faktu, iż w okresie pierwszych 10 lat działalności spółki nastąpił boom na rynku nieruchomości, który skutkowało znacznym wzrostem rynkowej wartości tych nieruchomości, nadto okazało się, że na skutek prowadzonych publicznych inwestycji infrastrukturalnych (budowa w pobliżu autostrady) atrakcyjność samych nieruchomości również wzrosła. W 11 roku funkcjonowania spółka spieniężyła pozostały majątek nieruchomy za kwotę 1 000 000,00 zł.

Poniższe tabele przedstawiają wyniki finansowe spółki. Ponieważ okres projekcji obejmuje aż 11 lat, zaprezentowane zostały wyniki w 1, 5, 10 i 11 roku funkcjonowania.

Rachunek zysków i strat [w PLN]					
		1 rok	5 rok	10 rok	11 rok
A.	Przychody netto ze sprzedaży	200 000,00	200 000,00	200 000,00	200 000,00
B.	Koszty działalności operacyjnej	370 000,00	370 000,00	370 000,00	370 000,00
C.	Zysk/strata ze sprzedaży (A-B)	-170 000,00	-170 000,00	-170 000,00	-170 000,00
D.	Pozostałe przychody operacyjne razem	0,00	300 000,00	0,00	1 000 000,00
E.	Pozostałe koszty operacyjne	0,00	0,00	0,00	0,00
F.	Zysk/strata na działalności operacyjnej (C+D-E)	-170 000,00	130 000,00	-170 000,00	830 000,00
G.	Przychody finansowe	0,00	0,00	0,00	0,00
H.	Koszty finansowe	0,00	0,00	0,00	0,00
I.	Zysk/strata brutto na działalności gospodarczej (F+G-H)	-170 000,00	130 000,00	-170 000,00	830 000,00
J1.	Zyski nadzwyczajne				
J2.	Straty nadzwyczajne				
K.	Zysk/strata brutto (I+J1-J2)	-170 000,00	130 000,00	-170 000,00	830 000,00
L.	Podatek dochodowy	0,00	0,00	0,00	93 100,00
M.	Pozostałe obowiązkowe zmniejszenie zysku (zwiększenie straty)				
N.	Zysk/strata netto (K-L-M)	-170 000,00	130 000,00	-170 000,00	736 900,00

Bilans – aktywa [w PLN]					
		1 rok	5 rok	10 rok	11 rok
A.	Aktywa trwałe	500 000	200 000	100 000	0
I.	Wartości niematerialne i prawne	0	0	0	0
II.	Rzeczowe aktywa trwałe	500 000	200 000	100 000	0
III.	Należności długoterminowe	0	0	0	0
IV.	Inwestycje długoterminowe	0	0	0	0
V.	Długoterminowe rozliczenia międzyokresowe	0	0	0	0
B.	Aktywa obrotowe	0	0	0	656 900
I.	Zapasy	0	0	0	0
II.	Należności krótkoterminowe	0	0	0	0
III.	Inwestycje krótkoterminowe	0	0	0	656 900
IV.	Krótkoterminowe rozliczenia międzyokresowe		0	0	0
	SUMA AKTYWÓW	500 000	200 000	100 000	656 900

Bilans – pasywa [w PLN]					
		1 rok	5 rok	10 rok	11 rok
A.	Kapitał (fundusz) własny	430 000	80 000	-80 000	656 900
I.	Kapitał (fundusz) podstawowy	600 000	600 000	600 000	600 000
VII.	Zysk (strata) z lat ubiegłych		-650 000	-510 000	-680 000
VIII.	Zysk (strata) netto	-170 000	130 000	-170 000	736 900
B.	Zobowiązania i rezerwy na zobowiązania	70 000	120 000	180 000	0
I.	Rezerwy na zobowiązania	0	0	0	0
II.	Zobowiązania długoterminowe	0	0	0	0
III.	Zobowiązania krótkoterminowe	70 000	120 000	180 000	0
IV.	Rozliczenia międzyokresowe	0	0	0	0
	SUMA PASYWÓW	500 000	200 000	100 000	656 900

Ponieważ spółka wyceniała aktywa metodą kosztu historycznego, pomimo wzrostu wartości nieruchomości wartość ta nie została zwiększona w księgach rachunkowych. Zmniejszenie wartości aktywów trwałych wynikało zaś z faktu systematycznej wyprzedaży nieruchomości. Ponieważ w każdym roku prowadzonej działalności spółka odnotowywała wysoką stratę na sprzedaży, która nie była równoważona dokonywanymi *ad hoc* sprzedażami majątku trwałego, w 10 roku funkcjonowania spółka wykazała w bilansie ujemne kapitały własne w kwocie 80 000,00 zł, wynikające z faktu, iż zaciągnięte zobowiązania w kwocie 180 000,00 zł nie zostały zrównoważone w wartości księgowej majątku, która na zakończenie 10 roku funkcjonowania wynosiła już tylko 100 000,00 zł. Tym samym zastosowanie metody bilansowej doprowadziło do wniosku, iż w 10 roku funkcjonowania wystąpiła

nadwyżka zobowiązań spółki nad jej majątkiem. Czy jednak na pewno? Jak wskazano powyżej, wartość rynkowa nieruchomości w 10 roku funkcjonowania była znacznie wyższa niż jej wartość księgowa. W związku z propozycją zakupu pozostałej w majątku spółki nieruchomości przez inwestora, który zamierzał zrealizować na niej centrum logistyczne, został sporządzony operat szacunkowy, który określił wartość tej nieruchomości na kwotę 1 000 000,00 zł, tj. kwotę 10-krotnie wyższą od wartości księgowej. Po uwzględnieniu wartości rynkowej (zamiast bilansowej) nieruchomości okazało się, że majątek spółki znacząco przekracza wartość jej zobowiązań. Hipoteza dotycząca wartości rynkowej nieruchomości została potwierdzona w kolejnym, 11 roku obrotowym, w którym to transakcja sprzedaży nieruchomości została sfinalizowana. Po wpływie środków z tytułu sprzedaży nieru-

chomości wszystkie zobowiązania zostały uregulowane, a na rachunku bankowym pozostała nadwyżka środków pieniężnych w kwocie 656 900 zł.

Alternatywną metodą wyceny stosowaną w rachunkowości, szczególnie tej prowadzonej według Międzynarodowych Standardów Rachunkowości⁵¹, jest wycena według wartości godziwej, która obejmuje zarówno aktywa, jak i zobowiązania jednostki. Metoda ta została wprowadzona m.in. w celu zmniejszenia rozbieżności między wartością pozycji prezentowanych w bilansie a ich wartością rynkową. Zgodnie z przepisem art. 28 ust. 6 zd. 1 u.r.: *za wartość godziwą przyjmuje się kwotę, za jaką dany składnik aktywów mógłby zostać wymieniony, a zobowiązanie uregulowane na warunkach transakcji rynkowej, pomiędzy zainteresowanymi i dobrze poinformowanymi, niepowiązаныmi ze sobą stronami*. W sposób niemal identyczny wartość godziwa została zdefiniowana w MSR. Podkreślenia wymaga fakt, iż wartość godziwa nie zawsze jest wartością rynkową⁵². Jeśli dane aktywo jest przedmiotem obrotu na aktywnym rynku, przyjmuje się, że wartość godziwą najlepiej odzwierciedla wartość rynkowa pomniejszona ewentualnie o istotne koszty przeprowadzenia transakcji⁵³. W przypadku aktywów notowanych na giełdach ceny notowane na aktywnym rynku są uważane za najlepszy dowód wartości godziwej⁵⁴. Jednak w przypadku aktywów, które nie są przedmiotem obrotu na aktywnym rynku, ustalenie wartości godziwej odbywa się w oparciu o modele prognostyczne, które z założenia mają charakter hipotetyczny i często również uznawane⁵⁵. Powyższe pozwala na stwierdzenie, iż wartość godziwa jest swego rodzaju wartością hipotetyczną. Wynika to z samej definicji wartości godziwej, która nie tylko zakłada istnienie nabywcy zainteresowanego nabyciem danego aktywa (co nie zawsze ma miejsce), ale także to, iż nabywca ten jest dobrze poinformowany m.in. co do przedmiotu transakcji, w tym stanu aktywa będącego przedmiotem transakcji (co również nie zawsze ma miejsce). Cena rynkowa na rynku wtórnym, jako oparta na rzeczywistych transakcjach rynkowych, w odniesieniu do aktywów podlegających zużyciu w swojej istocie zawiera dyskonto związane z niepewnością co do rzeczywistego stanu i faktycznego zużycia danego aktywa.

⁵¹ Dalej jako MSR.

⁵² W literaturze przedmiotu wskazuje się, że: „wartość godziwa jest pojęciem szerszym niż wartość rynkowa. Wartość rynkowa wynika z ceny możliwej do uzyskania na aktywnym rynku, natomiast wartość godziwą stanowi nie tylko cena rynkowa, ale również hipotetyczna cena dla składników aktywów niewystępujących na rynku, jaką można by uzyskać za dany składnik majątkowy, gdyby istniał dla niego aktywny rynek” [B. Nadolna, tamże].

⁵³ E. Walińska, [w:] *Rachunkowość...*, s. 261.

⁵⁴ B. Nadolna, tamże.

⁵⁵ Jak słusznie wskazuje E. Walińska: „W przypadku składników majątku, które nie znajdują się w obrocie na aktywnym rynku, wartość godziwa może być ustalona w dowolny sposób, byleby zostały spełnione warunki określone w jej definicji” [E. Walińska, [w:] *Rachunkowość...*, s. 261].

W związku z powyższym niezależnie od przyjętej metody wyceny aktywów możemy mieć do czynienia z mniejszymi lub nawet zasadniczymi problemami związanymi z rozbieżnością pomiędzy wartością rynkową a wartością księgową majątku jednostki. Generalnie można jednak przyjąć, iż stosowanie wyceny opartej na wartości godziwej będzie prowadziło do określenia wartości majątku bliższej jego wartości rynkowej niż w przypadku przyjęcia metody kosztu historycznego⁵⁶. W niektórych jednak przypadkach, mając na uwadze ochronę interesu wierzycieli, obie metody mogą okazać się niemal równie zawodne. Przykładowo, jeżeli jednostka dokona zakupu na własność bardzo drogiej i specjalistycznej linii produkcyjnej, jednakże oprogramowanie oraz inne prawa własności intelektualnej niezbędne do wykorzystywania tej linii należeć będą do innego podmiotu (np. do spółki matki) i będą udostępniane na zasadzie niezbywalnej licencji, żadna z metod wyceny bilansowej aktywów nie pozwoli na uchwycenie oczywistego faktu, iż z punktu widzenia hipotetycznego wierzyciela poszukującego zaspokojenia z majątku spółki wartość linii produkcyjnej ograniczać się będzie to tzw. wartości złomu użytkowego. Wartość bilansowa tego aktywa ulegnie zmianie dopiero z chwilą, gdy założenie kontynuacji działalności nie będzie już zasadne, ale taka zmiana w żaden sposób nie przyczyni się do zaspokojenia wierzytelności kontrahentów, które powstały w okresie prowadzenia działalności. Podobnie wygląda sytuacja tych wszystkich aktywów (w szczególności urządzeń), które z uwagi na szeroko rozumiane szczególne wymogi bezpieczeństwa nie są przedmiotem obrotu na rynku wtórnym bądź też, jeżeli są, to ceny sprzedaży realizowane na rynku wtórnym osiągają ułamek ceny ich zakupu.

Powstają zatem dwa pytania. Po pierwsze: czy istnieją jakieś argumenty świadczące o atrakcyjności bilansowej metody wyceny aktywów⁵⁷? Po drugie: czy w związku z odrzuceniem metody wyceny opartej na wartości rynkowej metoda bilansowa może być uznana za lepszą i obowiązującą? Odpowiedzi dostarczyć może porównanie aspektów praktycznych zastosowania tej metody oraz metody wyceny opartej na wartości rynkowej, które dla przejrzystości opracowania zostało przedstawione w formie tabeli.

⁵⁶ W tym kontekście istotne znaczenie ma fakt, że współczesne zasady wyceny bilansowej stopniowo oddalają się od tradycyjnego modelu kosztu historycznego, a nowy parametr w postaci wartości godziwej jest przejawem dążenia do wyceny w wartości ekonomicznej, czyli w wartości przyszłych korzyści. Kierunek zmian modelu wyceny w polskiej rachunkowości jest jednoznaczny i wskazuje na wartość rynkową, a jeżeli nie istnieje rynek danego składnika aktywów lub zobowiązań – wartość godziwą określoną w wiarygodny sposób [tamże, s. 255].

⁵⁷ Pytanie to nie ma charakteru wyłącznie teoretycznego, gdyż praktyka zawodowa autorów pokazuje, iż większość przedsiębiorców, jeżeli w ogóle analizuje zagadnienie niewyfälcalności majątkowej, robi to wyłącznie w oparciu o dane bilansowe.

Metoda wartości bilansowej	Metoda wartości rynkowej
Wiadomo, w jaki sposób wycenić majątek (zasady wyceny określa ustawa o rachunkowości, MSR oraz przyjęta przez przedsiębiorcę polityka rachunkowości).	Nie wiadomo, w jaki sposób przeprowadzić całościową wycenę majątku, gdyż ustawodawca nie wprowadził odrębnej rachunkowości likwidacyjnej. Regulacje ustawowe mają charakter jedynie częściowy (np. wycena nieruchomości).
Od każdego przedsiębiorcy zobowiązanego do prowadzenia pełnej księgowości można wymagać umiejętności wymagalnych do sporządzenia bilansu i sporządzenia na jego podstawie testu na niewypłacalność majątkową.	Przeprowadzenie wyceny rynkowej wartości majątku wymaga zaangażowania zewnętrznych ekspertów, w tym rzeczoznawców, szczególnie jeżeli na potrzeby prowadzonej rachunkowości jednostka wycenia aktywa według metody kosztu historycznego.
Test na niewypłacalność nie wymaga istotnego nakładu pracy oraz dodatkowych kosztów. Jeżeli jednostka stosuje metodę wyceny aktywów opartą na koszcie historycznym, test na niewypłacalność majątkową może być przeprowadzany po zaksięgowaniu każdego miesiąca.	Test na niewypłacalność majątkową wymaga bardzo dużego nakładu pracy, wysokich kosztów oraz w przypadku większych przedsiębiorstw może nie być możliwy do przeprowadzenia w cyklach comiesięcznych.
Małe ryzyko nieświadomego błędu, o ile jednostka należycie realizuje obowiązki wynikające z ustawy o rachunkowości, co jest jej zwykłym obowiązkiem.	Bardzo duże ryzyko błędu nawet w przypadku korzystania z usług zewnętrznych, profesjonalnych doradców.
Możliwość ujęcia w majątku m.in. wartości aktywów w praktyce niezbywalnych, produkcji w toku, niezrealizowanych inwestycji, należności z niedokończonych jeszcze umów długoterminowych.	W majątku można uwzględnić tylko i wyłącznie aktywa zbywalne, produkcja w toku i niedokończone inwestycje wyceniane są znacznie poniżej kosztów poniesionych na ich realizację, niezafakturowane należności z umów długoterminowych nie są uwzględniane.

Powyższe porównanie prowadzi do wniosku, iż stosowanie metody bilansowej przy teście na niewypłacalność majątkową nie tylko jest prostsze, szybsze i tańsze, lecz nadto może prowadzić do zupełnie odmiennych wniosków niż przyjęcie metody wyceny opartej na wartości rynkowej majątku.

W celu lepszego zobrazowania drugiego z poruszonych zagadnień, a przy tym zilustrowania na konkretnym przykładzie omówionych wcześniej (trudnych do zaakceptowania) konsekwencji przyjęcia w teście na niewypłacalność jako właściwej metody wyceny wartości rynkowej majątku, przedstawiamy dwa przykłady. Z uwagi na charakter opracowania przykłady te zostały maksymalnie uproszczone, jednakże przyjęte w nich kluczowe dla zobrazowania problemów założenia mieszczą się w ramach rzeczywistości gospodarczej.

Przykład 2

Przykład 2 obrazuje problem związany z kwestią ujmowania licencji w majątku spółki oraz związany ze znaczącym spadkiem wartości rynkowej niektórych aktywów już

z chwilą dokonania ich zakupu. W przykładzie tym nowo założona spółka zawiera kontrakt z bankiem dotyczący obsługi w zakresie telefonicznej i korespondencyjnej windykacji należności od klientów banku. Za świadczone usługi otrzymuje wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 59 000,00 zł miesięcznie, płatne z dołu po zakończeniu danego miesiąca. Aby wykonać tę usługę, spółka musi zatrudnić pracowników (40 000,00 zł miesięcznie), wynająć powierzchnię biurową (10 000 zł miesięcznie), kupić wyposażenie (głównie meble), z którego część stanowiły tzw. meble na wymiar (50 000,00 zł), pozyskać specjalistyczny sprzęt teleinformatyczny (200 000,00 zł) i co najważniejsze – musi kupić licencję na specjalne oprogramowanie, które jest niezbędne do świadczenia tego rodzaju usług (200 000,00 zł). Oprogramowanie to zostało specjalnie napisane i skonfigurowane pod danego klienta. Nie może być odsprzedane (licencja niezbywalna), a nadto, nawet gdyby mogło być zbyte, to i tak jest bezwartościowe, gdyż „pasuje” tylko do usług świadczonych na rzecz jednego, konkretnego banku. W przypadku świadczenia usług przez inny podmiot na rzecz innego banku bardziej opłacalne byłoby napisanie niezbędnego oprogramowania na nowo.

Działalność jest finansowana w następujący sposób: wyposażenie biurowe zakupione jest ze środków pozyskanych z tytułu objętego przez wspólników kapitału zakładowego, sprzęt komputerowy jest finansowany

poprzez leasing operacyjny (60 rat), natomiast oprogramowanie jest zakupione z kredytu inwestycyjnego zaciągniętego na 60 miesięcy i oprocentowanego według WIBOR 3M + marża 2,7%.

Uprozczone projekcje sprawozdań finansowych zawierają tabele poniżej.

Rachunek zysków i strat [w PLN]					
		1 mies.	1 rok	2 rok	3 rok
A.	Przychody netto ze sprzedaży	59 000	708 000	708 000	708 000
1.	Przychody netto ze sprzedaży produktów	59 000	708 000	708 000	708 000
B.	Koszty działalności operacyjnej	57 403	688 836	688 836	688 836
1.	Amortyzacja	4 167	50 000	50 000	50 000
3.	Usługi obce	13 636	163 636	163 636	163 636
5.	Wynagrodzenia	33 000	396 000	396 000	396 000
6.	Ubezpieczenia społeczne i inne świadczenia	6 600	79 200	79 200	79 200
C.	Zysk/strata ze sprzedaży (A-B)	1 597	19 164	19 164	19 164
D.	Pozostałe przychody operacyjne razem	0	0	0	0
E.	Pozostałe koszty operacyjne	0	0	0	0
F.	Zysk/strata na działalności operacyjnej (C+D-E)	1 597	19 164	19 164	19 164
G.	Przychody finansowe	0	0	0	0
H.	Koszty finansowe	2 738	10 860	7 088	5 316
I.	Zysk/strata brutto na działalności gospodarczej (F+G-H)	-1 141	8 304	12 076	13 848
J1.	Zyski nadzwyczajne	0	0	0	0
J2.	Straty nadzwyczajne	0	0	0	0
K.	Zysk/strata brutto (I+J1-J2)	-1 141	8 304	12 076	13 848
L.	Podatek dochodowy	0	1 578	2 294	2 631
M.	Pozostałe obowiązkowe zmniejszenie zysku (zwiększenie straty)	0	0	0	0
N.	Zysk/strata netto (K-L-M)	-1 141	6 726	9 781	11 217

Bilans – aktywa [w PLN]					
		1 mies.	1 rok	2 rok	3 rok
A.	Aktywa trwałe	245 833	200 000	150 000	100 000
I.	Wartości niematerialne i prawne	196 667	160 000	120 000	80 000
II.	Rzeczowe aktywa trwałe	49 167	40 000	30 000	20 000
III.	Należności długoterminowe	0	0	0	0
IV.	Inwestycje długoterminowe	0	0	0	0
V.	Długoterminowe rozliczenia międzyokresowe	0	0	0	0
B.	Aktywa obrotowe	92 079	109 244	129 085	150 330
I.	Zapasy	0	0	0	0
II.	Należności krótkoterminowe	72 570	72 570	72 570	72 570
III.	Inwestycje krótkoterminowe	19 509	36 674	56 515	77 760
IV.	Krótkoterminowe rozliczenia międzyokresowe	0	0	0	0
	SUMA AKTYWÓW	337 912	309 244	279 085	250 330

Bilans – pasywa [w PLN]					
		1 mies.	1 rok	2 rok	3 rok
A.	Kapitał (fundusz) własny	98 859	106 726	116 507	127 724
I.	Kapitał (fundusz) podstawowy	100 000	100 000	100 000	100 000
VII.	Zysk (strata) z lat ubiegłych		0	6 726	16 507
VIII.	Zysk (strata) netto	-1 141	6 726	9 781	11 217
B.	Zobowiązania i rezerwy na zobowiązania	239 053	202 518	162 578	122 606
I.	Rezerwy na zobowiązania	0	0	0	0
II.	Zobowiązania długoterminowe	160 000	120 000	80 000	40 000
III.	Zobowiązania krótkoterminowe	79 053	82 518	82 578	82 606
IV.	Rozliczenia międzyokresowe	0	0	0	0
	SUMA PASYWÓW	337 912	309 244	279 085	250 330

Poniższa tabela zawiera podstawowe informacje w zakresie analizy wskaźnikowej.

LP	Nazwa wskaźnika	Rok obrotowy				
I.	Wstępna analiza bilansu	norma	1 mies.	1 rok	2 rok	3 rok
1	Złota reguła bilansowania	100-150	40,21%	53,36%	77,67%	127,72%
1a	Złota reguła bilansowania II	40-80	85,85%	75,54%	63,97%	54,95%
2	Złota reguła finansowania	> 100	41,35%	52,70%	71,66%	104,17%
3	Wartość bilansowa jednostki		98,9	106,7	116,5	127,7
II.	Wskaźniki rentowności	norma	1 mies.	1 rok	2 rok	3 rok
4	Rentowność majątku (ROA)	5-8		2,17%	3,50%	4,48%
5	Rentowność netto	3-8	-1,93%	0,95%	1,38%	1,58%
6	Rentowność kapitału własnego (ROE)	15-25		6,30%	8,40%	8,78%
III.	Wskaźniki płynności finansowej	norma	1 mies.	1 rok	2 rok	3 rok
7	Wskaźnik płynności finansowej I stopnia	1,2-2,0	1,16	1,32	1,56	1,82
8	Wskaźnik płynności finansowej II stopnia	1,0	1,16	1,32	1,56	1,82
9	Wskaźnik płynności finansowej III stopnia	0,1-0,2	0,25	0,44	0,68	0,94
10	Wskaźnik handlowej zdolności kredytowej	1,0	4,33	4,33	4,33	4,33

Jak wynika z powyższych danych, trudno określić sytuację finansową spółki jako w pełni zadowalającą z uwagi na niezbyt wysoką rentowność prowadzonej działalności, natomiast wskaźniki opisujące płynność finansową są ponadprzeciętnie korzystne. Podkreślenia wymaga jednak fakt, iż spółka jest rentowna, a jej rentowność, mimo iż w pierwszym okresie niezbyt wysoka, w kolejnych okresach sprawozdawczych systematycznie wzrasta.

Analizując niewypłacalność majątkową na podstawie danych bilansowych, możemy z całą pewnością stwierdzić,

iż spółka jest wypłacalna. Kapitały własne są dodatnie w każdym z trzech projektowanych lat i stale zwiększają się o wypracowany w tych latach zysk. Na koniec drugiego roku działalności nadwyżka majątku nad zobowiązaniami ustalona metodą bilansową wynosi 127 724 zł.

Jeżeli jednak test na niewypłacalność przeprowadzimy, wyceniając majątek spółki rynkowo, już w pierwszym miesiącu swojej działalności spółka wykazuje nadwyżkę zobowiązań nad majątkiem, gdyż zobowiązania po upływie pierwszego miesiąca wynoszą 239 053 zł, zaś mają-

tek spółki wyceniany rynkowo to tylko 117 079 zł (nie-dobór w wysokości 121 975 zł). Na kwotę tę składają się należności za wykonane usługi w kwocie 72 570,00 zł, środki pieniężne w kwocie 19 509,00 zł oraz połowa ceny zakupu mebli stanowiących wyposażenie biura w kwocie 25 000 zł. Tego rodzaju ruchomości jak meble, szczególnie te dostarczane „na wymiar”, pomimo braku zużycia już z chwilą zakupu w sposób zasadniczy tracą na wartości. Wartość rynkowa zakupionej licencji na oprogramowanie, ujętej w bilansie w pozycji wartości niematerialne i prawne, wynosi 0,00 zł, gdyż – jak wskazano powyżej – brak zarówno prawnych, jak i faktycznych możliwości jej zbycia. Wprawdzie z upływem czasu wysokość nadwyżki zobowiązań nad majątkiem wycenianym rynkowo ulega zmniejszeniu, jednakże nawet po upływie 24 miesięcy zobowiązania spółki dalej przekraczają jej majątek, wyceniony rynkowo na kwotę 16 826,00 zł. Zobowiązania na ten dzień wynoszą bowiem 162 578 zł, zaś aktywa jedynie 145 752 zł. Na kwotę odpowiadającą wartości rynkowej majątku składają się należności za wykonane usługi w kwocie 72 570,00 zł, środki pieniężne w kwocie 56 515,00 zł oraz kwota 16 667,00 zł stanowiąca 1/3 ceny zakupu wyposażenia biura (w rzeczywistości cena rynkowa mebli biurowych „na wymiar” po 2 latach użytkowania mogłaby być jeszcze niższa).

Przykład 3

Przykład 3 przedstawia problem związany z ujmowaniem w majątku jednostki przychodów z umów długoterminowych. Zgodnie z przepisem art. 34a ust. 1 u.r.: *przychody z wykonania niezakończonych usług, w tym budowlanej, objętej umową, w okresie realizacji dłuższym niż 6 miesięcy, wykonanej na dzień bilansowy w istotnym stopniu, ustala się, na dzień bilansowy proporcjonalnie do stopnia zaawansowania usługi, jeżeli stopień ten, jak również przewidywane całkowite koszty wykonania usługi za cały czas jej realizacji, można ustalić w sposób wiarygodny*. Zgodnie natomiast z ust. 2 ww. przepisu: *Przychody z wykonania niezakończonych usług, w tym budowlanej, w okresie od dnia zawarcia umowy do dnia bilansowego – po odliczeniu przychodów, które wpłynęły na wynik finansowy w ubiegłych okresach sprawozdawczych – ustala się proporcjonalnie do*

stopnia jej zaawansowania (...). Ustawa o rachunkowości podaje kilka dopuszczalnych mierników stopnia zaawansowania usługi, jednakże w praktyce zdecydowana większość podmiotów działających w branży budowlanej, ustalając przychód z takich umów, kieruje się regułą wyrażoną w ust. 4 cytowanego przepisu, który stanowi, iż: *jeżeli stopień zaawansowania niezakończonych usług, w tym budowlanej, lub przewidywany, całkowity koszt jej wykonania nie może być na dzień bilansowy ustalony w sposób wiarygodny, to przychód ustala się w wysokości poniesionych w danym okresie sprawozdawczym kosztów, nie wyższych jednak od kosztów, których pokrycie w przyszłości przez zamawiającego jest prawdopodobne*. W dużym uproszczeniu realizacja tej zasady w praktyce oznacza, iż im większe koszty zostały poniesione w okresie sprawozdawczym, tym wyższy przychód należy ująć w tym okresie w księgach rachunkowych. Ostateczne rozliczenie umowy następuje dopiero w okresie bilansowym, w którym realizacja umowy zostaje zakończona.

W proponowanym, bardzo uproszczonym przykładzie wykonawca (nowo utworzona spółka celowa) ma zbudować odcinek autostrady w ciągu 30 miesięcy. Wynagrodzenie zostało ustalone ryczałtowo na kwotę 40 000 000,00 zł. Zgodnie z warunkami zawartej z inwestorem umowy inwestor po podpisaniu umowy wpłaca wykonawcy zaliczkę w kwocie 12,5% wartości kontraktu. Reszta wynagrodzenia płatna jest dopiero po wykonaniu i odebraniu całej inwestycji. Wykonawca ponosi koszty związane z dzierżawą sprzętu (150 000,00 zł miesięcznie), zatrudnieniem pracowników (100 000,00 zł miesięcznie) oraz zakupem niezbędnych materiałów (800 000,00 zł). Dla uproszczenia kwoty te są takie same w każdym miesiącu realizacji umowy. Na wstępie można określić, iż przy założonych kosztach realizacja kontraktu będzie rentowna, a zakładana marża bez uwzględnienia kosztów finansowych przekroczy 20% (8 500 000,00 zł).

Finansowanie kontraktu odbywa się z zaliczki wykonawcy w kwocie 5 000 000,00 zł, a w pozostałym zakresie z kredytu obrotowego (lub otwartej linii pożyczkowej od jednostki niepowiązanej). Oprocentowanie kredytu/pożyczki wynosi WIBOR 1M + marża 3%.

Rachunek zysków i strat [w PLN]					
		1 mies.	1 rok	2 rok	2 rok i 6 mies.
A.	Przychody netto ze sprzedaży	1 333 333	16 000 000	16 000 000	8 000 000
B.	Koszty działalności operacyjnej	1 050 000	12 600 000	12 600 000	6 300 000
C.	Zysk/strata ze sprzedaży (A-B)	283 334	3 400 000	3 400 000	1 700 000
D.	Pozostałe przychody operacyjne razem	0	0	0	0
E.	Pozostałe koszty operacyjne	0	0	0	0
F.	Zysk/strata na działalności operacyjnej (C+D-E)	283 334	3 400 000	3 400 000	1 700 000
G.	Przychody finansowe	0	0	0	0
H.	Koszty finansowe	20 000	110 442	620 877	531 096
I.	Zysk/strata brutto na działalności gospodarczej (F+G-H)	263 334	3 289 557	2 779 123	1 168 905
J1.	Zyski nadzwyczajne	0	0	0	0
J2.	Straty nadzwyczajne	0	0	0	0
K.	Zysk/strata brutto (I+J1-J2)	263 334	3 289 557	2 779 123	1 168 905
L.	Podatek dochodowy	0	0	0	1 375 141
M.	Pozostałe obowiązkowe zmniejszenie zysku (zwiększenie straty)	0	0	0	0
N.	Zysk/strata netto (K-L-M)	263 334	3 289 557	2 779 123	-206 237

Bilans – aktywa [w PLN]						
	Rok	1 mies.	1 rok	2 rok	2 rok i 6 mies.	3 rok
A.	Aktywa trwałe	1 333 333	16 000 000	0	0	0
I.	Wartości niematerialne i prawne	0	0	0	0	0
II.	Rzeczowe aktywa trwałe	0	0	0	0	0
III.	Należności długoterminowe	0	0	0	0	0
IV.	Inwestycje długoterminowe	0	0	0	0	0
V.	Długoterminowe rozliczenia międzyokresowe	1 333 333	16 000 000	0	0	0
B.	Aktywa obrotowe	6 168 334	1 206 833	33 206 833	44 019 167	5 962 444
I.	Zapasy	0	0	0	0	0
II.	Należności krótkoterminowe	0	218 500	218 500	43 050 000	0
III.	Inwestycje krótkoterminowe	6 168 334	988 333	988 333	969 167	5 962 444
IV.	Krótkoterminowe rozliczenia międzyokresowe			32 000 000		
	SUMA AKTYWÓW	7 501 667	17 206 833	33 206 833	44 019 167	5 962 444

Bilans – pasywa [w PLN]						
		1 mies.	1 rok	2 rok	2 rok i 6 mies.	3 rok
A.	Kapitał (fundusz) własny	363 334	3 389 557	6 168 681	5 962 444	5 962 444
I.	Kapitał (fundusz) podstawowy	100 000	100 000	100 000	100 000	100 000
VII.	Zysk (strata) z lat ubiegłych		0	3 289 557	6 068 681	6 068 681
VIII.	Zysk (strata) netto	263 334	3 289 557	2 779 123	-206 237	-206 237
B.	Zobowiązania i rezerwy na zobowiązania	7 138 333	13 817 276	27 038 152	38 056 722	0
I.	Rezerwy na zobowiązania	0	0	0	0	0
II.	Zobowiązania długoterminowe	0	7 610 442	0	0	0
III.	Zobowiązania krótkoterminowe	7 138 333	6 206 833	27 038 152	38 056 722	0
IV.	Rozliczenia międzyokresowe	0	0	0	0	0
	SUMA PASYWÓW	7 501 667	17 206 833	33 206 833	44 019 167	5 962 444

Poniższa tabela zawiera podstawowe informacje w zakresie analizy wskaźnikowej.

LP	Nazwa wskaźnika	Okres sprawozdawczy				
		norma	1 mies.	1 rok	2 rok	2 i 1/2
I.	Wstępna analiza bilansu	norma	1 mies.	1 rok	2 rok	2 i 1/2
1	Złota reguła bilansowania	100-150	27,25%	21,18%		
1a	Złota reguła bilansowania II	40-80	115,73%	514,31%	81,42%	86,45%
2	Złota reguła finansowania	> 100	5,09%	24,53%	22,81%	15,67%
3	Wartość bilansowa jednostki		363,3	3 389,6	6 168,7	5 962,4
II.	Wskaźniki rentowności	norma	1 mies.	1 rok	2 rok	2 i 1/2
4	Rentowność majątku (ROA)	5-8		19,12%	8,37%	-0,47%
5	Rentowność netto	3-8	19,75%	20,56%	17,37%	-2,58%
6	Rentowność kapitału własnego (ROE)	15-25		97,05%	45,05%	-3,46%
III.	Wskaźniki płynności finansowej	norma	1 mies.	1 rok	2 rok	2 i 1/2
7	Wskaźnik płynności finansowej I stopnia	1,2-2,0	0,86	0,19	1,23	1,16
8	Wskaźnik płynności finansowej II stopnia	1,0	0,86	0,19	1,23	1,16
9	Wskaźnik płynności finansowej III stopnia	0,1-0,2	0,86	0,16	0,04	0,03
10	Wskaźnik handlowej zdolności kredytowej	1,0	0,00	0,00	0,00	36,84

Jakkolwiek nie wszystkie wskaźniki charakteryzujące działalność finansową jednostki wypadają aprobująco, zwrócić uwagę należy na zdecydowanie zadawalającą rentowność prowadzonego przedsięwzięcia. Spółka na czysto zarobiła 5 862 444,00 zł, co potwierdza bilans na koniec trzeciego roku działalności, przy zaangażowanym przez udziałowców kapitale własnym w kwocie 100 000,00 zł. Oczywiście można zastanawiać się, czy przy tak niskim stanie kapitałów własnych spółka faktycznie byłaby w stanie uzyskać finansowa-

nie zewnętrzne od jednostki niepowiązanej, podpisać taki kontrakt, uzyskać kredyty kupieckie etc., ale, jak wskazano powyżej, przedstawiona symulacja dla celów większej czytelności ma charakter uproszczony i oczyszczony z zagadnień bezpośrednio niezwiązanych z omawianym problemem.

Przeprowadzając test na niewypłacalność metodą wyceny bilansowej, należy przyjąć, iż spółka jest wypłacalna, a nadwyżka majątku nad zobowiązaniami syste-

matycznie rośnie z początkowych 100 000,00 zł aż do kwoty 5 962 444 zł. Przyczyną wzrostu kapitałów własnych spółki są przychody, które wprawdzie w okresie pierwszych 30 miesięcy działalności spółki nie są fakturowane, jednakże zgodnie z cytowanym przepisem art. 34a ust. 1 u.r., przychody z wykonania niezakończonych usług ustalane są w rachunku zysków i strat proporcjonalnie do stopnia jej zaawansowania, mierzonego wysokością kosztów poniesionych na jej realizację. Przychody te w bilansie prezentowane są początkowo w długoterminowych, a następnie krótkoterminowych rozliczeniach międzyokresowych.

Po zmianie metody wyceny majątku spółki test na niewypłacalność majątkową prowadzi jednak do dramatycznie odmiennych rezultatów. Nadwyżka zobowiązań nad majątkiem powstaje już w pierwszym miesiącu działalności spółki. Zobowiązania na ten dzień wynoszą bowiem 7 138 333,00 zł. Na kwotę tę składają się zobowiązania z tytułu dostaw i usług w kwocie 1 168 500, 00 zł, otrzymana zaliczka od inwestora w kwocie 5 000 000,00 zł oraz zobowiązania publicznoprawne w kwocie 969 833,00 zł. Tymczasem wartość rynkową majątku spółki możemy określić tylko na kwotę 6 168 334,00 zł. Ponieważ w przedstawionej (uproszczonej) symulacji na kwotę tę składają się wyłącznie środki pieniężne, problem dotyczący wyceny rynkowej tych aktywów nie występuje. Istotne jest to, że w majątku spółki wycenianym metodą rynkową nie możemy uwzględnić potencjalnych przychodów związanych z pracami budowlanymi, które zostały wykonane w okresie objętym sprawozdaniem (1 miesiąc), ponieważ przychody te są niezafakturowane. Mają one charakter przyszyły i warunkowy, gdyż powstaną dopiero z chwilą ukończenia całej inwestycji i pod warunkiem, że inwestycja zostanie odebrana jako wykonana zgodnie z umową. W kolejnych miesiącach rozmiar nadwyżki zobowiązań nad majątkiem wycenianym rynkowo nie tylko nie zmniejsza się, lecz konsekwentnie rośnie. Spółka w celu realizacji inwestycji ponosi bowiem istotne koszty, które finansowane są z kredytu obrotowego, a w dalszym ciągu nie wystawiła nawet jednej faktury za wykonane usługi.

Po upływie 2 lat od rozpoczęcia inwestycji sytuacja wygląda następująco: zobowiązania spółki wynoszą 27 038 152,00 zł, z czego zobowiązania z tytułu wykorzystanego kredytu obrotowego 20 831 319,00 zł, zobowiązania z tytułu dostaw i usług 1 168 500,00 zł, zobowiązania z tytułu pobranej od inwestora zaliczki 5 000 000,00 zł, zaś zobowiązania publicznoprawne 38 333,00 zł. Tymczasem rynkowa wartość majątku

spółki to tylko 1 206 833,00 zł. Na wartość tę składają się środki pieniężne w kwocie 218 500,00 zł oraz nadpłata w podatku VAT w kwocie 988 333,00 zł. Wykazywana bilansie, w pozycji krótkoterminowe rozliczenia międzyokresowe kwota 32 000 000,00 zł, która odpowiada proporcjonalnej do poniesionych kosztów części spodziewanych przychodów z realizowanego kontraktu, nie może być uwzględniona przy wycenie majątku metodą rynkową. Po upływie 2 lat realizowania kontraktu jest on już wprawdzie na ukończeniu, jednakże nie została spełniona przesłanka warunkująca zapłatę należności na rzecz wykonawcy, którą jest prawidłowe zrealizowanie i odbiór całości kontraktu. Jeżeli realizacja kontraktu zostałaby przerwana na tym etapie, spółka nie uzyska żadnego wynagrodzenia.

Sytuacja spółki ulega diametralnej zmianie po upływie dalszych 6 miesięcy, kiedy następuje wystawienie faktury za wykonane roboty. Strata wykazywana po pierwszym półroczu 3 roku działalności wynika wyłącznie z faktu konieczności zapłaty podatku dochodowego po zrealizowaniu inwestycji i wystawieniu faktury. Na zakończenie 3 roku funkcjonowania spółki test na niewypłacalność majątkową – zarówno ten wykonany metodą bilansowej wyceny majątku, jak i ten odwołujący się do jego wartości rynkowej – prowadzi do identycznego rezultatu. W zasadzie zbieżność ta powstała już po upływie 2 lat i 6 miesięcy funkcjonowania spółki (z chwilą zakończenia kontraktu i wystawienia faktury). W tym miejscu należy jednak zasygnalizować, iż metoda wyceny rynkowej może czynić problematyczną również kwestię wyceny należności, gdyż jak powszechnie wiadomo w przypadku obrotu rynkowego wierzytelnościami zawsze występują dyskonta od wartości nominalnej.

Przestawiony problem w rzeczywistości dotyczy praktycznie całej branży budowlanej, opartej na umowach długoterminowych. Symulacja wyglądałaby niemal identycznie w przypadku podmiotu prowadzącego działalność deweloperską w zakresie budowy i sprzedaży mieszkań. W takim przypadku przychody związane z niezakończoną budową mieszkań wykazywane byłyby w bilansie w pozycji półprodukty i produkty w toku.

Poszukiwanie właściwej metody przeprowadzania testu nadmiernego zadłużenia – koncepcja testu dwustopniowego

Powyższe przykłady (zwłaszcza w połączeniu z przedstawionymi wcześniej nieakceptowalnymi skutkami ekonomicznymi przyjęcia tej metody na potrzeby testu niewypłacalności) uzasadniają twierdzenie, że metoda

rynkowej wyceny majątku nie może być przyjęta jako obowiązująca. Wynika to z założenia, że racjonalny ustawodawca nie wprowadza do systemu prawnego naku stosowania instytucji, która prowadzi do rezultatów niemal absurdalnych i zbyt daleko idących konsekwencji społeczno-ekonomicznych. Zgodnie ze stanowiskiem SN: „Trzeba eliminować takie ustalenia interpretacyjne tekstów prawnych, przy których przyjęciu skutki stosowania odpowiedniego przepisu byłyby wadliwe (...)”⁵⁸.

Przyjęcie metody bilansowej jako właściwej do przeprowadzenia testu na niewypłacalność niewątpliwie ma wiele zalet, z których część została omówiona. Taka interpretacja stanowiłaby duże ułatwienie dla prowadzenia działalności gospodarczej w Polsce. Należy stanowczo stwierdzić, że w świetle przedstawionych porównań metoda bilansowa jawi się jako o wiele bezpieczniejsza niż metoda rynkowej wyceny majątku. Oczywiście należy tutaj umieścić zastrzeżenie, że niezbędnym i koniecznym wymogiem dla sensowności dokonywania testu niewypłacalności na podstawie bilansu jest to, że bazę do jego przeprowadzenia może stanowić tylko taki bilans, który spełnia wymogi określone w przepisach o rachunkowości, a w szczególności jest rzetelny i należyście realizuje zasadę ostrożnej wyceny wynikającą z przepisu art. 7 ust. 1 u.r.⁵⁹. Doceniając walory metody bilansowej, nie można jednak zapominać o jej wadach, związanych zwłaszcza z możliwością potencjalnego niedoszacowania wartości majątku dłużnika. Co prawda z punktu widzenia pewności obrotu nie wydaje się, aby wady te stanowiły istotne zagrożenie dla innych uczestników obrotu gospodarczego (prowadzących działalność gospodarczą, w której istotę wkalkulowane jest ryzyko), jednakże należałoby szukać rozwiązania bardziej uniwersalnego.

W opinii autorów rozwiązaniem najbardziej uniwersalnym byłoby przyjęcie następującej metody wykonywania testu nadmiernego zadłużenia. Pierwszym etapem testu powinno być zawsze przeprowadzenie oceny metodą bilansową. W przypadku uzyskania wyniku dodatniego, wskazującego na brak wystąpienia przesłanki nadmiernego zadłużenia, test powinno się zakończyć na tym etapie. Możliwość podważania wyniku tak wykonanego testu powinna być dopuszczalna tylko w sytuacji,

w której bilans byłby sporządzony niezgodnie z obowiązującymi zasadami rachunkowości. Z kolei dopiero w przypadku uzyskania wyniku ujemnego, wskazującego na wystąpienie przesłanki nadmiernego zadłużenia zgodnie z metodą bilansową, powinna zaktualizować się możliwość przeprowadzenia wyceny metodą wartości rynkowej, tak, aby dłużnik miał szansę wykazać, że wartość aktywów wskazana w bilansie jest niższa niż ich rzeczywista wartość zbywcza. Chodzi więc o osiągnięcie takiego stanu, w którym prawidłowo sporządzony bilans jest dla przedsiębiorcy wystarczającym źródłem informacji do wykluczenia wystąpienia stanu nadmiernego zadłużenia, eliminującym możliwość kwestionowania tego faktu przez inne podmioty. W rezultacie, uzyskując dodatni wynik z testu bilansowego, dłużnik nie musiałby się niepokoić, że wierzyciel będzie próbował udowodnić jego nadmierne zadłużenie innymi metodami i w związku z tym nie miałby konieczności prowadzenia równoległe osobnej rachunkowości (opartej na wartościach rynkowych) na potrzeby wykazywania swojej wypłacalności. Gdyby natomiast wynik testu był ujemny i przy tym utrzymywał się przez ponad 24 miesiące, dłużnik powinien zgłosić wniosek o ogłoszenie upadłości albo podjąć ryzyko dalszego prowadzenia działalności w oparciu o przekonanie, że w razie konieczności jest w stanie wykazać wyższą wartość rynkową swoich aktywów od sumy zaciągniętych zobowiązań. Oczywiście oszacowanie rynkowej wartości aktywów w takim przypadku musiałoby dotyczyć całego majątku, co oznacza wykluczenie możliwości dokonywania hybrydowego oszacowywania majątku, tj. w części metodą bilansową, a w części metodą rynkową.

PODSUMOWANIE

Wprowadzone przez p.r. zmiany w zakresie brzmienia przesłanki nadmiernego zadłużenia powodują znaczne ograniczenie jej znaczenia. Skoro jednak ustawodawca nie usunął jej i zdecydował, że utrzymujące się przez 24 miesiące nadmierne zadłużenie jest przesłanką ogłoszenia upadłości, należy stworzyć podmiotom funkcjonującym na rynku realną możliwość oceny, czy i kiedy stan nadmiernego zadłużenia występuje. Wydaje się, że w obowiązującym stanie prawnym, a przede wszystkim w istniejących realiach gospodarczych, najlepszą dostępną metodą przeprowadzania testu nadmiernego zadłużenia jest posługiwanie się bilansem, a tylko w przypadku uzyskania wyniku ujemnego ewentualne weryfikowanie go w drodze wyceny majątku metodą wartości rynkowych.

⁵⁸ Uchwała SN z 21 grudnia 1999 r., I KZP 45/99, Legalis nr 45350.

⁵⁹ Jak wynika bowiem z doświadczenia autorów, jakość sprawozdań finansowych sporządzonych przez polskich przedsiębiorców, szczególnie w przypadkach, w których nie podlegają one badaniu przez biegłych rewidentów, pozostawia wiele do życzenia. Można jednak mieć nadzieję, iż w przypadku zaistnienia świadomości, że tylko należyście prowadzona rachunkowość daje pewność co do oceny wystąpienia stanu niewypłacalności w związku z nadmiernym zadłużeniem, mógłby pojawić się istotny impuls służący poprawie jakości sprawozdawczości rachunkowej.

