nr 5
[3/2016]

ISSN 2450-1956

CENA 50 zł

DORADCA restrukturyzacyjny

CZASOPISMO KRAJOWEJ IZBY DORADCÓW RESTRUKTURYZACYJNYCH
PRZY WSPÓŁPRACY Z INSTYTUTEM ALLERHANDA

W numerze między innymi:

Cezary Zalewski: Sprawność postępowania upadłościowego – uwagi praktyczne

Anna Hrycaj, Bartosz Sierakowski: Zagadnienie kosztów postępowania upadłościowego oraz innych zobowiązań masy upadłości

Monika Gajdzińska-Sudomir: Umowa o roboty budowlane i umowa kaucji gwarancyjnej w postępowaniach upadłościowym i restrukturyzacyjnym

Słowo od dziekana

**Sprawy trudne załatwiamy od ręki,
czyli jak napisać plan restrukturyzacyjny w 2 dni!**

Czas pokazał, iż większość dłużników nie chce lub nie jest w stanie skutecznie (przy poparciu odpowiedniej liczby wierzycieli) wskazać we wniosku o otwarcie postępowania układowego osoby nadzorcy sądowego. Nie chce, gdyż dłużnik musiałby ujawnić fakt zamiaru lub złożenia wniosku swoim kluczowym wierzycielom, zazwyczaj dostawcom, bankom czy innym, od których zależy stabilne działanie przedsiębiorstwa. Praktyka pokazuje, że ujawnienie tego faktu groziłoby zapewne utratą i tak już nadszarpniętych relacji z nimi. Wstrzymane by zostały dostawy towarów, banki wypowiedziałyby dostępne limity, blokując środki na bieżących rachunkach, a wynajmujący zjawiłby się z wypowiedzeniem kluczowych umów najmu. Taki lokalny Armagedon. By temu zapobiec, informacje dotyczące formalnych działań restrukturyzacyjnych są do końca tajemnicą. Zakładając, iż efektem dobrze przygotowanego wniosku restrukturyzacyjnego dłużnika jest postanowienie o otwarciu np. przyspieszonego postępowania układowego, sąd wyznacza nadzorcę sądowego i wtedy Armagedon zaczyna się u nadzorcy, który jeszcze śpi wówczas spokojnie, bo nic o tym zazwyczaj nie wie. Nagle, pewnego pięknego piątkowego popołudnia dociera do niego korespondencja, z której dowiaduje się o wyznaczeniu go podczas niejawnego posiedzenia na nadzorcę sądowego w przyspieszonym postępowaniu układowym spółki powiedzmy X i to całkiem niedawno, bo w poprzedni piątek. Występują wówczas tzw. uczucia mieszane – z jednej strony radość, że będzie nowy projekt, a z drugiej smutek – że nici z zaplanowanego wcześniej weekendu. Ale cóż, nikt nikogo nie zmuszał do bycia doradcą restrukturyzacyjnym.

Zabieramy się do roboty. Telefon dłużnika ustalony, tyle że ten jest już na weekendowym wypoczynku, zatem doskonale, bo weekend nadzorcy niezagrożony, czyli zaczynamy od poniedziałku. Podczas weekendu nie udało się jednak obejść bez lektury nowego prawa restrukturyzacyjnego, w związku z czym błogostan został zakłócony brzmieniem art. 261 PR. Zaraz, zaraz, to znaczy, że co – do najbliższego piątku trzeba złożyć i plan restrukturyzacyjny, i spisy wierzytelności na tych nowych formularzach??? Przecież to od poniedziałku będzie ledwo pięć dni, a nadzorca nie widział na oczy dłużnika, nie zna jego przedsiębiorstwa i dokumentacji. Robi się niefajnie. Może wystąpić o przedłużenie terminu? Ale czy ten termin w ogóle można przedłużyć w świetle brzmienia art. 166 kpc, wszak to nie termin sądowy, ale ustawowy? Duże ryzyko, więc walczymy.

Wszystkie ręce na pokład. W poniedziałek jedziemy na spotkanie z dłużnikiem. Podczas spotkania dowiadujemy się, że pełnomocnik, który przygotowywał wniosek, ma wszystkie informacje i dłużnik chciałby, żeby był obecny. Zatem umawiamy się na wtorek, z tym, że dajemy dłużnikowi pouczenie o przysługujących mu prawach i obowiązkach oraz listę dokumentów i informacji, które będą nam potrzebne w celu wypełnienia dyspozycji art. 261 PR. Podczas wtorkowego spotkania dowiadujemy się, że dokumenty będą gotowe na czwartek, no i że te dane, które dłużnik złożył do wniosku o otwarcie postępowania, są już nieaktualne, gdyż spłacono część zobowiązań, ale za to przybyły nowe… Poznajemy przedsiębiorstwo, dowiadujemy się, że jest kilka miejsc, w których dłużnik prowadzi działalność. Z racji odległości nie ma szans na zapoznanie się, jak to wygląda w praktyce, jak przebiega proces produkcji, jak funkcjonuje dział handlowy. Umawiamy się na spotkanie na środę z liderami działów, żeby dowiedzieć się o organizacji działalności w poszczególnych ogniwach firmy. Podczas spotkania robimy notatki i staramy się przyjąć opinie rozmówców jako element wsadowy do planu restrukturyzacyjnego. Czwartek, mamy dokumenty, pędem przekazujemy je do kancelarii, żeby sporządzić na odpowiednich formularzach spis wierzytelności i spis wierzytelności spornych. Sami przystępujemy do opracowania na jutro planu ratowania firmy, tempo jak na SOR-ze.

I nagle myśl – przecież to w ogóle nie ma sensu. Jak w ciągu dwóch dni mogę opracować coś, co ma decydować o być albo nie być dłużnika i jego pracowników, a może i o być albo nie być jego wierzycieli? By to uczynić, trzeba wejść do środka firmy, trzeba poznać realne możliwości działania, a także wąskie gardła, trzeba poznać ludzi tworzących tę firmę, trzeba w końcu poznać oczekiwania jej właścicieli. Nie wspomnę już o konieczności poznania mikrootoczenia firmy. Ale termin to termin. Sięgamy więc po gotowe szablony planów restrukturyzacyjnych, które całe szczęście ukazały się dość szybko po wejściu w życie nowej ustawy, i ograniczamy się do absolutnego minimum wymaganego ustawą. Dłużnikowi zaś polecamy dokonać zmiany propozycji układowych, tak abyśmy już z jako taką znajomością firmy mogli w koordynacji z dłużnikiem w późniejszym terminie sporządzić bardziej wiarygodny i szczegółowy plan.

Pozostaje pytanie: czy tak to faktycznie powinno funkcjonować i czy termin z art. 261 nie powinien być właśnie terminem sądowym, każdorazowo dostosowywanym przez sąd do wielkości firmy dłużnika, jego profesjonalizmu pod kątem udzielania informacji nadzorcy (co można ocenić już po jakości informacji udostępnianych we wniosku o otwarcie postępowania) i złożoności jego działalności, a być może nawet indywidualnie ustalany z nadzorcą po wstępnym zapoznaniu się z przedsiębiorstwem?

Z pozdrowieniami dla wszystkich doradców restrukturyzacyjnych pracujących właśnie nad planami
Jerzy Sławek, dziekan KIDR.

DORADCA restrukturyzacyjny

CZASOPISMO KRAJOWEJ IZBY DORADCÓW RESTRUKTURYZACYJNYCH

PRZY WSPÓŁPRACY Z INSTYTUTEM ALLERHANDA

nr 5 [3/2016]

W tym numerze:

Słowo od dziekana 2

Cezary Zalewski: Sprawność postępowania upadłościowego – uwagi praktyczne 4

Paweł Biliński, Jarosław Horobiowski: Instytucja procesowa z art. 29 Prawa upadłościowego jako efektywny środek uporządkowania i uzupełnienia materiału dowodowego w postępowaniu w przedmiocie ogłoszenia upadłości konsumenckiej 12

Mateusz Medyński, Barbara Szczepkowska, Konrad Forysiak: Niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości wbrew obowiązkowi jako negatywna przesłanka ogłoszenia upadłości konsumenckiej 22

Zbigniew Miczek: Dostęp do akt postępowań upadłościowych i restrukturyzacyjnych 37

Anetta Malmuk-Cieplak: Właściwość sądu w postępowaniu wywołanym skargą na czynności komornika 45

Anna Hrycaj, Bartosz Sierakowski: Zagadnienie kosztów postępowania upadłościowego i innych zobowiązań masy upadłości 51

Monika Gajdzińska-Sudomir: Umowa o roboty budowlane i umowa kaucji gwarancyjnej w postępowaniach upadłościowym i restrukturyzacyjnym – zagadnienia wybrane 67

Alicja Sobota: Nowelizacja ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego a prawo upadłościowe i restrukturyzacyjne 80

Marcin Kubiczek, Bartosz Sokół: Metodyka badania majątkowej przesłanki niewypłacalności w świetle jej normatywnej definicji 87

Maciej Geromin: Pomoc publiczna w ustawie z 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne. Zagadnienia wstępne 100

Paweł Kuśmierek: Zdolność restrukturyzacyjna samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej 108

Piotr Paweł Wydrzyński: O psychologicznych aspektach wykonywania zawodu doradcy restrukturyzacyjnego 117

Wojciech Piłat: Nowe procedury przymusowej restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji instytucji bankowych *(resolution regime)* 128

PROJEKT I DRUK:

Grupa Infomax Sp. z o.o. Sp. k.
ul. Porcelanowa 11c
40-246 Katowice
www.grupainfomax.com
Korekta: Iwona Guzik

Nakład: 1000 szt.

WYDAWCA:

Krajowa Izba Doradców Restrukturyzacyjnych
ul. Elektoralna 12a/94
00-139 Warszawa
KRS 0000348299
NIP 522-29-43-414
www.kidr.pl

REDAKTOR NACZELNY:

Mateusz Bienioszek
e-mail: mateusz.bienioszek@kidr.pl

SIEDZIBA REDAKCJI:

Okręgowa Izba Doradców Restrukturyzacyjnych w Krakowie
ul. PCK 10/7, 40-057 Katowice
tel. +48 32 323 14 09
e-mail: prenumerata@kidr.pl

Cezary Zalewski[1]

SPRAWNOŚĆ POSTĘPOWANIA UPADŁOŚCIOWEGO – UWAGI PRAKTYCZNE

Teoretyczna wykładnia poszczególnych przepisów jest niezmiernie ważna. Niemniej to dopiero praktyka stosowania przepisów, zarówno tych, które nie budzą żadnych wątpliwości w procesie wykładni, jak i tych, które muszą być poddane żmudnemu procesowi wnikliwej analizy, w decydującym stopniu wpływa na rzeczywisty kształt postępowań upadłościowych.

Doktryna i piśmiennictwo w niewystarczającym zakresie zajmują się metodyką pracy syndyka czy sędziego orzekającego w sprawach upadłościowych. Analiza i dyskusja nad poszczególnymi schematami działań, codzienną praktyką w istocie jest nieobecna w literaturze przedmiotu, mimo że to właśnie ona ostatecznie ma decydujące znaczenie.

W ramach stosowania tych samych przepisów dotyczących spraw upadłościowych możliwe jest niezmiernie różne ukształtowanie poszczególnych postępowań, przy czym, co ważne, nie sposób żadnemu z nich zarzucić praktyki działania niezgodnego z prawem.

Regulacje prawa upadłościowego pozostawiają organom tego postępowania wyjątkowo szeroki zakres zgodnych z prawem działań i decyzji. To jak ostatecznie wygląda proces likwidacji majątku, czas trwania całego postępowania, następstwo podejmowania poszczególnych decyzji, zależy w największym stopniu nie od treści przepisów, ale od sposobu postępowania sędziego-komisarza i syndyka, przyjętych przez nich założeń i praktyki działania. Moim zdaniem to właśnie rzeczywista postawa organów postępowania upadłościowego w stopniu znacznie większym niż treść przepisów kształtuje realia postępowania upadłościowego oraz to, jak jest ono postrzegane i oceniane przez uczestników postępowania.

Czas trwania każdego postępowania sądowego ma ogromne znaczenie dla uczestników i każdy miesiąc, rok trwania choćby procesu o zapłatę będzie zwiększał stopień frustracji i niezadowolenia. Tym bardziej, mając na uwadze charakter postępowania upadłościowego, jego wagę i znaczenie, należy stwierdzić, że już każdy miesiąc trwania tego postępowania dla upadłego konsumenta staje się wiecznością, która uniemożliwia mu nie tyle osiągnięcie stanu oddłużenia, ale psychiczne odbudowanie zdolności właściwego zarządzania swoimi finansami. Minimum empatii pozwala dostrzec, że znaczna część osób w stanie upadłości jest niemal z założenia dotknięta stanami depresyjnymi, permanentnym poczuciem zagrożenia i niepewności co do dalszego ich losu. Postępowania upadłościowe są sprawami o absolutnie fundamentalnym znaczeniu dla osób, które popadły w nadmierny stan zadłużenia. Ich przebieg i efekt w zasadniczym stopniu kształtują całe ich dalsze życie. Świadomość tego stanu winna być wystarczającym uzasadnieniem i motywacją dla takiego kształtowania praktyki, aby ten skrajnie trudny dla upadłego okres trwał możliwie jak najkrócej.

Różnice w praktyce postępowań upadłościowych powodują, że w jednych sądach upadłościowych zakończenie likwidacji składników wchodzących w skład masy upadłości w ciągu 6 miesięcy stanowi SF („sądową fikcję"), zaś w innych – realny, choć ambitny i wciąż zdecydowanie zbyt rzadko osiągany cel postępowania.

Moje własne doświadczenia wskazują, że nawet całe postępowanie upadłościowe, a nie tylko likwidacja, może zakończyć się w ciągu 6 miesięcy. Należy dążyć do tego, aby jak największa liczba postępowań miała szansę poszczycić się takim efektem, co w przypadku znacznej części postępowań upadłościowych osób nieprowadzących działalności gospodarczej nie jest przesadnie trudne.

[1] Sędzia sądu rejonowego, przewodniczący X Wydziału Gospodarczego dla spraw Upadłościowych i Restrukturyzacyjnych Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy w Warszawie.

Obecna sytuacja w wydziałach upadłościowych zmusza do spojrzenia na problem sprawności postępowania również z innego punktu widzenia. W warszawskim sądzie jeden sędzia pełni funkcję sędziego-komisarza już w około 100 postępowaniach. Zmiana tego stanu rzeczy lub choćby zatrzymanie tego negatywnego trendu może realnie wynikać ze stanu, w którym liczba kończonych postępowań będzie zbliżona do liczby ogłaszanych upadłości, zaś same postępowania będą trwały maksymalnie krótko, co przełoży się na mniejszą liczbę upadłości, w których dany sędzia będzie pełnił funkcję sędziego-komisarza.

Tak ogromna liczba spraw upadłościowych wymusza korzystanie z powtarzalnych, szablonowych działań, gdyż definitywnie skończyły się czasy, gdy sędzia-komisarz, bez sięgania do swoich notatek, pamiętał, co dzieje się w poszczególnych sprawach.

Ta trudna sytuacja ujawniła również wszystkie praktyczne zachowania, które skutkują przedłużeniem się postępowania. Nie zawsze są to błędy, a jedynie określone praktyczne zachowania skutkujące przedłużeniem postępowania, które można wyeliminować, przyjmując określone standardy.

Poniższe rozważania koncentrują się głównie (choć nie tylko) na postępowaniach konsumenckich i problemach występujących w tychże postępowaniach. Celem artykułu jest zaproponowanie dobrych praktyk, które nie tylko przyspieszają postępowanie, ale również ułatwiają jego prowadzenie.

PAKIET POCZĄTKOWY

Analizę przebiegu postępowań upadłościowych pod kątem ich sprawności należy zacząć od uwagi ogólnej. Każdy sędzia, który orzekał mając w referacie kilkaset spraw, wie, że każde sięgnięcie po akta wiąże się z koniecznością przypomnienia sobie stanu faktycznego i wcześniej dokonanych czynności. Za każdym razem jest to niezmiernie czasochłonne. Z tego względu jak najbardziej pożądane jest, aby po jednorazowym przypomnieniu sobie dotychczasowego przebiegu postępowania możliwe było wydanie wszystkich możliwych w danym momencie decyzji w sprawie.

Uwaga ta niesie za sobą praktyczne, oczywiste wskazanie: należy ograniczyć konieczność „przypominania" sobie sprawy. W jaki sposób można to osiągnąć? Przede wszystkim przez praktykę składania tzw. pakietów „początkowych" i „końcowych".

Syndyk, zgodnie z treścią art. 306 ustawy – Prawo upadłościowe (dalej jako pr. up.) „składa sędziemu-komisarzowi spis inwentarza wraz z planem likwidacyjnym w terminie trzydziestu dni od dnia ogłoszenia upadłości. Plan likwidacyjny określa proponowane sposoby sprzedaży składników majątku upadłego, w szczególności sprzedaży przedsiębiorstwa, termin sprzedaży, preliminarz wydatków oraz ekonomiczne uzasadnienie dalszego prowadzenia działalności gospodarczej". Z kolei zgodnie z art. 307 ust. 1 pr. up. „Na podstawie spisu inwentarza i innych dokumentów upadłego oraz oszacowania syndyk sporządza sprawozdanie finansowe na dzień poprzedzający ogłoszenie upadłości i niezwłocznie przedkłada je sędziemu-komisarzowi".

Na bazie tych przepisów zwykle syndyk składa wyłącznie dokumenty, o których mowa w art. 306 i 307 pr. up. Skutkiem tego sędzia-komisarz po zapoznaniu się ze złożonymi dokumentami albo nie ma możliwości podjęcia żadnej merytorycznej decyzji (brak jakiegokolwiek wniosku), albo co najwyżej zarządzi dokonanie obwieszczenia o przekazaniu sędziemu-komisarzowi opisu i oszacowania przedsiębiorstwa (ewentualnie również nieruchomości, prawa użytkowania wieczystego, spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu).

Przepisy w żaden sposób nie regulują momentu, w którym syndyk zobowiązany jest do złożenia zgodnego z planem likwidacyjnym wniosku dotyczącego likwidacji poszczególnych składników majątkowych (wniosku o zatwierdzenie warunków przetargu albo wniosku o zgodę na sprzedaż z wolnej ręki).

Nie tylko nie ma żadnych prawnych przeszkód, ale wręcz przeciwnie: jest pożądane z punktu widzenia sprawności postępowania, aby syndyk wraz z dokumentami, o których mowa w art. 306 i 307 pr. up., składał wniosek o odstąpienie od sprzedaży przedsiębiorstwa w całości, wniosek o zatwierdzenie warunków przetargu albo wnioski o zgodę na sprzedaż z wolnej ręki poszczególnych składników majątkowych.

Złożenie przez syndyka takiego pełnego „pakietu początkowego" umożliwia sędziemu-komisarzowi jednoczesne wydanie postanowienia, na przykład, o zatwierdzeniu warunków przetargu i zarządzenia o obwieszczeniu o przekazaniu sędziemu-komisarzowi opisu i oszacowania. W stosunku do takiej jednoczesnej decyzji łatwo sformułować zarzut, iż niewłaściwe jest zatwierdzenie warunków przetargu zawierającego między innymi oznaczenie ceny wywoławczej, gdy procedura kwestionowania

kwoty oszacowania (cena wywoławcza nie musi odpowiadać kwocie wyceny, ale powinna pozostawać w związku z nią) nie została wyczerpana, gdyż uczestnikom postępowania służy prawo wniesienia zarzutów co do opisu i oszacowania (art. 319 ust. 5 pr. up.).

POSTĘPOWANIE „LINEARNE" I „RÓWNOLEGŁE"

W tym miejscu dotykamy zagadnienia różnego rodzaju praktyk, które mieszcząc się w granicach prawa, pozostają zupełnie odmienne. Można patrzeć na postępowanie upadłościowe jak na linearny proces, tj. poszczególne zdarzenia, decyzje procesowe muszą następować po sobie, nie zaś równolegle czy choćby czasowo „nakładając się na siebie".

Linearne postrzeganie postępowania upadłościowego musi skutkować uznaniem, że warunkiem zatwierdzenia warunków przetargu jest wcześniejszy upływ terminu na wniesienie zarzutów co do opisu i oszacowania. W praktyce przyjęcie tego poglądu skutkuje z założenia wydłużeniem postępowania co najmniej o miesiąc (przy uwzględnieniu czasu potrzebnego na wydanie przez sędziego-komisarza zarządzenia o dokonaniu stosownego obwieszczenia, wykonanie tegoż zarządzenia, ukazanie się obwieszczenia, oczekiwanie na ewentualne wniesione zarzuty w terminie tygodniowym przy uwzględnieniu okresów związanych z obrotem pocztowym itd.).

Dopuszczenie „równoległego" sposobu postępowania umożliwia równoczesne zatwierdzenie warunków przetargu z uwzględnieniem, że wybór oferty nastąpi po upływie terminu na wniesienie ewentualnych zarzutów na opis i oszacowanie oraz ewentualnym ich rozpoznaniu.

To drugie rozwiązanie niesie za sobą oczywiście ryzyko, że w przypadku uwzględnienia zarzutów na opis i oszacowanie co do zasady (choć nie zawsze) konieczne będzie odwołanie przetargu.

Do rozwagi praktyków pozostawiam analizę liczby spraw, w których zarzuty na opis i oszacowanie zostały faktycznie wniesione i były one uzasadnione (a tylko wówczas ewentualnie może zachodzić potrzeba unieważnienia przetargu), i ocenę, czy uzasadnione jest z założenia we wszystkich sprawach przedłużanie postępowania tylko na wypadek wyjątkowo rzadkiego uwzględnienia zarzutów na opis i oszacowanie. Dzieląc się własnym, kilkunastoletnim doświadczeniem ze swojej praktyki pamiętam tylko dwa przypadki, gdy jako sędzia-komisarz, uwzględniając zarzuty na opis i oszacowanie, podjąłem decyzję o unieważnieniu przetargu, którego warunki zostały przeze mnie wcześniej zaakceptowane. Oznacza to, że w kilkuset innych sprawach możliwe było szybsze przeprowadzenie procedury likwidacji składników wchodzących w skład masy upadłości.

PAKIET KOŃCOWY

Drugim zasadniczym momentem postępowania upadłościowego jest ten, który wiąże się z przeprowadzeniem czynności warunkujących zakończenie postępowania. W przypadku likwidacji wszystkich składników wchodzących w skład masy upadłości syndyk zobowiązany jest złożyć ostateczny plan podziału. Zgodnie zaś z treścią art. 349 ust. 2 pr. up. zawiadomienia i obwieszczenia winny nastąpić dopiero po uprawomocnieniu się postanowienia o przyznaniu syndykowi wynagrodzenia ostatecznego (albo po prostu wynagrodzenia w postępowaniu upadłościowym konsumentów).

Nie sposób też zapomnieć, że sędzia-komisarz, mając na uwadze wielkość środków pozostających w masie upadłości, wysokość kwoty przeznaczonej do podziału w ramach ostatecznego podziału oraz przy uwzględnieniu wnioskowanego przez syndyka wynagrodzenia, winien mieć możliwość dokonania kontroli, czy w masie upadłości nie pozostają nadmierne środki na zabezpieczenie końcowych kosztów postępowania.

Mimo że nie wynika to z przepisów prawa, uzasadnione jest, aby sędzia-komisarz żądał od syndyka przedstawienia zestawienia przewidywanych kosztów postępowania do faktycznego zakończenia wszelkich działań syndyka. Bez takiej informacji w istocie nie sposób ocenić prawidłowości określania sumy, która ma być przeznaczona na zaspokojenie wierzycieli w ramach planu podziału. Błędne określenie kwoty potrzebnej na pokrycie wszystkich kosztów postępowania do jego faktycznego zakończenia może skutkować albo brakiem wystarczających środków na pokrycie wszystkich kosztów postępowania (np. związanych z istotnie przedłużonym postępowaniem w wyniku wniesionych zażaleń), albo sytuacją, w której po zakończeniu postępowania pozostanie kwota, która będzie musiała być przekazana upadłemu (art. 364 ust. 2 pr. up. w zw. z art. 368 ust. 3 pr. up.), nie zaś na zaspokojenie wierzycieli.

Podsumowując, „pakiet końcowy" w postępowaniu upadłościowym przedsiębiorcy powinien składać się z ostatecznego planu podziału, wniosku o przyznanie wynagrodzenia ostatecznego oraz zestawienia przewidywanych wydatków do końca postępowania upadłościowego.

O ile wniosek syndyka o ustalenie wynagrodzenia ostatecznego w postępowaniu upadłościowym przedsiębiorcy rozbudowany jest pod względem formalnym (art. 165 ust. 2 pr. up.), o tyle wniosek syndyka o ustalenie wynagrodzenia w postępowaniu upadłościowym konsumenta nie musi zawierać tak wielu informacji. W efekcie pożądane jest, by syndyk, analogicznie do wcześniej obowiązujących przepisów, składał sprawozdanie z działalności zawierające zarówno zwięzły opis czynności podjętych w postępowaniu, jak i zbiorcze zestawienie rachunkowe za cały okres, gdyż w istotnym stopniu przyspiesza to rozpoznanie wniosku o przyznanie wynagrodzenia.

W przypadku postępowań upadłościowych konsumentów, w których środki uzyskane z likwidacji masy upadłości wykluczają możliwość sporządzenia planu podziału, „pakiet końcowy" powinien zawierać nie tylko wniosek syndyka o przyznanie wynagrodzenia, sprawozdanie ostateczne z działalności, ale również wniosek o określenie wysokości kosztów postępowania, gdy majątek niewypłacalnego dłużnika nie wystarcza na ich pokrycie (art. 491^7 ust. 1 i 2 pr. up.).

Oczywiście wniosek o przyznanie wynagrodzenia z wykorzystaniem sprawozdania ostatecznego będzie rozpoznawany przez sąd upadłościowy. Dopiero wówczas możliwe będzie rozpoznanie przez sędziego-komisarza wniosku o określenie wysokości kosztów postępowania, które mają być pokryte tymczasowo ze środków Skarbu Państwa, gdy majątek niewypłacalnego dłużnika nie wystarcza na ich pokrycie (art. 491^7 ust. 1 i 2 pr. up.). Złożenie pełnego „pakietu końcowego" umożliwi jednakże przekazanie akt postępowania bezpośrednio z rąk sędziego-referenta (sądu upadłościowego) do rąk sędziego-komisarza, który będzie już wówczas dysponował pełnią dokumentów pozwalających na wydanie własnego rozstrzygnięcia, które z kolei otworzy drogę do wydania postanowienia o ustaleniu planu spłaty.

USTALENIE PLANU SPŁATY/UMORZENIE ZOBOWIĄZAŃ BEZ USTALENIA PLANU SPŁATY

Na opisane końcowe działania organów postępowania nakłada się również okoliczność, iż zakończenie postępowania upadłościowego osoby nieprowadzącej działalności wiąże się nie tylko z wykonaniem ostatecznego planu podziału, ale również z ustaleniem planu spłaty bądź umorzeniem niezaspokojonych zobowiązań bez ustalenia planu spłaty.

Co prawda art. 491^{14} ust. 1 pr. up. stanowi, iż ustalenie planu spłaty następuje po wykonaniu ostatecznego planu podziału (ewentualnie po zatwierdzeniu listy wierzytelności), to nie ma żadnych przeszkód, by znacznie wcześniej podjąć czynności przygotowujące możliwość wydania orzeczenia co do ustalenia planu spłaty (ewentualnie umorzenia zobowiązań bez ustalenia planu spłaty) w bardzo krótkim okresie po wykonaniu planu podziału (ewentualnie zatwierdzeniu listy wierzytelności).

Możliwe jest oczywiście przyjęcie „linearnego" sposobu działania, które będzie polegało na tym, że w pierwszej kolejności syndyk złoży wniosek o przyznanie wynagrodzenia, sąd upadłościowy rozpozna ten wniosek, syndyk dopiero po uprawomocnieniu się tego postanowienia złoży wniosek o określenie wysokości kosztów postępowania, które mają być pokryte tymczasowo ze środków Skarbu Państwa, gdy majątek niewypłacalnego dłużnika nie wystarcza na ich pokrycie (art. 491^7 ust. 1 i 2 pr. up.); następnie, po uprawomocnieniu się postanowienia w tym przedmiocie nastąpi okres oczekiwania na złożenie odpowiedniego wniosku o ustalenie planu spłaty (ewentualnie umorzeniu zobowiązań bez ustalenia planu spłaty) przez upadłego (w większości sytuacji upadły nie posiada odpowiedniej wiedzy, w którym momencie postępowania powinien złożyć właściwy wniosek). Ten sposób postępowania oznacza wielomiesięczne opóźnienie.

Możliwe jest również przyjęcie „równoległego" sposobu postępowania. Sędzia-komisarz może pouczyć upadłego o możliwości złożenia wniosku o ustalenie planu spłaty (ewentualnie wniosku o umorzenie zobowiązań bez ustalenia planu spłaty) już w momencie złożenia przez syndyka ostatecznego planu podziału czy listy wierzytelności (gdy nie jest przewidywane złożenie planu podziału z uwagi na szczupłość masy upadłości). Pozwala to równolegle przeprowadzać proces związany z planem podziału (listą wierzytelności), jak i umożliwia upadłemu złożenie odpowiedniego wniosku, po zapoznaniu się z pouczeniem sformułowanym przez sędziego-komisarza, doręczenie wniosku upadłego wierzycielom, syndykowi i wysłuchaniu ich (pisemnie!) zgodnie z treścią art. 491^{14} ust.1 pr. up. Nie ma żadnych przeszkód, a wręcz przeciwnie, jest bardzo pożądane, aby rozprawa, która zwykle jest konieczna w celu przesłuchania upadłego i ustalenia wszystkich niezbędnych okoliczności do rozpoznania złożonego wniosku, była wyznaczona już w krótkim okresie po złożeniu przez syndyka ostatecznego planu podziału (ewentualnie listy wierzytelności, gdy nie jest przewidywane złożenie planu podziału).

Podobnie jak w przypadku zarzutów co do opisu i szacowania nie jest wykluczone, że zarzuty do planu podziału (ewentualnie sprzeciwy do listy wierzytelności) zostaną

wniesione, co uniemożliwi rozpoznanie wniosku o ustalenie planu spłaty (ewentualnie umorzenie zobowiązań bez ustalenia planu spłaty).

Również w tym przypadku trzeba powtórzyć pytanie: czy warto z założenia przedłużać wszystkie postępowania upadłościowe w celu uwzględnienia wyjątkowo rzadkiej ewentualności, iż wyznaczona rozprawa nie zakończy się wydaniem orzeczenia kończącego postępowanie? Należy też mieć na uwadze, że na rozprawie (posiedzeniu jawnym) może nastąpić wyłącznie wysłuchanie upadłego, zaś samo orzeczenie w przedmiocie planu spłaty może zapaść na posiedzeniu niejawnym po faktycznym wykonaniu planu podziału.

SPÓŹNIONE ZGŁOSZENIA WIERZYTELNOŚCI

Zupełnie odrębnego omówienia wymagają kwestie związane z listą wierzytelności, w tym ze spóźnionymi zgłoszeniami wierzytelności.

W pierwszej kolejności należy podkreślić wagę obowiązku składania listy wierzytelności w terminie instrukcyjnym 2 miesięcy od upływu okresu przewidzianego do zgłaszania wierzytelności (art. 244 pr. up.). Jeżeli syndyk w postępowaniu upadłościowym osoby nieprowadzącej działalności gospodarczej, gdy co do zasady liczba wierzycieli jest minimalna, nie jest w stanie w ustawowym terminie wywiązać się ze swojego obowiązku, to oznacza, że nie będzie on w stanie sprawnie przeprowadzić jakiegokolwiek postępowania.

W sytuacji gdy upadły nie posiada jakiegokolwiek majątku, nie ma żadnych powodów, by postępowanie upadłościowe trwało dłużej niż 6 miesięcy. Przejście do końcowego etapu postępowania, tj. do rozpoznania wniosku o ustalenie planu spłaty (ewentualnie umorzenia zobowiązań bez ustalenia planu spłaty), uzależnione jest od momentu złożenia listy wierzytelności. Zatem to właśnie w tych postępowaniach powinien być położony szczególny akcent na dotrzymanie terminu instrukcyjnego wskazanego w art. 244 pr. up.

Mając na uwadze sprawność tego typu postępowań, przy uwzględnieniu „równoległości" działań w ramach postępowań upadłościowych, należy stwierdzić, że pouczenie upadłego o możliwości złożenia wniosku o ustalenie planu spłaty (ewentualnie o możliwości złożenia wniosku o umorzenie zobowiązań) wraz z zakreśleniem co najwyżej dwutygodniowego terminu na jego wniesienie, powinno nastąpić równocześnie z wydaniem zarządzeń o dokonaniu obwieszczeń dotyczących listy wierzytelności.

Również co do tego typu działań można łatwo sformułować nietrafny zarzut, że wniosek upadłego będzie przedwczesny, albowiem niewykluczona jest sytuacja, że do listy wierzytelności zostanie wniesiony sprzeciw.

Ponownie należy odwołać się do praktycznych doświadczeń i zadać sobie pytanie: w ilu postępowaniach upadłościowych konsumentów wnoszone są sprzeciwy do listy wierzytelności? Co do zasady osoba nieprowadząca działalności gospodarczej nie posiada wystarczających dokumentów, żeby podważyć dowody powołane przez wierzyciela. Jeżeli w aktach postępowania znajduje się wniosek upadłego o ustalenie planu spłaty, to sędzia-komisarz może w momencie zatwierdzenia listy wierzytelności, gdy nie jest przewidywane sporządzenie planu podziału, przekazać wniosek upadłego sędziemu-referentowi celem nadania dalszego biegu. Taka sekwencja zdarzeń pozwala na istotne ograniczenie długości postępowania.

Niemniej to właśnie spóźnione zgłoszenia wierzytelności potrafią opóźnić postępowanie upadłościowe nawet o kilka miesięcy.

Zgodnie z treścią art. 252 ust. 1 pr. up. „Jeżeli wierzytelność została zgłoszona przez wierzyciela po upływie terminu wyznaczonego do zgłaszania wierzytelności, bez względu na przyczynę opóźnienia, czynności już dokonane w postępowaniu upadłościowym są skuteczne wobec tego wierzyciela, zgłoszenie nie ma wpływu na złożone już plany podziału, a jego uznaną wierzytelność uwzględnia się tylko w planach podziału funduszów masy upadłości sporządzonych po jej uznaniu".

Regulacja pozornie oczywista, choć bez wątpienia niepełna, spowodowała ukształtowanie się dwojakiego rodzaju praktyki.

Zgodnie z pierwszą z nich syndyk wstrzymuje się ze złożeniem listy wierzytelności, gdy pozyska informację, że do sądu wpłynęło kolejne (spóźnione) zgłoszenie wierzytelności, wstrzymuje złożenie planu podziału z tego samego powodu i w końcu odwlekany jest moment wydania postanowienia o ustalenie planu spłaty w zamiarze uwzględnienia w zaplanowanym orzeczeniu wierzytelności zgłoszonej z opóźnieniem.

Druga praktyka skupiona jest na zasadniczym toku postępowania wiążącym się ze zgłoszeniami wierzytelności dokonanymi w ustawowym terminie. W takim sposobie postrzegania postępowania upadłościowego syndyk w najmniejszym stopniu nie zwleka ze złożeniem planu

podziału z uwagi na to, że otrzymał kolejne, ale spóźnione zgłoszenie wierzytelności. Z kolei sąd upadłościowy nie zwleka z rozpoznaniem wniosku o ustalenie planu spłaty z powodu złożenia przez syndyka uzupełniającej listy wierzytelności. Organy postępowania upadłościowego mogą mieć cień wątpliwości, jak ma wyglądać plan podziału czy postanowienie o ustaleniu planu spłaty, tj. czy powinny uwzględniać treść uzupełniających list wierzytelności. Odpowiedź zawarta jest oczywiście w treści art. 252 ust. 1 pr. up. Jeżeli w chwili składania planu podziału albo wydawania postanowienia o ustaleniu planu spłaty nie została jeszcze uznana na uzupełniającej liście wierzytelności, nie powinna być w nich uwzględniona. Zaprzeczeniem tej regulacji jest jakiekolwiek wstrzymywanie czynności związane z faktem spóźnionego zgłoszenia wierzytelności.

LIKWIDACJA MAJĄTKU UPADŁEGO

Wydaje się, że praktyka działań organów postępowania upadłościowego związana z likwidacją majątku upadłego nie ma większego znaczenia w kontekście sprawności postępowania, gdyż o czasie sprzedaży majątku decyduje po prostu wolny rynek i jego zainteresowanie składnikami wchodzącymi w skład masy upadłości. Nic bardziej mylnego.

W pierwszej kolejności należy podzielić się refleksją, że sędziowie pełniący funkcję sędziego-komisarza od co najmniej kliku lat doskonale wiedzą, którzy syndycy potrafią przeprowadzić proces likwidacji masy upadłości w ciągu kilku miesięcy, a dla których okres kilku lat jest zbyt krótki. Nie jest to kwestia szczęścia, ale określonego sposobu podejścia do procesu likwidacji.

Z drugiej strony często to również postawa sędziego-komisarza powoduje, że proces likwidacji jest nadmiernie rozciągnięty w czasie.

Ponownie można wskazać, na bazie realnie prowadzonych postępowań, na dwojaką praktykę. Zgodnie z pierwszą z nich wycena musi być przeprowadzona zawsze przez osobę wpisaną na listę biegłych sądowych, wyznaczenie terminu przetargu następuje po upływie terminu na wniesienie zarzutów co do opisu i oszacowania, zaś cena wywoławcza nigdy nie jest niższa od kwoty oszacowania.

Zgodnie z drugą praktyką absolutnie dopuszczalne jest samodzielne dokonanie oszacowania przez samego syndyka, wyznaczenie terminu przetargu następuje równocześnie z wydaniem zarządzenia o dokonaniu obwieszczenia dotyczącego ukończenia opisu i oszacowania oraz przekazaniu go sędziemu-komisarzowi, zaś cena wywoławcza, szczególnie w postępowaniach upadłościowych konsumentów, stanowi 3/4 kwoty oszacowania.

Co do tej ostatniej praktyki nie można bowiem zapominać, że pierwszoplanowym celem postępowania upadłościowego osób nieprowadzących działalności gospodarczej jest umożliwienie umorzenia zobowiązań upadłego niewykonanych w postępowaniu upadłościowym, a dopiero wówczas, gdy będzie to możliwe – zaspokojenie roszczeń wierzycieli w jak najwyższym stopniu (art. 2 ust. 2 pr. up.).

Ogólnie zakreślony cel postępowania upadłościowego konsumentów winien nieść za sobą konkretną postawę organów postępowania w procesie likwidacji składników majątkowych wchodzących w skład masy upadłości. Jeżeli w toku zwykłej egzekucji punktem wyjścia w toku sprzedaży w ramach postępowania egzekucyjnego, gdzie najważniejszym celem jest maksymalne zaspokojenie wierzyciela, jest sytuacja, w której cena wywołania w pierwszym terminie licytacji publicznej wynosi 3/4 wartości szacunkowej (867 § 2, art. 911^7 § 1, 965 kodeksu postępowania cywilnego), to brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia, by w toku postępowań upadłościowych osób nieprowadzących działalności gospodarczej stosować bardziej rygorystyczne wymagania. Zasadą powinna więc być sytuacja, w której cena wywoławcza w postępowaniach upadłościowych konsumentów stanowi kwotę nie wyższą niż 3/4 kwoty oszacowania.

Podstawowym efektem określenia ceny wywoławczej na takim poziomie będzie większe prawdopodobieństwo szybszej likwidacji masy upadłości i w efekcie sprawniejszego zakończenia postępowania.

Wbrew pozorom niska cena wywoławcza wcale nie powoduje, że osiągnięta kwota z likwidacji będzie niższa. Praktyka wskazuje, że bardzo atrakcyjna cena wywoławcza skutkuje wysokim zainteresowaniem potencjalnych nabywców. Jeżeli warunki przetargu przewidują przeprowadzenie ustnej aukcji (tzw. „dogrywki") między oferentami, uzyskana cena nabycia w stopniu optymalnym oddaje rzeczywistą wartość przedmiotu sprzedaży bez szkody dla długości postępowania.

W efekcie pożądane jest nie tylko prawidłowe określenie ceny wywoławczej w pierwszym przetargu, ale również zdecydowanie niższe (np. 50% ceny oszacowania) w kolejnych, gdy pierwszy nie zakończył się wyborem oferty.

Jest to jeszcze bardziej istotne, gdy przedmiotem sprzedaży nie jest cała nieruchomość, ale jedynie udział w prawie własności. Wówczas prawie niemożliwe jest zbycie takiego składnika za kwotę wyliczoną matematycznie w oparciu o oszacowanie dotyczące całego przedmiotu. Tytułem przykładu: jeżeli w skład masy upadłości wchodzi udział 1/2 w prawie własności nieruchomości lokalowej (mieszkania), a całe mieszkanie jest warte 500 tys. zł, to sprzedaż udziału 1/2 za 250 tys. jest prawie niemożliwa. Dopiero drastyczna obniżka ceny wywoławczej (np. w pierwszym przetargu o 50%) może skutkować odpowiednio szybką likwidacją. W takiej sytuacji nierzadko podmiotem najbardziej zainteresowanym nabyciem takiego udziału może być wierzyciel posiadający zabezpieczenie rzeczowe na tejże nieruchomości.

Ostatnim elementem, którego aktywne stosowanie może istotnie przyczynić się do szybszego zakończenia postępowań upadłościowych konsumentów, jest instytucja wyłączania z masy upadłości trudno zbywalnych ruchomości (art. 315 ust. 1 pr. up.), wierzytelności i praw (art. 334 ust. 1 pr. up.). Korzystanie z tego typu możliwości w odniesieniu do osób nieprowadzących działalności gospodarczej powinno następować zawsze i bez zbędnej zwłoki, gdy mimo podjęcia przez syndyka próby zbycia dalsze przedłużanie procesu likwidacji odwlecze moment ustalenia planu spłaty.

AKTYWNA ROLA SYNDYKA

Nie do przecenienia w świetle sprawności postępowania jest aktywna rola syndyka przy realizacji czynności na każdym etapie postępowania.

W najprostszych postępowaniach upadłościowych konsumentów, gdy w skład masy nie wchodzą żadne składniki majątkowe (nie zachodzi potrzeba likwidacji majątku ani też nie ma możliwości sporządzenia jakiegokolwiek planu podziału), długość trwania postępowania zależy od sprawności przy sporządzaniu listy wierzytelności oraz procedury składania i rozpoznawania wniosku o ustalenie planu spłaty (ewentualnie o umorzenie zobowiązań bez ustalania planu spłaty). Szczególnie takie postępowania nie powinny trwać dłużej niż 6 miesięcy. I nie chodzi tu tylko o dobro danego postępowania, szybkie kończenie najprostszych postępowań umożliwia poświęcenie uwagi bardziej skomplikowanym sprawom.

Należy zauważyć, że w praktyce upadły nie wie, na jakim etapie powinien złożyć wniosek o ustalenie planu spłaty, bądź też nie jest w stanie go poprawnie sformułować. Sędzia-komisarz powinien pouczyć upadłego o jego uprawnieniu na odpowiednim etapie postępowania (tj. po złożeniu do sędziego-komisarza listy wierzytelności lub ostatecznego planu podziału). Z kolei syndyk powinien wykazywać się aktywnością w procesie rozpoznawania takiego wniosku, tj. winien wspomóc upadłego przy formułowaniu właściwego wniosku, jeżeli jest taka potrzeba, zająć własne, szeroko uzasadnione stanowisko co do wniosku upadłego z odwołaniem się do wszystkich przesłanek rozstrzygnięcia określonych przepisami prawa (nie zaś: „pozostawić wniosek do uznania sądu") i w końcu też pożądane jest, aby syndyk w swoim piśmie zawarł konkretną propozycję rozstrzygnięcia. Taka postawa syndyka w postępowaniach upadłościowych konsumentów jest oceniana przez sędziów niezmiernie wysoko, gdyż jest ona zgodna z istotą i celem tych postępowań oraz przyspiesza i ułatwia rozpoznanie sprawy.

Sprawność postępowania wzrasta niepomiernie również wówczas, gdy sędzia-komisarz i syndyk stosują, obok tradycyjnej formy składania wniosków i innych dokumentów, również drogę mailową. Obecne przepisy dopuszczają taką możliwość, więc należy stawiać sobie pytanie: jak często w praktyce wykorzystywana jest taka możliwość, ile obecnie wniosków syndyka jest przesyłanych na adres mailowy sędziego? Syndyk nie powinien oczekiwać na odpowiednie zarządzenia sędziego przymuszające go do takiej praktyki, powinien podejmować samodzielnie inicjatywę w tym zakresie, zaś sędziowie powinni być bardzo zainteresowani, by ta forma komunikacji była niemal obowiązkowa.

Choć to sędzia-komisarz, zgodnie z art. 152 ust. 1 pr. up., kieruje tokiem postępowania upadłościowego, to praktyka wskazuje, że rola syndyka, właśnie jego aktywność i posiadanie własnej wizji przebiegu danego postępowania w stopniu zasadniczym wpływają pozytywnie na sprawność postępowania. To syndyk proponuje sposoby sprzedaży i ich warunki, aktywnie poszukuje potencjalnych nabywców i w końcu też to właśnie syndyk składa wnioski o wyłączenie z masy upadłości składników trudno zbywalnych.

Do tego typu decyzji, które syndyk może aktywnie proponować, należy zaliczyć decyzję co do tego, czy w danym, konkretnym postępowaniu upadłościowym osoby nieprowadzącej działalności gospodarczej w ogóle sporządzać plan podziału. Dotyczy to stanów faktycznych, w których środki uzyskane z likwidacji pozwalają na sporządzenie planu podziału przewidującego podział kwoty bardzo niewielkiej. To od organów postępowania upadłościowego zależy, czy będzie sporządzony plan podziału,

czy nie. Wydaje się, że jeśli w masie upadłości są środki pozwalające na dokonanie podziału między wierzycielami choćby niewielkich kwotowo sum, to zawsze należy sporządzać plan podziału. Jednakże w przypadku upadłości konsumenckiej takie stwierdzenie nie jest trafne. Lepsze efekty z każdego punktu widzenia można osiągnąć poprzez przyjęcie, że zamiast sporządzania planu podziału, sąd upadłościowy uwzględni niewielką kwotę pozostającą w masie upadłości, określając plan spłaty, tj. uwzględniając, że kwota pozostająca w masie upadłości zostanie przekazana upadłemu (art. 364 ust. 2 pr. up. w zw. z art. 386 ust. 3 pr. up. i art. 491^2 ust. 1 pr. up.) i będzie mogła być przeznaczona na zaspokojenie wierzycieli w ramach planu spłaty, nie zaś w ramach planu podziału. W efekcie wierzyciele otrzymają możliwość zaspokojenia choćby w niewielkim zakresie, samo zaś postępowanie upadłościowe będzie trwało istotnie krócej, co oznacza również ograniczenie kosztów postępowania upadłościowego.

Analogiczne postępowanie winno mieć miejsce w sytuacji sporządzenia w postępowaniu upadłościowym planu podziału, ale po tym zdarzeniu procesowym, do momentu ustalania planu spłaty w masie upadłości, pojawiają się kolejne środki pieniężne (najczęściej z tytułu zajęć wynagrodzenia za pracę lub świadczenia emerytalnego). W takiej sytuacji również środki te powinny być przekazane wierzycielom w ramach planu spłaty, nie zaś w ramach planu podziału, który skutkuje przedłużeniem postępowania.

PODSUMOWANIE

Sprawność postępowania nie powinna być mylona czy utożsamiana z nadmiernym pośpiechem niesprzyjającym rzetelnemu orzekaniu. Pogodzenie szybkości postępowania i wysokiego poziomu merytorycznego może być osiągnięte poprzez standaryzowanie powtarzalnych czynności, stałe poszukiwanie jeszcze bardziej efektywnych sposób postępowania oraz autentyczne zaangażowanie w procesy upadłościowe związane z pełnym zrozumieniem celów i wagi tych postępowań.

Stale pogarszająca się sytuacja sądów upadłościowych nastraja bardzo pesymistycznie co do perspektyw poprawiania sprawności postępowań prowadzonych w tych wydziałach. Realne szanse na kadrowe wzmocnienia poprzez skierowanie do pracy przy sprawach upadłościowych nowych sędziów, asystentów, sekretarzy wydają się mało prawdopodobne. Konieczne są zatem zmiany legislacyjne dotyczące przede wszystkim właściwości sądów i stałe przypominanie, że sądami właściwymi dla osób nieprowadzących działalności gospodarczej powinny być sądy (wydziały) cywilne. Bez tego rodzaju zmiany wdrażanie najbardziej efektywnych standardów prowadzenia postępowań upadłościowych nie przyniesie satysfakcjonującego efektu, a jedynie spowolni niekorzystne trendy. Mimo to warto podejmować zwiększony wysiłek w tym zakresie, gdyż każda, nawet pojedyncza sprawa przeprowadzona w satysfakcjonujący sposób oznacza odmianę sytuacji życiowej konkretnej osoby.

Paweł Biliński [1]
Jarosław Horobiowski [2]

INSTYTUCJA PROCESOWA Z ART. 29 PRAWA UPADŁOŚCIOWEGO JAKO EFEKTYWNY ŚRODEK UPORZĄDKOWANIA I UZUPEŁNIENIA MATERIAŁU DOWODOWEGO W POSTĘPOWANIU W PRZEDMIOCIE OGŁOSZENIA UPADŁOŚCI KONSUMENCKIEJ

Zgodnie z art. 29 Prawa upadłościowego, jeżeli na skutek braku lub wskazania nieprawidłowego adresu dłużnika lub niewykonania innych zarządzeń nie można nadać sprawie dalszego biegu, wniosek o ogłoszenie upadłości zwraca się. Podkreślić wypada, że przepis ten znajdował dotychczas raczej marginalne zastosowanie w postępowaniu o ogłoszenie upadłości dłużników posiadających zdolność upadłościową jako przedsiębiorcy[3]. Z chwilą przywrócenia instytucji upadłości konsumenckiej na mocy nowelizacji, która weszła w życie 31.12.2014 r.[4], pojawiły się jednak istotne powody ożywienia dyspozycji art. 29, wówczas jeszcze Prawa upadłościowego i naprawczego, a obecnie (od 1.01.2016 r.) – Prawa upadłościowego[5].

Po pierwsze, wspomniana nowelizacja uczyniła z upadłości konsumenckiej instytucję masową, czego skutkiem są liczne wnioski dłużników o jej ogłoszenie, którym z kolei towarzyszy często fragmentaryczny i nieuporządkowany, choćby chronologicznie czy tematycznie, zbiór dokumentów dotyczących sytuacji finansowej, rodzinnej i zdrowotnej dłużnika z nasuwającą się przy tym samorzutnie sakramentalną formułką: więcej długów nie pamiętam, bardzo żałuję, że się tak zadłużyłem, proszę o ich darowanie i stanowczo postanawiam już się tak nie zadłużać w przyszłości.

Po drugie, wyłączenie przepisów o możliwości zabezpieczenia majątku dłużnika przez ustanowienie tymczasowego nadzorcy sądowego[6], przy założeniu przyspieszenia postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości konsumenckiej, pozbawiło sąd upadłościowy tego skutecznego środka weryfikacji twierdzeń i okoliczności wskazywanych przez dłużnika w miejscu jego zamieszkania (pobytu) i pracy, pozostawiając sądowi upadłościowemu jako porównywalną alternatywę jedynie odbycie specyficznych roków sądowych w miejscu, gdzie dłużnik (stale) przebywa lub pracuje, gdyż dla zlecenia przeprowadzenia wywiadu środowiskowego brakuje formalnych podstaw.

Po trzecie, dłużnik-wnioskodawca, pozostając formalnie jedynym uczestnikiem postępowania[7], z natury skłonny jest prezentować wyłącznie te okoliczności, które uzasadniają wniosek o ogłoszenie jego upadłości, a pomijać te, które mogłoby wzbudzić jakiekolwiek podejrzenia sądu upadłościowego co do zaistnienia w tym względzie przesłanek negatywnych. To z kolei – z uwagi na wymóg bezstronnego i rzetelnego rozpoznania sprawy, istotnej i niezwykle doniosłej tak dla samego dłużnika, jak i dla ogółu jego wierzycieli – wymusza na sądzie upadłościowym daleko posunięte działanie z urzędu, zmierzające do pozyskania (głównie od samego dłużnika) informacji i dokumentów niemieszczących się w katalogu zwykłych wymogów formalnych wniosku, nadając tym samym postępowaniu w przedmiocie ogłoszenia upadłości konsumenckiej charakter co najmniej *quasi*-inkwizycyjny.

Skuteczną podstawę prawną pozyskania tych informacji i dokumentów może dla sądu stanowić właśnie art. 29 Prawa upadłościowego. Bez względu na to, czy

[1] Sędzia Sądu Rejonowego dla Wrocławia-Fabrycznej we Wrocławiu i zastępca przewodniczącego VIII Wydziału Gospodarczego dla spraw Upadłościowych i Restrukturyzacyjnych.
[2] Sędzia Sądu Rejonowego dla Wrocławia-Fabrycznej we Wrocławiu i przewodniczący VIII Wydziału Gospodarczego dla spraw Upadłościowych i Restrukturyzacyjnych.
[3] Tak też Zimmerman P., [w:] „Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz", wyd. 4, Warszawa 2016, s. 75.
[4] Por. ustawa z 29 sierpnia 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 30.09.2014 r., poz. 1306).
[5] Por. ustawę z 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz. U. z 14.07.2015 r., poz. 978), która znowelizowała ustawę z 28.02.2003 r. – Prawa upadłościowe i naprawcze, nadając jej nazwę Prawo upadłościowe.
[6] Por. dyspozycję art. 491^2 ust. 1 Prawa upadłościowego, wyłączającą w konsumenckim postępowaniu w przedmiocie ogłoszenia upadłości – między innymi – stosowanie art. 38 Prawa upadłościowego.
[7] Por. art. 26 ust. 1 Prawa upadłościowego.

przedstawienie przez dłużnika-wnioskodawcę żądanych przez sąd w tym trybie dalszych informacji i dokumentów pozwala na rozstrzygnięcie sprawy na posiedzeniu niejawnym, zawsze i tak będą one stanowiły istotny element weryfikujący zeznania dłużnika na rozprawie, które – co oczywiste – bardziej niż jakikolwiek inny środek dowodowy pozostają „skażone" subiektywizmem. Wprawdzie można bronić tezy, że sąd mógłby stosować w tym względzie rygor oddalenia wniosku i na brak złożenia przez dłużnika wszystkich lub niektórych żądanych od niego, ponad ustawowe wymogi wniosku, informacji i dokumentów reagować odmową ogłoszenia upadłości. Byłoby to jednak działanie sprzeczne z interesem dłużnika i wierzycieli, a także z zasadami ekonomiki postępowania. Ich skutkiem mogłoby być bowiem przykładowo uchylanie przez sąd drugiej instancji postanowień oddalających wniosek na skutek dokumentów dołączonych dopiero do zażalenia dłużnika, powiązane ze sformułowanymi nieco na wyrost, lecz wiążącymi sąd upadłościowy, wytycznymi co do potrzeby ogłoszenia w danym wypadku upadłości, którą być może za chwilę trzeba będzie umorzyć w trybie art. 491^{10} ust. 3 Prawa upadłościowego. Z kolei w razie ponowienia wniosku z przedłożeniem żądanych wcześniej dokumentów i informacji, których brak spowodował prawomocne oddalenie wniosku o upadłość, mogą pojawić się wątpliwości, czy ponowne merytoryczne rozpoznanie sprawy nie będzie w danym przypadku naruszać powagi rzeczy osądzonej. Przy rygorze zwrotu wniosku w trybie art. 29 Prawa upadłościowego takich dylematów brak lub występują one w znacznie mniejszym zakresie. Jednocześnie – co niezmiernie istotne – zwrot wniosku w trybie art. 29 Prawa upadłościowego nie pozbawia dłużnika możliwości ponownego wystąpienia z wnioskiem (w dowolnym momencie), przy czym wypada oczekiwać, iż już zawczasu będzie on należycie uzupełniony w kierunku wskazanym w zarządzeniu wydanym w oparciu o tę podstawę prawną.

WEZWANIE O UZUPEŁNIENIE BRAKÓW FORMALNYCH A WEZWANIE W TRYBIE ART. 29 PRAWA UPADŁOŚCIOWEGO

Zwrot wniosku o ogłoszenie upadłości dokonywany na podstawie art. 29 Prawa upadłościowego jest instytucją prawa procesowego odmienną od „tradycyjnego" zwrotu w trybie art. 130 § 1-4 k.p.c., swoistą dla ustawy z 2003 r. i utrzymywaną niezmiennie w mocy pomimo wielu głębokich nowelizacji, jakie od tamtego czasu wprowadzono. W art. 29 nie mówi się o „brakach" czy „uzupełnieniu" wniosku, a zatem nie wypada wiązać go wyłącznie z niespełnieniem wymogów formalnych i fiskalnych określonych wprost ustawami (por. art. 22a zd. 2 Prawa upadłościowego). Uzupełnianie (i zwracanie) wniosku w trybie art. 29 Prawa upadłościowego dotyczy również takich braków w jego integralnej zawartości lub załączonej dokumentacji, które nie pozwoliłyby sądowi dojść do obiektywnie trafnego rozstrzygnięcia merytorycznego, nadającego się do utrzymania w rezultacie kontroli instancyjnej. Przypomnieć trzeba, że konstrukcja odesłania zawartego w art. 35 Prawa upadłościowego wyklucza możliwość zawieszenia postępowania o ogłoszenie upadłości także w wypadkach opisywanych w art. 177 § 1 pkt 6 k.p.c. Brak danych dostatecznych do rozstrzygnięcia o wniosku musi skutkować jego zwrotem, skoro postępowania zawiesić nie wolno[8].

Warto też zauważyć, że art. 29 Prawa upadłościowego nie odwołuje się do terminu z góry oznaczonego przez ustawodawcę, odwrotnie niż art. 130 § 1 zd. 1 k.p.c., gdzie długość terminu określono sztywno i narzucono obligatoryjnie. Wyznaczenie terminu w trybie art. 29 pozostawiono rozsądnie swobodnemu uznaniu sądu (czy też przewodniczącego składu), adekwatnie do charakteru sprawy, specyfiki materiału wymagającego uzupełnienia i przewidywanych możliwości strony. Może to być na przykład termin dwutygodniowy (jak w załączonym do artykułu wzorze zarządzenia), w miejsce stereotypowych „7 dni". Co szczególnie istotne dla wnioskodawcy – jest to termin sądowy w dosłownym rozumieniu definicji zawartej w art. 164 k.p.c. Powinien zatem podlegać stosownemu przedłużeniu w trybie art. 166 k.p.c., ilekroć strona przed jego upływem wystąpi z wnioskiem wykazującym ważną przyczynę – na przykład uwiarygodnione problemy ze skompletowaniem wymaganej dokumentacji.

Jak widać, art. 29 Prawa upadłościowego nie jest *superfluum* wobec art. 130 § 1-4 k.p.c., podobnie jak art. 370 k.p.c. (powszechnie stosowany i powoływany w podstawach prawnych odrzuceń apelacji i tym podobnych środków) nie jest zbędną kalką art. 130. Zachodzi natomiast podobieństwo do art. 177 § 1 pkt 6 k.p.c., który zastępowany jest przez art. 29 Prawa upadłościowego (ze względu na treść art. 35), ilekroć braki w materiale sprawy uniemożliwiają sądowi należycie wnikliwe zbadanie zasadności wniosku.

Inną kwestią, związaną z omawianym tutaj problemem, jest możliwość połączenia w ramach jednego zarządzenia zarówno wezwania o uzupełnienie braków formalnych wniosku, jak i wezwania o dalsze informacje, oświadczenia i dokumenty w trybie art. 29 Prawa upadłościowego. Zasada ekonomiki i zasady szybkości postępowania

[8] Tak też Gurgul S., [w:] „Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz", wyd. 10, Warszawa 2016, s. 74.

przemawiają za tym, aby w sytuacji jednoczesnego występowania braków formalnych wniosku o upadłość konsumencką oraz zarysowującej się potrzeby wezwania o dalsze informacje, oświadczenia i dokumenty w trybie art. 29 Prawa upadłościowego wydać jedno zarządzenie. Wydawanie oddzielnych zarządzeń w tym przedmiocie, to jest najpierw wezwania o uzupełnienie braków formalnych lub opłaty, a potem dopiero – po ich skutecznym i terminowym uzupełnieniu – kolejnego w trybie art. 29, prowadziłoby do niepotrzebnego przedłużenia postępowania w sprawie i niepotrzebnie podwójnie angażowałoby uwagę i pracę sędziego referenta oraz sekretariatu. Potrzeba jednak, aby w zarządzeniu łącznym wyraźnie i odrębnie określić najpierw braki formalne z podstawą prawną wezwania oraz ustawowym terminem tygodniowym dla ich uzupełnienia, a następnie dalsze informacje, oświadczenia i dokumenty żądane w trybie art. 29 Prawa upadłościowego z zakreśleniem stosownego terminu ich usunięcia, przy czym rygor zwrotu może być wskazany wspólnie lub odrębnie dla każdego z obu wezwań zamieszczanych łącznie w ramach jednego zarządzenia. Brak takiego rozróżnienia, zwłaszcza przy określeniu jednolitego terminu tygodniowego na uzupełnienie obu rodzajów braków, może skutkować – przy dość formalistycznym w praktyce podejściu sądów drugiej instancji w tej kwestii – uchyleniem późniejszego zarządzenia o zwrocie na skutek jego zaskarżenia, jeśli wszystkie braki formalne zostały uzupełnione przez dłużnika w całości i w terminie, natomiast nie przedłożył on całości lub części pozostałych żądanych od niego informacji, oświadczeń i dokumentów, których złożenie nie jest wymogiem ustawowym.

KORZYŚCI PROCESOWE PŁYNĄCE Z WYKORZYSTANIA WEZWANIA W TRYBIE ART. 29 PRAWA UPADŁOŚCIOWEGO

Postulowane ostatnio przystępowanie do merytorycznego rozpoznawania nieuzupełnionych wniosków prowadziłoby wielokrotnie do ich oddalenia, co definitywnie zamykałoby wnioskodawcom drogę do uzyskania dobrodziejstwa oddłużenia. Odmiennie, zwrot wniosku nie wywołuje skutków nieodwracalnych, a zatem można go ponowić w dowolnym momencie, w miarę możliwości i zapotrzebowania wnioskodawcy. Uzupełnienie wniosku przy środku zaskarżenia lub dopiero w drugiej instancji najczęściej prowadziłoby do szkodliwego dla strony przewleczenia postępowania, skoro sądowi II instancji nawet w sprawach konsumenckich ustawodawca zabrania ogłaszać upadłości, wobec czego jedynym rozwiązaniem pozostałoby uchylenie zaskarżonego postanowienia i przekazanie sprawy w celu ponownego rozpoznania. Tymczasem, do rozpoznawania wniosku ponowionego po zwrocie i należycie uzupełnionego sąd I instancji mógłby przystąpić natychmiastowo, bez organizowania wędrówki akt i multiplikowania sądowej biurowości.

Żądanie uzupełnienia wniosku konsumenckiego w zakresie wykraczającym poza enumeratywnie wyszczególnione wymogi ustawowe nie służy szykanie ani natręctwu. Postępowanie w przedmiocie ogłoszenia upadłości osoby fizycznej nieprowadzącej działalności gospodarczej ma obecnie charakter *quasi*-inkwizycyjny. Sąd wszczyna i przeprowadza takie postępowanie na skutek własnego wniosku dłużnika, który pozostaje jego jedynym uczestnikiem (niedawno wprowadzone wyjątki z art. 491^2 ust. 3 w związku z art. 8 i w związku z art. 9 Prawa upadłościowego aktualizować się będą rzadko, stanowiąc faktyczny substytut zaniechanej, a obowiązującej do 31 grudnia 2015 r. dla tych stanów faktycznych upadłości gospodarczej). Nie ma tu więc stron dłużnikowi przeciwnych, które przed sądem mogłyby wieść z nim spór, zarzucając brak podstaw do udzielenia niewątpliwego dobrodziejstwa, jakim będzie każdorazowo ogłoszenie upadłości „konsumenckiej". Wnioskodawca prowadzi w takiej sprawie spór z „sądem strażnikiem" o dopuszczalność ogłoszenia upadłości, natomiast pojęciowo wykluczone jest toczenie sporu przed „sądem arbitrem", bo strona przeciwna po prostu nie istnieje. W konsekwencji, przeniesiono znaną w obrocie gospodarczym od 2003 r. zasadę, że na postanowienie o ogłoszeniu upadłości zażalenie nie przysługuje wierzycielom upadłego wnioskodawcy (w obecnym stanie prawnym wniosek taki wynika z art. 491^2 ust. 1 w związku z art. 33 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 1 Prawa upadłościowego).

Już samo orzeczenie uwzględniające wniosek wywołuje w obrocie prawnym pewne skutki nieodwracalne, jak na przykład zniweczenie wdrożonych przeciw dłużnikowi egzekucji. Skądinąd to ostatnie może być nie tylko doraźnym, ale wręcz jedynym celem wnioskodawcy, który następnie, w dowolnym momencie może efektywnie zażądać umorzenia wszczętej już upadłości (art. 491^{10} ust. 1 Prawa upadłościowego). Konieczność zapewnienia „zaocznej" ochrony słusznych (niewykluczone) interesów wierzycieli (niekoniecznie uczestników obrotu gospodarczego, tym bardziej „parabanków" itp.) nakłada na sąd obowiązek zachowywania wstrzemięźliwości, a nawet sceptycyzmu wobec twierdzeń wnioskodawcy, niezbędnego, by uniknąć pochopnego ogłoszenia upadłości.

Wbrew intencjom ustawodawcy procedowanie nad wnioskiem dodatkowo komplikuje ograniczenie składu orzekającego do jednego sędziego zawodowego oraz – szczególnie trudne do zaakceptowania w codziennej praktyce orzeczniczej – wyeliminowanie możliwości zabezpieczania

majątku dłużnika przez ustanowienie tymczasowego nadzorcy sądowego. W stanie prawnym obowiązującym przed 31 grudnia 2014 r. nadzorca działający na polecenie sądu mógł dokonywać potencjalnie ważkich ustaleń także metodą wywiadu w środowisku zamieszkania i pracy wnioskodawcy, a przede wszystkim u jego wierzycieli. By teraz osiągnąć podobny efekt, sąd musiałby przerzucić się na system roków sądowych, „pod gruszą" w gospodarstwie czy na podwórku dłużnika, rzecz jasna bez nieocenionego e-protokołu z wysłuchania wnioskodawcy, sąsiadów, dzielnicowego, sołtysa itp.

Przekłada się to na konieczność istotnego wzmożenia aktywności sądu upadłościowego w sferze dowodowej. Inaczej niż w postępowaniu kontradyktoryjnym, gdzie sąd ocenia przeciwstawne dowody oferowane przez spierające się strony, sąd upadłościowy zobligowany jest samodzielnie (z urzędu) zadbać o zgromadzenie możliwie maksymalnej ilości materiału dowodowego, zwłaszcza na okoliczność przyczyn powstania oraz przebiegu pogłębiania się niewypłacalności wnioskodawcy. Materiał ów wymaga następnie rzetelnego przebadania, zwłaszcza w kierunku możliwości wystąpienia w sprawie przesłanek negatywnych z art. 491^4 Prawa upadłościowego. Zbieranie dowodów, aczkolwiek inicjowane z urzędu, z oczywistych przyczyn nie może obyć się bez czynnego udziału wnioskodawcy, który powinien być do tego stosownie inspirowany kierowanymi imiennie zarządzeniami do wykonania pod rygorem z art. 29 Prawa upadłościowego. Dla dobra wymiaru sprawiedliwości wszystko to winno służyć oddaleniu oportunistycznej pokusy uwzględniania „z automatu" (a więc często pochopnie) wniosków o ogłaszanie upadłości „konsumenckich".

W świetle ustawy, także w sprawach o ogłoszenie upadłości „konsumenckiej", wyznaczenie i przeprowadzenie rozprawy nie należy do czynności obligatoryjnych. Tym samym sąd nie jest zobowiązany każdorazowo do wysłuchiwania wnioskodawcy w dowodowym trybie z art. 30 Prawa upadłościowego, czyli po odebraniu przyrzeczenia i pod rygorem odpowiedzialności karnej z art. 233 § 1 k.k. i art. 522 Prawa upadłościowego. Decyzję w przedmiocie wyznaczenia rozprawy przewodniczący składu podejmuje dopiero po zapoznaniu się z zebraną dokumentacją – zaoferowaną przy wniosku, a następnie uzupełnioną w wykonaniu zarządzenia inaugurującego procedowanie. Zważywszy na różnorodność stanów faktycznych spraw „konsumenckich", niejeden dłużnik w krytycznej sytuacji osobistej może być żywotnie zainteresowany radykalnym przyspieszeniem toku czynności sądowych i zakończeniem jego sprawy postanowieniem wydanym w trybie pilnym – na posiedzeniu niejawnym.

Należyte skompletowanie dokumentacji jest jednak własną sprawą dłużnika-wnioskodawcy, którego nikt w dziele tym wyręczyć nie może. Uzmysłowić trzeba zainteresowanym, że dłużnik autonomicznie podejmuje decyzję o rozpoczęciu starań o uzyskanie upadłości „konsumenckiej" i składa wniosek w wybranym przez siebie momencie, wolny od jakichkolwiek presji ustawowych. Winien więc sam przygotować się do tego w niezbędnym zakresie.

ART. 29 PRAWA UPADŁOŚCIOWEGO JAKO ŚRODEK ŁAGODZĄCY NIEDOSTATKI URZĘDOWEGO FORMULARZA WNIOSKU DŁUŻNIKA O OGŁOSZENIE UPADŁOŚCI

W kontekście właściwości miejscowej głęboki sens ma dopytywanie dłużników przy wezwaniu w trybie art. 29 Prawa upadłościowego, jaki mają tytuł prawny do przebywania pod wskazanym przez nich adresem zamieszkania, zwłaszcza wtedy, gdy inne okoliczności (np. miejsce pracy, położenia majątku czy miejsce rozliczeń z fiskusem) rodzą wątpliwości co do tego, gdzie skupia się centrum aktywności życiowej dłużnika. Czasami bowiem okazuje się, że wybór sądu został dokonany przez dłużnika z pewnych przyczyn zupełnie dowolnie, a wskazane przez niego miejsce zamieszkania jest jedynie adresem dla doręczeń, pokrywającym się przykładowo ze znanym sądowi skądinąd adresem siedziby wielu innych spółek lub kancelarii prawnych.

Solenny, wiarygodny spis wierzycieli dłużnika-wnioskodawcy jest absolutnie niezbędny dla rozstrzygnięcia każdej sprawy z wniosku o ogłoszenie upadłości „konsumenckiej". Powinna zawrzeć się w nim wyjściowa, zagregowana informacja o fundamentalnym znaczeniu dla zgromadzenia (po ustaleniu dostępności i ukierunkowaniu potrzeb) możliwie maksymalnej ilości materiału dowodowego na okoliczność przyczyn powstania oraz przebiegu pogłębiania się niewypłacalności wnioskodawcy. Materiał ów wymaga następnie rzetelnego przebadania, zwłaszcza w kierunku możliwości wystąpienia w sprawie przesłanek negatywnych z art. 491^4 Prawa upadłościowego. Taki jest zamysł ustawodawcy, odzwierciedlony w treści art. 491^2 ust. 4 pkt 5 Prawa upadłościowego. Tymczasem nawet formalnie poprawne wypełnienie wszystkich rubryk formularza wniosku odnoszących się do wierzycieli dłużnika nie pozwala w zdecydowanej większości wypadków na ustalenie i ocenę w zakresie tego, jak przyrastało zadłużenie w konkretnym okresie i jak kształtowała się wówczas zdolność dłużnika do jego obsługi. W zdecydowanej większości przypadków od terminów zapłaty ważniejsza jest bowiem zagregowana informacja o datach powstawania zobowiązań. To

one obrazują przebieg zadłużania się i pogłębiania niewypłacalności dłużnika, natomiast odroczone na lata terminy płatności kredytów czy pożyczek zaciąganych w bankach i pozostałych instytucjach finansowych są pod tym względem informacją nieomalże całkowicie obojętną dla sądu. Precyzyjnych informacji, oświadczeń i dokumentów w tym zakresie może sąd żądać właśnie w trybie wezwania z art. 29 Prawa upadłościowego. W niektórych, chociaż wcale nierzadkich przypadkach ilość i skala zobowiązań dłużnika, ocenianych po samych datach ich zaciągania, jest wszakże tak duża i nieznajdująca pokrycia w jego majątku, że już *a limine* uzasadnia przyjęcie domniemania faktycznego co najmniej rażącego niedbalstwa po jego stronie w doprowadzeniu do niewypłacalności, względnie zwiększenia jej rozmiaru. Wówczas można wzywać dłużnika-wnioskodawcę, aby złożył sądowi zbiorczą, szczegółową i udokumentowaną w dostępny sposób informację o przebiegu zaciągania przykładowo w latach 2012-2016 kredytów, pożyczek itp. oraz o przebiegu postępujących równolegle spłat kredytów, pożyczek itp. już zaciągniętych, ze wskazaniem łącznego salda zadłużenia utrzymującego się w dacie zaciągania każdego kolejnego kredytu, pożyczki itp. – w stosownym terminie (zwykle 14 lub 21 dni) – już nie pod rygorem zwrotu z art. 29 w związku z art. 491^2 ust. 1 Prawa upadłościowego, lecz wprost pod rygorem oddalenia wniosku o ogłoszenie upadłości w związku z (co najmniej) rażąco niedbałym, o ile nie umyślnym doprowadzeniem do niewypłacalności lub zwiększeniem jej rozmiaru przez dłużnika-wnioskodawcę i zawiadomienia prokuratury o uzasadnionym podejrzeniu popełniania przez dłużnika-wnioskodawcę przestępstw z art. 297 § 1 k.k. lub art. 286 § 1 k.k.

Żądanie od dłużnika dokumentacji dotyczącej jego zadłużenia, zwłaszcza w celu oceny, czy nie zaciągał zobowiązań w sposób rażąco niedbały, lekkomyślny, a nawet przy pełnej świadomości i nieuchronności braku możliwości późniejszej ich spłaty, znajduje pełne oparcie w dyspozycji art. 29 Prawa upadłościowego. W większości wypadków są to bowiem zobowiązania kredytowo-pożyczkowe zaciągane w bankach. Informacje o nich stanowią tajemnicę bankową, którą można udostępniać w wypadkach wyraźnie prawem wskazanych i w odniesieniu do ściśle określonych podmiotów[9]. Bank natomiast nie ma obowiązku, a nawet prawa do udzielania sądowi upadłościowemu, stanowiących tajemnicę bankową, informacji o zadłużeniu dłużnika z tytułu zaciągniętych kredytów i pożyczek bankowych, więc trzeba się w tym zakresie posiłkować dłużnikiem, który albo te dokumenty posiada, albo może o nie wystąpić do banku. W razie potrzeby termin, wyznaczony dłużnikowi w trybie art. 29 Prawa upadłościowego, można na jego żądanie – jako termin sądowy – stosownie przedłużyć.

Wskazując środki dowodowe w formularzu, dłużnicy często nie ujawniają danych swoich małżonków, z którymi nie prowadzą wspólnego gospodarstwa lub nawet w ogóle nie utrzymują kontaktu, mimo że formalnie nierzadko pozostają w z nimi w reżimie ustawowej małżeńskiej wspólności majątkowej. Tymczasem uwzględnienie wniosku o ogłoszenie upadłości sprawia, że majątek wspólny objęty zostaje masą upadłości[10]. Co więcej, dotyczyć to może zasadniczo także składników majątkowych byłego małżonka objętych uprzednio wspólnością małżeńską, jeśli rozdzielność majątkowa powstała na skutek prawomocnego wyroku rozwodowego wydanego w ciągu roku przed złożeniem wniosku o ogłoszenie upadłości[11]. Małżonek dłużnika nie jest jednak stroną postępowania, bo jest nim tylko dłużnik, co wynika z dyspozycji art. 26 ust. 1 w związku z art. 491^2 Prawa upadłościowego. Nie jest zainteresowanym w sprawie w rozumieniu przepisów nieprocesowych k.p.c., których się tutaj nie stosuje[12], czyli w konsekwencji nie ma prawa veta wobec wnoszonego przez współmałżonka żądania ogłoszenia jego upadłości. Może być jednak taki małżonek cennym źródłem dowodowym, a jego zeznania, gdyby miały się okazać niekorzystne dla wnioskodawcy, mogą zaważyć na odmownym rozstrzygnięciu sprawy. Wezwanie w trybie art. 29 Prawa upadłościowego o podanie danych nawet byłych małżonków dłużników w celu wezwania i przesłuchania ich w charakterze świadków jest jak najbardziej zasadne tym bardziej, że – jak wskazuje dotychczasowa praktyka – w większości wypadków[13] wcale nie korzystają oni z prawa do odmowy składania zeznań.

Wskazana i *de lega lata* dopuszczalna jest dodatkowa aktywność sądu upadłościowego, która może uruchomić wystąpienia na zasadzie *amici curiae* ze strony wierzycieli i innych potencjalnie „zainteresowanych" wynikiem sprawy, co z kolei – oceniane przez sąd w trybie, właściwej dla postępowania *quasi*-inkwizycyjnego kognicji *ex officio* – może pomóc sądowi w rzetelnej weryfikacji kompletności i prawdziwości informacji oraz okoliczności wskazanych we wniosku dłużnika. Aktywność tę sądy upadłościowe mogą realizować co najmniej dwoma sposobami.

[9] Por. art. 105 ust. 1 pkt 2 lit. b-d w związku z art. 104 ustawy – Prawo bankowe.

[10] Por. w tym zakresie art. 124 ust. 1-4 w związku z art. 491^2 ust. 1 Prawa upadłościowego.

[11] Por. w tym zakresie art. 125 ust. 1-3 w związku z art. 491^2 ust. 1 Prawa upadłościowego.

[12] Zgodnie bowiem z art. 35 Prawa upadłościowego w sprawach nieuregulowanych w ustawie do postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości stosuje się odpowiednio przepisy księgi pierwszej części pierwszej kodeksu postępowania cywilnego (z wyjątkami), czyli przepisy o procesie.

[13] Przynajmniej w praktyce wrocławskiego sądu upadłościowego.

Sporadyczne, ale każdorazowo dokuczliwe są wypadki zgłaszania się – zwykle w odformalizowanym trybie skargowym – osób rozżalonych, a nawet zbulwersowanych powziętymi informacjami o ogłoszeniu upadłości niektórych wnioskodawców. Po pierwszych tego rodzaju doświadczeniach we wrocławskim sądzie upadłościowym wdrożono asekuracyjną (w najlepszym znaczeniu tego słowa) praktykę kierowania do zamieszczenia w Monitorze Sądowym i Gospodarczym nieodpłatnego obwieszczenia zawiadamiającego o wszczęciu postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości danego dłużnika, z podaniem daty złożenia wniosku i sygnatury akt sprawy. Wykonuje się to po ustaleniu, że wniosek został uzupełniony w stopniu dostatecznym i nadaje się do merytorycznego rozpoznania. Zarządzeniu obwieszczenia towarzyszy zwykle wyznaczenie rozprawy, połączone z wezwaniem dłużnika do osobistego stawiennictwa, pod rygorem pominięcia dowodu z jego wysłuchania. W wypadkach już *prima facie* kontrowersyjnych zdarzało się, że kserokopie sporządzonego przez dłużnika spisu doręczano wymienionym tam wierzycielom, wzywając ich do niezwłocznego udzielenia sądowi dostępnych, możliwie szczegółowych i udokumentowanych informacji o przebiegu zaciągania i regulowania zobowiązań danego dłużnika, ze wskazaniem, że odmowa wykonania wezwania, nawet motywowana tajemnicą bankową lub inną, upoważni sąd do swobodnej oceny dostępnego materiału dowodowego, oferowanego dotychczas przez samego wnioskodawcę, starającego się o oddłużenie w konsekwencji ogłoszenia upadłości „konsumenckiej".

Zgodnie z art. 491^2 ust. 4 pkt 8 Prawa upadłościowego wniosek o ogłoszenie upadłości powinien zawierać oświadczenie dłużnika, że nie zachodzą okoliczności wskazane w art. 491^4 ust. 2 i 3 tej ustawy. Kwestia oświadczenia w przedmiocie istnienia przesłanek z art. 491^4 Prawa upadłościowego została jednak w formularzu zredagowana w sposób nieprecyzyjny i mogący wprowadzać w błąd zarówno osoby podpisujące się pod formularzem, jak i sąd będący adresatem tego oświadczenia. Bez względu na to, czy oświadczenie będzie potwierdzało, czy też negowało wystąpienie przesłanek przepisanych jak z ustawy, to w gruncie rzeczy nie będzie wiadomo, do czego to potwierdzenie czy negacja się odnoszą: czy do braku występowania przesłanek negatywnych w ogóle, czy też do spełnienia wszystkich lub niektórych spośród nich (a wówczas też nie będzie wiadomo, których konkretnie to dotyczy), chociaż przy jednoczesnym zajściu względów słuszności lub humanitarnych. Oczywiste jest, że w uzasadnieniu wniosku należy podać wszystkie niezbędne i związane z tym szczegóły, ale nie zawsze dłużnicy-wnioskodawcy to czynią. Z tak złożonego oświadczenia formularzowego nic konkretnego wtedy nie wynika, a zatem niezbędne jest jego odpowiednie doprecyzowanie w ramach wezwania w trybie art. 29 Prawa upadłościowego, skoro wymóg formalny złożenia stosownego w tym względzie oświadczenia dłużnik już spełnił, składając podpis pod formularzem zawierającym niefortunnie zredagowaną jego treść. W zastosowanym w formularzu sposobie uregulowania kwestii przedmiotowego oświadczenia kryje się ponadto jeszcze inna pułapka czyhająca na dłużników reprezentowanych przez adwokata lub radcę prawnego, których wniosek o ogłoszenie upadłości konsumenckiej opatrzony został wyłącznie podpisami pełnomocnika znajdującymi się na urzędowym formularzu i jego uzupełnieniu, a jednocześnie przedmiotowego oświadczenia nie zawarto w odrębnym dokumencie podpisanym przez dłużnika. Złożenie przez pełnomocnika procesowego w urzędowym formularzu zapewnienia o nieistnieniu wskazanych okoliczności nie czyni bowiem zadość ustawowemu wymogowi natury formalnej, skoro w art. 491^2 ust. 4 pkt 8 Prawa upadłościowego zastrzeżono wyraźnie, że oświadczenie pochodzić ma bezpośrednio od dłużnika. Szczególne znaczenie takiego oświadczenia podkreślają inne przepisy ustawy, ustanawiające osobistą odpowiedzialność wnioskodawcy za jego treść. Zgodnie z art. 522 ust. 1 Prawa upadłościowego, kto, będąc dłużnikiem, podaje we wniosku o ogłoszeniu upadłości nieprawdziwe dane – podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. W pierwszej jednak kolejności ujawnienie nieprawdy we wniosku o ogłoszenie upadłości lub załącznikach do niego winno skutkować oddaleniem wniosku na podstawie art. 491^4 ust. 4 Prawa upadłościowego, względnie umorzeniem wszczętego uprzednio postępowania upadłościowego, w trybie art. 491^{10} ust. 3 w zw. z art. 491^{10} ust. 2 Prawa upadłościowego. Formularz podpisany przez pełnomocnika winien więc być uzupełniony własnym oświadczeniem dłużnika, któremu najlepiej nadać postać odrębnego dokumentu o niewątpliwym autorstwie, przy czym podkreślić trzeba, że dłużnik, wobec którego zachodziłaby którakolwiek z okoliczności wymienionych w art. 491^4 ust. 2 i 3 Prawa upadłościowego, powinien sugerowaną w formularzu redakcję oświadczenia adekwatnie zmodyfikować, również czyniąc to na karcie formularz uzupełniającej. W przeciwnym natomiast wypadku, zgodnie z art. 491^2 ust. 1 Prawa upadłościowego w zw. z art. 28 ust. 1 Prawa upadłościowego, nieodpowiadający wymogom określonym w ustawie lub nienależycie opłacony wniosek o ogłoszenie upadłości osoby fizycznej nieprowadzącej działalności gospodarczej zwraca się bez wezwania o uzupełnienie lub opłacenie wniosku, jeżeli został on zgłoszony przez wnioskodawcę reprezentowanego przez adwokata lub radcę prawnego.

Jako budząca wątpliwości pozostaje kwestia obowiązku sądu upadłościowego dotycząca powiadomienia o ogłoszeniu upadłości konsumenckiej znanych mu organów egzekucyjnych prowadzących egzekucje przeciwko dłużnikowi komorników o egzekucjach, o czym mowa w art. 53 ust. 5 Prawa upadłościowego. Z jednej bowiem strony w art. 491^2 ust. 1 Prawa upadłościowego 1.01.2016 r. wykreślono wyłączenie odpowiedniego stosowania – między innymi – przepisów art. 53 Prawa upadłościowego. Z drugiej jednak z tym samym dniem w art. 491^6 ust. 2 Prawa upadłościowego wskazano, że o ogłoszeniu upadłości (konsumenckiej) powiadamia się właściwą izbę skarbową oraz właściwy oddział ZUS-u lub KRUS-u, co mogłoby sugerować, że ustawodawca tę kwestię chciał uregulować tylko w taki właśnie sposób i w jego zamierzeniu całkowicie wyczerpujący, co z kolei przemawiało za zbędnością wymienienia art. 53 jako podlegającego wyłączeniu z odpowiedniego stosowania w upadłości konsumenckiej. Jeśli jednak odsunąć na bok względy wykładni systemowej, której rygorystyczne przestrzeganie w tym wypadku prowadziłoby do rezultatów przez ustawodawcę z pewnością ewidentnie niezamierzonych[14], to przyznać trzeba, że z punktu widzenia wykładni celowościowej trudno wskazać jakiekolwiek względy przemawiające za brakiem potrzeby powiadamiania organów prowadzących egzekucje przeciwko dłużnikowi o ogłoszeniu upadłości dłużnika konsumenta. Zarówno w przypadku upadłości przedsiębiorcy, jak i osoby fizycznej nieprowadzącej działalności gospodarczej potrzeba takiego powiadomienia jest identyczna. Z tego względu przy uznaniu wykładni celowościowej za przeważającą w tej kwestii zasadne jest żądanie od dłużnika-wnioskodawcy upadłości konsumenckiej wykazu egzekucji przeciwko niemu prowadzonych, jednak nie jako obowiązkowego wymogu formalnego, którego ustawa wyraźnie w tym zakresie nie statuuje[15], lecz właśnie w trybie art. 29 Prawa upadłościowego.

Wydaje się, że w rozporządzeniu ustalającym wzór formularza wniosku dłużnika o ogłoszenie jego upadłości przekroczona została delegacja ustawowa w zakresie żądania dołączenia odpisu wniosku, gdyż wymóg taki nie wynika z ustawy – Prawo upadłościowe (por. brzmienie dyspozycji zawartych w lewym górnym narożniku nagłówka tegoż formularza). Użyteczność tego rozwiązania jest wątpliwa, a z pewnością nieoczywista, bo w praktyce większość załączników dotyczy względów humanitarnych i słuszności (najczęściej dokumentują one liczne schorzenia dłużnika i jego najbliższych), natomiast jeśli chodzi o dokumentację zadłużeniową, to i tak w razie ogłoszenia upadłości syndycy powinni zaznajamiać się z nią u źródła, czyli u dłużnika, bo dokumenty często dołączane są do wniosku o upadłość w sposób wybiórczy, chaotyczny i nierzadko przy celowym pomijaniu części z nich. Ostatecznie zatem – z punktu widzenia niezbędnej weryfikacji przez syndyka danych dłużnika o jego wierzycielach – kluczowe są dane i dokumenty zawarte w zgłoszeniach wierzytelności. Dołączenie odpisu wniosku nie jest zatem jakimś szczególnym ułatwieniem dla syndyka, bo i tak powinien on szczegółowo zapoznać się z całym dalszym materiałem dowodowym zawartym w aktach w przedmiocie ogłoszenia upadłości. Tymczasem nierzadko niezmiernie opasłe dodatkowe odpisy konsumenckich wniosków w sprawach niezakończonych ogłoszeniem upadłości zalegają na biurkach i półkach sędziowskich oraz blokują przejścia w zapchanych ponad miarę podręcznych archiwach sądowych.

Nakaz załączania odpisów, niefortunnie dopisany przez autora formularzowego pouczenia, może ponadto wzmacniać wśród dłużników i ich pełnomocników przekonanie o wprowadzeniu przez ustawodawcę domniemania prawnego zasadności wniosku o ogłoszenie upadłości, co znajduje wyraz w nierzadkim tytułowaniu przez nich odpisu wniosku o upadłość mianem „odpis dla syndyka", bo przecież w postępowaniu w przedmiocie ogłoszenia upadłości z wniosku dłużnika-konsumenta nie ma żadnej innej strony (uczestnika) ani tymczasowego nadzorcy sądowego. Konstrukcja obejmująca obowiązek dołączenia odpisu wniosku – jako ustawowa – występuje w przyspieszonym postępowaniu układowym[16], którego uczestnikiem zasadniczo pozostaje sam dłużnik[17] i w którym ustawodawca nie przewidział możliwości i potrzeby wyznaczenia tymczasowego nadzorcy sądowego. Odpis tego wniosku jest zatem przeznaczony dla przyszłego nadzorcy sądowego w razie uwzględnienia wniosku restrukturyzacyjnego, lecz tam rozpoznawanie wniosku jest – z wyraźnej woli ustawodawcy – szybsze, uproszczone i ograniczone dowodowo do dokumentów przedstawianych przez dłużnika, a czasowo zakreślone ustawowym instrukcyjnym terminem w rozmiarze jednego tygodnia[18]. Tymczasem w konsumenckim postępowaniu w przedmiocie ogłoszenia upadłości termin dla rozpoznania wniosku, w świetle dyspozycji art. 491^2 ust. 1 w związku z art. 27 ust. 3 Prawa upadłościowego, wynosi standardowe dwa miesiące, a z dostępnych środków dowodowych ustawodawca

[14] Chodziłoby tutaj przykładowo o wyłączenie stosowania w konsumenckim postępowaniu w przedmiocie ogłoszenia upadłości obowiązku powiadomienia syndyka o ogłoszeniu upadłości z uwzględnieniem sposobu realizacji tego obowiązku określonego w dyspozycji zd. 3 ust. 2 art. 53 Prawa upadłościowego, a to z uwagi na brak powtórzenia tych regulacji w ust. 1 art. 491^6 Prawa upadłościowego. Domniemanie takiej woli ustawodawcy wydaje się całkowicie nieracjonalne i trąciłoby skrajnym formalizmem i to tym bardziej, że wniosek o ogłoszenie upadłości konsumenckiej może złożyć osoba, która do dnia poprzedzającego jego złożenie była jeszcze pełnoprawnym przedsiębiorcą.

[15] Por. w szczególności art. 491^2 ust. 4 Prawa upadłościowego.

[16] Por. art. 227 ust. 3 Prawa restrukturyzacyjnego (Dz. U. z 2015 r., poz. 978).

[17] Por. art. 7 ust. 1 Prawa restrukturyzacyjnego.

[18] Por. art. 232 Prawa restrukturyzacyjnego.

wyłącza jedynie dowód z opinii biegłego[19], pozostawiając możliwość uzupełniania przez sąd materiału dowodowego o dalsze dokumenty ponad te, które dołączono do wniosku o upadłość, a także o zeznania świadków i dłużnika. Poza tym literalne brzmienie art. 491[4] Prawa upadłościowego statuuje wyłącznie ustawowe domniemanie niezasadności wniosku dłużnika-konsumenta o ogłoszenie jego upadłości w przypadkach tam wskazanych, co łagodzić ma jedynie ewentualne wystąpienie względów słuszności lub humanitarnych przemawiających za uwzględnieniem żądania ogłoszenia upadłości w konkretnej sprawie, przy czym względy te pozostają zastrzeżone tylko dla powodów oddalenia wniosku wskazanych w ust. 2-4 powołanego artykułu.

NOSTALGIA PO WYŁĄCZENIU STOSOWANIA ART. 25 PRAWA UPADŁOŚCIOWEGO W SPRAWACH O UPADŁOŚĆ KONSUMENCKĄ

Trudno zrozumieć, jakie racjonalne motywy skłoniły projektodawców zmian ustawy do wyłączenia zastosowania art. 25 ust. 1 Prawa upadłościowego w sprawach o ogłoszenie upadłości osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej. Przepis ten w zwykłych warunkach obliguje dłużnika do złożenia wraz z wnioskiem o ogłoszenie upadłości oświadczenia na piśmie co do prawdziwości danych w nim zawartych. W realiach „konsumenckich" sąd nadrabia ustawodawczą zaległość własnym sumptem, przez wezwanie dłużnika-wnioskodawcy do złożenia solennego („stanowczego i nieodwołalnego" – jak w zarządzeniu) zapewnienia o prawdziwości oraz zupełności danych zawartych w jego wniosku o ogłoszenie upadłości, w uzupełnieniu wniosku oraz w załączonych spisach, wykazach i zestawieniach. Wezwanie takie służy udzieleniu dłużnikowi pouczenia o zagrożeniu odpowiedzialnością karną na podstawie art. 522 Prawa upadłościowego w niebagatelnym wymiarze do pięciu lat pozbawienia wolności. Jest też ostatnią okazją do uświadomienia wnioskodawcy powagi konsekwencji związanych już z samym wszczęciem dotyczącej go procedury sądowej[20]. Na razie bowiem nikt z przedstawicieli legislatury czy doktryny prawa nie wpadł – i miejmy nadzieję, że się tak nie stanie – na postępowy pomysł, by sprawy o ogłoszenie upadłości „konsumenckiej" załatwiać (rozpoznawać?) w mitycznym „jednym okienku" sądowo-pocztowym, najlepiej w instrukcyjnym terminie siedmiu minut od przyjęcia wniosku. Nadal odbywa się tu *par excellence* sprawowanie wymiaru sprawiedliwości przez niezawisły sąd. Państwo, które ustanowiło dane przepisy prawne, może jednak w tym miejscu polegać wyłącznie na skrupulatności, dociekliwości, życiowym doświadczeniu, spostrzegawczości i intuicji przewodniczącego składu orzekającego, jednoosobowo oceniającego wiarygodność narracji stojącego przed nim dłużnika-wnioskodawcy o przyczynach niepowodzenia jego aktywności gospodarczej lub innej zawodowej, o przebiegu pogłębiania się niewypłacalności, a zwłaszcza o wszelkich innych niedolach z niezgłębionego, niewyczerpanego rezerwuaru „względów słuszności lub humanitarnych". Tym bardziej zatem wezwaniu w trybie art. 29 Prawa upadłościowego może i powinno towarzyszyć również wezwanie dłużnika do złożenia oświadczenia o treści odpowiadającej dyspozycji art. 25 Prawa upadłościowego.

Reasumując, należy podkreślić, że instytucja z art. 29 Prawa upadłościowego, stosowana marginalnie w postępowaniu w przedmiocie ogłoszenia upadłości przedsiębiorców, z uwagi na specyfikę postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości konsumentów i występujące w nim ograniczenia procesowo-kognicyjne dla sądu upadłościowego, może stać się w praktyce istotnym narzędziem pozwalającym sądowi na doprowadzenie sprawy do stanu umożliwiającego pełne, rzetelne i trafne rozpoznanie zasadności wniosku dłużnika-konsumenta o ogłoszenie jego upadłości.

Przykład zarządzenia wydanego w trybie art. 491[2] ust. 1 w związku z art. 29 Prawa upadłościowego (wersja maksymalna)

Sygn. akt VIII GU 999/16

ZARZĄDZENIE

4 lipca 2016 r.

Przewodniczący – SSR Marek Nowak

w Sądzie Rejonowym dla Wrocławia-Fabrycznej we Wrocławiu, Wydział VIII Gospodarczy dla spraw Upadłościowych i Restrukturyzacyjnych, na posiedzeniu niejawnym

w sprawie ze złożonego 29 czerwca 2016 r. wniosku dłużnika – Jana Kowalskiego o ogłoszenie upadłości osoby fizycznej nieprowadzącej działalności gospodarczej **zarządza:**

w trybie art. 491[2] ust. 1 Prawa upadłościowego w związku z art. 29 Prawa upadłościowego wezwać dłużnika, aby w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania, pod

[19] Por. art. 30a w związku z art. 491[2] ust. 1 Prawa upadłościowego.

[20] Oświadczenie to musi zatem pochodzić od dłużnika, a nie od jego pełnomocnika, co w praktyce zdarza się dość często, bo tylko dłużnik, a nie jego pełnomocnik, składa je pod surowym rygorem odpowiedzialności karnej, co jest gwarantem tego, że składa je zgodnie z prawdą.

rygorem zwrotu wniosku o ogłoszenie upadłości, dokonał niżej wymienionych czynności umożliwiających nadanie sprawie dalszego biegu przez:

- dołączenie **odrębnego, podpisanego przez dłużnika** spisu **wszystkich** jego wierzycieli, z podaniem ich adresów i wysokości wierzytelności każdego z nich **oraz dat ich powstania i terminów zapłaty**,
- zrelacjonowanie w odrębnym piśmie przebiegu zadłużania się (w miejsce ogólników podanych zamiast rzeczowego uzasadnienia wniosku),
- dołączenie (w kserokopiach) źródłowej dokumentacji zadłużenia wnioskodawcy (umowy kredytowe i pożyczek oraz aneksy do nich, inne umowy, oświadczenie lub oświadczenia dłużnika o poręczeniu, harmonogramy spłat, skierowane do dłużnika zawiadomienia o przelewach wierzytelności, wezwania do zapłaty, upomnienia, deklaracje lub zeznania podatkowe, administracyjne tytuły wykonawcze itp.),
- wskazanie łącznej wysokości rat kredytów i pożyczek należnych od dłużnika miesięcznie, począwszy od 2013 r.,
- wskazanie i udokumentowanie dostępnymi środkami, jaka część kredytów i pożyczek została spłacona,
- dołączenie podpisanego wykazu zbiorczego wystawionych przeciw dłużnikowi tytułów wykonawczych lub egzekucyjnych oraz wszczętych wobec niego postępowań egzekucyjnych i zabezpieczających, względnie załączenie odpisów orzeczeń zasądzających zapłatę od dłużnika i odpisów późniejszych dokumentów komorniczych (względnie stanowcze zapewnienie o braku takich tytułów i postępowań),
- dołączenie podpisanego przez dłużnika aktualnego i zupełnego wykazu majątku z szacunkową wyceną jego składników – co do rzeczy i należności o szacunkowej wartości jednostkowej przewyższającej 500 zł (*w wykazie należy w szczególności podać numer księgi wieczystej prowadzonej dla nieruchomości i opisać ustanowione na niej zabezpieczenia*), względnie stanowcze zapewnienie o braku takich przedmiotów,
- dołączenie uzupełnienia listy zabezpieczeń ustanowionych na majątku dłużnika wraz z datami ich ustanowienia w zakresie odnoszącym się do przewłaszczeń, względnie przedłożenie wyraźnego oświadczenia, że tego typu zabezpieczenie nie zostało ustanowione[21],
- wskazanie, czy w ciągu ostatnich 5 lat dłużnik był właścicielem nieruchomości lub ruchomości o wartości powyżej 5 000 zł, których własność przeniesiono na inne osoby (w razie odpowiedzi twierdzącej należy precyzyjnie określić te przedmioty, ich nabywców oraz tytuły przeniesienia własności),
- dołączenie dostępnej dokumentacji na okoliczność aktualnie osiąganych przez dłużnika przychodów regularnych,
- dołączenie podpisanego przez dłużnika lub jego pracodawcę/zleceniodawcę oświadczenia o aktualnie osiąganych przychodach, względnie zapewnienia o braku przychodów,
- wykazanie tytułu (prawnego lub innego) dłużnika do zamieszkiwania w lokalu przy ul.... we Wrocławiu, względnie w innym lokalu we Wrocławiu lub okolicach,
- wskazanie, czy dłużnik pozostaje lub pozostawał w małżeńskiej wspólności majątkowej (w wypadku rozszerzenia lub ograniczenia wspólności ustawowej albo ustanowienia rozdzielności majątkowej należy załączyć odpis stosownej umowy sporządzonej w formie aktu notarialnego bądź odpis prawomocnego orzeczenia sądowego),
- podanie aktualnego adresu zamieszkania małżonka dłużnika, o ile małżeństwo trwa, względnie byłego małżonka, jeśli małżeństwo wraz z majątkową wspólnotą ustało nie wcześniej niż na rok przed złożeniem wniosku o upadłość,
- dołączenie wyciągów ze wszystkich prowadzonych dla dłużnika rachunków bankowych – za okres od 1 stycznia 2014 r.,
- wskazanie urzędów skarbowych właściwych dla dłużnika w ciągu ostatnich pięciu lat przed złożeniem wniosku o ogłoszenie upadłości,
- dołączenie odpisów uzyskanych informacji (PIT-11, PIT-8C itp.) o osiągniętych przez dłużnika przychodach i zaliczkach pobranych na podatek dochodowy w latach 2012-2015,
- dołączenie odpisów (lub wydruków, łącznie z urzędowymi potwierdzeniami odbioru) złożonych przez wnioskodawcę zeznań podatkowych za lata 2012-2015,
- dołączenie odpisów deklaracji VAT złożonych przez dłużnika od początku 2013 r. w związku z prowadzoną uprzednio działalnością gospodarczą,
- wskazanie, czy i kiedy dłużnik prowadził działalność gospodarczą na własny rachunek (jako osoba fizyczna), względnie w ramach spółki cywilnej,
- wskazanie, czy i kiedy dłużnik pełnił funkcję reprezentanta osoby prawnej albo jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną,
- dołączenie własnego, odrębnego oświadczenia dłużnika na piśmie, czy w okresie dziesięciu lat przed dniem zgłoszenia wniosku:

[21] Przykładowe wyliczenie zawarte w punkcie 7) ust. 4 art. 491^2 Prawa upadłościowego nie zawiera wskazania ważnego sposobu zabezpieczenia w postaci przewłaszczenia, które szczególnie często występuje przy kredytach udzielanych na zakup samochodu. W praktyce dłużnicy sami o takim zabezpieczeniu nie pamiętają, odnosząc się do sposobów wymienionych wyraźnie, chociaż tylko przykładowo, w tym przepisie.

- ✓ Jan Kowalski miał obowiązek złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości – własnej lub reprezentowanego przez siebie podmiotu,
- ✓ Jan Kowalski wykonał w ustawowym terminie obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości – własnej lub reprezentowanego przez siebie podmiotu,
- ✓ czynność prawna Jana Kowalskiego została prawomocnie uznana za dokonaną z pokrzywdzeniem wierzycieli,
- ✓ w stosunku do Jana Kowalskiego prowadzono postępowanie upadłościowe (jakiekolwiek); w razie odpowiedzi twierdzącej, należy wskazać, czy:

• postępowanie to zostało umorzone z innych przyczyn niż na wniosek dłużnika,
• uchylono ustalony dla dłużnika w postępowaniu plan spłaty wierzycieli,
• w postępowaniu umorzono całość lub część jego zobowiązań.
• **dołączenie własnego, odrębnego oświadczenia dłużnika na piśmie o treści:**

„Ja, Jan Kowalski, numer PESEL (...), stanowczo i nieodwołalnie zapewniam o prawdziwości oraz zupełności danych zawartych we wniosku o ogłoszenie mojej upadłości, w uzupełnieniu wniosku oraz w załączonych spisach, wykazach i zestawieniach.

Zapewnienie to składam, będąc świadomy odpowiedzialności karnej grożącej na podstawie art. 491[2] ust. 1 Prawa upadłościowego w związku z art. 522 Prawa upadłościowego, podlega bowiem karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5 ten, kto:

- **będąc dłużnikiem, podaje we wniosku o ogłoszenie upadłości nieprawdziwe dane,**
- **będąc dłużnikiem, w postępowaniu w przedmiocie ogłoszenia upadłości podaje sądowi nieprawdziwe informacje co do stanu swego majątku.**

(podpis dłużnika)".

(w piśmie obejmującym tekst oświadczenia należy powołać sygnaturę akt niniejszej sprawy – VIII GU 999/16 of)[22].

Przewodniczący

Zarządzenie/Sekretariat:

1. Odnotować w repertorium.
2. Odpis zarządzenia doręczyć dłużnikowi.
3. Wierzycielom wymienionym w sporządzonym przez dłużnika spisie (adresy w miarę możliwości zweryfikować przez wgląd do oficjalnych stron internetowych) doręczyć kserokopie spisu, wzywając każdego z nich do udzielenia sądowi – w terminie 14 dni – dostępnych, możliwie szczegółowych i udokumentowanych informacji o przebiegu zaciągania **i regulowania** zobowiązań dłużnika Jana Kowalskiego (PESEL nr...), ze wskazaniem, że odmowa wykonania niniejszego wezwania, nawet motywowana tajemnicą bankową lub inną, upoważni sąd do swobodnej oceny dostępnego materiału dowodowego, oferowanego na razie przez samego wnioskodawcę, starającego się o oddłużenie w konsekwencji ewentualnego uwzględnienia jego wniosku o ogłoszenie upadłości „konsumenckiej".
4. Kal. 14 dni.
5. **Zamieścić w Monitorze Sądowym i Gospodarczym nieodpłatne obwieszczenie o następującej treści: „Sąd Rejonowy dla Wrocławia-Fabrycznej we Wrocławiu, VIII Wydział Gospodarczy dla spraw Upadłościowych i Restrukturyzacyjnych, zawiadamia, że wszczęte zostało postępowanie w przedmiocie ogłoszenia upadłości Jana Kowalskiego, numer PESEL (...), jako osoby fizycznej nieprowadzącej działalności gospodarczej, na skutek wniosku dłużnika złożonego 29 czerwca 2016 r. (sygn. akt VIII GU 999/16 of)."**

Wrocław, data jw.

[22] Z uwagi na dość częste zwroty wniosków konsumenckich o ogłoszenie upadłości i ich późniejsze czasem kilkukrotne ponowienia w oświadczeniu dotyczącym prawdziwości i zupełności danych w nich zawartych, aby uniknąć ewentualnych późniejszych wątpliwości w tym względzie, wskazane byłoby, aby w treści oświadczenia dłużnik podał sygnaturę postępowania, do którego je składa.

Mateusz Medyński [1],
Barbara Szczepkowska [2],
Konrad Forysiak [3]

NIEZGŁOSZENIE WNIOSKU O OGŁOSZENIE UPADŁOŚCI WBREW OBOWIĄZKOWI JAKO NEGATYWNA PRZESŁANKA OGŁOSZENIA UPADŁOŚCI KONSUMENCKIEJ

Instytucja prawna upadłości konsumenckiej została wprowadzona po raz pierwszy w odpowiedzi na narastające zjawisko nadmiernego zadłużenia osób fizycznych ustawą z 5 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych[4]. Założeniem przyświecającym ustawodawcy było stworzenie odpowiednich mechanizmów prawnych umożliwiających oddłużenie osobom, które nie są w stanie samodzielnie regulować swoich zobowiązań. Jak pokazała praktyka, wprowadzone wtedy przez ustawodawcę przesłanki upadłości konsumenckiej były zbyt restrykcyjne, by umożliwić konsumentom skorzystanie z tego swoistego *novum* w polskim systemie prawnym.

W konsekwencji braku faktycznego dostępu do umorzenia zobowiązań i fatalnych danych statystycznych dotyczących realnej szansy na oddłużenie konsumentów na podstawie tych przepisów ustawą z 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych[5] dokonano nowelizacji przepisów statuujących instytucję upadłości konsumenckiej w taki sposób, by faktycznie umożliwić dostęp do oddłużenia. Nowelizacja odniosła zakładany skutek, otwierając jednak dyskusję na temat społecznej zasadności umarzania zobowiązań w toku postępowania upadłościowego konsumenta[6] (zamknięty katalog zobowiązań niepodlegających umorzeniu zawarto w art. 491^{21} ust. 2 pr. up.).

Zagadnienie to jest bardzo gorąco dyskutowane w doktrynie, czego najnowszym przykładem jest świetny artykuł Karola Tatary i Mateusza Kalińskiego we wrześniowym „Doradcy Restrukturyzacyjnym" (do którego autorzy tej publikacji odnoszą się w dalszej części tekstu). Szeroka dyskusja nad tym tematem jest zjawiskiem jak najbardziej pożądanym, bowiem ostrożne szacunki dotyczące rosnącej liczby upadłości konsumenckich w Polsce wskazują, iż najprawdopodobniej w ciągu najbliższych kilku lat dojdziemy do 10 000 ogłaszanych upadłości rocznie[7]. Patrząc na ponad 90 000 upadłości rocznie w Niemczech czy ponad 30 000 upadłości ogłaszanych rocznie w Wielkiej Brytanii, nie jest to liczba zatrważająca. Niemniej oznacza ona potrojenie rocznej liczby ogłaszanych upadłości konsumenckich w stosunku do dzisiejszej sytuacji, z czym zarówno sądy, jak i praktycy upadłościowi będą musieli sobie poradzić. A najlepszym ku temu narzędziem jest jednolita i wewnętrznie spójna praktyka orzecznicza. Wypracowanie takowej wymaga zaś zaciekłych sporów i licznych dyskusji zarówno z udziałem sędziów orzekających w sprawach upadłości konsumenckich, jak i praktyków upadłościowych, którzy reprezentują konsumentów oraz doradców restrukturyzacyjnych pełniących rolę syndyka. Upadłość konsumencka na szczęście już działa jako instytucja. Publikowany tekst, mamy nadzieję, stanowić będzie kolejny krok, by uczynić upadłość konsumencką jeszcze lepszą.

[1] Radca prawny w Zimmerman i Wspólnicy sp.k. Doradca restrukturyzacyjny w Zimmerman Filipiak Restrukturyzacja S.A.
[2] Radca prawny w Zimmerman i Wspólnicy sp.k.
[3] Radca prawny w Zimmerman i Wspólnicy sp.k.
[4] Ustawa z 5.12.2008 r. o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2008 r., poz. 1572).
[5] 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).
[6] W ocenie A. Witosza „liberalizacja przesłanek upadłości konsumenckiej nie może prowadzić do naruszenia słusznych interesów wierzycieli i nie powinna przyjąć charakteru postępowania w pełni jednostronnego, w całości przesuwając ciężar ekonomiczny niewypłacalności dłużnika na wierzycieli", Witosz A., „Układ w upadłości konsumenckiej też możliwy", www.lex.pl/czytaj/-/artykul/uklad-w-upadlosci-konsumenckiej-tez-mozliwy.
[7] Świetne wystąpienie: dr Marcel Köchling, Director, Acquisitions Central Europe, PRA Group Deutschland w trakcie konferencji April Consumer Credit Days, 29 kwietnia 2016 r.

ZASADNICZY CEL POSTĘPOWANIA UPADŁOŚCIOWEGO W STOSUNKU DO OSÓB FIZYCZNYCH

W myśl znowelizowanego art. 2 ust. 2 pr. up.[8] postępowanie upadłościowe wobec osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej należy prowadzić tak, aby umożliwić umorzenie zobowiązań upadłego niewykonanych w postępowaniu upadłościowym, a jeśli jest to możliwe – zaspokoić roszczenia wierzycieli w jak najwyższym stopniu. Z brzmienia tego przepisu wynika, iż – w odróżnieniu od postępowania upadłościowego przedsiębiorców – ustawodawca w przypadku osób fizycznych słusznie kładzie nacisk na ich oddłużenie, pozostawiając funkcję windykacyjną prawa upadłościowego na drugim planie. Zasadniczym celem nowelizacji było bowiem umożliwienie wykluczonym społecznie jednostkom tzw. „nowego startu" po uprzednim przeprowadzeniu likwidacji majątku dłużnika zwieńczonej umorzeniem jego zobowiązań, co też znajduje odzwierciedlenie w uzasadnieniu do projektu ustawy[9]. Takie zapatrywania potwierdzane są w wypowiedziach przedstawicieli doktryny. Zdaniem P. Zimmermana „Reguła zawarta w art. 2 ust. 2 p.u. jest więc wskazówką dla prawidłowej wykładni przepisów zawartych w art. 491[1] i nast. p.u. w razie kolizji interesów niewypłacalnego dłużnika niebędącego przedsiębiorcą i jego wierzycieli. W każdym wypadku takiego konfliktu pierwszeństwo powinna uzyskiwać funkcja oddłużeniowa"[10].

Sens takiej postawy ustawodawcy jest oczywisty. Nadmiernie zadłużony konsument wypada w praktyce z obiegu gospodarczego. Wierzyciele także na tym tracą, bo mogą uzyskać zaspokojenie tylko w takim stopniu, w jakim pozwala na to majątek konsumenta, a ten najczęściej nie jest znaczny. To z kolei prowadzi do wieloletnich postępowań egzekucyjnych skazanych na bezskuteczność. Konsumenta zmusza się, by nie akumulował majątku (aby nie dawać podstaw do dalszych egzekucji) i nie uzyskiwał legalnych przychodów. Albo więc przestaje podejmować działania zarobkowe w ogóle, albo chowa się w szarej strefie. Z punktu widzenia gospodarki (a zatem i Skarbu Państwa) jest to sytuacja bardzo niekorzystna. Z punktu widzenia wierzycieli albo nie prowadzi do odzyskania ich wierzytelności, albo generuje patologie, gdzie dłużników przymusza się do zapłaty technikami pozaprawnymi, graniczącymi czasem z czynami karalnymi. Oddłużenie konsumenta pozwoli mu w przyszłości znów generować kapitał, gromadzić środki, uczestniczyć w życiu gospodarczym oraz odprowadzać podatki. Co więcej, oddłużony konsument, który stabilnie zarządza własnym majątkiem, może stać się ponownie klientem tych podmiotów, które kiedyś były jego wierzycielami (w biznesie bardziej niż sentymenty liczy się rachunek ekonomiczny), ale tym razem musi swoim statusem klienta rozporządzać roztropniej, bo ustawa nie pozwala na zbyt częste oddłużanie. Wszyscy na tym korzystają – także wierzyciele, którzy zamiast wieloletniej zabawy w egzekucyjnego kotka i myszkę otrzymują przejrzystą i w miarę szybką procedurę zaspokojenia ich wierzytelności (lub uzyskania informacji, że egzekucja i tak nie przyniosłaby skutku, skoro dłużnik nie ma majątku, a to oszczędza cenny czas). W polskiej praktyce upadłościowej, wywodzącej się z przedwojennych czasów upadłości jako zdarzenia przykrego ekonomicznie, ale jednocześnie hańbiącego społecznie, takie podejście do upadłego konsumenta jest koncepcją niemalże rewolucyjną.

PODSTAWY ZŁOŻENIA WNIOSKU O OGŁOSZENIE UPADŁOŚCI. SPECYFIKA POSTĘPOWANIA UPADŁOŚCIOWEGO OSOBY FIZYCZNEJ NIEPROWADZĄCEJ DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ

Zgodnie z art. 10 pr. up. upadłość ogłasza się w stosunku do dłużnika, który stał się niewypłacalny. Rozwinięciem art. 10 pr. up. jest art. 11 ustawy, który określa pojęcie niewypłacalności na gruncie przepisów prawa upadłościowego. Wprowadzony od stycznia 2016 r. ust. 1a art. 11 pr. up. wprowadza domniemanie utraty przez dłużnika zdolności do wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych, jeżeli opóźnienie w ich wykonaniu przekracza 3 miesiące. Niewypłacalnym nie jest więc ten, kto chwilowo i przejściowo nie jest w stanie uregulować swoich długów. Z tej przyczyny ciężar dowodu przeniesiony zostaje na dłużnika w przypadku, gdy opóźnienie trwa dłużej niż 3 miesiące. Przyjmuje się, że trzymiesięczne opóźnienie w zapłacie pozwala uznać, że sytuacja dłużnika jest na tyle zła, że z powodu braku dowodu przeciwnego powinno dojść do ogłoszenia upadłości[11]. Dla potrzeb tego opracowania omówienia nie wymaga natomiast art. 11 ust. 2 pr. up. jako norma prawna mająca zastosowanie wobec osób prawnych i jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną.

Postępowanie wobec osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej cechuje podmiotowa specyfika w zakresie rozszerzenia uprawnień dłużnika przy jednoczesnym ograniczeniu praw wierzycieli. W pierwszej

[8] Ustawa z 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 233), dalej: „p.u.".

[9] Uzasadnienie do projektu ustawy 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), druk sejmowy Sejmu VII kadencji, s. 1 uzasadnienia.

[10] Zimmerman P., „Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne, Komentarz", Warszawa 2016, Legalis, wyd. 4 komentarz do art. 2, Nb. 6.

[11] Gurgul S., „Prawo upadłościowe, Prawo restrukturyzacyjne, komentarz do art. 11", wyd.10, Legalis, nb. 1.

kolejności wskazać należy, iż ze względu na wyłączenie art. 21 pr. up. skodyfikowane w art. 491^2 ust. 1 pr. up. osoba nieprowadząca działalności nie jest związana terminem złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości konsumenckiej. W klasycznym modelu upadłości konsumenckiej wniosek o ogłoszenie upadłości może złożyć jedynie dłużnik, co podkreśla oddłużeniowy charakter tego postępowania. Upadłość konsumencka jest więc instrumentem prawnym służącym dłużnikowi jako mechanizm obsługi zadłużenia, a jej rola jako zbiorowego postępowania egzekucyjnego jest istotnie ograniczona[12]. Ma zatem rację A. Hrycaj, wskazując, iż „można wręcz mówić o jednostronności tego postępowania, w kontekście zarówno wyłącznej legitymacji dłużnika, jak i nadrzędnego celu w postaci umorzenia zobowiązań". Jest to także w całości zgodne z założeniami ustawodawcy. W związku z tym konsumenta nie obciąża przymus złożenia wniosku, niezależnie od jego sytuacji majątkowej, a więc brak tu istotnego mechanizmu chroniącego wierzycieli przed nadmiernym zadłużeniem. Wniosek może być złożony w każdym czasie, może być także cofnięty[13].

Oprócz przełomowego dla konsumentów wyłączenia art. 13 pr. up., które zniosło fiskalną barierę dostępu do instytucji upadłości konsumenckiej, torując drogę do umorzenia zobowiązań osobom nieposiadającym żadnego majątku, wskazać należy możliwość złożenia przez dłużnika wniosku w przypadku posiadania tylko jednego wierzyciela, co wynika wprost z art. 491^2 ust. 2 pr. up.[14]. Z praktycznego punktu widzenia takie rozwiązanie stało się ukłonem głównie w stronę konsumentów będących stronami umowy kredytu denominowanego w walucie obcej, który stanowi jedyne ich zobowiązanie.

Krytykowana jest regulacja w zakresie braku możliwości złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości dłużnika nieprowadzącego działalności gospodarczej przez wierzyciela. Rzadko występujące w praktyce w tym zakresie wyjątki wynikające z art. 8 i 9 pr. up. dotyczą możliwości zgłoszenia wniosku przez wierzyciela w terminie roku od zaprzestania przez dłużnika prowadzenia działalności. Wierzyciel jest legitymowany czynnie do wystąpienia z wnioskiem o ogłoszenie upadłości w przypadku zaprzestania prowadzenia działalności przez dłużnika w terminie roku od wykreślenia z ewidencji, jak również w sytuacji, gdy działalność była faktycznie przez dłużnika prowadzona, mimo że nie została zgłoszona do właściwego rejestru, w terminie roku od jej zaprzestania. Powołane rozwiązanie spotkało się z częściową krytyką. Surowe stanowisko w przedmiotowej kwestii przedstawił A. Witosz, wskazując, że „na płaszczyźnie formalnej, w której wierzyciele nie mają ani możliwości złożenia własnego wniosku (art. 491^2 ust. 3 prawa upadłościowego i naprawczego), tak by przerwać postępujący proces zadłużania się osoby fizycznej, ani nie są uprawnieni do zaskarżenia postanowienia ogłaszającego upadłość (art. 54 ust. 1 p.u.n.) taka jednostronność postępowania jest wyraźnie widoczna"[15].

ANALIZA NEGATYWNYCH PRZESŁANEK OGŁOSZENIA UPADŁOŚCI – ART. 491^4 PR. UP.

Powołany artykuł wymienia przesłanki negatywne ogłoszenia upadłości konsumenckiej. Zasadniczo aby sąd ogłosił upadłość, nie może zachodzić żadna z przesłanek określonych w art. 491^4 pr. up. Po pierwsze, oddalenie wniosku o ogłoszenie upadłości nastąpi w sytuacji, gdy dłużnik doprowadził do stanu niewypłacalności bądź istotnie zwiększył jej stopień umyślnie bądź na skutek rażącego niedbalstwa. Szczególny rygor w odniesieniu do przedmiotowej przesłanki dotyczy zarówno wyłączenia możliwości ogłoszenia upadłości ze względów słuszności, jak i humanitarnych, co wynika z literalnej wykładni przepisu, ale także braku ograniczeń temporalnych, które w kolejnych ustępach ustawodawca zawęził do 10 lat przed złożeniem wniosku o ogłoszenie upadłości.

Umyślność oraz rażące niedbalstwo są pojęciami nieostrymi i każdorazowo muszą podlegać indywidualizacji w odniesieniu do konkretnego przypadku[16]. Jak wskazano w uzasadnieniu do projektu ustawy: „umyślność oznacza objęcie zamiarem dłużnika doprowadzenia do niewypłacalności albo jej pogłębienia, a nie sam fakt umyślnego dokonania czynności, które do niewypłacalności doprowadziły"[17]. Zamiar (bezpośredni lub ewentualny) musi więc obejmować doprowadzenie do stanu, w którym dłużnik zaprzestaje spłaty swoich zobowiązań[18]. Rażące niedbalstwo, zwane w języku prawniczym także lekkomyślnością, to kwalifikowana postać tzw. winy nieumyślnej, polegającej na niedołożeniu należytej staranności wymaganej w danych okolicznościach. Jak wskazuje się w doktrynie prawa cywilnego, dla przypisania niedbalstwa konieczne jest ustalenie, że w konkretnych okolicznościach danego przypadku sprawca mógł

[12] Hrycaj A., [w:] R. Adamus, S. Cieślak, P. Feliga, P. Filipiak, I. Gil, A. Hrycaj, A. Jakubecki, J. Kruczalak-Jankowska, A. Torbus, P.M. Wiórek, A. Witosz, P. Zimmerman, „Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe – komentarz do art. 491^{2^7}", Warszawa 2016, nb. 16.

[13] Hrycaj A., tamże, nb. 16.

[14] Postępowanie upadłościowe w sprawach objętych przepisami tego tytułu prowadzi się także wtedy, gdy dłużnik ma tylko jednego wierzyciela.

[15] Witosz A., „Układ w upadłości konsumenckiej też możliwy", www.lex.pl/czytaj/-/artykul/uklad-w-upadlosci-konsumenckiej-tez-mozliwy.

[16] Zimmerman P., „Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne, komentarz", Warszawa 2016, Legalis, wyd. 4, komentarz do art. 491^4 ust. 1, nb. 2.

[17] Zob. uzasadnienie projektu ustawy (druk sejmowy nr 2265 z 7.02.2014 r.).

[18] Filipiak P., Hrycaj A., Filipowicz Ł., „Upadłość konsumencka po dużej nowelizacji", Poznań 2015, s. 124.

zachować się z należytą starannością. Taką kwalifikację uniemożliwiają nieraz błędne informacje, na podstawie których dłużnik podejmował decyzję, lub fakt, że do nieostrożnego zachowania został zmuszony warunkami, w jakich działał, albo czynnikami wewnętrznymi, jak np. wiek, choroba. Przykładowo więc rażące niedbalstwo będzie miało miejsce wtedy, gdy dłużnik zaciąga kredyty znacznie przekraczające w chwili ich udzielania jego możliwości zarobkowe w sytuacji braku perspektyw na jej poprawę. Wedle bowiem rozsądnej oceny winien liczyć się z tym, że w najbliższym czasie – bez dodatkowego zadłużenia – nie będzie w stanie obsłużyć swojego długu. Nie ma podstaw, aby uznać za umyślne lub rażąco niedbałe udzielenie poręczenia za cudzy dług, w sytuacji gdy w chwili udzielania tego poręczenia istniały przesłanki do uznania, iż dłużnik, za którego konsument poręczył, miał możliwość spłaty[19]. Podobnie nie można uznać za rażące niedbalstwo sytuacji, w której dłużnik zaciąga nowe zobowiązania w celu spłaty starych. Jest to powszechna i jedyna dostępna konsumentom praktyka radzenia sobie z terminami wymagalności płatności związanych z zadłużeniem, odpowiadająca instytucji rolowania kredytu u przedsiębiorców, która także nie wywołuje żadnych negatywnych konotacji. Co więcej, większość pożyczkodawców i instytucji finansowych zachęca do takiego właśnie restrukturyzowania zadłużenia i oferuje produkty w tym zakresie, co tym bardziej potwierdza, iż sama praktyka nie ma w sobie nic negatywnego. Ważne jednak w takiej sytuacji jest ustalenie, że nowe zadłużenie powstało zasadniczo w celu uregulowania starych długów i nie mamy do czynienia z sytuacją zaciągania zobowiązań *stricte* konsumpcyjnych w sytuacji już istniejącego niespłacanego zadłużenia. Co istotne, nie chodzi tutaj o konsumpcję jako taką, ale o przeznaczenie środków pochodzących z nowego zadłużenia na potrzeby inne niż podstawowe (takie jak żywność, leki, zaopatrzenie dzieci, na które konsumentowi brakowało środków po uregulowaniu dotychczasowych długów), czyli o przeznaczenie ich w celach zbytkowych (np. wycieczka zagraniczna, drogi sprzęt audio-wideo, alkohol). Należy pamiętać, że zadłużenie często jest pułapką, z której konsumenci usiłują się wydostać, popadając w dalsze długi, i jest to mechanizm od nich w dużej mierze niezależny. Nie należy zatem wszystkich konsumentów traktować tak samo, każda sytuacja musi być zbadana.

Ustawodawca wskazuje, że doprowadzenie do niewypłacalności albo zwiększenie jej stopnia powinno mieć charakter zawiniony, aby zaistniała podstawa do oddalenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Jednocześnie stopniuje pojęcie winy: chodzi tu o „winę umyślną" i „rażące niedbalstwo". Doprowadzenie do niewypłacalności lub zwiększenie stopnia niewypłacalności dłużnika w sposób zawiniony, ale z niższym stopniem winy, np. zwykłym niedbalstwem czy w sposób niezawiniony, nie powinno stać na przeszkodzie ogłoszeniu upadłości konsumenckiej. W konsekwencji, jeżeli dojdzie do doprowadzenia do niewypłacalności na skutek lekkomyślności lub zwykłego niedbalstwa (powodowanego raczej nieroztropnością lub nawet podjęciem pewnego ryzyka niż rażącym brakiem zrozumienia konsekwencji ekonomicznych swojego działania), sąd upadłościowy może ogłosić upadłość konsumencką[20].

Ustawodawca wskazał jednak, iż nie można ogłosić upadłości konsumenckiej, a w konsekwencji oddłużyć wnioskodawcy nie tylko w przypadku doprowadzenia do niewypłacalności umyślnie lub przez rażące niedbalstwo, ale również istotnego zwiększenia stopnia niewypłacalności, w której to kwestii wypowiedział się trafnie P. Filipiak[21], stwierdzając, iż nie każdy wzrost stopnia niewypłacalności ma znaczenie i aby zaktualizowała się przesłanka oddalenia wniosku upadłościowego, musi dojść do istotnego zwiększenia stanu niewypłacalności. Sąd winien oceniać istotność zwiększenia dla danego przypadku. Ponadto nie będzie stanowić podstawy do oddalenia wniosku o ogłoszenie upadłości sytuacja, w której dłużnikowi można przypisać jedynie lekkomyślność lub zwykłe niedbalstwo, a także w przypadku gdy niewypłacalność była skutkiem podjęcia przez niego racjonalnie dopuszczalnego ryzyka gospodarczego, np. inwestycji w narzędzia pracy czy edukację w nadziei na lepsze stanowisko.

Dla jasności wywodu zasadne będzie choćby zasygnalizowanie w tym miejscu pozostałych przesłanek skutkujących oddaleniem wniosku o ogłoszenie upadłości konsumenckiej. W doktrynie wskazuje się, iż na etapie postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości sąd dokonuje analizy materiału dowodowego pod kątem tzw. moralności płatniczej dłużnika. Relewantne dla sądu orzekającego będzie zatem, czy w ciągu 10 lat przed złożeniem wniosku o ogłoszenie upadłości:

- w stosunku do dłużnika prowadzono postępowanie upadłościowe według przepisów tytułu niniejszego, jeżeli postępowanie to zostało umorzone z innych przyczyn niż na wniosek dłużnika;

- ustalony dla dłużnika plan spłaty wierzycieli uchylono na podstawie art. 491^{20} pr. up.;

[19] Zimmerman P., „Prawo..., Komentarz", Warszawa 2016, Legalis, wyd. 3, komentarz do art. 491^{a} ust.1, nb. 2.

[20] Adamus R., Groele B., „Upadłość konsumencka. Komentarz do nowelizacji prawa upadłościowego i naprawczego", Warszawa 2015, Legalis, nb. 17.

[21] Filipiak P., Hrycaj A., Filipowicz Ł., „Upadłość...", s. 128.

- czynność prawna dłużnika została prawomocnie uznana za dokonaną z pokrzywdzeniem wierzycieli.

Wszystkie te przesłanki negatywne ustępują w przypadku stwierdzenia przez sąd, iż przeprowadzenie postępowania jest uzasadnione względami słuszności lub humanitarnymi.

Pozostałymi okolicznościami skutkującymi oddaleniem przez sąd wniosku o ogłoszenie upadłości są:

- prowadzenie w okresie 10 lat przed dniem zgłoszenia wniosku w stosunku do dłużnika postępowania upadłościowego, w którym umorzono całość lub część jego zobowiązań, chyba że do niewypłacalności dłużnika lub zwiększenia jej stopnia doszło pomimo dochowania przez dłużnika należytej staranności lub gdy przeprowadzenie postępowania jest uzasadnione względami słuszności lub względami humanitarnymi;

- podanie przez dłużnika we wniosku niezgodnych z prawdą lub niezupełnych danych, chyba że niezgodność lub niezupełność nie są istotne lub gdy przeprowadzenie postępowania jest uzasadnione względami słuszności lub humanitarnymi.

Względy słuszności oraz względy humanitarne, jako klauzule generalne, wywołują liczne kontrowersje, stanowiąc swoisty „wytrych" w zwiększeniu dostępu do upadłości konsumenckiej podmiotom, które w opinii przedstawicieli doktryny na umorzenie zobowiązań nie zasługują, zostały one omówione w dalszej części opracowania.

PRZESŁANKA Z ART. 491⁴ UST. 2 PKT 3 PRAWA UPADŁOŚCIOWEGO

Przechodzimy zatem do najważniejszego punktu artykułu: uregulowania styku długów działalności gospodarczej podejmowanej przez osobę fizyczną i zadłużenia osoby fizycznej jako konsumenta. Obowiązek zgłoszenia w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości wprost wynika z powołanego uprzednio art. 21 ust. 1 pr. up. Przesłanka płynnościowa wynikająca z ust. 2 art. 11 pr. up. nie dotyczy konsumentów ze względu na zastosowanie *stricte* do osób prawnych i jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, którym odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną.

Przepis stanowi następująco: „Sąd oddala wniosek o ogłoszenie upadłości, jeżeli w okresie 10 lat przed dniem zgłoszenia wniosku dłużnik, mając taki obowiązek, wbrew przepisom ustawy nie zgłosił w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości, chyba że przeprowadzenie postępowania jest uzasadnione względami słuszności lub względami humanitarnymi". Tak jak zwrot „oddala" obliguje sąd do podjęcia tej konkretnej czynności, tak należy pamiętać, że z brzmienia przepisu wynika obowiązek, a nie uprawnienie sądu do pominięcia przesłanek negatywnych, jeżeli z ustalonego stanu faktycznego wynika, że ogłoszenie upadłości jest uzasadnione względami słuszności lub względami humanitarnymi[22].

W tym miejscu należy wspomnieć, że główną sankcją za zaniechanie złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości przewidzianą przez prawo upadłościowe jest możliwość orzeczenia przez sąd zakazu prowadzenia działalności gospodarczej. Przedmiotowa sankcja została skodyfikowana w art. 373 ust. 1 pkt 1 pr. up.[23]. Instytucja orzekania zakazu prowadzenia działalności postrzegana jest jako środek dyscyplinujący przedsiębiorców do rzetelnej działalności i wykonywania obowiązków ciążących na dłużnikach w postępowaniu upadłościowym, a więc i służący podniesieniu efektywności tego postępowania[24]. Stosownie do treści ust. 2 powołanego przepisu: przy orzekaniu zakazu, o którym mowa w ust. 1, sąd bierze pod uwagę stopień winy oraz skutki podejmowanych działań, w szczególności obniżenie wartości ekonomicznej przedsiębiorstwa upadłego i rozmiar pokrzywdzenia wierzycieli. Wina jest niewątpliwie koniecznym elementem zastosowania sankcji, stwierdzenie jej braku nakazuje zatem oddalenie wniosku. W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się jednolicie, że nawet w razie jej stwierdzenia orzeczenie zakazu przewidzianego w art. 373 ust. 1 pr. up. ma charakter fakultatywny[25]. Warto zauważyć, że gdy wobec danego dłużnika został orzeczony zakaz prowadzenia działalności z uwagi na niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości wbrew obowiązkowi, sąd w późniejszym postępowaniu w przedmiocie ogłoszenia jego upadłości konsumenckiej ma ułatwioną drogę do zbadania przesłanek negatywnych, a w szczególności tej z art. 491⁴ ust. 2 pkt 3. Jeżeli sytuacja niewywiązania się z obowiązku zgłoszenia wniosku miała miejsce w okresie 10 lat przed dniem zło-

[22] Medyński M., Forysiak K., *Status wierzyciela w postępowaniu upadłościowym osoby fizycznej nieprowadzącej działalności gospodarczej,* „Monitor Prawa Bankowego", czerwiec 2016.

[23] Sąd może orzec pozbawienie na okres od 1 roku do 10 lat prawa prowadzenia działalności gospodarczej na własny rachunek lub w ramach spółki cywilnej oraz pełnienia funkcji członka rady nadzorczej, członka komisji rewizyjnej, reprezentanta lub pełnomocnika osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą w zakresie tej działalności, spółki handlowej, przedsiębiorstwa państwowego, spółdzielni, fundacji lub stowarzyszenia osoby, która ze swojej winy: będąc do tego zobowiązana z mocy ustawy, nie złożyła w ustawowym terminie wniosku o ogłoszenie upadłości.

[24] Sierakowski B., *Instytucja zakazu prowadzenia działalności gospodarczej po zmianach wprowadzonych ustawą z 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne,* „Doradca Restrukturyzacyjny", nr 4.06.2016.

[25] Tak, m.in. postanowienie Sądu Najwyższego, Izba Cywilna z 2 marca 2016 r., V CSK 401/15.

żenia wniosku o upadłość konsumencką, dłużnika mogą „ratować" wyłącznie względy słuszności i humanitarne.

NIEZGŁOSZENIE WNIOSKU O OGŁOSZENIE UPADŁOŚCI PRZEZ REPREZENTANTA NIEWYPŁACALNEJ SPÓŁKI WBREW OBOWIĄZKOWI A JEGO UPADŁOŚĆ KONSUMENCKA

W ostatnim czasie wśród przedstawicieli doktryny pojawiły się kontrowersje dotyczące odpowiedzi na pytanie: czy art. 491^4 ust. 2 pkt 3 pr. up. dotyczy jedynie niezłożenia wniosku o ogłoszenie własnej upadłości przez przedsiębiorców, czy także niezłożenia wniosku o ogłoszenie upadłości osoby prawnej lub innej jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, przez osoby uprawnione do ich reprezentacji i prowadzenia ich spraw.

Zastanawiając się nad tym problemem, warto w pierwszej kolejności sprecyzować krąg podmiotów mających obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Zgodnie z art. 21 ust.1 pr. up. podmiotem obowiązanym do złożenia wniosku jest dłużnik. W myśl ust. 2 tego artykułu, jeżeli dłużnikiem jest osoba prawna albo inna jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, obowiązek 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. Dłużnik rozumiany jest tu jako podmiot prawa upadłościowego z art. 5 pr. up., czyli taki, wobec którego można ogłosić tzw. upadłość na zasadach ogólnych. Jest to zasadniczo przedsiębiorca w rozumieniu kodeksu cywilnego, a zatem osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową. W art. 5 ust. 2 pr. up. rozszerzono krąg podmiotów, w stosunku do których można ogłosić upadłość, mimo że nie zawsze odpowiadają one definicji przedsiębiorcy. Te podmioty to spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i spółka akcyjna nieprowadzące działalności gospodarczej, wspólnicy osobowej spółki handlowej, ponoszący odpowiedzialność za zobowiązania spółki bez ograniczenia całym swoim majątkiem, a także wspólnicy spółki partnerskiej. Upadłości nie ogłasza się natomiast wobec Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego, publicznych samodzielnych zakładów opieki zdrowotnej, instytucji i osób prawnych utworzonych w drodze ustawy, chyba że ustawa ta stanowi inaczej, oraz utworzonych w wykonaniu obowiązku nałożonego ustawą, osób fizycznych prowadzących gospodarstwo rolne, które nie prowadzą innej działalności gospodarczej lub zawodowej, uczelni i funduszy inwestycyjnych. W przypadku tych wyjątków obowiązku złożenia wniosku nie ma ani sam dłużnik, ani podmiot go reprezentujący. Jak wiadomo, dłużnik będący konsumentem nie ma obowiązku zgłaszania wniosku o ogłoszenie własnej upadłości, gdyż na podstawie art. 491^2 ust. 1 nie ma do niego zastosowania art. 21 pr. up.

Zgodnie z art. 491^4 ust. 2 pkt 3 pr. up. sąd oddala wniosek o ogłoszenie upadłości konsumenckiej, jeżeli w okresie 10 lat przed dniem zgłoszenia wniosku dłużnik, mając taki obowiązek, wbrew przepisom ustawy nie zgłosił w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości (chyba że przeprowadzenie postępowania jest uzasadnione względami słuszności lub humanitarnymi). Literalna wykładnia tego przepisu musi prowadzić do wniosku, że przesłanka ta dotyczy zarówno dłużników, którzy byli w przeszłości przedsiębiorcami, jak i dłużników, którzy byli lub są osobami uprawnionymi do reprezentowania przedsiębiorców i nie spełnili ciążącego na nich obowiązku terminowego złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości zarządzanego przez siebie przedsiębiorstwa. Sam przepis nie mówi bowiem nic na temat podmiotu, o którego upadłość miałoby chodzić, tzn. czy chodzi o niezgłoszenie przez dłużnika w terminie wniosku o ogłoszenie własnej upadłości w czasie gdy był jeszcze przedsiębiorcą, czy o niezgłoszenie przez dłużnika w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości np. reprezentowanej przez niego spółki kapitałowej.

Pomimo, jakby się wydawało, jasnej gramatycznie wymowy przepisu niektórzy autorzy prezentują pogląd, że jego literalna wykładnia prowadzi do odmiennego wniosku. Zaznaczają, iż mamy do czynienia z przepisem sankcyjnym, zatem powinien on być wykładany ściśle. Swoje stanowisko uzasadniają w ten sposób, że art. 491^4 ust. 2 pkt 3 pr. up. posługuje się wyłącznie określeniem „dłużnik", nie wspominając np. o reprezentantach dłużnika czy innych osobach, które mogą mieć obowiązek zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Dalej tłumaczą, że skoro racjonalny ustawodawca posłużył się sformułowaniem „dłużnik", nie objął nim menedżerów, reprezentantów dłużnika, którzy dłużnikami w znaczeniu materialnoprawnym nie są[26]. Z całą stanowczością nie sposób zgodzić się z tym poglądem. „Dłużnik" w rozumieniu art. 491^4 ust. 2 pkt 3 pr. up. to „dłużnik" – wnioskodawca/uczestnik tylko w aktualnym postępowaniu w przedmiocie

[26] Tak. Tatara K., Kaliński M., *Wątpliwości odnośnie do przesłanki złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie w przypadku menedżerów lub byłych przedsiębiorców ubiegających się o upadłość konsumencką*, „Doradca Restrukturyzacyjny", nr 1[1]/09.2015.

ogłoszenia upadłości osoby fizycznej nieprowadzącej działalności gospodarczej. Nie ma przy tym znaczenia, czy w przeszłości był też dłużnikiem w znaczeniu materialnoprawnym, czy tylko reprezentantem innego dłużnika obowiązanym do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Przepis, zgodnie z wykładnią literalną, mówi jedynie o osobie, która obecnie jest dłużnikiem w postępowaniu w przedmiocie ogłoszenia upadłości konsumenckiej, a uprzednio miała jakikolwiek ustawowy obowiązek zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości.

Żeby literalna wykładnia przepisu miała prowadzić do wyłączenia którejś z grup podmiotów obowiązanych do złożenia wniosku, musiałoby być to w przepisie wyraźnie wyszczególnione. Przykładowo pkt 3 zamiast brzmieć „dłużnik, mając taki obowiązek, wbrew przepisom ustawy nie zgłosił w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości", miałby treść „dłużnik, będąc niewypłacalnym przedsiębiorcą, wbrew przepisom ustawy nie zgłosił w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości". Skoro jednak nie jest to sprecyzowane, zgodnie z literalną wykładnią należy przyjąć, że przepis dotyczy niezłożenia wniosku o ogłoszenie upadłości jakiegokolwiek podmiotu wbrew ustawowemu obowiązkowi. Na równi zatem stawia menedżera, który nie złożył wniosku o ogłoszenie upadłości niewypłacalnej spółki, i jednoosobowego przedsiębiorcę, który nie złożył wniosku o ogłoszenie własnej upadłości. Tak po wejściu w życie nowelizacji z 2014 r. przepis interpretowali w większości przedstawiciele doktryny[27]. Zupełnie inną kwestią jest zasadność stosowania takiej wykładni literalnej, która w dużym stopniu niweczy sens instytucji upadłości konsumenckiej. To samo dotyczy zasadności wykładni celowościowej, co do której autorzy tego artykułu w całości aprobują stanowisko K. Tatary i M. Kalińskiego. Spór ten (jak i wiele innych) został wywołany nie dość precyzyjną treścią przepisów pierwotnie wprowadzających upadłość konsumencką do polskiego porządku prawnego i właśnie takie, nie dość przemyślane przez ustawodawcę postanowienia stanowiły o całkowitej nieprzydatności upadłości konsumenckiej jako instytucji służącej oddłużeniu konsumentów.

Tymczasem w uzasadnieniu projektu ustawy z 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych wprowadzającej nowe przepisy dotyczące upadłości konsumenckiej czytamy: „wniosek o ogłoszenie upadłości podlega oddaleniu w przypadku zaistnienia wymienionych w proponowanym art. 491^3 ust. 2 p.u.n. okoliczności wskazujących na nierzetelność dłużnika, takich jak wcześniejsze zdarzenia skutkujące umorzeniem postępowania upadłościowego albo uchyleniem planu spłaty, niezłożenie w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości przez dłużnika, który był przedsiębiorcą, czy dokonanie czynności z pokrzywdzeniem wierzycieli, które wystąpiły w ciągu 10 lat przed złożeniem wniosku o ogłoszenie upadłości"[28]. Nie ma tu mowy na temat menedżerów, którzy nie złożyli wniosku o ogłoszenie upadłości spółki. Z uzasadnienia projektu wynika zatem, że napiętnowanie menedżera, który nie wywiązał się z obowiązku, nie było wyraźnym celem ustawodawcy. Jak się wydaje, nie jest to przypadek. Niestety brzmienie przepisów pozostało niedoprecyzowane.

Z punktu widzenia celowościowego istnieje szereg mocnych argumentów przemawiających za tym, by uznać, że przesłanka z art. 491^4 ust. 2 pkt 3 pr. up. nie dotyczy lub dotyczyć nie powinna reprezentantów niewypłacalnych podmiotów. R. Adamus zaznacza „sąd oddala wniosek o ogłoszenie upadłości konsumenckiej, jeżeli dłużnik, mając taki obowiązek, wbrew przepisom ustawy nie zgłosił w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości. Ta bariera ma przede wszystkim na celu zapobieganie przenikaniu osób fizycznych posiadających status przedsiębiorców z surowszego reżimu upadłości przedsiębiorcy do ewidentnie korzystniejszej dla dłużnika upadłości konsumenckiej. Przy czym chodzi tu o przypadek zaniechania złożenia wniosku o ogłoszenie własnej upadłości (zatem nie miałaby znaczenia prawnego sytuacja, w której dłużnik był członkiem zarządu osoby prawnej i zaniechał złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości tej właśnie osoby prawnej)"[29].

Nowe przepisy o upadłości konsumenckiej miały otworzyć drogę do oddłużenia. Zasadniczym celem nowelizacji było usunięcie barier w dostępie do upadłości osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej, z uwzględnieniem słusznych interesów wierzycieli. Zgodnie z uzasadnieniem projektu ustawy otwarcie dla konsumentów możliwości skorzystania z tzw. „nowego startu" nieść miało ze sobą znaczne korzyści społeczne i gospodarcze. Po pierwsze, ograniczać wykluczenie społeczne i mechanizm dziedziczenia bezradności przez następne pokolenia. Po drugie, umożliwiać reintegrację dłużników w legalnym obrocie gospodarczym (i tym samym powodować wzrost produktu krajowego brutto

[27] Tak m.in. Zimmerman P., „Prawo..., komentarz", Warszawa 2016, Legalis, wyd. 3, komentarz do art. 491^4 ust. 1, nb. 3; Gurgul S., „Prawo upadłościowe, Prawo restrukturyzacyjne, komentarz do art. 491^4 ust. 1", wyd. 10, Legalis, nb. 3.

[28] Uzasadnienie do projektu ustawy 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), druk sejmowy Sejmu VII kadencji, s. 6.

[29] Adamus R., *Upadłość osoby fizycznej nieprowadzącej działalności gospodarczej*, radca.pl, Kwartalnik Okręgowej Izby Radców Prawnych w Katowicach, nr 2(6)/2015, s. 28.

oraz przychodów Skarbu Państwa z tytułu podatków, jak również spadek przestępczości i ograniczenie tzw. szarej strefy). W końcu otwarcie dostępu do oddłużenia miało wpływać pozytywnie na sektor finansowy poprzez przyspieszenie rozwiązania kwestii nieściągalnych wierzytelności, a w dłuższej perspektywie umożliwić dłużnikom ponowne korzystanie z usług instytucji finansowych[30]. Przyjęta zmiana pozwolić miała na skorzystanie z postępowania upadłościowego znacznie szerszemu kręgowi niewypłacalnych konsumentów. Otwarcie dla nich możliwości tzw. „nowego startu" i powrotu do legalnego obrotu gospodarczego miało w konsekwencji przynieść korzyści wierzycielom, a także zapewnić wzrost dochodów Skarbu Państwa.

Należy pamiętać, że ustawa zreformowała przepisy dotyczące upadłości konsumenckiej przede wszystkim w kierunku liberalizacji wymagań, jakie powinien spełniać konsument, by możliwe było ogłoszenie jego upadłości. Ustawodawca odszedł od dotychczasowej restrykcyjnej przesłanki, zgodnie z którą ogłoszenie upadłości możliwe było jedynie wówczas, jeżeli niewypłacalność powstała na skutek wyjątkowych i niezależnych okoliczności. Ponadto zlikwidowano barierę kosztów postępowania, zniesiono wymóg posiadania co najmniej dwóch wierzycieli. Obniżono nawet opłatę od wniosku z 200 do 30 zł. By zachęcić konsumentów do składania wniosków o ogłoszenie upadłości, skrócono także maksymalny okres, na jaki może być ustalony plan spłaty.

W takim kontekście trudno przyjąć, że racjonalny ustawodawca chciał jednocześnie ograniczyć dostęp do oddłużenia osobom, które zasiadały w okresie 10 lat wstecz przed złożeniem wniosku o ogłoszenie upadłości konsumenckiej w zarządach osób prawnych. Można więc z dużo wyższym stopniem przekonania twierdzić, że dodatkowa sankcja dla menedżerów, polegająca na ograniczeniu dostępu do upadłości konsumenckiej, nie była celem ustawodawcy. O ile można stanąć na stanowisku, że reprezentanci przedsiębiorców powinni móc korzystać z upadłości konsumenckiej bez przeszkód, wprowadzanie ograniczeń jest co do zasady zrozumiałe z punktu widzenia systemowego w przypadku jednoosobowych przedsiębiorców, którzy nie złożyli wniosku o ogłoszenie upadłości wbrew obowiązkowi. Można bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której taki niewypłacalny jednoosobowy przedsiębiorca unikałby reżimu postępowania upadłościowego na zasadach ogólnych poprzez wykreślenie działalności gospodarczej z ewidencji i złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości konsumenckiej. Byłoby to dla niego korzystne z uwagi na znacznie większe szanse na oddłużenie (w szczególności w przypadku wniosków o ogłoszenie upadłości przedsiębiorcy składanych przed 1.01.2016 r., kiedy to weszły w życie zliberalizowane przesłanki oddłużenia przedsiębiorcy po zakończeniu postępowania upadłościowego) oraz znacznie mniejsze koszty postępowania. Co prawda, korzyść taka, sama w sobie, a zatem i fakt, iż osoby fizyczne będące przedsiębiorcami chciały skorzystać z upadłości konsumenckiej, nie jest jeszcze sytuacją złą ani działaniem nagannym ze strony dłużników. W końcu warunkiem oddłużenia konsumenckiego jest właśnie fakt bycia konsumentem i poprzednie przepisy nakazujące traktować konsumenta-byłego przedsiębiorcę jak upadłego przedsiębiorcę stanowczo naruszały podstawy definicji przedsiębiorcy i konsumenta (oraz ich rozdzielenia) w polskim prawie. Jednakże same okoliczności niezłożenia wniosku o ogłoszenie upadłości przez osobę fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą, która następnie pragnie te długi zrestrukturyzować jako konsument, muszą być poddane analizie sądu. Oczywiście powinno to nastąpić z uwzględnieniem wielu elementów, o których poniżej, bowiem nie ma dwóch identycznych przypadków upadłości konsumenckiej.

Co istotne, nowelizacja upadłości w ogóle położyła nacisk na aktywność wierzycieli, którzy w realiach upadłości konsumenckiej przez rok od wykreślenia dłużnika z rejestru mogą wnosić o ogłoszenie jego upadłości (ale już jako konsumenta, skoro wraz z wykreśleniem przestał być przedsiębiorcą). To, czy zechcą skorzystać ze swoich uprawnień, jest już ich wyłączną decyzją i nie można jej konsekwencjami obarczać dłużników. Jeżeli wierzyciel przez rok nie interesował się swoimi należnościami, to dlaczego teraz nagle sąd ma brać go w obronę kosztem konsumenta (któremu przysługuje prawo do oddłużenia) poprzez sztucznie narzuconą surową kontrolę zasadności i terminu złożenia przez tego ostatniego wniosku o ogłoszenie upadłości? Niemniej należy zaznaczyć, że tendencja przedsiębiorców do uciekania w upadłość konsumencką jest widoczna.

Ustawodawca zapobiega więc takiej sytuacji, nakłaniając jednocześnie jednoosobowych przedsiębiorców do skorzystania z właściwego dla nich postępowania upadłościowego na zasadach ogólnych oraz złożenia wniosku w terminie. Jest wtedy szansa, że taki przedsiębiorca posiadał będzie jeszcze majątek, służący zaspokojeniu wierzycieli, które jest głównym celem upadłości na zasadach ogólnych. Ponadto nowelizacją prawa upadłościowego wprowadzoną ustawą Prawo restrukturyzacyjne

[30] Uzasadnienie do projektu ustawy 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), druk sejmowy Sejmu VII kadencji s. 1.

otwarto i takim przedsiębiorcom dostęp do oddłużenia. Jak wskazano w uzasadnieniu projektu ustawy Prawo restrukturyzacyjne: „Projekt przewiduje również przystosowanie regulacji związanych z możliwością oddłużenia osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą (art. 369-370e PrUpN) do zmian związanych z tzw. upadłością konsumencką, gdyż byłoby nieuzasadnione tworzenie dwóch zupełnie odmiennych modeli oddłużania. Takich nadmiernych odmienności nie uzasadnia sam fakt prowadzenia działalności gospodarczej"[31]. Jak wskazuje S. Gurgul: „Możliwość umorzenia – w całości lub w części – zobowiązań upadłego, które nie zostały zaspokojone w postępowaniu upadłościowym, nieznana wcześniej w polskim porządku prawnym (*nota bene*, przyjmują ją tylko nieliczne ustawodawstwa), dotyczy wyłącznie dłużników będących osobami fizycznymi. Nie jest to zresztą wyraz uprzywilejowania tych osób, lecz wynik faktu, że inni przedsiębiorcy mający tzw. zdolność upadłościową (por. art. 5 i 6) z reguły tracą swój byt prawny po zakończeniu postępowania upadłościowego, co sprawia, że stosunki prawne (w tym zobowiązania), w które byli uwikłani, wygasają z mocy prawa, bez potrzeby orzekania w tym przedmiocie przez sąd"[32]. Niewypłacalni jednoosobowi przedsiębiorcy mają zatem szansę oddłużenia we właściwym dla nich postępowaniu upadłościowym i zasadna jest zachęta do składania przez nich wniosków o ogłoszenie ich upadłości jako przedsiębiorców. Tym bardziej, że aktualny pozostaje problem praktycznego odróżnienia składników majątku związanych z prowadzoną działalnością i tych pochodzących ze sfery prywatnej, który bardzo często pojawia się w upadłościach osób fizycznych prowadzących jednoosobową działalność gospodarczą. Wprowadzenie łagodniejszego dla dłużników podejścia do upadłości przedsiębiorców prowadzących samodzielną działalność gospodarczą powinno spowodować mniejszą tendencję do uciekania tychże w upadłość konsumencką i jest z pewnością dużo łatwiejsze w implementacji niż zaostrzanie warunków ogłoszenia upadłości konsumenckiej ze względu na gospodarczą przeszłość dłużnika.

W zupełnie innej sytuacji niż jednoosobowi przedsiębiorcy są menedżerowie niewypłacalnych spółek, którzy innej szansy na oddłużenie niż upadłość konsumencka nie mają. Stygmatyzacja konsumentów, którzy w przeszłości zasiadali w zarządach osób prawnych, nie jest w tym kontekście w żaden sposób uzasadniona. Jak na temat omawianej przesłanki negatywnej ogłoszenia upadłości konsumenckiej wypowiadają się K. Tatara i M. Kaliński: „w świetle brzmienia przepisu (abstrahując od względów słuszności lub humanitarnych) ustawodawca nie przewidział odnośnie do tej przesłanki żadnych okoliczności egzoneracyjnych, znanych konstrukcji, np. art. 299 ksh, czy też okoliczności, o których mowa w art. 373 ust. 2 puin. Możliwym zatem efektem jest bardzo dotkliwa stygmatyzacja menedżera, który jako jedyny podmiot w aktualnym porządku prawnym zostanie zupełnie pozbawiony prawa do ubiegania się o ogłoszenie własnej upadłości, gdyż z formalnego punktu widzenia nie będzie można wobec niego ogłosić ani upadłości przedsiębiorcy, ani upadłości konsumenckiej. (...) Paradoksalnie zresztą w takiej sytuacji menedżerowi łatwiej byłoby uzyskać status przedsiębiorcy wyłącznie w celu skorzystania z profitów zmiany art. 369 puin od 1.01.2016 r.". W tym miejscu warto zaznaczyć, że wobec członka zarządu, który nie złożył wniosku o ogłoszenie upadłości spółki w terminie, przewidziane są już sankcje w przepisach Prawa upadłościowego (art. 373 pr. up.) i innych ustaw (art. 299 k.s.h., art. 116 o.p., art. 586 k.s.h.). Nie wydaje się, iż w tym przypadku konieczne byłoby mnożenie przepisów sankcyjnych. Reprezentant spółki niewypełniający swojego obowiązku i tak poniesie właściwą odpowiedzialność, a jeżeli popełni przy tym przestępstwo, np. z art. 586 k.s.h., to zgodnie z art. 491^{21} ust. 2 pr. up. grzywna czy zobowiązanie z tytułu obowiązku naprawienia szkody i tak nie będą podlegać umorzeniu. Ponadto jeżeli sąd w postępowaniu w przedmiocie ogłoszenia upadłości konsumenckiej doszedłby do wniosku, że dłużnik doprowadził do swojej niewypłacalności lub istotnie zwiększył jej stopień umyślnie lub wskutek rażącego niedbalstwa (np. nie składając wniosku o ogłoszenie upadłości spółki w terminie), mógłby, a nawet miałby obowiązek oddalić wniosek o ogłoszenie upadłości konsumenckiej.

Kolejnym zauważanym w doktrynie argumentem przeciwko dodatkowemu piętnowaniu menedżera poprzez stosowanie do niego przesłanki negatywnej z art. 491^{4} ust. 2 pkt 3 pr. up. w przypadku niezłożenia przez niego wniosku o ogłoszenie upadłości zarządzanej przez niego spółki jest swoista rozłączność pomiędzy nim a reprezentowanym przez niego podmiotem. Sam menedżer prywatnie może być rzetelnym dłużnikiem, charakteryzującym się dużym stopniem moralności płatniczej. Natomiast niewypłacalność zarządzanego przez niego podmiotu może być konsekwencją zbiegu licznych okoliczności niezależnych od niego. Jak wskazują K. Tatara i M. Kaliński: „w praktyce życia gospodarczego niejednokrotnie interes menedżera jest odmienny od interesu właścicieli spółek kapitałowych, czyli odpowiednio udziałowców lub akcjonariuszy, a w przypadku niewypłacalności interesy te są niekiedy wręcz sprzeczne, gdyż właściciele

[31] Uzasadnienie do projektu ustawy Prawo restrukturyzacyjne, s. 86-86.

[32] Gurgul S., „Prawo upadłościowe, Prawo restrukturyzacyjne, komentarz do art. 369", wyd. 10, Legalis, nb. 1.

chcą doprowadzić do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości w ostateczności, gdyż wiąże się to z ryzykiem utraty ich majątku. Sytuacje te – o czym wiedzą doskonale osoby zarządzające cudzym majątkiem – są bardzo trudne. Osoby takie znajdują się pod presją rozmaitych uwarunkowań"[33]. Nie powinno zatem działanie menedżera w spółce tak bezpośrednio przekładać się na jego możliwość oddłużenia jako konsumenta. Jeżeli chcemy, by upadłość konsumencka pozostała instytucją realnie funkcjonującą, musimy zachować łagodniejsze podejście do dłużników. W tym zakresie należy więc w pełni podzielić stanowisko prezentowane przez tych autorów.

Należy wziąć także pod uwagę argumenty praktyczne dotyczące przebiegu postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości konsumenckiej. Z założenia ma to być postępowanie krótkie, uproszczone. O ogłoszeniu upadłości orzeka sąd w składzie jednoosobowym. Nie ma tu miejsca na badanie stanu wypłacalności wszystkich spółek, w których dłużnik był uprawnionym do prowadzenia spraw reprezentantem na przestrzeni ostatnich 10 lat przed złożeniem wniosku. Badanie stanu wypłacalności podmiotu gospodarczego jest niekiedy kwestią niezwykle skomplikowaną, wymagającą wiadomości specjalnych. Niewyobrażalna jest sytuacja, w której sąd miałby w postępowaniu o ogłoszenie upadłości konsumenckiej powoływać biegłego do badania dokumentacji spółek i oceny, czy i kiedy w stosunku do podmiotów gospodarczych, w których zarządach zasiadał dłużnik w dziesięcioletnim okresie, zmaterializowała się przesłanka złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości.

Jest zatem wiele argumentów przemawiających za odejściem od ścisłej językowej wykładni przepisu art. 491^4 ust. 2 pkt 3 pr. up. oraz stosowaniem wykładni systemowej i funkcjonalnej. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 20 czerwca 1995 r.: „wykładnia gramatyczna (językowa) jest możliwa tylko przy założeniu, że ustawodawca jest racjonalny, że zna język prawniczy i w nienaganny sposób posługuje się technikami legislacyjnymi. Gdy warunki te spełnione nie są, wykładnia językowa daje wyniki niepewne i musi być wspierana przez wykładnię systemową i funkcjonalną"[34]. W związku z tymi argumentami systemowymi, celowościowymi, konstrukcyjnymi, ale przede wszystkim też z treścią uzasadnienia do projektu ustawy można spróbować uzasadniać odejście od ścisłej wykładni literalnej przepisu na rzecz wykładni systemowej i funkcjonalnej. Zdaniem autorów należy także sformułować postulat *de lege ferenda* o doprecyzowanie treści przepisu tak, by nie budził on żadnych wątpliwości interpretacyjnych, tzn. przykładowo zastąpienie słów „dłużnik, mając taki obowiązek, wbrew przepisom ustawy nie zgłosił w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości" słowami „dłużnik, będąc niewypłacalnym przedsiębiorcą, wbrew przepisom ustawy nie zgłosił w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości" lub „dłużnik, mając taki obowiązek, wbrew przepisom ustawy nie zgłosił w terminie wniosku o ogłoszenie swojej upadłości". Taka zmiana rozwiałaby wszelkie wątpliwości, a norma byłaby zgodna z charakterem całej regulacji dotyczącej upadłości konsumenckiej. Do tego czasu należy więc stosować wykładnię celowościową, która właśnie taki skutek przepisów przewiduje, wbrew wykładni literalnej.

ODDALENIE WNIOSKU W PRZYPADKU BRAKU ZŁOŻENIA WNIOSKU O OGŁOSZENIE UPADŁOŚCI PRZEDSIĘBIORCY – OSOBY FIZYCZNEJ PROWADZĄCEJ DZIAŁALNOŚĆ GOSPODARCZĄ

O ile w przypadku reprezentantów przedsiębiorców i braku złożenia przez nich wniosku o ogłoszenie upadłości kierowanych przez nich podmiotów istnieją przesłanki do uznania, iż brak złożenia wniosku nie stanowi przesłanki oddalenia wniosku o ogłoszenie upadłości konsumenckiej zgodnie z art. 491^4 ust. 2 pkt 3 pr. up., o tyle w przypadku wniosku o ogłoszenie upadłości konsumenta, który będąc przedsiębiorcą nie złożył w terminie wniosku o ogłoszenie swojej upadłości, sytuacja jest dużo bardziej przejrzysta. Zasadniczo należy się zgodzić z tymi autorami, którzy wskazują na bezwzględny charakter stosowania tej przesłanki jako podstawy do oddalenia wniosku[35]. Natomiast nie oznacza to, iż w każdym przypadku, gdy dłużnik wnioskujący o ogłoszenie swojej upadłości konsumenckiej naruszył obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie swojej upadłości jako przedsiębiorcy w okresie 10 lat przed dniem złożenia wniosku, sąd powinien oddalić taki wniosek. Brak bowiem terminowego złożenia wniosku przedsiębiorcy nie jest bezwzględną przesłanką oddalenia wniosku o ogłoszenie upadłości konsumenckiej. Konstrukcja przepisu art. 491^4 ust. 2 pr. up. czyni analizę względów słuszności i humanitarnych obowiązkowym elementem badania sądu. I w tym miejscu dużo ważniejsza do przeanalizowania jest postawa dłużnika, który powinien wykazać, że powyższe względy przemawiają na jego korzyść. Sąd nie może oddalić wniosku o ogłoszenie upadłości z samego tylko powodu braku złożenia przez dłużnika-konsumenta wniosku o ogłoszenie upadłości

[33] Tatara K., Kaliński M., *Wątpliwości odnośnie do przesłanki złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie w przypadku menedżerów lub byłych przedsiębiorców ubiegających się o upadłość konsumencką*, „Doradca Restrukturyzacyjny", nr 1[1]/09.2015.

[34] Wyrok SN z 20.06.1995 r., II ARN 22/95, MoP 1995, nr 12, s. 366.

[35] Tatara K., Kaliński M., *Wątpliwości odnośnie do przesłanki złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie w przypadku menedżerów lub byłych przedsiębiorców ubiegających się o upadłość konsumencką*, „Doradca Restrukturyzacyjny", nr 1[1]/09.2015.

w terminie wbrew obowiązkowi, nie odnosząc się do istnienia względów słuszności czy humanitarnych przemawiających za przeprowadzeniem postępowania.

WZGLĘDY SŁUSZNOŚCI I WZGLĘDY HUMANITARNE

Jak już była mowa, w przypadku zaistnienia przesłanek negatywnych ogłoszenia upadłości dotyczących dziesięcioletniego okresu przed złożeniem wniosku, w tym przesłanki niezłożenia wniosku wbrew obowiązkowi, ogłoszenie upadłości konsumenta może jednak nastąpić, gdy przeprowadzenie postępowania uzasadnione jest względami słuszności lub humanitarnymi. I chodzi tu o sytuację, w której stwierdzenie zaistnienia tych względów obliguje sąd do ogłoszenia upadłości konsumenckiej, pomimo przeszłego naruszenia przez dłużnika obowiązku złożenia wniosku w terminie. Nie jest to kwestia pozostawiona do dyspozycji sądu, jednakże to od sądu upadłościowego zależy, czy dopatrzy się uzasadnienia przeprowadzenia postępowania we względach humanitarnych lub względach słuszności. W praktyce może wydawać się, że wychodzi na to samo (w końcu to sąd decyduje). Analiza uzasadnień orzeczeń sądów upadłościowych wskazuje, iż nie zawsze ta różnica jest przez sądy dostrzegana. To samo dotyczy także wniosków o ogłoszenie upadłości konsumenckiej, które nie zawsze koncentrują się na wykazaniu względów słuszności i względów humanitarnych, a skupiają się na uzasadnieniu braku szkody po stronie wierzycieli z powodu braku terminowego złożenia wniosku, które to przesłanki dla potrzeb ogłoszenia upadłości konsumenckiej nie mają znaczenia. Liczy się tylko, kiedy powstał obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości i czy obowiązek ten został spełniony w terminie. Przy czym autorzy wskazują, iż interpretacja właściwego terminu do złożenia wniosku powinna być prowadzona z uwzględnieniem nowego spojrzenia na definicję niewypłacalności, czyli uwzględniając orzecznictwo Sądu Najwyższego dotyczące trwałości zaprzestania regulowania zobowiązań. Nie chodzi tu o obowiązek stosowania nowej definicji niewypłacalności (ku temu całkowicie brakuje podstaw w zasadach intertemporalnych), ale jedynie o uwzględnienie faktu, iż sąd powinien stosować względniejszą dla dłużnika interpretację stanu niewypłacalności w sytuacji, gdy odnosi je do ustawy, która sama wprost taką względniejszą interpretację (a nawet bardziej zaawansowane) do upadłości nakazuje stosować. Oczywiście autorzy zdają sobie sprawę z faktu, iż takie podejście może spotkać się z naturalnym sprzeciwem tych sędziów upadłościowych, którzy nigdy z tą linią orzeczniczą Sądu Najwyższego[36] się nie zgadzali i którzy czują oczywisty, zrozumiały opór przed narzucaniem im ustaleń SN, które nie mają charakteru zasad prawnych (w końcu sędziowie upadłościowi mają dużo mniejszą szansę na analizę ich orzeczeń przez Sąd Najwyższy, stąd i dużo wyższa ich niezależność od poglądów sędziów SN). Jednakże chodzi tutaj wyłącznie o wskazanie, że skoro ustawodawca zmienił literalne brzmienie ustawy na takie, które jest zbieżne z cytowanym stanowiskiem Sądu Najwyższego, to stanowisko to mogło być od samego początku zasadne i służące poprawie stosowania przepisów prawa upadłościowego i naprawczego, a zatem słuszne z punktu widzenia ontologicznego. Zresztą w przypadku takich dylematów aktualne przepisy zapewniają wyjście bezpieczeństwa. Wszakże jeżeli sąd ustali, że względy słuszności i względy humanitarne z pewnością zachodzą, nie ma potrzeby analizować tak dokładnie przesłanek z art. 491^4 ust. 2 pr. up., bo w takim przypadku sąd musi ogłosić upadłość konsumencką.

Zaznaczyć należy, iż względy słuszności i względy humanitarne występują również w dalszych przepisach regulujących upadłość konsumencką: o umorzeniu postępowania i o uchyleniu planu spłaty wierzycieli. Omawiane pojęcia, tworzące tzw. klauzulę rozsądku, są nieostre i niezdefiniowane w przepisach. Ustawa w żadnym miejscu nie precyzuje, jak je interpretować. Ustawodawca nie tylko pozostawił sądowi przy tak ważnych decyzjach ogromne pole do interpretacji, lecz także dał szansę wnioskodawcom, w szczególności byłym przedsiębiorcom, potrafiącym dobrze uargumentować słuszność ich oddłużenia. Jak już wskazywaliśmy, przy analizie względów słuszności i względów humanitarnych postawa samego wnioskodawcy ma ogromne znaczenie, o czym dalej.

Pojęcie względy słuszności ma swe korzenie w filozofii starożytnej Grecji (arystotelesowska epieikeia) i w prawoznawstwie rzymskim, gdzie nosiło miano *aequitas*, rozumiane przede wszystkim jako „równość, umiarkowanie, bezstronność", a także „uczciwość, ludzkość, przystępność"[37]. Względy słuszności znane są polskiemu prawu cywilnemu. Pojawiają się m.in. w art. 417^2, 827 i 761^2 kodeksu cywilnego czy art. 61^4 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Z zasadami słuszności mamy również do czynienia w postępowaniu karnym (art. 556, 624 i 633 kodeksu postępowania karnego). Wypracowane są już zatem przez orzecznictwo i doktrynę pewne wskazówki, jak interpretować omawiane wyrażenie. Jest ono zbliżone do utrwalonego w nauce prawa i orzecznictwie

[36] Tak przykładowo wyrok Sądu Najwyższego z 19 stycznia 2011 roku (sygn. V CSK 211/10).

[37] Gurgul S., „Prawo upadłościowe, Prawo restrukturyzacyjne, komentarz do art. 491[4]", wyd. 10, Legalis, nb. 4.

pojęcia „zasad współżycia społecznego" (czyli w przybliżeniu społecznie przyjętych standardów sprawiedliwości, aprobowanych w społeczeństwie ocen i norm moralnych), z tą różnicą, że nie musi ono być aż tak mocno osadzone w ogólnie przyjętych, utrwalonych w społeczeństwie regułach postępowania[38]. Ogólnie rzecz ujmując, sąd podejmuje decyzję o ogłoszeniu upadłości ze względów słuszności, gdy dojdzie do wniosku, że rozstrzygnięcie to będzie miało sprawiedliwy i korzystny wpływ na stosunki społeczne dotyczące danej osoby, a w danych okolicznościach niesprawiedliwe byłoby ponoszenie przez dłużnika negatywnych konsekwencji związanych z zaistnieniem przesłanki oddalenia wniosku. Klauzula generalna względów słuszności odsyła do reguł znajdujących się poza systemem prawa stanowionego, a więc do reguł ze sfery moralności (etyki) i dobrych obyczajów[39]. W tym zakresie przejawia się ogromna i zgodna z wolą ustawodawcy swoboda sądu w ustalaniu faktów i nadawaniu im znaczenia w postępowaniu. Dużą rolę odgrywają zatem także cel i sens ustawy, a te przemawiają na korzyść konsumenta-wnioskodawcy. Sąd musi jednak należycie ocenić motywację dłużnika oraz przesłanki nim kierujące, by oddzielić konsumentów, którym należy pomóc, od takich, którzy jedynie chcą wykorzystać instytucję upadłości konsumenckiej dla swoich celów.

Dla oceny, czy zachodzą względy słuszności, konieczne jest zatem zbadanie okoliczności związanych z konkretną sytuacją, życiem dłużnika, jego otoczeniem, środowiskiem, historią działalności. Egzemplifikując, względy słuszności mogą zachodzić w sytuacji, gdy dłużnik wykazywał się cały czas dobrą wolą i np. będąc niewypłacalnym przedsiębiorcą, co prawda nie złożył wniosku o ogłoszenie upadłości, ale częściowo, proporcjonalnie regulował zobowiązania, a także podejmował czynności zmierzające do ochrony interesów wierzycieli, wychodząc z założenia, że w końcu uda mu się wyjść z kryzysu. Pozostawał w uzasadnionym przekonaniu, ze stan jego niewypłacalności nie jest trwały, a wierzyciele zostaną zaspokojeni w wyższym stopniu w przypadku dalszego prowadzenia przez niego działalności. Należy też zwrócić uwagę, że wielokrotnie niewypłacalni przedsiębiorcy nie składali wniosku o ogłoszenie upadłości, wiedząc, że i tak zostałby on oddalony ze względu na brak majątku wystarczającego na pokrycie kosztów postępowania upadłościowego. Dla przedsiębiorcy bez majątku złożenie wniosku nie miało sensu ekonomicznego, bo wiązało się jedynie z dodatkowymi kosztami. Trzeba też zauważyć, że przed wprowadzeniem nowych przepisów dotyczących upadłości konsumenckiej niewypłacalny przedsiębiorca nie mógł przewidywać, że niezłożenie przez niego wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie może zamknąć mu drogę do upadłości konsumenckiej w przyszłości, co też w pewnym sensie może być argumentem słusznościowym. Sąd upadłościowy nie może wszak karać konsumenta za to, że nie przewidział zmiany przepisów.

Rozpatrując, czy w danej sprawie zachodzą względy słuszności, należałoby dodatkowo zwrócić uwagę na samą przyczynę niewypłacalności. Całkowity brak winy w doprowadzeniu do niewypłacalności, powstałej np. na skutek oszustwa, braku zapłaty lub upadłości kontrahenta dłużnika, a nawet kryzysu gospodarczego, może być również argumentem słusznościowym. Częstym przypadkiem jest także niewypłacalność powstała na skutek działań jedynie małżonka dłużnika, który np. dodatkowo popełniał przestępstwa na jego szkodę (sytuacja, w której mąż uzależniony od hazardu znęca się fizycznie i psychicznie nad żoną, zmuszając ją jednocześnie do zaciągania pożyczek), czy pozostałych uczestników obrotu gospodarczego (wspólnicy tytularni w spółce cywilnej pociągani do odpowiedzialności za długi wygenerowane przez aktywnego wspólnika, który o swoich działaniach ich nie informował i pozostawały one poza jego kontrolą). Argumentem słusznościowym wydaje się również ogłoszenie upadłości wobec, znajdującego się w identycznej jak dłużnik sytuacji, małżonka dłużnika na podstawie przepisów o upadłości konsumenckiej sprzed nowelizacji.

Znamienne jest ponadto zachowanie dłużnika już po zaistnieniu przesłanki oddalenia, a przed złożeniem wniosku, np. próby restrukturyzacji zadłużenia, rozmowy i ugody z wierzycielami, poświecenie całego majątku na zaspokojenie wierzycieli, całkowite poddanie się egzekucji przy jednoczesnej legalnej pracy zarobkowej, niegenerowanie dalszego zadłużenia. Ważne jest także zachowanie się dłużnika wobec sądu upadłościowego przejawiające się w otwartości i szczerości swych oświadczeń oraz nieukrywaniu żadnych zdarzeń mogących mieć znaczenie dla analizy dopuszczalności wniosku. Chodzi tu oczywiście wyłącznie o wystrzeganie się celowego zatajania niektórych informacji, bowiem praktyka często pokazuje, że konsumenci po prostu nie pamiętają nawet bardzo podstawowych zdarzeń ekonomicznych ze swojej przeszłości (sięgającej wszak 10 lat) ani nie dysponują szczegółowymi danymi na temat swoich przedsięwzięć, zadłużenia czy poszczególnych działań. Brak wiedzy nie może być utożsamiany z brakiem woli do przekazania tej wiedzy sądowi upadłościowemu. Otwartość powinna być uwzględniana jako okoliczność zwiększająca zasadność zastosowania względów słuszności.

[38] Tak Filipiak P., [w:] P. Filipiak, A. Hrycaj, Ł. Filipowicz, „Upadłość...", s. 131.
[39] Gurgul S., „Prawo upadłościowe, Prawo restrukturyzacyjne, komentarz do art. 491[4]", wyd. 10, Legalis, nb. 4.

Podobnie jak względy słuszności, także pojęcie względów humanitarnych nie jest obce dotychczasowemu ustawodawstwu. Mamy z nim do czynienia m.in. w przepisach dotyczących statusu cudzoziemców w Polsce czy zasad konwojowania tymczasowo aresztowanych. Ponadto art. 3 kodeksu karnego nakazuje uwzględnienie zasad humanitaryzmu, w szczególności poszanowanie godności człowieka przy stosowaniu kar i środków karnych. Względy humanitarne w przepisach o upadłości konsumenckiej są ściślej niż względy słuszności związane bezpośrednio z osobą dłużnika, jego sytuacją osobistą, zdrowotną, bytową. Sąd, rozważając ogłoszenie upadłości z powodów humanitarnych, powinien odnieść się do poszanowania godności i czci dłużnika, mają więc one znacznie większy związek z osobą dłużnika w chwili orzekania, nie zaś z jego przeszłością. Względy humanitarne przemawiają za ogłoszeniem upadłości i oddłużeniem, jeżeli pozwoliłoby ono na zachowanie lub przywrócenie dłużnikowi godności jako istoty ludzkiej. Podobnie sąd powinien wziąć pod uwagę możliwość zachowania lub przywrócenia dłużnikowi utraconego podstawowego poczucia własnej wartości, szacunku do samego siebie oraz honoru. Podkreślić należy ponadto, iż względy humanitarne są związane ściśle z koniecznością zaspokojenia podstawowych potrzeb człowieka, a także z zapobieżeniem przysparzania mu dodatkowych cierpień. O ile konstrukcja względów słuszności, stanowiąc niewątpliwe nawiązanie do zasad współżycia społecznego, ma długą tradycję i z pewnością jest przydatna dla nadania upadłości konsumenckiej potrzebnej elastyczności, o tyle względy humanitarne rodzą więcej zastrzeżeń i wątpliwości[40].

Do względów humanitarnych przemawiających za oddłużeniem zaliczyć można przykładowo: chorobę dłużnika, depresję, kalectwo, upośledzenie, konieczność leczenia, konieczność utrzymania przez dłużnika wielodzietnej rodziny, samotne wychowywanie dziecka przez dłużnika, bezdomność. Ponadto argumentem może być wiek dłużnika, nie tylko podeszły, lecz także niekiedy bardzo młody. Jak się wydaje, do względów humanitarnych zaliczyć można także m.in. śmierć osoby najbliższej w stosunku do dłużnika lub konieczność opieki nad taką osobą w przypadku jej choroby.

Oczywiście sąd powinien traktować sytuację każdego dłużnika indywidualnie, biorąc pod uwagę wszelkie okoliczności. Uzasadniając wniosek o upadłość w oparciu o omawianą klauzulę rozsądku, trzeba przekonać sąd, iż okoliczności sprawy uzasadniają ogłoszenie upadłości w oparciu o zasady słuszności i humanitaryzmu. Jako wskazówkę praktyczną należy podkreślić, że sąd najbardziej skłonny jest brać pod uwagę powyższe zasady w przypadku uczciwych dłużników, podających we wniosku pełne i zgodne z prawdą informacje oraz przyznających istnienie, o ile o nim wiedzą, lub chociażby możliwość występowania przesłanek negatywnych ogłoszenia upadłości w ich sprawie.

STUDIUM PRZYPADKU NA PODSTAWIE LINII ORZECZNICZEJ

W ramach tej publikacji autorzy dokonali analizy orzeczeń sądów. Wnioski z przedmiotowej analizy sprowadzają się do twierdzenia, że sądy zasadniczo dość restrykcyjnie podchodzą do faktu braku zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości przez przedsiębiorcę w terminie i nawet w przypadku wniosku faktycznie złożonego, choć spóźnionego (do 1 stycznia 2016 r. zgodnie z literalnym brzmieniem art. 21 ust. 1 pr. up. termin na zgłoszenie wniosku wynosił dwa tygodnie), odstępowały od ogłoszenia upadłości konsumenckiej. Postanowieniem Sądu Rejonowego w Bydgoszczy, Wydział XV Gospodarczy z 9 grudnia 2015 r., XV GU 211/15, oddalony został wniosek o ogłoszenie upadłości osoby fizycznej nieprowadzącej działalności, która jako przedsiębiorca nie zgłosiła wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie. W zaistniałym stanie faktycznym na gruncie tamtej sprawy bezsporne było, iż dłużnik jako przedsiębiorca złożył wniosek o ogłoszenie upadłości z półtorarocznym opóźnieniem, co więcej 11 miesięcy po wyrejestrowaniu i zamknięciu działalności gospodarczej. Zdaniem sądu orzekającego nie zaistniały także przesłanki do zastosowania względów słuszności czy humanitaryzmu, pomimo iż dłużnik był osobą bezrobotną oraz nie posiadał żadnego majątku, a jego jedynym dochodem był zasiłek dla bezrobotnych.

Odzwierciedleniem liberalnego podejścia do art. 491^4 ust. 2 pkt 3 pr. up. jest niewątpliwie orzeczenie Sądu Okręgowego z Bydgoszczy[41], VIII Wydział Gospodarczy z 31 marca 2016 r. wydane w powołanej wyżej sprawie XV GU 211/15 po wniesieniu środka zaskarżenia przez wnioskodawcę. W uzasadnieniu orzeczenia sądu drugiej instancji wskazano bowiem na brak wyczerpującej i dogłębnej analizy, czy za ogłoszeniem upadłości, pomimo braku zgłoszenia wniosku w terminie, nie przemawiają jednak względy słuszności lub humanitarne. Jak wskazał sąd, już bowiem sam wiek dłużnika (52 lata) sytuował go w grupie osób mogących mieć szczególne problemy ze znalezieniem stałego zatrudnienia. Dostrzeżono rów-

[40] Tak: Witosz A., „Układ…".

[41] Postanowienie Sądu Okręgowego z Bydgoszczy, VIII Wydział Gospodarczy z 31 marca 2016 r., XV GU 211/15, http://orzeczenia.bydgoszcz.sr.gov.pl/content/$N/151005050007563_XV_GU_000211_2015_Uz_2015-12-09_001.

nież naruszenia w zakresie przepisów postępowania, dotyczące pominięcia ustaleń w zakresie ewentualnego pokrzywdzenia wierzycieli brakiem złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości przedsiębiorcy. Dłużnik podnosił, iż ze względu na całkowity brak majątku hipotetyczne postępowanie upadłościowe nie zostałoby wszczęte na skutek złożonego przez dłużnika w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości, a to z powodu braku środków na koszty takiego postępowania. Brak zgłoszenia wniosku nie skutkował dla wierzycieli żadną szkodą. Istotnym w ocenie sądu argumentem był brak zbadania przez sąd pierwszej instancji okoliczności tożsamych jak w przypadku orzekania zakazu prowadzenia działalności gospodarczej (art. 373 ust. 2 pr. up.). Przy orzekaniu zakazu sąd obowiązany jest wziąć pod uwagę stopień winy oraz skutki podejmowanych działań, w szczególności obniżenie wartości ekonomicznej przedsiębiorstwa upadłego i rozmiar pokrzywdzenia wierzycieli[42]. Konkludując rozważania w zakresie prawidłowego rozpoznania kwestii względów słuszności i humanitarnych w odniesieniu do negatywnej przesłanki ogłoszenia upadłości, sąd okręgowy podniósł, iż oddalenie wniosku o ogłoszenie upadłości bez uwzględnienia powyższych przesłanek sprzeciwiałoby się zasadom słuszności i humanitaryzmu.

Sądy konsekwentnie oddalały wnioski o ogłoszenie upadłości w przypadku, gdy konsument, prowadząc działalność gospodarczą, nie dopełnił obowiązku ogłoszenia upadłości w terminie. W uzasadnieniu[43] postanowienia Sądu Okręgowego w Bydgoszczy wskazano, iż przesłanka z art. 491^4 ust. 2 pkt 3 pr. up. ma w założeniu pozbawić przedsiębiorcę, który nie dopełnił ww. obowiązku, możliwości umorzenia zobowiązań z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej w trybie przepisów konsumenckich. Godzi się w tym miejscu podnieść, iż katalog sankcji, jakie obecnie (od 31 grudnia 2014 r.) ponosi niewypłacalny przedsiębiorca w przypadku braku zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości, nie obejmował uprzednio oddalenia wniosku konsumenckiego. W takim stanie prawnym jedyną możliwością jest zastosowanie klauzuli słuszności lub humanitarnej, która także zdefiniowana została w sposób restrykcyjny.

Potwierdzeniem tego jest treść uzasadnienia Sądu Okręgowego w Szczecinie[44] z 12 listopada 2015 r. (VIII Gz 194/15), w którym wątpliwości sądu nie budziła kwestia braku zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie, a nadto konieczność oddalenia wniosku wobec braku możliwości zastosowania wobec wnioskodawczyni zarówno względów słuszności, jak i humanitarnych. Oddalając wniosek, sąd podniósł, iż „dłużniczka jest młoda, ani ona, ani jej dziecko nie są osobami chorymi, nadto zarówno dłużniczka, jak i jej mąż pracują". Na zmianę oceny sądu nie miała przy tym wpływu akcentowana przez dłużniczkę w kontekście reguł humanitaryzmu okoliczność rozstania z mężem. Sąd orzekający wskazał bowiem, iż ojciec dziecka pomimo separacji faktycznej obowiązany jest do sprawowania pieczy nad osobą i majątkiem dziecka, a także do jego wychowania.

Wskazane przykłady wskazują niestety, iż choć sądy upadłościowe przyjmują stanowisko ustawodawcy w zakresie konieczności pomocy upadłym konsumentom jako takiej, to już w sytuacji zastosowania przepisów do poszczególnych przypadków zawartych we wnioskach o ogłoszenie upadłości konsumenckiej powraca sprzeczny z duchem ustawy rygoryzm. W analizie ciągle brakuje podejścia empatycznego do dłużnika, zadania sobie pytania: „Co się stanie z dłużnikiem w przypadku oddalenia wniosku, czy i jak będzie w stanie spłacić długi bez zagrożenia dla bytu i godności swojej i swoich bliskich?".

Na zakończenie wywodu autorzy pragną przytoczyć sytuację ze swojej praktyki, która najlepiej obrazuje brak całościowego myślenia o upadłości konsumenckiej jako o sposobie na pomoc dłużnikowi. Sprawa dotyczyła małżonków, którzy prowadzili wspólnie działalność gospodarczą, przy czym mąż był aktywny, żona podpisywała dokumenty i nie interesowała się szczegółami. Działalność wygenerowała straty, które małżonkowie próbowali wyrównywać przez nowe działalności, bez skutku. Małżeństwo było wielodzietne, żona nie pracowała, zajmowała się dziećmi. Groźba egzekucji długów spowodowała, że żadne z małżonków nie mogło podjąć pracy ani posiadać majątku, na czym cierpiały małoletnie dzieci. Sąd ogłosił upadłość konsumencką małżonki, wskazując, iż nie była ona odpowiedzialna za prowadzenie działalności, która przyniosła im długi prowadzące do niewypłacalności. Wniosek męża został oddalony z powodu jego aktywności. Wskutek tego instytucja upadłości konsumenckiej, która miała chronić dłużników i pozwolić im na powrót do normalnego funkcjonowania, dla dobra ich, ale także, a może przede wszystkim dla dobra ich małoletnich dzieci umożliwiła powrót do normalnego funkcjonowania i zarobkowania tylko żonie. Brak oddłużenia uniemożliwił mężowi podjęcie w przyszłości pracy przynoszącej większy zarobek niż kwota wolna od egzekucji. W ten sposób żonę, która przez kilka lat zajmowała się

[42] Art. 373 ust. 2 p.u.

[43] Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy, VIII Wydział Gospodarczy z 9.12.2015 r., sygn. akt XV GU 211/15, http://orzeczenia.bydgoszcz.sr.gov.pl/content/$N/151005050007563_XV_GU_000211_2015_Uz_2015-12-09_001.

[44] Postanowienie Sądu Okręgowego w Szczecinie, VIII Wydział Gospodarczy z 12.11.2015 r., sygn. akt VIII Gz 194/15, http://orzeczenia.szczecin.so.gov.pl/content/$N/155515000004027_VIII_Gz_000194_2015_Uz_2015-11-12_001.

wyłącznie dziećmi i nie miała żadnego doświadczenia zawodowego, zmuszono do podjęcia pracy zarobkowej w zastępstwie męża, bez jakiejkolwiek alternatywy. Żona z racji braku doświadczenia pozyskać mogła wyłącznie najniżej płatne zajęcie, ponadto musiała dalej zajmować się dziećmi. Mąż wszakże o zajmowaniu się dziećmi nie miał pojęcia, bowiem całość swojej aktywności kierował na utrzymanie żony i dzieci (co mu się przez pewien czas udawało, dopóki nie pojawiły się problemy w działalności gospodarczej). Podjęcie przez wykształconego i dysponującego doświadczeniem zawodowym męża pracy zarobkowej przyniosłoby rodzinie środki znacznie wyższe, niż mogłaby pozyskać żona. W wyniku orzeczenia sądu upadłościowego żona została obarczona dodatkowymi obowiązkami, których nie byłaby w stanie udźwignąć, sytuacja materialna rodziny pozostała bez zmian, z oczywistą szkodą dla małoletnich dzieci. Prawdopodobnie nie takiego efektu spodziewał się sąd upadłościowy, a już na pewno nie było to w planach ustawodawcy. Na tym przykładzie dobrze widać różnicę między treścią przepisów a ich stosowaniem i to najlepiej obrazuje konstatację, że w przedmiocie upadłości konsumenckich mamy jeszcze dużo do zrobienia.

PODSUMOWANIE

Wobec coraz częstszych wniosków o ogłoszenie upadłości składanych przez osoby fizyczne, uprzednio prowadzące działalność gospodarczą, interpretacja negatywnej przesłanki w postaci niezgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości wbrew obowiązkowi ma istotne znaczenie z punktu widzenia postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości konsumenta. Autorzy tego artykułu wskazują, iż należy rozważyć odejście od ścisłej wykładni literalnej przepisu art. 491^4 ust. 2 pkt 3 pr. up. co do objęcia oddłużeniem menedżerów, którzy nie wypełnili obowiązku zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki. Argumentacja płynąca bowiem z pozostałych reguł wykładni daje wystarczające podstawy do zastosowania instytucji upadłości konsumenckiej wobec takich osób. Jakkolwiek autorom znane są argumenty przeciwne w postaci konieczności piętnowania zachowań nagannych, zdziałanych *contra legem*, argumenty przeciwko rozróżnieniu sytuacji przedsiębiorcy i menedżera czy wreszcie przemawiające za pierwszeństwem wykładni literalnej. Nie budzi jednak wątpliwości, że wykładnia systemowa i celowościowa przemawiają za ogłoszeniem upadłości i oddłużeniem reprezentantów niewypłacalnych osób prawnych. Nie sposób bowiem pomijać tak doniosłych społecznie skutków oddłużenia konsumenta jak fakt przywrócenia go społeczeństwu, ograniczenie szarej strefy skutkujące wzrostem PKB czy wreszcie faktu, iż umorzenie zobowiązań w toku upadłości konsumenckiej jest często jedynym rozwiązaniem dla osób z poziomem zobowiązań, który uniemożliwia ich spłatę do końca pozostałego im okresu życia. Oddalenie wniosku takiej osoby zazwyczaj nie wnosi dla wierzycieli żadnej wartości dodanej, a w szczególności nie prowadzi do zaspokojenia ich zobowiązań. Postępowanie egzekucyjne jest nierzadko mniej skuteczne z punktu widzenia wierzyciela niż postępowanie upadłościowe wobec osoby fizycznej nieprowadzącej działalności gospodarczej, która nie posiada majątku i wynagrodzenia przekraczającego kwotę wolną od egzekucji. Zważyć natomiast należy, iż zastosowane przez ustawodawcę rozwiązania w postaci ograniczenia możliwości umorzenia zobowiązań w toku upadłości konsumenckiej raz na dekadę, jak też pozostałe mechanizmy eliminujące nierzetelnych dłużników z możliwości oddłużenia, przede wszystkim przesłanka negatywna winy umyślnej i rażącego niedbalstwa, należycie zabezpieczają przed nadużywaniem tej instytucji.

Zbigniew Miczek [1]

DOSTĘP DO AKT POSTĘPOWAŃ UPADŁOŚCIOWYCH I RESTRUKTURYZACYJNYCH

Postępowania przewidziane przepisami ustawy z 28.02.2003 roku – Prawo upadłościowe[2] i ustawy z 15.05.2015 roku – Prawo restrukturyzacyjne[3] zostały ukształtowane jako postępowania sądowe, do których w sprawach nieuregulowanych mają zastosowanie przepisy ustawy z 17.11.1964 roku – Kodeks postępowania cywilnego[4]. W przeważającej większości stosowane są odpowiednio przepisy o postępowaniu procesowym, o czym stanowią: w sprawach o ogłoszenie upadłości – art. 35 p.u., w sprawach po ogłoszeniu upadłości – art. 229 p.u., w sprawach restrukturyzacyjnych – art. 209 p.res. Jedynie w zakresie postępowań dotyczących orzekania o zakazie prowadzenia działalności gospodarczej zastosowanie będą miały, i to wprost, przepisy o postępowaniu nieprocesowym, co wynika z treści art. 376 ust. 1 zd. 3 p.u. Dodatkowo wskazać należy, że w zakresie międzynarodowych postępowań upadłościowych, zgodnie z art. 381 p.u., zastosowanie będą miały także odpowiednio przepisy k.p.c. dotyczące międzynarodowego postępowania cywilnego. Również w zakresie międzynarodowego postępowania restrukturyzacyjnego, na mocy art. 341 p.res. będą miały zastosowanie odpowiednio te same przepisy.

Jeśli chodzi o zakres odpowiedniego stosowania przepisów, to w judykaturze i w doktrynie rozumienie tego pojęcia jest ugruntowane. Odpowiednie stosowanie przepisów może oznaczać: stosowanie odnośnych przepisów bez żadnych zmian w ich dyspozycji, stosowanie przepisów z pewnymi zmianami, niemożność stosowania odnośnych przepisów głównie ze względu na ich bezprzedmiotowość bądź też ze względu na ich całkowitą sprzeczność z przepisami ustanowionymi dla tych stosunków, do których miałyby one być stosowane odpowiednio[5]. Kwestia całościowej oceny odpowiedniego stosowania przepisów k.p.c. do postępowań upadłościowych i restrukturyzacyjnych jest rozległa i przekracza ramy tego artykułu, zaś rozległość i skomplikowany charakter tej materii powoduje, że wywołuje ona wiele kontrowersji w praktyce[6]. Również te same zasady wykładni wyrażenia „odpowiednio" będą miały zastosowanie w postępowaniach prowadzonych na podstawie przepisów p.u. i p.res.

POSTĘPOWANIE W PRZEDMIOCIE OGŁOSZENIA UPADŁOŚCI

Zasady ogólne. Wnioskodawca i dłużnik

Przepisy p.u. dotyczące postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości nie zawierają żadnej regulacji w zakresie dostępu do akt postępowania, co powoduje, że na zasadzie odesłania z art. 35 p.u. odpowiednie zastosowanie będzie miał art. 9 k.p.c. Przepis ten w § 1 zd. 2 stanowi, iż strony i uczestnicy postępowania mają prawo przeglądać akta sprawy i otrzymywać odpisy, kopie lub wyciągi z tych akt. Z kolei art. 26 ust. 1 p.u. wskazuje, jaki jest krąg uczestników postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości, a więc każdy, kto złoży wniosek o ogłoszenie upadłości oraz dłużnik. Te podmioty mają niczym nieograniczony dostęp do akt postępowania o ogłoszenie upadłości w trakcie jego trwania.

Nie jest to jednak wyłączny krąg osób, które będą miały uprawnienia do zapoznania się z aktami. W procesie cywilnym, poza stronami i obok nich, mogą nadto występować

[1] Sędzia, Sąd Rejonowy w Tarnowie, Instytut Allerhanda.
[2] T.j. Dz. U. 2015 r., poz. 233 ze zm. – zwana dalej „p.u.".
[3] Dz. U. 2015 r., poz. 978 ze zm. – zwana dalej „p.res.".
[4] T.j. Dz. 2014 r. poz. 101 ze zm. – zwana dalej „k.p.c.".
[5] Por. Nowacki J., *„Odpowiednie" stosowanie przepisów prawa*. „Państwo i Prawo" 1964 r., nr 3, s. 370-371.
[6] Zob. Gurgul S., „Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz", Warszawa 2016 r., s. 81-83 i podane tam poglądy.

w określonych sytuacjach i pod określonymi warunkami osoby trzecie, które mogą uczestniczyć w postępowaniu i dokonywać obok stron czynności procesowych[7]. Jak już wcześniej wskazano, dostęp do akt mają nie tylko strony, ale i uczestnicy postępowania, przy czym należy to wyrażenie rozumieć szerzej, niż wskazano w art. 26 ust. 1 p.u., który to przepis wskazuje osoby równoznaczne stronom postępowania. W postępowaniu upadłościowym nie ma stron, lecz są uczestnicy[8]. Krąg uczestników – odpowiednio rozumiany po myśli art. 9 k.p.c. w zw. z art. 35 p.u. – to wszystkie te osoby, które biorą udział w postępowaniu, choć nie mają przymiotu strony rozumianej jako uczestnik wskazany w art. 26 ust. 1 p.u. Wstąpienie do udziału w postępowaniu może nastąpić na różnym etapie postępowania.

Wierzyciele

Przede wszystkim należy ocenić sytuację wierzyciela niebędącego wnioskodawcą. Przepis art. 26 ust. 1 p.u. nie wskazuje go jako uczestnika postępowania. Prowadzi to do wniosku, że podmioty będące wierzycielami dłużnika, które nie złożyły wniosku o ogłoszenie upadłości, nie mają uprawnień do dostępu do akt w toku postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości. Przy czym zasadnicze zastrzeżenie dotyczy tego, że stan taki trwa do momentu ogłoszenia upadłości, o czym mowa będzie poniżej. W szczególności wierzyciele dłużnika niebędący wnioskodawcami nie mają procesowego prawa żądać informacji z akt sprawy, jak też żądać informacji od tymczasowego nadzorcy sądowego o przebiegu postępowania czy informacji o stanie przedsiębiorstwa dłużnika. Również banki nie mają uprawnień do żądania udzielania takich informacji, gdyż one winny korzystać z uprawnień, jakie dają im przepisy ustawy z 29.08.1997 roku – Prawo bankowe[9]. Zgodnie z art. 74 tej ustawy w czasie obowiązywania umowy kredytu kredytobiorca jest obowiązany przedstawić – na żądanie banku – informacje i dokumenty niezbędne do oceny jego sytuacji finansowej i gospodarczej oraz umożliwiające kontrolę wykorzystania i spłaty kredytu. Jeśli więc bank poweźmie potrzebę uzyskania informacji o majątku dłużnika i jego aktualnej sytuacji finansowej, to winien zwracać się bezpośrednio do dłużnika. Inaczej natomiast przedstawiałby się sytuacja, gdyby w stosunku do dłużnika ustanowiono w trybie zabezpieczenia na zasadzie art. 40 p.u. zarząd przymusowy. Wtedy bank mógłby zwracać się o udzielenie informacji o stanie majątku dłużnika bezpośrednio do takiego zarządcy, ale dlatego, że dłużnika nie ma prawa zarządzać majątkiem i może nie mieć wiedzy o aktualnej sytuacji przedsiębiorstwa. Jednak uprawnienie to nie miałoby charakteru uprawnienia procesowego, a jedynie znajdowałoby umocowanie w przepisach regulujących funkcjonowanie rynku bankowego.

Jednocześnie istnieją przepisy, które nadają określone uprawnienia w toku postępowania, a to mianowicie możliwość złożenia zażalenia na rozstrzygnięcie w przedmiocie jurysdykcji sądów polskich (art. 54 a ust. 1 *in fine* p.u.) oraz zażalenia na postanowienie uwzględniające wniosek o wyrażenie zgody na sprzedaż przedsiębiorstwa w ramach procedury przygotowanej likwidacji (art. 56 d ust. 2 zd. 1 p.u.). Odnoszą się one do sytuacji po wydaniu postanowienia, w którym uwzględniono wniosek o ogłoszenie upadłości. Trudno mówić o możliwości realizacji praw procesowych osoby uprawnionej do złożenia zażalenia, jeżeli nie będzie mogła zapoznać się z treścią akt postępowania, w których zapadło orzeczenie, od którego może złożyć środek prawny. Niemożność zapoznania się z zebranym przez sąd materiałem wyłącza możliwość skutecznego sformułowania zarzutów, zwłaszcza w drugim przypadku, gdy podstawą do wyrażenia zgody będą opis i oszacowanie (art. 56 a ust. 3 p.u.) albo opinia biegłego w przedmiocie oszacowania (art. 56 b ust. 1 zd. 2 p.u.). Odmowa dostępu do akt postępowania stanowiłaby naruszenia prawa do obrony, a tym samym mogłaby stanowić podstawę zarzutu nieważności postępowania (art. 379 pkt 5 k.p.c. w zw. z art. 397 § 2 zd. 1 k.p.c. w zw. z art. 35 p.u. w zw. z art. 33 ust. 1 p.u.).

Przedstawione rozważania prowadzą do tezy, że wierzyciel, który nie jest wnioskodawcą w sprawie o ogłoszenie upadłości, uzyskuje prawo dostępu do akt sądowych tego postępowania z momentem ogłoszenia upadłości, niezależnie od momentu obwieszczenia tego postanowienia. Aby uzyskać taki dostęp, wystarczy, by osoba wykazała, że jest wierzycielem, co nie powinno być trudne ze względu na treść art. 23 ust. 1 pkt 3 p.u., nakazującego dołączenie do wniosku spisu wierzycieli. W przypadku gdy zgłaszająca się osoba nie jest wykazana w spisie wierzycieli, to swe uprawnienie może wykazywać wszystkimi dowodami. Trzeba pamiętać, że chodzi tutaj o kwestie o charakterze formalnym, więc na tym etapie nie ma potrzeby faktycznej badania takiego uprawnienia.

Odrębnym uprawnieniem wierzyciela w dostępie do akt postępowania będzie sytuacja, gdy sąd w ramach zabezpieczenia majątku dłużnika na podstawie art. 39 ust. 1 p.u. zawiesi postępowanie egzekucyjne lub uchyli zajęcie rachunku bankowego. Zgodnie z art. 39 ust. 3 p.u. postanowienie o zawieszeniu postępowania egzekucyjnego

[7] Jodłowski J., Lapierre J., [w:] Postępowanie cywilne, J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapierre, T. Misiuk-Jodłowska, Warszawa 1996 r., s. 156.
[8] Zob. Gurgul S., „Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz", Warszawa 2016 r., s. 538.
[9] T.j. Dz. U. 2015 r., poz. 128 ze zm.

oraz uchyleniu zajęcia rachunku bankowego doręcza się wierzycielowi prowadzącemu egzekucję oraz organowi egzekucyjnemu, a na to postanowienie dłużnikowi i temu wierzycielowi przysługuje zażalenie. Z chwilą wydania postanowienia – natychmiast przecież wykonalnego – wierzyciel taki staje się uczestnikiem postępowania, mogącym złożyć zażalenie, niezależnie od momentu doręczenia postanowienia. Już samo postanowienie odnosi skutek w stosunku do wierzyciela, a moment doręczenia ma tylko taki skutek, że wyznacza początek terminu, od którego liczy się czas do złożenia zażalenia, oraz stabilizuje sytuację wierzyciela pod kątem obowiązków procesowych (np. obowiązku wskazania zmiany adresu do doręczeń). Z tych przyczyn należy przyjąć, że wierzyciel taki od momentu wydania takiego postanowienia staje się uczestnikiem postępowania, a tym samym uzyskuje uprawnienia do wglądu do akt postępowania. Osobnym zagadnieniem, przekraczającym jednak ramy tego artykułu, jest kwestia prawa udziału w postępowaniu wierzyciela egzekwującego już od momentu złożenia wniosku, a co za tym idzie – prawa wglądu do akt postępowania, analogicznie jak w sytuacji zobowiązanego w toku postępowania zabezpieczającego. Istnieją bowiem poważne kontrowersje w ocenie dopuszczalności wglądu w akta postępowania przez zobowiązanego w sytuacji złożenia wniosku o zabezpieczenie przed jego rozpoznaniem i doręczeniem postanowienia uwzględniającego wniosek[10]. Tylko sygnalizacyjnie wskazać należy, że rozwiązanie tego problemu można znaleźć w odpowiednim stosowaniu art. 192 k.p.c., zgodnie z którym skutki związania sporem następują z momentem doręczenia pozwu. Mając na uwadze cele postępowania zabezpieczającego, w tym w toku postępowania upadłościowego, można bronić stanowiska, że zobowiązany (wierzyciel) nabywa prawa uczestnika, a tym samym wgląd w akta postępowania, z chwilą doręczenia mu postanowienia o zabezpieczeniu.

Pozostali uczestnicy

W toku postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości mogą brać udział jeszcze inne osoby, które będą uczestnikami postępowania uprawnionymi do wglądu do akt postępowania. Będą to:

1) organ założycielski lub minister Skarbu Państwa (art. 26 ust. 2 p.u.),
2) kurator ustanowiony w tym postępowaniu (art. 26^1 ust. 1 i 4 p.u.),
3) tymczasowy nadzorca sądowy (art. 38 ust. 1 p.u.),
4) wierzyciel prowadzący egzekucję, jeżeli zawieszono postępowanie egzekucyjne lub uchylono zajęcie rachunku bankowego (art. 39 ust. 1 p.u.),
5) zarządca przymusowy (art. 40 ust. 1 p.u.),
6) spadkobierca upadłego (art. 53 ust. 2 p.u.),
7) prezes Narodowego Banku Polskiego (art. 53 ust. 3 p.u.),
8) przewodniczący Komisji Nadzoru Finansowego (art. 53 ust. 4),
9) planowany nabywca przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części (art. 56 a ust. 4 p.u.).

Przepis art. 26 ust. 2 p.u. nakazuje sądowi zawiadomić o złożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości przedsiębiorstwa państwowego albo jednoosobowej spółki Skarbu Państwa odpowiednio organ założycielski albo ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa, który w terminie dwóch tygodni może złożyć sądowi opinię w sprawie. Podmioty wskazane w tym przepisie nie są uczestnikami postępowania[11], lecz należy to rozumieć tylko w ten sposób, że nie mają legitymacji procesowej. Jednakże w zakresie możliwości dostępu do akt sprawy należy przyjąć, że mają one uprawnienie do zapoznania się z ich treścią, gdyż przepis art. 9 k.p.c. nie ogranicza takiego uprawnienia tylko do stron postępowania, ale również dopuszcza taką możliwość dla wszystkich osób uczestniczących w postępowaniu, nawet jeśli nie są stroną procesu.

Zgodnie z art. 26^1 ust. 1 p.u. jeżeli dłużnik nie ma zdolności procesowej i nie działa za niego przedstawiciel ustawowy, a także gdy w składzie organów dłużnika będącego osobą prawną lub jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, zachodzą braki uniemożliwiające ich działanie, sąd upadłościowy ustanawia dla niego kuratora. Gdy dla strony ustanowiono kuratora na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy z 20.08.1997 roku o Krajowym Rejestrze Sądowym[12] albo na podstawie art. 42 k.c., to jego powołuje się na kuratora dla dłużnika. Natomiast zgodnie z art. 26^1 ust. 4 p.u. dla upadłego będącego osobą fizyczną, który zmarł po złożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości, również ustanawia się kuratora. W tym wypadku jest to szczególny kurator o charakterze procesowym, zastępujący dłużnika w toku postępowania, ze wszystkimi prawami przypisanymi dla dłużnika, a więc i prawem dostępu do akt postępowania.

Tymczasowy nadzorca sądowy i zarządca przymusowy ustanowieni w postępowaniu na mocy przepisów o zabezpieczeniu mają dostęp do akt postępowania, gdyż biorą

[10] Manowska M., [w:] „Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz". Tom II, pod red. M. Manowskiej, Warszawa 2015 r., s. 50.

[11] Gurgul S., „Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz", Warszawa 2016 r., s. 69; Jakubecki A., [w:] A. Jakubecki, F. Zedler. „Prawo upadłościowe i naprawcze", Warszawa 2003 r., s. 84.

[12] T.j. Dz. U. 2016 r., poz. 687.

w nim udział. Z jednej strony udział ten wyraża się pomocniczym charakterze organów sądu, jeżeli chodzi o czynności związane z zabezpieczeniem majątku, a z drugiej strony ma charakter osobisty, jeżeli chodzi o zatwierdzanie sprawozdań i przyznawanie wynagrodzenia. W żadnym przypadku nie jest możliwe realizowanie tych uprawnień bez możliwości dostępu do akt postępowania.

W art. 53 ust. 2 p.u. przewidziano obowiązek doręczenia spadkobiercy upadłego postanowienia w przedmiocie ogłoszenia upadłości. Jeżeli dłużnik będący osobą fizyczną zmarł w toku postępowania, to ustanawia się dla niego kuratora na zasadzie art. 26^1 ust. 4 p.u. Kurator działa do czasu ustalenia kręgu spadkobierców, co powoduje, że gdyby w momencie ogłoszenia upadłości spadkobiercy nie byli jeszcze znani, to doręczenie postanowienia następowałoby do rąk kuratora. Skoro takim spadkobiercom doręcza się odpis postanowienia, to wysnuć z tego należy wniosek, że w momencie zgłoszenia się do udziału w postępowaniu upadłościowym nabywają oni uprawnienia należne dłużnikowi (upadłemu), w tym prawo dostępu do akt postępowania.

Na podstawie art. 53 ust. 3 i 4 p.u. odpisy postępowania o ogłoszeniu upadłości, w sytuacjach w nich wskazanych, doręcza się prezesowi Narodowego Banku Polskiego i przewodniczącemu Komisji Nadzoru Finansowego. Wydaje się, że choć nie mają oni prawa do podejmowania czynności o charakterze procesowym w toku postępowania, to nie można wyłączyć w stosunku do nich prawa dostępu do akt postępowania. Niemożność zweryfikowania przez te organy okoliczności wskazanych w postanowieniu o ogłoszenie upadłości czyni iluzoryczną potrzebę doręczania im takich postanowień. Co więcej, może nastąpić sytuacja, że takie doręczenie nie nastąpiło, mimo że zachodziły do tego podstawy. Bez prawa tych organów do dostępu do akt postępowania nie byłoby możliwe wykazanie przez nie istnienia takiego obowiązku.

Postępowanie w przedmiocie ogłoszenia upadłości może zakładać przygotowaną likwidację, przewidującą sprzedaż przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części, a wniosek musi zawierać co najmniej warunki sprzedaży przez wskazanie co najmniej ceny oraz nabywcy (art. 56 a ust. 4 p.u.). Na potencjalnym nabywcy ciąży w toku postępowania szereg obowiązków: dokonanie wpłaty ceny lub złożenie jej do depozytu (art. 56 a ust. 5 zd. 2 i art. 56 e ust. 2 p.u.), złożenie oświadczenia o ewentualnych powiązaniach (art. 56 b ust. 2 p.u.), ograniczony zakres zarządzania majątkiem do czasu uprawomocnienia się postanowienia (art. 56 f ust. 3 p.u.) czy też prawo żądania wydania wpłaconej ceny z depozytu (art. 56 g ust. 2 p.u.) albo obowiązek znoszenia żądania zatrzymania ceny w depozycie na wniosek syndyka (art. 56 g ust. 2 zd. 2 p.u.). Abstrahując od oceny dopuszczalności składania zażaleń w tym postępowaniu, wskazać należy, że nabywca ma znaczny zakres uprawnień i obowiązków, których realizacja bez możliwości dostępu do akt postępowania nie będzie możliwa, a co więcej – może naruszyć jego prawa. Jeżeli nabywca nie będzie mógł samodzielnie zweryfikować np. daty prawomocności postanowienia zatwierdzającego warunki sprzedaży i zawarcia umowy sprzedaży, to nie będzie miał pewności co do zakresu możliwości zarządu przedsiębiorstwem i jego rozporządzaniem. Skoro zaś może złożyć wniosek o wydanie wpłaconej ceny, to w sposób oczywisty jest uczestnikiem postępowania w rozumieniu art. 9 k.p.c., który należy stosować odpowiednio, uwzględniając specyfikę postępowania upominawczego. Dlatego w mojej ocenie należy uznać, że potencjalny nabywca przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części ma prawo przeglądać akta sprawy postępowania zakładającego przygotowaną likwidację.

POSTĘPOWANIE UPADŁOŚCIOWE. POSTĘPOWANIE RESTRUKTURYZACYJNE

Zasady ogólne

Inne zasady w zakresie dostępu do akt obowiązują w postępowaniu po ogłoszeniu upadłości, bo w tym przypadku istnieje samodzielna norma regulująca tę kwestię. Zgodnie z art. 228 ust. 1 p.u. akta sądowe udostępnia się w sekretariacie sądu uczestnikom postępowania oraz każdemu, kto potrzebę ich przejrzenia dostatecznie usprawiedliwi, a osoby te mogą otrzymywać z akt odpisy i wyciągi oraz bez żadnych dodatkowych opłat sporządzać we własnym zakresie fotokopie. Zakres osób mogących mieć dostęp do akt postępowania jest więc znacznie szerszy. Tożsama regulacja, określająca możliwość zapoznawania się z aktami spraw restrukturyzacyjnych, znajduje się w art. 206 p.res., co daje podstawę do łącznego przedstawienia tego zagadnienia. Wprowadzenie w tych postępowaniach indywidualnych rozwiązań w zakresie określenia dostępu do akt postępowania powoduje, że nie ma potrzeby sięgania do – na zasadzie art. 229 p.u. i art. 209 p.res. – w drodze odpowiedniego stosowania do art. 9 k.p.c. Wskazane regulacje nawiązują w swej treści do art. 525 k.p.c., który stanowi, iż akta sprawy dostępne są dla uczestników postępowania oraz za zezwoleniem przewodniczącego dla każdego, kto potrzebę przejrzenia dostatecznie usprawiedliwi oraz że na tych samych zasadach z akt sprawy dopuszczalne jest sporządzanie i otrzymywanie odpisów i wyciągów oraz otrzymywanie zapisu dźwięku albo obrazu i dźwięku. Regulacja zawarta

w p.res. nawiązuje do rozwiązań p.u., a te z kolei do przepisów rozporządzenia prezydenta RP z 24.10.1934 roku – Prawo upadłościowe[13], które w art. 84 stanowiło, że akta sądowe będą dostępne dla uczestniczących w postępowaniu oraz dla każdego, kto potrzebę ich przejrzenia dostatecznie w sekretariacie sądu usprawiedliwi oraz że osoby te mogą sporządzać i otrzymywać z akt odpisy i wyciągi.

Na gruncie stosowania art. 229 p.u. i art. 206 p.res. należy rozróżnić dwie grupy osób. Pierwsza to uczestnicy postępowania, a więc podmioty, które mają uprawnienia o charakterze procesowym. Należy więc do nich zaliczyć nie tylko uczestników *sensu stricto* wskazanych w p.u. (Część pierwsza. Tytułu IV. Dział III) i w p.res. (Tytuł I. Dział IV) oraz w przepisach regulujących postępowania odrębne w tych ustawach, ale również inne podmioty biorące udział w postępowaniach, w tym organy pomocnicze sądu, a więc uczestników *sensu largo.*

Pojęcie uczestnika – pod kątem dostępu do akt – w toku omawianych postępowań należy rozumieć szeroko, a więc jest ta każda osoba biorąca udział w toku postępowania głównego i incydentalnych.

Postępowanie upadłościowe

W postępowaniu upadłościowym będą to:

1) fundusz sekurytyzacyjny (art. 65 ust. 1 p.u.),
2) uczestnicy systemu płatności lub systemu rozrachunku papierów wartościowych (art. 66 ust. 1 p.u.),
3) uczestnicy systemu ochrony (art. 67 a ust. 1),
4) osoba, której przysługuje prawo do mienia podlegającego wyłączeniu (art. 72 p.u.),
5) małżonek upadłego (art. 124 ust. 3 p.u.),
6) strona umowy uznanej za bezskuteczną (art. 128 ust. 1 p.u.),
7) osoba reprezentanta upadłego lub pracownika upadłego, w stosunku do której wydano postanowienie o ograniczeniu wynagrodzenia (art. 129 ust. 1 p.u.),
8) osoba, w stosunku do której uznano za bezskuteczne obciążenie na majątku upadłego (art. 130 ust. 1 i 2 p.u.),
9) osoba, w stosunku do której uznano za bezskuteczne zastrzeżenie kar umownych (art. 130 a p.u.),
10) osoba obowiązana do przekazania składników majątkowych do masy upadłości (art. 134 ust. 2 p.u.),
11) komornik dokonujący czynności związanych z postępowaniem upadłościowym (art. 153 p.u.),
12) syndyk (art. 156 ust. 1 p.u.),
13) zastępca syndyka (art. 159 ust. 1 p.u.),
14) osoby, które obciążono kosztami wprowadzenia syndyka do majątku dłużnika (art. 174 ust. 2 i 3 p.u.),
15) upadły (art. 185 ust. 1 p.u.),
16) kurator upadłego (art. 187 ust. 1 p.u.),
17) spadkobiercy upadłego (art. 188 ust. 1 p.u.),
18) wierzyciel (art. 189 ust. 1 p.u.),
19) kurator wierzyciela (art. 190 ust. 1 p.u.),
20) nabywca przedsiębiorstwa upadłego (art. 317 ust. 1 p.u.),
21) oferent w aukcji lub przetargu (art. 320 ust. 1 p.u.),
22) osoby szczegółowo wymienione w odrębnych postępowaniach upadłościowych.

Jeśli chodzi o wierzycieli, to mając ma uwadze to, że przepis art. 228 p.u. ma charakter normy procesowej, za wierzyciela należy uważać każdą osobę, która powołuje się na taką okoliczność, bez znaczenia ma natomiast to, czy taka osoba pod względem prawa materialnego faktycznie jest wierzycielem upadłego. Prawa wierzyciela, a więc również prawo do przeglądania akt postępowania wierzyciel nabywa z momentem zgłoszenia swej wierzytelności[14]. Osoba, która jeszcze nie zgłosiła swej wierzytelności, nie korzysta z praw procesowych wierzycieli, więc celem sprawdzenia ewentualnych uprawnień może uzyskać dostęp do akt po wykazaniu interesu i uzyskaniu zgody sędziego-komisarza.

Postępowanie restrukturyzacyjne

W postępowaniu restrukturyzacyjnym krąg uczestników to:

1) nadzorca, w tym nadzorca sądowy, nadzorca układu, zarządca (art. 23 p.res.) oraz tymczasowy nadzorca sądowy (art. 268 p.res.),
2) dłużnik i jego pełnomocnicy (art. 65 ust. 1 pkt 1 p.res.),
3) kurator dłużnika (art. 68 w zw. z art. 72 ust. 1 p.res.),
4) spadkobiercy dłużnika (art. 72 ust. 2 p.res.),
5) małżonek dłużnika będącego osobą fizyczną (art. 73 p.res.),
6) wierzyciel (art. 65 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2 p.res.),
7) kurator wierzyciela (art. 75 p.res.),
8) organ założycielski lub minister Skarbu Państwa (art. 229 p.res.),
9) osoby, w stosunku do których stwierdzono bezskuteczność egzekucji (art. 304 i 305 p.res.) i zobowiązano do przekazania majątku (art. 307 p.res.),
10) kurator obligatariuszy (art. 363 ust. 1 p.res.),
11) administrator hipoteki (art. 363 ust. 2 p.res.).

[13] T.j. Dz. U. 2001 r., nr 118, poz. 512 ze zm.

[14] Por. Zimmerman P., „Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz", Warszawa 2007 r., s. 334.

Uzasadnienie dostępu tych osób do akt sprawy jest tożsame z argumentami przytoczonymi we wcześniejszych rozważaniach, gdyż możliwość realnego uczestnictwa w postępowaniu nie byłaby bez tego możliwa. Zwrócić należy szczególną uwagę na unormowania znajdujące się w art. 65 ust. 7 p.res. mówiące, iż wierzyciel nieumieszczony w spisie wierzytelności traci uprawnienia uczestnika postępowania z dniem uprawomocnienia się postanowienia o oddaleniu jego sprzeciwu lub bezskutecznego upływu terminu do jego złożenia albo uprawomocnienia się postanowienia uwzględniającego sprzeciw co do umieszczenia jego wierzytelności. Utrata uprawnień procesowych przez takiego wierzyciela nie może być rozumiana w ten sposób, że traci on prawo do wglądu do akt postępowania, gdyż był jego uczestnikiem. Można się jedynie zastanowić, czy nie powinno być ono ograniczone do tego etapu, na jakim brał on udział w postępowaniu.

Zakres dostępu do akt

Wymienione osoby mają uprawnienia uczestników w toku omawianych postępowań (upadłościowego i restrukturyzacyjnego), a zatem mają nieograniczony dostęp do akt sądowych, w tym pobierania odpisów z nich lub utrwalania, bez konieczności uzyskania zgody sędziego-komisarza lub sądu. Uprawnienie to dotyczy również pełnomocników tych osób, w tym pełnomocników o charakterze procesowym, jak też pełnomocników wierzycieli na zgromadzeniu wierzycieli (art. 196 ust. 1 i art. 198 ust. 2 p.u. oraz art. 108 ust. 1 i art. 110 ust. 3 p.res.) oraz pełnomocników członków rady wierzycieli (art. 204 ust. 1 p.u. i art. 127 p.res.) oraz zarządców ustanowionych celem głosowania na zgromadzeniu wierzycieli (art. 196 ust. 2 p.u. i art. 108 ust. 2 p.res.).

Osoby niemające uprawnień procesowych

Postępowanie upadłościowe i postępowanie restrukturyzacyjne mają zazwyczaj skomplikowany charakter, są wielowątkowe, rozstrzygane są w nich interesy ekonomiczne i prawne nie tylko dłużnika i wierzycieli, ale również osób trzecich. Przepisy art. 228 ust. 1 p.u. i art. 206 p.res. odwołują się do pojęcia osoby, która wykaże usprawiedliwienie do przejrzenia akt, co powoduje, że nie można wskazać zamkniętego katalogu tych osób. W doktrynie słusznie wskazuje się w odniesieniu do art. 525 k.p.c., że z uwagi na specyfikę postępowania i możliwość wzięcia udziału na każdym jego etapie uzasadnione jest szersze określenie kategorii osób uprawnionych do przeglądania akt. Należy przyjąć, że przeglądanie akt przez osobę, która wykaże interes w dokonaniu tej czynności, zasadniczo ma służyć możliwości oceny przez tę osobę, czy sprawa istotnie dotyczy jej sfery prawnej w stopniu uzasadniającym jej udział w postępowaniu, a od takiej osoby nie można żądać wykazania interesu prawnego w rozumieniu art. 510 § 1 k.p.c., lecz jedynie uprawdopodobnienia tego interesu[15]. Specyfika postępowania nieprocesowego wyraża się w tym, że prowadzone jest ono nie tylko w interesie prywatnym jego uczestników, ale również w charakterze publicznym, gdyż jego wynik często wpływa na prawa i obowiązki innych osób, niebędących uczestnikami postępowania.

Przenosząc te spostrzeżenia na grunt rozpatrywanej materii, przyjąć należy, że kwestia decyzji o wyrażeniu zgody na dostęp do akt postępowania winna następować po uprawdopodobnieniu przez osobę istnienia interesu. Wskazać można tutaj przykładowo wierzycieli wierzyciela upadłego (tzw. trzeciodłużnika) jako zainteresowanych należną im kwotą przypadającą z planu podziału i perspektywą jej wypłaty, osoby zainteresowane nabyciem majątku upadłego, kontrahentów upadłego zainteresowanych stanem jego wiarygodności, osoby będące potencjalnym spadkobiercą przed stwierdzeniem spadku[16]. Inny przykład to osoba zamierzająca złożyć wniosek o wyłączenie z masy upadłości i chcąca ustalić, czy dany składnik majątkowy został ujęty przez syndyka w spisie inwentarza.

Osoby, które uzyskały zgodę na dostęp do akt postępowania, mogą wnosić o wydawanie odpisów i kopii dokumentów z akt sprawy oraz ich samodzielne utrwalanie[17], oczywiście po wskazaniu rodzaju dokumentów i akceptacji sędziego-komisarza.

POSTĘPOWANIE ZAKAZOWE

W sprawach, w których można orzec zakaz na zasadzie art. 373 i 374 p.u., na mocy odesłania wskazanego w art. 376 ust. 1 zd. 3 p.u. zastosowanie będą miały, i to wprost, przepisy dotyczące postępowania nieprocesowego. Kwestię dostępu do akt takiego postępowania reguluje omówiony już przepis art. 525 k.p.c.

JAWNOŚĆ POSTĘPOWANIA

Pozostawiając na boku kwestię jawności zewnętrznej (ogólnej) i wewnętrznej postępowania[18], wskazać należy,

[15] Pruś P., [w:] „Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz". Tom II, pod red. M. Manowskiej, Warszawa 2015 r., s. 77.

[16] Por. Zimmerman P., „Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz". Warszawa 2007 r., s. 334.

[17] Por. Gudowski J., [w:] „Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Postępowanie rozpoznawcze". Tom III, Warszawa 2012 r., s. 140; Zedler F., [w:] A. Jakubecki, F. Zedler, „Prawo upadłościowe i naprawcze". Warszawa 2003 r., s. 593.

[18] Por. Gudowski J. (red.), „Prawo o ustroju sądów powszechnych. Ustawa o Krajowej Radzie Sądownictwa. Komentarz", Warszawa 2009 r., s. 145-151.

że zasady postępowania przez sąd upadłościowy i sędziego-komisarza z materiałami źródłowymi zawierającymi informacje niejawne, informacje zawierające tajemnice ustawowo chronione, informacje zawierające dane osobowe będą miały się tak samo jak w postępowaniu procesowym. Jeśli chodzi o postępowanie w przedmiocie orzekania o zakazie prowadzenia działalności gospodarczej, do którego stosuje się przepisy o postępowaniu nieprocesowym, to zastosowanie będą miały te same zasady jak w procesie, a to na podstawie odesłania wskazanego w art. 13 § 2 k.p.c. W szczególności zastosowanie będzie miał tutaj przepis art. 153 k.p.c. regulujący kwestię wyłączenia jawności postępowania. Zgodnie z nim sąd z urzędu zarządza odbycie całego posiedzenia lub jego części przy drzwiach zamkniętych, jeżeli publiczne rozpoznanie sprawy zagraża porządkowi publicznemu czy moralności lub jeżeli mogą być ujawnione okoliczności objęte ochroną informacji niejawnych (§ 1), natomiast na wniosek strony sąd zarządza odbycie posiedzenia lub jego części przy drzwiach zamkniętych, gdy mogą być ujawnione okoliczności stanowiące tajemnicę jej przedsiębiorstwa (§ 1^1), sąd może ponadto zarządzić odbycie posiedzenia lub jego części przy drzwiach zamkniętych na wniosek strony, jeżeli podane przez nią przyczyny uzna za uzasadnione lub jeżeli roztrząsane być mają szczegóły życia rodzinnego (§ 2).

Zwrócić szczególnie należy uwagę na treść art. 153 § 1^1 k.p.c., który w tym miejscu ustawy procesowej znalazł się po likwidacji przepisów o postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych. Strona składająca wniosek o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego lub ogłoszenie upadłości winna mieć prawo przedstawienia swojej sytuacji w sposób wyłączający możliwość zapoznania się przez inne podmioty z jej aktualną sytuacją ekonomiczną, zwłaszcza że od zachowania waloru jej konkurencyjności często zależy możliwość powodzenia wszczętego postępowania, w szczególności restrukturyzacyjnego. Wydaje się, że żądanie wyłączenia jawności postępowania w przedmiocie wniosku o ogłoszenie upadłości, zwłaszcza jeśli wniosek pochodzi od wierzyciela, a wyłączenia żąda dłużnik, winien być rozpatrywany pozytywnie. Taka sama sytuacja odnosi się do żądania otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego. Dłużnik, składając taki wniosek, a również broniąc się przed wnioskiem o ogłoszenie upadłości, niejednokrotnie zmuszony jest, a nader często zobowiązany jest do przedstawienia szczegółowych danych dotyczących swej sytuacji finansowej, w szczególności w zakresie stosowanych marż wpływających na opłacalność prowadzonej działalności. Zachowanie tych wiadomości w tajemnicy ma niebagatelne znaczenie dla utrzymania konkurencyjności dłużnika, zwłaszcza że będąc zagrożony niewypłacalnością, będzie szczególnie narażony na działania podmiotów chcących przejąć jego klientelę, a wiedząc, jaki jest zakres możliwości dłużnika, będą oni mogli składać takie oferty, w stosunku do których dłużnik nie będzie mógł przedstawić ofert korzystniejszych.

Sąd, wyłączając jawność postępowania w całości lub w części, winien pouczyć uczestników o treści art. 241 § 2 ustawy z 6.06.1997 roku – Kodeks karny[19], który stanowi, że kto rozpowszechnia publicznie wiadomości z rozprawy sądowej prowadzonej z wyłączeniem jawności, podlega karze grzywny, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

Wyłączenie jawności postępowania nie wyłącza możliwości dostępu uczestników postępowania do akt sprawy, z zastrzeżeniami wynikającymi z przepisów dotyczących informacji niejawnych.

DOKUMENTACJA WEWNĘTRZNA

Przepisy p.u. i p.res. w żaden sposób nie regulują kwestii, w jaki sposób powinni postępować syndyk, tymczasowy nadzorca sądowy, nadzorca lub zarządca z dokumentami, które otrzymali od sądu lub innych organów, jak też od dłużnika lub wierzycieli albo osób trzecich. Żadnych postanowień w tym zakresie nie zawierają przepisy ustawy z 15.06.2007 roku o licencji doradcy restrukturyzacyjnego[20], która w istocie nie kreuje samorządu korporacyjnego doradców. Inaczej jest przykładowo w zawodzie adwokata, gdzie na podstawie art. 58 pkt 12, lit. h i k ustawy z 26.05.1982 roku – Prawo o adwokaturze[21], uchwałą z 12.09.2009 roku ustalono Regulamin wykonywania zawodu adwokata w kancelarii indywidualnej lub spółkach[22], w którym uregulowano zasady postępowania z aktami prowadzonych spraw, w tym zasady ich przechowywania.

Przepisy w żaden sposób nie przesądzają o charakterze takiej dokumentacji, czy stanowi ona własność doradcy restrukturyzacyjnego (choć niewątpliwie będą nią dokumenty dotyczące spraw indywidualnych, jak wnioski np. o wynagrodzenie czy postanowienia w tym zakresie, postanowienia związane z pełnieniem funkcji), czy też wchodzi w skład dokumentacji upadłego lub dłużnika (zwłaszcza tam, gdzie doradca pełni funkcje związane

[19] Dz. U. 1997 r., nr 88, poz. 553 ze zm.
[20] T.j. Dz. U. 2016 r., poz. 883 – zw. dalej „u.l.d.r.".
[21] T.j. Dz. U. 2015 r., poz. 216 ze zm.
[22] Zob. obwieszczenie Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej z 7 lipca 2015 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu Regulaminu wykonywania zawodu adwokata w kancelarii indywidualnej lub spółkach, www.nra.pl/dokumenty/Tekst_jednolity_Regulamin_wykonywania_zawodu.pdf.

z zarządem, jak syndyk), pełna analiza tego zagadnienia przekracza ramy tego opracowania. Jednakże dokumentacja taka nie ma charakteru akt postępowania, więc przepisy art. 228 ust. 1 p.u. i art. 206 p.res. nie mogą stanowić podstawy do żądania wglądu do tych dokumentów.

Wydaje się, że już teraz właściwym krokiem byłoby podjęcie próby opracowania standardów postępowania w tym zakresie przez osoby wykonujące czynności związane z licencją doradcy restrukturyzacyjnego. Docelowo niezbędna jest interwencja legislacyjna poprzez wprowadzenie do u.l.d.r. upoważnienia dla właściwego ministra do wydania rozporządzenia regulującego te kwestie, w którym unormować należy rodzaj dokumentów, które winna przechowywać we własnym zakresie osoba wykonująca uprawnienia z licencji doradcy restrukturyzacyjnego, w zależności od charakteru funkcji w danym postępowaniu upadłościowym lub restrukturyzacyjnym, sposób ich przechowywania, zakres ich udostępniania innym podmiotom, okres, jaki mają być obowiązkowo przechowywane, oraz sposób ich przekazywania do zasobów archiwalnych lub ich brakowania.

Anetta Malmuk-Cieplak [1]

WŁAŚCIWOŚĆ SĄDU W POSTĘPOWANIU WYWOŁANYM SKARGĄ NA CZYNNOŚCI KOMORNIKA

Przepisy kodeksu postępowaniu cywilnego[2] wśród środków zaskarżenia w postępowaniu egzekucyjnym jako podstawowy środek zaskarżenia przewidują, obok zarzutów przeciwko planowi podziału sumy uzyskanej z egzekucji, skargi na plan podziału sporządzony przez zarządcę w toku egzekucji przez zarząd przymusowy oraz skargi na orzeczenie referendarza sądowego, skargę na czynności komornika[3]. W systemie środków zaskarżenia, według klasyfikacji przyjętej w art. 363 § 1 k.p.c., skarga na czynności komornika nie należy do typowych, szczególnych środków zaskarżenia, albowiem oprócz tego, że jest niedewolutywnym środkiem zaskarżenia[4] (wniesienie skargi nie powoduje przeniesienia sprawy do sądu wyższej instancji[5], ale utrzymuje postępowanie kontrolne przed sądem sprawującym nadzór nad komornikiem[6]), również gdy skarga dotyczy zaniechania dokonania czynności przez komornika bądź też czynności komornika niemającej charakteru decyzyjnego, także niesuspensywnym (wniesienie skargi nie powoduje w takich wypadkach wstrzymania uprawomocnienia się czynności decyzyjnej)[7]. W orzecznictwie[8] wskazuje się także, że skarga na czynności komornika stanowi środek zaskarżenia (*sensu largo*), ponieważ powoduje wszczęcie postępowania kontrolnego, którego zadaniem, tak jak przy środkach odwoławczych w ścisłym znaczeniu, jest zbadanie zaskarżonej czynności. Różnice pomiędzy innymi szczególnymi środkami zaskarżenia w innych rodzajach postępowania cywilnego a skargą na czynności komornika wynikają ze specyfiki postępowania egzekucyjnego oraz różnorodności obowiązków procesowych, a tym samym i czynności podejmowanych przez komornika sądowego w tym postępowaniu[9]. Wniesienie skargi nie wszczyna właściwego postępowania egzekucyjnego, w stosunku do którego postępowanie ze skargi jest postępowaniem wpadkowym, dlatego sprawa ze skargi nie jest sprawą egzekucyjną[10].

Zgodnie z art. 767 k.p.c. na czynności komornika przysługuje skarga do sądu rejonowego, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. Dotyczy to także zaniechania przez komornika dokonania czynności. Do rozpoznania skargi na czynności komornika właściwy jest sąd, przy którym działa komornik. Jeżeli do prowadzenia egzekucji został wybrany komornik poza właściwością ogólną, skargę rozpoznaje sąd, który byłby właściwy według ogólnych zasad (§ 1).

Dotychczasowe przepisy regulujące kwestie skargi na czynności komornika zawierały bardzo ograniczony katalog niezaskarżalnych czynności komornika, bowiem niedopuszczalność skargi przewidywał art. 870 § 1 zd. 3 k.p.c.

[1] Sędzia Sądu Rejonowego Katowice-Wschód w Katowicach w Wydziale VI Gospodarczym, w latach 2009-2014 sędzia Sądu Rejonowego w Gliwicach w Wydziale Gospodarczym ds. Upadłościowych i Naprawczych. Autorka wielu publikacji z zakresu prawa gospodarczego, współpracuje z Katedrą Postępowania Cywilnego na Uniwersytecie Śląskim w Katowicach.

[2] Ustawa z 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. 2014, poz. 101 ze zm.), dalej „k.p.c."

[3] Skarga na czynności komornika w doktrynie zaliczana jest albo do szczególnych środków zaskarżenia (tak: Adamczuk A., „Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz". Tom II, Art. 506-1217, red. M. Manowska, Warszawa 2015, s. 522; Jankowski J., „Kodeks postępowania cywilnego, Tom II. Komentarz do artykułów 506-1088", red. K. Piasecki, Warszawa 2006 r., s. 591; Marciniak A., „Postępowanie egzekucyjne w sprawach cywilnych", Warszawa 2008, s. 143; Cieślak S., „Kodeks postępowania cywilnego". 2015, red. J. Jankowski, komentarz do art. 767 k.p.c., Legalis), albo też do innych środków zaskarżenia z uwagi na oparcie rozróżnienia środków zaskarżenia szczególnych od zwyczajnych (odwoławczych) na art. 363 § 1 k.p.c. (tak Korzan K., „Sądowe postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne w sprawach cywilnych", Warszawa 1986, s. 199, podobnie Siedlecki W., [w:] W Siedlecki, Z. Świeboda, „Postępowanie cywilne. Zarys wykładu", red. W. Siedlecki, Z. Świeboda, Warszawa 2004 r., s. 301).

[4] Zob. postanowienie SN z 21.05.2010 r., III CZP 28/10, OSNC 2011, nr 1, poz. 10.

[5] Zob. uzasadnienie uchwały SN z 6 września 1994, III CZP 101/94, OSNC 1995, nr 2, poz. 24, uchwały SN z 9 czerwca 1999 r., III CZP 16/99, OSNC 1999, nr 12, poz. 202, uchwały SN z 28 listopada 2008 r., III CZP 107/08, OSNC 2009, nr 10, poz. 139.

[6] Tak Gil I., „Kodeks postępowania cywilnego". 2016, red. E. Marszałkowska-Krześ, komentarz do art. 767 k.p.c., nb. 1, Legalis.

[7] Tak Cieślak S., „Kodeks postępowania cywilnego", 2015, red. J. Jankowski, komentarz do art. 767 k.p.c., Legalis.

[8] Zob. uzasadnienie uchwały SN z 26.01.1999 r., III CZP 58/98, OSNC 1999, nr 6, poz. 107.

[9] Cieślak S., „Kodeks postępowania…", Legalis.

[10] Adamczuk A., „Kodeks postępowania…", s. 522.

oraz art. 773[1] § 2 zd. 4 k.p.c. Pierwszy z przepisów stanowi, że niedopuszczalna jest skarga na udzielenie przybicia ruchomości ulegających szybkiemu zepsuciu, drugi – iż niedopuszczalna jest skarga dłużnika na wybór komornika z właściwego rewiru. Poza tym w doktrynie przyjmowano, że nie przysługuje skarga na tzw. czynności wewnętrzne komornika, które nie wywołują skutków dla postępowania egzekucyjnego (np. działania dotyczące zarządzania kancelarią, prowadzenie księgowości) oraz czynności komornika, co do których przysługuje inny środek zaskarżenia (np. plan podziału, przeciwko któremu przysługują zarzuty)[11].

Po zmianach wprowadzonych ustawą z 10 lipca 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw[12] ustawodawca wyłączył również możliwość wniesienia skargi na zarządzenie komornika o wezwaniu do usunięcia braków pisma, na zawiadomienie o terminie czynności oraz na uiszczenie przez komornika podatku od towarów i usług (§ 1[1])[13]. Pomimo wprowadzenia dodatkowych czynności, na które nie przysługuje skarga na czynności komornika (lub ich zaniechanie), katalog ten nadal nie został zamknięty[14].

Legitymację do wniesienia skargi posiada – podobnie jak poprzednio – strona lub inna osoba, której prawa zostały przez czynności lub zaniechanie komornika naruszone bądź zagrożone (§ 2). Skarga ta powinna czynić zadość wymaganiom pisma procesowego[15] oraz określać zaskarżoną czynność lub czynność, której zaniechano, jak również wniosek o zmianę, uchylenie lub dokonanie czynności wraz z uzasadnieniem (§ 3). Ponieważ skargę może wnieść każda osoba, której prawa zostały przez czynności lub zaniechanie komornika naruszone bądź zagrożone, a nie tylko strona konkretnego postępowania egzekucyjnego, skarżący powinien w skardze również określić swój interes prawny[16].

Zmieniony przepis § 4 art. 767 k.p.c. stanowi, że skargę wnosi się w terminie tygodniowym od dnia czynności[17], gdy strona lub osoba, której prawo zostało przez czynność komornika naruszone bądź zagrożone, była przy czynności obecna lub była o jej terminie zawiadomiona; w innych przypadkach – od dnia zawiadomienia o dokonaniu czynności strony lub osoby, której prawo zostało przez czynność komornika naruszone bądź zagrożone, a w braku zawiadomienia – od dnia powzięcia wiadomości przez skarżącego o dokonanej czynności. Skargę na zaniechanie przez komornika dokonania czynności wnosi się w terminie tygodniowym od dnia, w którym skarżący dowiedział się, że czynność miała być dokonana[18].

Dodany ustawą z 10 lipca 2015 r. o zmianie k.p.c. przepis § 5 stanowi natomiast, że skargę wnosi się do komornika, który dokonał zaskarżonej czynności lub zaniechał jej dokonania. Komornik w terminie trzech dni od dnia otrzymania skargi sporządza uzasadnienie zaskarżonej czynności, o ile nie zostało ono sporządzone wcześniej, albo przyczyn jej zaniechania oraz przekazuje je wraz ze skargą i aktami sprawy do właściwego sądu, chyba że skargę w całości uwzględnia. W celu uproszczenia i skrócenia postępowania przepis ten przewiduje możliwość uznania przez komornika zasadności skargi i samodzielnego uchylenia skutków zaskarżonej czynności lub zaniechania[19]. W przypadku uwzględnienia takiej skargi komornik zobligowany został dodatkowo do zawiadomienia skarżącego oraz zainteresowanych, których uwzględnienie skargi dotyczy.

Tym samym ustawodawca stworzył możliwość uniknięcia w uzasadnionych przypadkach generującego dodatkowe koszty postępowania przed sądem na skutek wniesienia skargi[20].

11 Uliasz M., „Kodeks postępowania cywilnego", 2016, red. J. Gołaczyński, komentarz do art. 767 k.p.c., Legalis.

12 Dz. U. z 2015 r., poz. 1311, dalej „ustawa z 10 lipca 2015 r. o zmianie k.p.c.".

13 Art. 767 § 1[1] k.p.c. wszedł w życie 8 września 2016 r.

14 Tak też Flaga-Gieruszyńska K., „Kodeks postępowania cywilnego", 2016, red. A. Zieliński komentarz do art. 767 k.p.c., Legalis.

15 Odstępstwo od tej zasady przewidują przepisy art. 870 § 1 oraz 986 k.p.c., zgodnie z którymi skarga na czynności komornika powinna być złożona ustnie do protokołu.

16 Flaga-Gieruszyńska K., „Kodeks postępowania…", Legalis, powołując się na uzasadnienie uchwały SN z 28.02.1992 r., III CZP 5/92, Legalis, w której SN wyraźnie wskazał, że „skargę może wnieść każdy, także osoba trzecia, jeżeli wykaże, że ma w tym interes prawny".

17 W brzmieniu ustalonym ustawą z 2 lipca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2014 r., nr 172, poz. 1804) przepis § 4 wspominał również, że skargę wnosi się do sądu. Obecnie przepis ten uległ zmianie wobec dodania do art. 767 k.p.c § 5, który poprzez umożliwienie wniesienia skargi bezpośrednio do komornika ma usprawnić postępowanie wywołane jej wniesieniem. Dotychczas odpis skargi sąd przesyłał komornikowi, a ten był zobligowany w terminie trzech dni do sporządzenia pisemnego uzasadnienia dokonanej zaskarżonej czynności (lub jej braku) i przekazania wraz z aktami sprawy do sądu, do którego skargę wniesiono, chyba że skargę w całości uwzględnił, o czym zawiadamiał sąd i skarżącego oraz zainteresowanych, których uwzględnienie skargi dotyczyło. Obecnie komornik, uznając zasadność skargi wniesionej bezpośrednio do niego, może samodzielnie uchylić skutki zaskarżonej czynności lub zaniechania.

18 Przepis ten określa termin do wniesienia skargi oraz zasady jego liczenia. Przepisy k.p.c. przewidują również wyjątki od reguł określonych w art. 767 § 4 k.p.c. Zgodnie bowiem z art. 870 § 1 k.p.c. skargę na udzielenie przybicia w razie naruszenia przepisów o publicznym charakterze licytacji, o najniższej cenie nabycia i o wyłączeniu od udziału w przetargu może wnieść wierzyciel lub dłużnik do protokołu licytacji. Podobnie przepis art. 986 k.p.c. stanowi, że skargę na czynności komornika w toku licytacji aż do zamknięcia przetargu zgłasza się ustnie sędziemu nadzorującemu, który natychmiast ją rozstrzyga. W tych dwóch wypadkach skarga na czynności komornika powinna być wniesiona niezwłocznie w trakcie licytacji w formie ustnej do protokołu. Dłuższy niż tygodniowy termin do wniesienia skargi przewiduje natomiast przepis art. 950 k.p.c. stanowiąc, że termin zaskarżenia opisu i oszacowania wynosi dwa tygodnie i liczy się od dnia jego ukończenia. Jeżeli opis i oszacowanie nie zostały ukończone w terminie podanym w zawiadomieniu, termin do zaskarżenia liczy się od dnia doręczenia uczestnikowi zawiadomienia, o którym mowa w art. 945 § 4, a dla uczestników, którym nie doręczono zawiadomienia, od dnia obwieszczenia o ukończeniu.

19 Tak Flaga-Gieruszyńska K., „Kodeks postępowania…", Legalis; podobnie Flaga-Gieruszyńska K., „Terminy procesowe w postępowaniu cywilnym. Skutki uchybienia i przywrócenie terminu. Komentarz praktyczny z orzecznictwem i przykładami. Wzory pism procesowych", 2016, Legalis.

20 Tak Flaga-Gieruszyńska K., „Kodeks postępowania…", Legalis.

WŁAŚCIWOŚĆ SĄDU WEDŁUG PRZEPISÓW K.P.C.

Regulując w przepisach k.p.c. właściwość sądu w postępowaniu wywołanym skargą na czynności komornika, ustawodawca przyznał generalnie legitymację do rozpoznania skargi na czynności komornika sądowi, przy którym działa komornik. Przewidział również sytuację, w której wierzyciel dokonał wyboru komornika. W konsekwencji ustawodawca przyjął dwie właściwości sądu w zależności od tego, czy postępowanie egzekucyjne, w którym została wniesiona skarga, prowadzone jest przez komornika właściwego dla dłużnika według właściwości ogólnej, czy też poza właściwością ogólną, tj. komornika wybranego przez wierzyciela w oparciu o przepis art. 8 ust. 5 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. o komornikach sądowych i egzekucji[21, 22]. W pierwszym przypadku właściwym do rozpoznania skargi jest bowiem sąd, przy którym działa komornik, a w drugim sąd, który byłby właściwy według ogólnych zasad, a więc inny niż ten, przy którym działa komornik[23] (art. 767 § 1 k.p.c.), to znaczy sąd rejonowy, przy którym działa komornik, który byłby właściwy do przeprowadzenia egzekucji danym sposobem, gdyby wierzyciel nie dokonał wyboru innego komornika (np. właściwy do przeprowadzenia egzekucji z ruchomości i dokonania zajęcia pierwszej ruchomości dłużnika jest komornik, w którego rewirze ta ruchomość się znajduje, a rewir co do zasady pokrywa się z okręgiem sądu rejonowego, przy którym komornik działa)[24]. Zarówno w pierwszym, jak i w drugim wypadku właściwość sądu jest właściwością wyłączną. Sąd rejonowy, rozpoznający skargę na czynności komornika, działa jako sąd I instancji[25].

Po zmianach kodeksu postępowania cywilnego, które weszły w życie 8 września 2016 r., problem właściwości miejscowej sądu rejonowego rozpoznającego skargę na czynności komornika może być mniej istotny wobec przyjętego przez ustawodawcę nowego sposobu wnoszenia skargi. Według przepisów dotychczasowych[26] skargę na czynności komornika wnosiło się do sądu rejonowego, przy którym działał komornik, i to on był właściwy do jej rozpoznania (art. 767 § 1 i 4 k.p.c.). Obecnie według dodanego ustawą z 10 lipca 2015 r. o zmianie k.p.c. przepisu § 5 zd. 1 art. 767 k.p.c. skarga powinna być wnoszona bezpośrednio do komornika, który dokonał zaskarżonej czynności lub zaniechał jej dokonania. Komornik natomiast powinien w terminie trzech dni od dnia otrzymania skargi sporządzić uzasadnienie zaskarżonej czynności, o ile nie zostało ono sporządzone wcześniej, albo przyczyn jej zaniechania i przekazać je wraz ze skargą i aktami sprawy do właściwego sądu, chyba że skargę w całości uwzględni.

Ustawodawca, zmieniając miejsce, do którego wnosi się skargę, przerzucił ciężar przekazania skargi do właściwego sądu na komornika, do którego skarga została wniesiona, zdejmując tylko pozornie ze skarżącego obowiązek poszukiwania sądu właściwego do wniesienia skargi na czynności konkretnego komornika. Przyjęcie takiego sposobu wnoszenia skargi nie oznacza, że skarżący nie musi wiedzieć, który z sądów będzie właściwy do rozpoznania jego skargi. Prawidłowe określenie właściwości sądu rozpoznającego skargę jest bowiem o tyle istotne, iż skarżący powinien w skardze wskazać sąd, do którego skarga jest adresowana, tj. sąd, który ma rozpoznać ten środek zaskarżenia.

W piśmiennictwie[27] wyrażono pogląd, że zmiana usunie wątpliwości co do zachowania terminu do wniesienia skargi, gdy została ona skierowana do sądu niewłaściwego do jej rozpoznania, a także przyczyni się do sprawnego rozpoznania skargi, jeżeli komornik należycie dopełni swoich obowiązków i nie popadnie w zwłokę w jej wykonaniu.

W mojej ocenie wprowadzenie tego rozwiązania nie wyklucza wystąpienia sytuacji, w której pokrzywdzeni działaniami (bądź brakiem takich działań) dłużnicy lub osoby trzecie wniosą skargę na czynności komornika bezpośrednio do sądu rejonowego właściwego do jej rozpoznania. W takim przypadku, posługując się dyspozycją określoną w art. 369 § 3 k.p.c., sąd rejonowy powinien niezwłocznie skargę przekazać komornikowi, którego czynność została zaskarżona, umożliwiając mu sporządzenie uzasadnienia zaskarżonej czynności i ewentualne uwzględnienie skargi poprzez jej uchylenie (dokonanie czynności, której zaniechał).

Nie straciło na aktualności stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uchwale z 5 listopada 2014 r., III CZP

[21] T.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1138, dalej „KomSEgzU".

[22] Art. 8 ust. 1 ustawy o komornikach i egzekucji wprowadza ogólną zasadę, iż komornik działa na obszarze swojego rewiru komorniczego. Dopuszcza jednak odstępstwa od tej zasady. W ustępie 5 ustawodawca przyznał wierzycielowi prawo wyboru komornika na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, z wyjątkiem spraw o egzekucję z nieruchomości oraz spraw, w których przepisy o egzekucji z nieruchomości stosuje się odpowiednio (np. użytkowanie wieczyste, lokal mieszkalny). W przypadku wyboru komornik działa poza obszarem swojego rewiru komorniczego, dlatego też ustawodawca nałożył na takiego komornika obowiązek zawiadomienia o wszczęciu egzekucji lub ustanowieniu zabezpieczenia komorników właściwych według przepisów ogólnych. Wybór komornika następuje przez złożenie przez wierzyciela, wraz z wnioskiem egzekucyjnym, pisemnego oświadczenia, że korzysta z prawa wyboru komornika.

[23] Tak też Romańska M., „Komentarz do przepisów art. 758-1088 kpc regulujących postępowanie egzekucyjne", 2013, red. M. Romańska, O. Dumnicka, Legalis; Cieślak S., „Kodeks postępowania...", nb. 10, Legalis.

[24] Adamczuk A., „Kodeks postępowania...", s. 522.

[25] Zob. postanowienie SN z 21 maja 2010 r., III CZP 28/10, OSNC 2011, nr 1, poz. 10.

[26] Chodzi o przepisy ustawy z 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. 2014, poz. 101) przed zmianami dokonanymi ustawą z 10 lipca 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2015, poz. 1311).

[27] Tak Adamczuk A., „Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom II. Art. 506-1217, Suplement", red. M. Manowska, Warszawa 2015, s. 1356.

73/14[28], iż skarga na czynność komornika wniesiona do sądu niewłaściwego miejscowo podlega przekazaniu sądowi właściwemu postanowieniem (art. 200 § 1 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c.), a skargę wniesioną do sądu niewłaściwego miejscowo przed upływem przepisanego terminu uważa się za wniesioną z zachowaniem terminu.

Wątpliwości mogą natomiast powstać, co – choć jest to mało prawdopodobne, niemniej jednak możliwe – przy wniesieniu skargi do niewłaściwego komornika.

WŁAŚCIWOŚĆ SĄDU WEDŁUG PRZEPISÓW PRAWA UPADŁOŚCIOWEGO

Przepisy ustawy z 28 lutego 2003 r. prawo upadłościowe[29], będące w stosunku do k.p.c. przepisami *lex specialis*, wskazują w art. 153 na wyłączną właściwość sędziego-komisarza do rozpoznawania skarg na czynności komornika[30]. Piśmiennictwo nie jest jednak zgodne, jakich czynności komornika dotyczy ten przepis[31]. Z literalnego brzmienia wynika bowiem, że wszelkie skargi na czynności komornika rozpoznaje sędzia-komisarz. Chodzi oczywiście o skargi, które dotyczą czynności komornika podjętych po ogłoszeniu upadłości dłużnika[32]. Za takim rozumieniem tego przepisu przemawia wykładnia systemowa[33].

Przepis art. 153 pr.up. powinien być jednak interpretowany łącznie z art. 225 pr.up., który stanowi, że skargi na czynności komornika w toku postępowania upadłościowego wnosi się w terminie tygodniowym od dnia zakończenia czynności. Wydawałoby się, że przepis ten wyraźnie ogranicza kompetencję sędziego-komisarza do skargi na czynności, których komornik dokonuje w toku postępowania upadłościowego.

[28] Biul. SN 2014, nr 1, poz. 5.

[29] T.j. Dz. U. 2015, poz. 233.

[30] Tak Zedler F., [w:] Jakubecki A., „Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz", red. A. Jakubecki, F. Zedler, Warszawa 2010, nb. 2 s. 383.

[31] Za stosowaniem tego przepisu w odniesieniu do wszystkich skarg na czynności komornika bez ograniczania zakresu do czynności powierzonych komornikowi w postępowaniu upadłościowym jest Machowska A., „Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe. Zagadnienia praktyczne". red. A. Machowska, Warszawa 2016, s. 75; oraz Zimmerman P., „Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz". Warszawa 2016, s. 313; odmiennie Bieniak M., „Środki zaskarżenia w postępowaniu upadłościowym i naprawczym", Warszawa 2007 r., s. 119; Gurgul S., „Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz". Warszawa 2016, s. 410, Zedler F., „Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz", red. A. Jakubecki, F. Zedler, Warszawa 2010, nb. 2, s. 498, tenże „Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz", red. A. Jakubecki, F. Zedler, Kraków 2003, s. 437; Pokora A., „Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz", red. A. Witosz, A.J. Witosz, Warszawa 2012, s. 399 i n.

[32] Choć z racji regulacji zawartej w art. 146 pr.up. należałoby przyjąć, że komornik poza przekazaniem do masy upadłości sumy uzyskanej w zawieszonym postępowaniu egzekucyjnym lub zabezpieczającym nie powinien już podejmować żadnych czynności po ogłoszeniu upadłości dłużnika.

[33] Ustawodawca wskazany przepis umieścił w Tytule IV ustawy Prawo upadłościowe, zawierającym przepisy ogólne o postępowaniu upadłościowym prowadzonym po ogłoszeniu upadłości.

Piśmiennictwo[34] pozostaje zgodne, że w postępowaniu upadłościowym komornik może:

1) wykonywać postanowienia o stosowaniu aresztu wobec upadłego (art. 1057 § 1 k.p.c. w zw. z art. 58 ust. 1 i 2 pr.up.),
2) wykonywać postanowienia sędziego-komisarza dotyczące określenia czasu i zakresu korzystania przez upadłego i osoby bliskie upadłemu z mieszkania znajdującego się w budynku lub lokalu wchodzącym w skład masy upadłości (art. 75 ust. 2 pr.up.),
3) wprowadzać syndyka albo zarządcę w zarząd majątku upadłego (art. 174 ust. 1 pr.up.);
4) odbierać zastawcy lub osobie trzeciej przedmiot zastawu rejestrowego (art. 327 ust. 2 i 3 pr.up.);
5) odbierać po zakończeniu postępowania upadłościowego syndykowi, nadzorcy sądowemu lub zarządcy majątek upadłego, jeżeli syndyk, nadzorca sądowy albo zarządca nie chcą go dobrowolnie wydać (art. 364 ust. 2).

Są to czynności, które nie mają charakteru czynności egzekucyjnych[35].

Wątpliwości powstają jednak, gdy zachodzi potrzeba faktycznego określenia zakresu zastosowania przez sądy upadłościowe przepisu art. 153 pr.up. Orzecznictwo sądów upadłościowych nie jest bowiem w tej kwestii jednolite. Część sędziów-komisarzy w przypadku wniesienia skargi na czynności komornika, które nie są objęte wspomnianym katalogiem spraw podejmowanych przez komornika w postępowaniu upadłościowym[36], rozpoznaje te skargi, a część stwierdza swą niewłaściwość funkcjonalną[37], a czasem również miejscową i przekazuje sprawę (skargę) wydziałom cywilnym mieszczącym się we właściwych zgodnie z dyspozycją przepisu art. 767 § 1 k.p.c. sądach rejonowych. Za przekazaniem takiej skargi, w ocenie niektórych sędziów-komisarzy, przemawia prezentowany w piśmiennictwie[38] pogląd, że przepis regulujący kompetencję sędziego-komisarza do rozpoznawania skargi na czynności komornika dotyczy tylko tych czynności, które komornik podejmuje w ramach postępowa-

[34] Gurgul S., „Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne...", s. 533; Zedler F., „Prawo upadłościowe...", Warszawa 2010, nb. 1, s. 383; Zienkiewicz D., „Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz". 2006, komentarz do art. 153 prawa upadłościowego i naprawczego, nb. 2, Legalis; Zimmerman P., „Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne...", s. 313.

[35] Tak Gurgul S., „Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne...", s. 533; odmiennie Bieniak M., „Środki zaskarżenia...", s. 118, który jako czynności komornika niemające charakteru czynności egzekucyjnych wymienia jedynie dokonanie spisu inwentarza i oszacowanie masy upadłości.

[36] Tzw. spraw zleconych komornikowi przez syndyka lub sędziego-komisarza.

[37] Jeżeli przy wniesieniu takiej skargi została zachowana właściwość miejscowa sądu rozpoznającego skargę na czynności komornika, do przekazania dochodzi zarządzeniem przewodniczącego.

[38] Gurgul S., „Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne...", s. 533, podobnie Allerhand M., „Prawo upadłościowe. Prawo o postępowaniu układowym. Komentarz", T. I, Warszawa 1937, s. 400-401.

nia upadłościowego w przypadkach, gdy przepisy prawa upadłościowego przewidują dokonanie przez niego w tym postępowaniu określonych czynności. We wszystkich innych przypadkach skargi na czynności komornika, nawet jeśli mają one istotny wpływ na przebieg postępowania upadłościowego, lecz nie są podejmowane w jego ramach, podlegają rozpoznaniu – na ogólnych zasadach wynikających z art. 758 i art. 767 § 1 k.p.c. – przez właściwy sąd rejonowy (wydział cywilny), przy którym działa komornik dokonujący czynności[39].

W doktrynie można jednak spotkać odmienny pogląd[40]. Jak słusznie zauważył P. Zimmerman[41], oprócz czynności powierzonych komornikowi w postępowaniu upadłościowym w praktyce zdarza się, że komornik dokona pewnych czynności w postępowaniu upadłościowym przez prawo wprost nieprzewidzianych, ale ściśle z jego przebiegiem związanych. W takim wypadku zdaniem wspomnianego autora skarga na czynności komornika powinna również służyć do sędziego-komisarza. Wśród takich zdarzeń należy wymienić naruszenia art. 146 pr.up., polegające na dokonaniu czynności w zawieszonym lub umorzonym na skutek ogłoszenia upadłości, lub zawieszonym postanowieniem sędziego-komisarza postępowaniu egzekucyjnym lub zabezpieczającym bądź też na nieprzekazaniu do masy upadłości pełnej sumy uzyskanej w zawieszonym postępowaniu egzekucyjnym lub zabezpieczającym.

Pogląd ten w pełni podzielam. Również w mojej ocenie właściwym do rozpoznania skarg na czynności komornika, które mają ścisły związek z toczącym się postępowaniem upadłościowym, np. w sytuacji gdy komornik dokona zajęcia ruchomości wchodzących w skład masy upadłości, przyzna sobie postanowieniem wynagrodzenie i pobierze je z sumy uzyskanej z przeprowadzonej egzekucji pomimo zawieszonego postępowania egzekucyjnego, jest sędzia-komisarz kierujący tokiem konkretnego postępowania upadłościowego.

Przepisy prawa upadłościowego kwestię skargi na czynności komornika regulują w bardzo ograniczonym zakresie. Brak przy tym podobnego odesłania jak w przypadku postępowania zabezpieczającego w postępowaniu w przedmiocie ogłoszenia upadłości do stosowania odpowiednio w kwestiach nieuregulowanych przepisów egzekucyjnych[42]. Możemy natomiast w związku z generalnym odesłaniem zawartym w art. 299 pr. up. stosować odpowiednio przepisy księgi pierwszej części pierwszej kodeksu postępowania cywilnego. Rodzi się zatem kolejne pytanie, czy wobec braku wyraźnego odesłania do przepisów egzekucyjnych, w tym art. 767 i n. k.p.c., możemy w drodze analogii stosować przyjęte tam uregulowania? Udzielenie pozytywnej odpowiedzi na to pytanie wpłynie również na określenie zakresu przedmiotowego skargi na czynności komornika w toku postępowania upadłościowego.

W piśmiennictwie[43] wyrażono również pogląd, że ustawodawca w przepisach art. 153 w zw. z art. 225 pr.up. zawęził przedmiot skargi na czynności komornika do czynności już dokonanych (wyłączając z jej przedmiotu zaniechanie) – na takie ograniczenie wskazuje między innymi brak odpowiednika przepisu art. 767 § 1 zd. 2 k.p.c., który rozszerza przedmiot skargi na „zaniechania komornika dokonania czynności" oraz wskazanie w art. 225 pr.up. sposobu liczenia tygodniowego terminu do wniesienia skargi, tj. „od dnia zakończenia czynności". Zdaniem S. Gurgula i F. Zedlera, reprezentujących ten pogląd, bezczynność komornika powinna być zwalczana w drodze nadzoru służbowego.

Odmienne stanowisko zajął na gruncie przepisów prawa upadłościowego i naprawczego[44] Z. Świeboda[45], wskazując pośrednio na objęcie zakresem skargi na czynności komornika dokonane w toku postępowania upadłościowego również zaniechania przez komornika dokonania czynności. Zdaniem wspomnianego autora, skoro przepis art. 225 p.u.n. nie normuje wszystkich sytuacji mogących wchodzić w rachubę, w szczególności nie normuje sytuacji zaniechania przez komornika dokonania czynności, co objęte jest hipotezą art. 767 k.p.c., należałoby termin tygodniowy liczyć od daty, w której czynność powinna

[39] Zdaniem Gurgula S., [w:] S. Gurgul, „Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne...", s. 533, sędzia-komisarz nie jest uprawniony do rozstrzygania np. skargi na czynności komornika podejmowane w toku postępowania w sprawach sprzedaży przez zastawnika przedmiotu zastawu rejestrowego (art. 327 ust. 2 pr.up.), skargę taką będzie rozpoznawał sąd egzekucyjny na podstawie art. 767 k.p.c. Podobne stanowisko zajął M. Allerhand na gruncie nieobowiązujących już przepisów rozporządzenia prezydenta Rzeczypospolitej z 24.10.1934 r. – Prawo upadłościowe, wskazując, że w razie gdy komornik dokonuje sprzedaży według art. 118 i 119, skargę na czynność komornika załatwia sąd grodzki, w którym komornik jest zajęty, a nie sędzia-komisarz, bo wprawdzie chodzi o czynność dokonaną z okazji postępowania upadłościowego, ale niedokonaną w tym postępowaniu. W tym przypadku odnośnie do skargi na czynność komornika oraz środków prawnych wchodzą w zastosowanie przepisy drugiej części kodeksu postępowania cywilnego (Allerhand M., „Prawo upadłościowe. Prawo o postępowaniu...", s. 400-401).

[40] Tak Machowska A., „Prawo restrukturyzacyjne...", s. 75 oraz Zimmerman P., „Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne...", s. 313.

[41] Zimmerman P., „Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne...", s. 313.

[42] Przepis art. 37 pr.up. regulujący postępowanie zabezpieczające w postępowaniu w przedmiocie ogłoszenia upadłości stanowi, że w sprawach nieuregulowanych w ustawie do postępowania zabezpieczającego stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego o postępowaniu zabezpieczającym. Przepisu art. 396 kodeksu postępowania cywilnego nie stosuje się.

[43] Gurgul S., „Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne...", s. 533; Zedler F., „Prawo upadłościowe i układowe", Toruń 1997, s. 161.

[44] Chodzi o ustawę z 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze przed zmianami dokonanymi ustawą z 15 maja 2015 r.

[45] Świeboda Z., „Prawo upadłościowe i naprawcze, Komentarz". LEX 2006, komentarz do art. 225 prawa upadłościowego i naprawczego, nb. 3; podobne stanowisko co do dopuszczalności zaskarżenia skargą na czynności komornika każdego zaniedbania w podjęciu niezbędnych czynności przez komornika wyraził również Z. Świeboda na gruncie podobnego przepisu uregulowanego art. 88 rozporządzenia prezydenta Rzeczypospolitej z 24.10.1934 r. – Prawo upadłościowe (Świeboda Z., „Komentarz do prawa upadłościowego i prawa o postępowaniu układowym", Warszawa 1996, s. 114).

być dokonana (art. 767 § 2 zd. ostatnie k.p.c.). Z. Świeboda zatem wyraźnie dopuścił stosowanie analogii do przepisu art. 767 k.p.c., regulującego skargę na czynności komornika w postępowaniu egzekucyjnym.

Pośrednio na potrzebę zastosowania w drodze analogii przepisów kodeksu postępowania cywilnego o wymogach formalnych skargi na czynności komornika wskazał również F. Zedler[46].

Podsumowując, należałoby w drodze analogii przy rozpoznawaniu skargi na czynności komornika w toku postępowania upadłościowego dopuścić stosowanie przepisów art. 767 i n. k.p.c. (w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. i w zw. z art. 229 pr.up.), przyznając jednak wobec odesłania z art. 229 pr.up. pierwszeństwo przepisom księgi pierwszej części pierwszej kodeksu postępowania cywilnego.

PODSUMOWANIE

Niewątpliwie rozbieżności w praktyce sądów upadłościowych co do przedmiotu skargi na czynności komornika rozpoznawanej przez sędziego-komisarza w toku postępowania upadłościowego, a tym samym właściwości sędziego-komisarza do rozpoznania skargi wymagają szczegółowego wyjaśnienia tej kwestii w przepisach prawa upadłościowego. Zasadne wydaje się też wyraźne odesłanie w przepisach prawa upadłościowego do odpowiedniego stosowania przepisów o skardze na czynności komornika uregulowanych w części trzeciej kodeksu postępowania cywilnego bądź też choćby do odpowiedniego stosowania przepisów części trzeciej kodeksu postępowania cywilnego.

Jak słusznie bowiem wskazywał M. Bieniak[47], uregulowanie skargi na czynności komornika w ograniczonym zakresie, jedynie w przepisach art. 153 i 225 pr.up., spowodowało powstanie ewidentnej luki w prawie, między innymi dlatego, że przepisy o postępowaniu upadłościowym właściwym nie zawierają ani ogólnego odwołania do przepisów k.p.c. o postępowaniu egzekucyjnym, ani szczególnego odwołania do przepisów k.p.c. o skardze na czynności komornika. W ocenie wielu praktyków tę lukę należałoby uzupełnić.

Potrzeba uregulowania skargi na czynności komornika, wnoszonej w postępowaniu upadłościowym, w mojej ocenie, zrodziła się również w wyniku wprowadzonych ustawą z 10 lipca 2015 r. o zmianie k.p.c. zmian do przepisu art. 767 i n. k.p.c. *De lege ferenda* należałoby się bowiem zastanowić, czy w przypadku skargi na czynności komornika w toku postępowania upadłościowego nie byłoby zasadne uregulowanie miejsca wnoszenia skargi na wzór przyjęty w przepisie § 5 art. 767 k.p.c., umożliwiając jednocześnie przyśpieszenie rozpoznania skargi oraz uwzględnienie skargi bezpośrednio przez komornika. Jak wskazywał bowiem F. Zedler[48], choć przepis art. 229 pr.up. nie odsyła do przepisów o postępowaniu egzekucyjnym, to jednak względy celowościowe nakazują w drodze analogii przyjąć, by sędzia-komisarz przy rozpoznaniu skargi zastosował tryb określony w art. 767 § 4 zd. 4 k.p.c. i przesłał odpis skargi komornikowi, który w terminie trzech dni winien na piśmie sporządzić uzasadnienie dokonanej czynności i przekazać je wraz z aktami sprawy sędziemu-komisarzowi. Komornik może także uwzględnić skargę, o czym zawiadomi sędziego-komisarza.

[46] Zdaniem F. Zedlera wobec braku w prawie upadłościowym i naprawczym regulacji dotyczących wymogów formalnych skargi na czynności komornika i braku wyraźnego odesłania w tym względzie do przepisów kodeksu postępowania cywilnego (por. art. 229), z uwagi na charakter tego środka zaskarżenia, celowe jest w drodze analogii zastosowanie przepisów kodeksu postępowania cywilnego o wymogach formalnych skargi na czynności komornika. Dlatego przyjąć należy, że skarga ta powinna być złożona na piśmie, które powinno odpowiadać wymogom pisma procesowego (art. 125 i n. k.p.c.), oraz określać zaskarżoną czynność, jak również wniosek o zmianę, uchylenie, a także uzasadnienie skargi (art. 767 § 3 k.p.c.) (Zedler F., „Prawo upadłościowe i naprawcze, Komentarz", red. A. Jakubecki, F. Zedler, Warszawa 2010, nb. 4, s. 496).

[47] Bieniak M., „Środki zaskarżenia…", s. 120.

[48] Zedler F., „Prawo upadłościowe…", Warszawa 2010, nb. 7, s. 499.

Anna Hrycaj [1]
Bartosz Sierakowski [2]

ZAGADNIENIE KOSZTÓW POSTĘPOWANIA UPADŁOŚCIOWEGO i INNYCH ZOBOWIĄZAŃ MASY UPADŁOŚCI

Celem publikowanego artykułu jest omówienie zasad regulowania przez syndyka zobowiązań pieniężnych powstałych po dniu ogłoszenia upadłości w stanie prawnym obowiązującym od 1 stycznia 2016 r. Dotyczy to więc wyłącznie tych postępowań, które zostały wszczęte na podstawie wniosku o ogłoszenie upadłości złożonego po 31 grudnia 2015 r.[3] W pierwszej kolejności przybliżony zostanie zakres zmian w prawie od strony przedmiotowej, w szczególności w odniesieniu do wykładni terminu „zobowiązania masy upadłości". Następnie – co wydaje się dla praktyki najistotniejsze – zostaną omówione kryteria kwalifikowania poszczególnych wydatków syndyka odpowiednio do grupy „kosztów postępowania" albo „innych zobowiązań masy upadłości". Na koniec zostanie przedstawiony tryb wykonywania przez syndyka zobowiązań powstałych w związku z ogłoszeniem upadłości dłużnika, a więc wszystkich tych, które nie podlegają kategoryzacji w rozumieniu art. 342 ust. 1 Prawa upadłościowego[4].

ZAKRES ZMIAN

W związku z tym, że celem znowelizowanych przepisów p.u. jest zwiększenie liczby efektywnie przeprowadzonych postępowań upadłościowych, a założenie to ma realizować m.in. instytucja kosztów postępowania, w tabeli 1 zestawiono stare i nowe brzmienie przepisów regulujących przedmiotową materię.

Tabela 1.

W BRZMIENIU DO 31.12.2015 r.	**W BRZMIENIU OD 1.01.2016 r.**
Art. 230 [koszty postępowania upadłościowego oraz inne zobowiązania masy upadłości]	
1. Do kosztów postępowania upadłościowego zalicza się opłaty sądowe oraz wydatki niezbędne do osiągnięcia celu postępowania.	1. Do kosztów postępowania zalicza się wydatki bezpośrednio związane z zabezpieczeniem, zarządem i likwidacją masy upadłości, w szczególności wynagrodzenie syndyka oraz jego zastępcy, wynagrodzenia osób zatrudnionych przez syndyka oraz należności z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne od wynagrodzeń tych osób, wynagrodzenie i wydatki członków rady wierzycieli, wydatki związane ze zgromadzeniem wierzycieli, koszty archiwizacji dokumentów upadłego, korespondencji, ogłoszeń, podatki i inne daniny publiczne związane z likwidacją masy upadłości.

[1] Sędzia Sądu Okręgowego w Warszawie, doktor habilitowany nauk prawnych, kierownik studiów podyplomowych z zakresu prawa egzekucyjnego, gospodarczego, restrukturyzacyjnego i upadłościowego na Uczelni Łazarskiego.

[2] Radca prawny (Kancelaria Zimmerman i Wspólnicy sp.k.), doradca restrukturyzacyjny (Zimmerman Filipiak Restrukturyzacja S.A.), wykładowca na studiach podyplomowych z zakresu prawa restrukturyzacyjnego i upadłościowego (Uczelnia Łazarskiego).

[3] Zgodnie z art. 449 ustawy z 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz. U. 2015 r. poz. 978 ze zm.) w sprawach, w których przed dniem wejścia w życie ustawy wpłynął wniosek o ogłoszenie upadłości, stosuje się przepisy dotychczasowe (dalej jako „p.r.").

[4] Ustawa z 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 1112 ze zm.) w brzmieniu nadanym ustawą z 15 maja 215 r. – Prawo restrukturyzacyjne (dalej jako „p.u.").

W BRZMIENIU DO 31.12.2015 r.	W BRZMIENIU OD 1.01.2016 r.
Art. 230 [koszty postępowania upadłościowego oraz inne zobowiązania masy upadłości]	
2. Do wydatków, o których mowa w ust. 1, należą w szczególności: wynagrodzenie i wydatki syndyka, nadzorcy sądowego i zarządcy oraz ich zastępców, wynagrodzenie i wydatki członków rady wierzycieli, wydatki związane ze zgromadzeniem wierzycieli, koszty doręczeń, obwieszczeń i ogłoszeń, przypadające za czas po ogłoszeniu upadłości podatki i inne daniny publiczne, wydatki związane z zarządem masy upadłości, w tym przypadające za czas po ogłoszeniu upadłości, należności ze stosunku pracy oraz należności z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, wydatki związane z likwidacją masy upadłości, chociażby do likwidacji doszło na podstawie układu.	2. Do innych zobowiązań masy upadłości zalicza się wszystkie niewymienione w ust. 1 zobowiązania masy upadłości powstałe po ogłoszeniu upadłości, w szczególności należności ze stosunku pracy przypadające za czas po ogłoszeniu upadłości, zobowiązania z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia masy upadłości, zobowiązania z zawartych przez upadłego przed ogłoszeniem upadłości umów, których wykonania zażądał syndyk, inne zobowiązania powstałe z czynności syndyka oraz przypadające za czas po ogłoszeniu upadłości renty z tytułu odszkodowania za wywołanie choroby, niezdolności do pracy, kalectwa lub śmierci i renty z tytułu zamiany uprawnień objętych treścią prawa dożywocia na dożywotnią rentę.
Art. 231 [odpowiedzialność za zobowiązania masy upadłości]	
1. Koszty postępowania upadłościowego pokrywane są z masy upadłości.	1. (uchylony).
2. Niepokryte z masy upadłości koszty postępowania upadłościowego po zakończeniu postępowania upadłościowego ponosi upadły. W razie uchylenia postępowania upadłościowego sędzia-komisarz może zwolnić upadłego od ponoszenia kosztów sądowych.	2. Niezaspokojone z masy upadłości zobowiązania, o których mowa w art. 230, po zakończeniu postępowania upadłościowego ponosi upadły. W przypadku uchylenia postępowania upadłościowego sędzia-komisarz może zwolnić upadłego od ponoszenia kosztów sądowych.
3. Na postanowienie sędziego-komisarza w przedmiocie kosztów przysługuje zażalenie.	3. Na postanowienie sędziego-komisarza w przedmiocie kosztów przysługuje zażalenie.
Art. 343 [sposób zaspokajania zobowiązań masy upadłości]	
1. Syndyk zaspokaja należności pierwszej kategorii w miarę wpływu do masy upadłości stosownych sum; jeżeli należności te nie zostaną zaspokojone w ten sposób, zaspokaja się je w drodze podziału funduszów masy upadłości.	1. Z masy upadłości zaspokaja się w pierwszej kolejności koszty postępowania, a jeżeli fundusze masy upadłości na to pozwalają – również inne zobowiązania masy upadłości, o których mowa w art. 230 ust. 2, w miarę wpływu do masy upadłości stosownych sum. 1a. Jeżeli inne zobowiązania masy upadłości, o których mowa w art. 230 ust. 2, nie zostaną zaspokojone w sposób, o którym mowa w ust. 1, zaspokaja się je stosunkowo do wysokości każdej z nich w drodze podziału funduszów masy upadłości. Przepisy art. 347-360 stosuje się odpowiednio.
2. Zobowiązania alimentacyjne ciążące na upadłym, przypadające za czas po ogłoszeniu upadłości, syndyk zaspokaja zgodnie z ust. 1 w terminach ich płatności, do dnia sporządzenia ostatecznego planu podziału, każdorazowo dla każdego uprawnionego w kwocie nie wyższej niż minimalne wynagrodzenie za pracę. Pozostała część tych należności nie podlega zaspokojeniu z masy upadłości.	2. Zobowiązania alimentacyjne ciążące na upadłym, przypadające za czas po ogłoszeniu upadłości, syndyk zaspokaja zgodnie z ust. 1 w terminach ich płatności, do dnia sporządzenia ostatecznego planu podziału, każdorazowo dla każdego uprawnionego w kwocie nie wyższej niż minimalne wynagrodzenie za pracę. Pozostała część tych należności nie podlega zaspokojeniu z masy upadłości.
PRZEPIS INTERTEMPORALNY (ART. 449 P.R.)	
W sprawach, w których przed dniem wejścia w życie ustawy wpłynął wniosek o ogłoszenie upadłości, stosuje się przepisy dotychczasowe.	

Jak wynika z zestawienia, podstawowa zmiana legislacyjna polega na zakwalifikowaniu zobowiązań dłużnika powstałych po ogłoszeniu upadłości do grupy zwanej dotychczas w języku prawniczym[5] „zobowiązaniami masy upadłości" i wydzieleniu w obrębie tej grupy „kosztów postępowania upadłościowego", czyli wydatków korzystających ze szczególnego uprzywilejowania co do sposobu i czasu ich zaspokojenia. Dla prawidłowej wykładni terminów „koszty postępowania" oraz „inne zobowiązania masy upadłości" – poza warstwą słownikową tych wyrażeń, o czym szerzej w dalszej części artykułu – konieczne jest ustalenie przyczyn nowelizacji art. 230 p.u.n. oraz celu, jaki przyświecał ustawodawcy przy konstruowaniu nowego brzmienia tego przepisu. W ten sposób możliwe będzie odkodowanie treści normy prawnej z art. 230 p.u. także w warstwie aksjologicznej.

Warto na wstępie odwołać się do treści uzasadnienia projektu ustawy p.r. w zakresie niezbędnym do uchwycenia różnic pomiędzy wydatkiem stanowiącym koszt postępowania a wydatkiem będącym innym aniżeli koszt postępowania zobowiązaniem masy upadłości. I tak: „(...) pojęcie »koszty postępowania« powinno być ograniczone wyłącznie do wydatków bezpośrednio związanych z prowadzeniem postępowania, a nie powinno obejmować zobowiązań, które powstają po ogłoszeniu upadłości, ale nie są związane bezpośrednio z likwidacją masy upadłości i dążeniem do osiągnięcia głównego celu postępowania upadłościowego, jakim jest zaspokojenie wierzycieli. (...) Szeroka definicja kosztów postępowania wywołuje wrażenie, że polskie postępowania upadłościowe są niezwykle kosztowne, a przynajmniej bardziej kosztowne niż analogiczne postępowania w innych krajach. Tymczasem koszty związane **bezpośrednio z prowadzeniem postępowania** (wyróżnienie aut.) z reguły nie są wygórowane. Stąd też uznano, że pojęcie kosztów w prawie upadłościowym powinno obejmować jedynie te wydatki, które rzeczywiście są kosztem postępowania, a nie stanowią zaspokojenia wierzycieli. (...) Przyznanie absolutnego pierwszeństwa pokryciu kosztów postępowania pozwoli na powrót do dosłownej wykładni art. 13 i 361 PrUpN, tj. oddalanie wniosków o ogłoszenie upadłości albo umarzanie postępowań wyłącznie wtedy, gdy majątek upadłego nie wystarczy na pokrycie samych kosztów postępowania, a nie również innych należności zrównanych z nimi dotychczas co do kolejności zaspokojenia. To pozwoli z kolei na ograniczenie liczby przypadków, w których pomimo niewypłacalności dłużnika nie dojdzie do zastosowania instrumentów prawa upadłościowego z powodu ubóstwa masy"[6].

Z powyższego można wyciągnąć ogólny wniosek, że koszty postępowania na tle innych zobowiązań powstałych po dniu ogłoszenia upadłości należy w zamyśle ustawodawcy rozumieć wąsko. **Można je – wobec braku definicji legalnej tego terminu – określić mianem wydatków „administracyjnych" postępowania upadłościowego zarówno o charakterze sądowym, jak i pozasądowym, bezpośrednio wynikających z faktu objęcia dłużnika procedurą upadłościową. Co do zasady nie będą kosztami postępowania te zobowiązania masy upadłości, które by powstały i obciążały dłużnika nawet pomimo braku ogłoszenia upadłości i związanych z tym faktem czynności likwidacyjnych podejmowanych przez syndyka w celu realizacji dyrektywy określonej w art. 2 ust. 1 p.u., czyli maksymalnego zaspokojenia ogółu wierzycieli**.

Od tak zarysowanych założeń ogólnych instytucji zobowiązań masy upadłości należy przejść do rozważań szczegółowych, mających na celu wyznaczenie – czasami kazuistyczne – granicy pomiędzy „kosztem postępowania" a „innym zobowiązaniem masy upadłości".

ZOBOWIĄZANIA MASY UPADŁOŚCI – ZAKRES POJĘCIA

Wyrażenie „zobowiązanie masy upadłości" nie jest pojęciem nowym. Zostało ukute w doktrynie już pod rządami rozporządzenia prezydenta Rzeczypospolitej z 24.10.1934 r. – Prawo upadłościowe[7], a następnie rozpowszechnione także w orzecznictwie[8]. Nie wdając się w rozważania na temat pojawiających się w piśmiennictwie różnic co do pojmowania przesłanek temporalnych wyodrębniania zobowiązań masy na tle „klasycznych" zobowiązań upadłego – w pewnym uogólnieniu – definiowano je jako niepodlegające zgłoszeniu wierzytelności obciążające masę upadłości płatne w sposób uprzywilejowany, bo w kategorii pierwszej zaspokojenia, i co do zasady powstałe po dniu ogłoszenia upadłości[9]. Podobnie rzecz ma się na gruncie przepisów obecnie obowiązującego p.u., z tym istotnym zastrzeżeniem, że zobowiązania masy upadłości podlegają zaspokojeniu przed wierzytel-

[5] Zob. np. na gruncie przepisów rozporządzenia prezydenta Rzeczypospolitej z 24 października 1934 r. – Prawo upadłościowe (t.j. Dz. U. z 1991 r., nr 118, poz. 512 ze zm.), Cieślak S., „Podział funduszów masy upadłości", Warszawa 2000, s. 61 i powołana tam literatura.

[6] Zob. Uzasadnienie projektu ustawy – Prawo restrukturyzacyjne, druk Sejmu VII kadencji nr 2824, www.sejm.gov.pl.

[7] Rozporządzenie prezydenta Rzeczypospolitej z 24 października 1934 r. – Prawo upadłościowe (Dz. U. z 1991 r., nr 118, poz. 512, ze zm.), dalej jako „Rozporządzenie z 1934 r.".

[8] Zob. np. wyr. Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 19.12.2012 r., I ACa 461/12, LEX nr 1281048.

[9] Allerhand M., „Prawo upadłościowe. Prawo układowe", Bielsko-Biała 1999, s. 395; Cieślak S., „Podział funduszów masy upadłości", Warszawa 2000, s. 62; Janda P., *Kolejność zaspokajania wierzycieli osobistych w postępowaniu upadłościowym obejmującym likwidację majątku upadłego*, „Przegląd Prawa Handlowego", 2015, nr 11.

nościami ujętymi w kategorii pierwszej, o której mowa w art. 342 ust. 1 pkt 1 p.u. Wyrażenie „zobowiązania masy upadłości", z uwagi na jego użycie przez ustawodawcę w art. 230 p.u., od 1 stycznia 2016 r. ma charakter wyrażenia „legalnego". Nadal jednak zwrot ten traktować należy jako pewnego rodzaju skrót myślowy, a nie kategorię prawa cywilnego. Zobowiązanym bowiem pozostaje upadły jako podmiot prawa, a nie masa upadłości. Masa upadłości jest zaś przedmiotem (konglomeratem składników majątkowych podlegających likwidacji), a nie podmiotem prawa. Dlatego też wyrażenie „zobowiązania masy upadłości" należy traktować jako nazwę przyjętą przez ustawodawcę na określenie zobowiązań powstałych po ogłoszeniu upadłości, wynikających z czynności upadłego lub syndyka[10] oraz z innych zdarzeń bezpośrednio związanych z prowadzeniem postępowania upadłościowego[11] (np. zobowiązanie do zwrotu wydatków poniesionych przez członków rady wierzycieli czy zobowiązanie do zwrotu zaliczek uiszczonych przez wierzycieli wykonujących postanowienie sędziego-komisarza wydane w trybie art. 232 p.u.). Co do zasady więc czynnikiem decydującym o zakwalifikowaniu danej wierzytelności do zobowiązań masy upadłości jest czas jej powstania.

Nie oznacza to jednak, że każdy dług obciążający upadłego, który powstał po dniu ogłoszenia upadłości, stanowi koszt postępowania lub inne zobowiązanie masy upadłości. Mimo bowiem użycia przez ustawodawcę w art. 230 ust. 2 p.u. zwrotu „zobowiązania masy upadłości powstałe po ogłoszeniu upadłości" przepis ten nie może być interpretowany w oderwaniu od funkcji, jaką pełni. Gdyby ustawodawca chciał objąć normą prawną z art. 230 p.u. każde zobowiązanie powstałe po ogłoszeniu upadłości, wówczas nie posługiwałby się zwrotem „zobowiązania masy upadłości powstałe po dniu ogłoszenia upadłości", lecz wyrażeniem „zobowiązania powstałe po ogłoszeniu upadłości". Nie ulega zaś wątpliwości, że ustawodawca uprzywilejował – w zakresie pierwszeństwa zaspokajania – „zobowiązania masy upadłości" nie tylko ze względu na czas ich powstania, ale cel, jakiemu ma służyć ich zaciąganie i wykonywanie, oraz źródło, z którego wynikają. Tym celem zaś niewątpliwie jest dążenie do maksymalnego zaspokojenia ogółu wierzycieli upadłego (art. 2 ust. 1 p.u.), zaś źródłem – czynności organów postępowania, uczestników (np. koszty funkcjonowania organów upadłego – art. 185 ust. 4 p.u.) lub osób trzecich (np. kuratorów) związane z realizacją uprawnień i obowiązków określonych przepisami p.u. By zaś tę dyrektywę oraz ustawowe prawa i obowiązki móc realizować, konieczne jest podjęcie szeregu czynności zmierzających do likwidacji masy upadłości i podziału pomiędzy wierzycieli jej funduszów albo innej formy ich zaspokojenia (np. wykonanie umowy wzajemnej, przyjęcie układu w tzw. upadłości deweloperskiej itp.). Te czynności zaś pociągają z reguły konieczność ponoszenia określonych wydatków zarówno tych bezpośrednio związanych z likwidacją masy (koszty postępowania), jak i stanowiących realizację innych przepisów prawa upadłościowego (np. wykonanie umowy wzajemnej). Nie będzie więc zobowiązaniem masy upadłości np. roszczenie o naprawienie szkody wywołanej czynem niedozwolonym popełnionym przez upadłego po dniu ogłoszenia upadłości[12]. Również nie stanowi zobowiązania, o którym mowa w art. 230 ust. 2 p.u., obowiązek zwrotu dotacji ze środków publicznych na podstawie decyzji wydanej po dniu ogłoszenia upadłości, jeżeli przyczyną zwrotu są zdarzenia zaistniałe przed ogłoszeniem upadłości i bezpośrednio związane z działaniami lub/i zaniechaniami upadłego, a nie syndyka (np. nieprawidłowe rozliczenie kosztów projektu, wykorzystanie dotacji niezgodnie z przeznaczeniem itp.), nawet jeśli decyzja ma charakter konstytutywny. Należy więc zgodzić się ze stanowiskiem niektórych sądów administracyjnych[13], że postępowania administracyjne (podatkowe) prowadzone celem wydania decyzji konstytutywnej określającej wymiar podatku (innego świadczenia pieniężnego) mogą być kontynuowane (wszczynane) także po ogłoszeniu upadłości, po to by nastąpiło ustalenie wysokości zobowiązania publicznoprawnego celem zgłoszenia takiej wierzytelności sędziemu-komisarzowi w postępowaniu upadłościowym[14]. Nie oznacza to jednak, że tak wydana decyzja – mimo że ma charakter konstytutywny i zapada po dacie ogłoszenia upadłości – kreuje po stronie syndyka obowiązek zapłaty[15], gdyż nie jest zobowiązaniem masy upadłości, o którym mowa w art. 230 ust. 2 p.u. Tego rodzaju dług upadłego należy potraktować jako wierzytelność kategorii drugiej (art. 342 ust. 1 pkt 2 p.u.) i – o ile wierzyciel dokona zgłoszenia – wciągnąć na listę wierzytelności, względnie – jeśli uznania tej wierzytelności odmówiono na wcześniejszym etapie – sprostować listę w trybie art. 262 ust. 2 zd. 1 p.u. stosownie do treści prawomocnego orzeczenia.

Czasami może okazać się, że dany wydatek wprawdzie spełnia określone w art. 230 p.u. kryteria bycia kosztem postępowania albo innym zobowiązaniem masy upadłości, lecz z mocy przepisu szczególnego – mimo że powstaje po dniu ogłoszenia upadłości i jest związany z czynnościami syndyka – należy go uznać za wierzytelność podlegającą

[10] Hrycaj A., [w:] „System Prawa Handlowego. Tom 6. Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe", red. A. Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz, s. 971.

[11] Zimmerman P., „Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz", wyd. 4, Warszawa 2016, Legalis, komentarz do art. 230 p.u. (nb. 1).

[12] Hrycaj A., *op. cit.*, s. 971.

[13] Zob. np. wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z 6.02.2013 r. (II SA/Go 796/12), http://orzeczenia. nsa.gov.pl.

[14] Zob. też Jakubecki A., [w:] A. Jakubecki, F. Zedler, „Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz", LEX, 2011, komentarz do art. 144 p.u.n.

[15] Zob. odmienny pogląd wyrażony na gruncie przepisów p.u.n. przez NSA w wyroku z 11.02.2014 r. (II GSK 2008/12), http://orzeczenia.nsa.gov.pl.

zgłoszeniu do masy upadłości, a więc płatną na zasadach określonych art. 342 ust. 1 w zw. z art. 344 p.u. Dotyczy to wszystkich tych przepisów, w których ustawodawca – określając zakres praw wierzyciela w postępowaniu upadłościowym – posługuje się pojęciem „zgłaszając te wierzytelności sędziemu-komisarzowi". Są to powstałe po ogłoszeniu upadłości: roszczenie odszkodowawcze drugiej strony umowy w razie odstąpienia przez syndyka od takiej umowy (art. 99 p.u.) oraz roszczenie najemcy (dzierżawcy) za wcześniejsze niż ustalenia kontraktowe stron wypowiedzenie przez syndyka za zgodą sędziego-komisarza umowy najmu (dzierżawy) nieruchomości albo przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części (art. 109 ust. 2 p.u.). Takiej samej procedurze ustalania i zaspokajania podlegają – z mocy przepisów szczególnych – wierzytelności powstałe po ogłoszeniu upadłości wprawdzie bez ingerencji syndyka, lecz wskutek faktu ogłoszenia upadłości drugiej strony stosunku prawnego. Są to: roszczenie kredytodawcy w związku z wygaśnięciem umowy kredytu (art. 111 ust. 1 p.u.); roszczenia z umowy zlecenia lub komisu, w których upadły był dającym zlecenie lub komitentem, a także umowy o zarządzanie papierami wartościowymi upadłego (art. 102 p.u.); roszczenie agenta w związku z wygaśnięciem umowy agencyjnej (art. 103 ust. 2 p.u.); roszczenie z umów zawartych w drodze przyjęcia oferty złożonej przez upadłego (art. 97 p.u.); roszczenie małżonka upadłego z tytułu udziału w majątku wspólnym (art. 124 ust. 3 p.u.); roszczenie drugiej strony stosunku prawnego, który okazał się bezskuteczny z mocy prawa lub orzeczenia sądowego względem masy upadłości (art. 134 ust. 2 zd. 2 p.u.).

W doktrynie z kolei budzi wątpliwości charakter roszczenia odszkodowawczego wynajmującego (wydzierżawiającego) z powodu przedwczesnego rozwiązania najmu (dzierżawy) przez syndyka (art. 110 ust. 5 p.u.). Pod rządami poprzednio obowiązujących przepisów[16] J. Korzonek[17], S. Gurgul[18] i Z. Świeboda[19] uznali, że wierzytelność z tego tytułu powinna być zaspokojona według zasad przewidzianych dla zaspokajania zobowiązań masy upadłości, ponieważ jest to „należność powstała wskutek czynności syndyka" (a więc obecnie należność – kierując się językowymi dyrektywami wykładni – podpadająca pod normę z art. 230 ust. 2 p.u.). Z kolei M. Allerhand[20], A. Jakubecki[21] i P. Zimmerman[22] zaprezentowali pogląd, że nie jest to wierzytelność wynikająca z czynności syndyka, lecz roszczenie powstałe wskutek faktu ogłoszenia upadłości dłużnika-najemcy i w związku z tym podlega zaspokojeniu w kategorii drugiej. Pogląd ten znalazł potwierdzenie w późniejszym orzecznictwie Sądu Najwyższego (sprawa IV CSK 591/12)[23].

Za drugim z prezentowanych stanowisk przemawiają nie tylko względy funkcjonalne, o których szeroko pisze P. Zimmerman[24], ale i sama wykładnia pojęcia „dochodzić roszczeń w postępowaniu upadłościowym". Dochodzenie wierzytelności w postępowaniu upadłościowym oznacza podjęcie czynności o skutkach procesowych (także w niektórych wypadkach z urzędu) w toku procedury ustalania listy wierzytelności, a następnie w fazie wykonawczej, czyli w toku procedury podziału funduszów masy upadłości. Gdyby bowiem ustawodawca uznał, że „dochodzić wierzytelności w postępowaniu upadłościowym" oznacza także dochodzenie zaspokojenia na zasadach określonych w art. 343 ust. 1 oraz ust. 1a p.u., to zapewne wyraziłby to wprost, używając konstrukcji analogicznej do tej z art. 113 ust. 3 p.u. W tym ostatnim przepisie ustawodawca jednoznacznie wskazuje, że roszczenia banku z umów o udostępnienie skrytek sejfowych oraz z umów przechowania zawartych przez upadłego z bankiem „mogą być dochodzone w postępowaniu upadłościowym, **według zasad określonych dla dochodzenia zwrotu kosztów postępowania**". Z tych względów uznać należy, że roszczenie wynajmującego (wydzierżawiającego) z tytułu przedwczesnego rozwiązania najmu (dzierżawy) nie stanowi zobowiązań masy upadłości w rozumieniu art. 230 p.u., lecz należność podlegającą zaspokojeniu z funduszów masy upadłości w kategorii drugiej (art. 342 ust. 1 pkt 2 p.u.).

KOSZTY POSTĘPOWANIA UPADŁOŚCIOWEGO

Ustawodawca nie zawarł w przepisach p.u. definicji legalnej kosztów postępowania upadłościowego, a jedynie wskazał, że koszty te wchodzą w skład szerszego pojęcia – „zobowiązań masy upadłości" (art. 230 ust. 1 p.u.), czyli wierzytelności niepodlegających kategoryzowaniu w oparciu o art. 342 ust. 1 p.u. W doktrynie wskazano, że koszty postępowania upadłościowego obejmują koszty sądowe (a więc opłaty sądowe, opłaty kancelaryjne i wydatki w rozumieniu ustawy o kosztach sądo-

[16] Mowa o: art. 110 p.u.n. oraz art. 51 Rozporządzenia z 1934 r.

[17] Korzonek J., „Prawo upadłościowe i prawo o postępowaniu układowym", Wrocław 1992, s. 194.

[18] Gurgul S., „Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz", wyd. 9, Warszawa 2013, s. 285.

[19] Świeboda Z., „Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz", wyd. 3, Warszawa 2006, s. 177-178.

[20] Allerhand M., „Prawo upadłościowe. Prawo o postępowaniu układowym. Komentarz", t. I, Warszawa 1937, s. 265.

[21] Jakubecki A., [w:] A. Jakubecki, F. Zedler, „Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz", Kraków 2006, s. 250-251.

[22] Zimmerman P., „Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz", wyd. 2, Warszawa 2012, s. 231.

[23] W uzasadnieniu wyroku SN z 12.04.2013 r. (IV CSK 591/12, Legalis) Sąd Najwyższy wskazał: „Roszczenie zmierzające do naprawienia szkody wyrządzonej wynajmującemu w związku z wypowiedzeniem umowy najmu zawartej na czas oznaczony dotyczy dochodów z najmu, których wynajmujący nie osiągnie, a z woli ustawodawcy przysługuje za okres nie dłuższy niż dwa lata. Skoro roszczenie to ma być dochodzone w postępowaniu upadłościowym, to powinno być oszacowane co do wysokości i zgłoszone wtedy, gdy syndyk tworzy listę wierzytelności podlegających zaspokojeniu z masy upadłości. Wierzytelność powoda, gdyby została zgłoszona syndykowi w postępowaniu upadłościowym, to podlegałaby zaspokojeniu w kategorii IV (art. 342 p.u.n.)".

[24] Zimmerman P., „Komentarz 2012", s. 231.

wych w sprawach cywilnych[25]) oraz wydatki wskazane w art. 230 ust. 1 p.u.[26]. Do tego katalogu należy również dodać inne wydatki niemieszczące się w pojęciu kosztów sądowych lub kosztów w rozumieniu art. 230 ust. 1 p.u., ale z mocy odrębnego przepisu ustawy zakwalifikowane do kategorii kosztów postępowania upadłościowego (np. stwierdzone orzeczeniem sędziego-komisarza koszty związane z funkcjonowaniem organów upadłego oraz realizacją jego uprawnień organizacyjnych – art. 185 ust. 4 p.u.). Do kosztów sądowych, które mogą powstać w związku z czynnościami procesowymi w postępowaniu upadłościowym, należy zaliczyć:

a) opłaty sądowe od: wniosku o ogłoszenie upadłości, zażalenia na postanowienia wydane w postępowaniu upadłościowym, uproszczonego wniosku o ogłoszenie upadłości, zarzutów przeciwko planowi podziału, wniosku upadłego przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną o ustalenie planu spłaty i umorzenie pozostałej części zobowiązań, które nie zostały zaspokojone w postępowaniu upadłościowym, sprzeciwu do listy wierzytelności, wniosku o wszczęcie wtórnego postępowania upadłościowego;
b) wydatki związane z kosztami podróży i noclegu oraz utraconych zarobków lub dochodów świadków, zwłaszcza w toku postępowań ze sprzeciwu do listy wierzytelności, wynagrodzenie i zwrot kosztów poniesionych przez biegłych i tłumaczy, koszt przeprowadzenia innych dowodów.

Poza wymienionymi zobowiązaniami natury procesowej do kosztów postępowania zalicza się – zgodnie z art. 230 ust. 1 p.u. – wydatki **bezpośrednio związane** z zabezpieczeniem, zarządem i likwidacją masy upadłości[27]. W praktyce postępowań upadłościowych ta kategoria wydatków stanowi największą pulę zobowiązań będących kosztami postępowania. Nie bez znaczenia dla zrozumienia różnic pomiędzy pojęciem „wydatki bezpośrednio związane z zabezpieczeniem, zarządem i likwidacją masy upadłości" (art. 230 ust. 1 p.u.) a „inne zobowiązania masy upadłości" (art. 230 ust. 2 p.u.) pozostaje przykładowy katalog kosztów wymienionych w ust. 1 tego przepisu. I tak ustawodawca wskazuje, że wydatkiem bezpośrednio związanym z zabezpieczeniem, zarządem i likwidacją masy upadłości są:

- wynagrodzenie syndyka oraz jego zastępcy,
- wynagrodzenia osób zatrudnionych przez syndyka oraz należności z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne od wynagrodzeń tych osób,
- wynagrodzenie i wydatki członków rady wierzycieli,
- wydatki związane ze zgromadzeniem wierzycieli,
- koszty archiwizacji dokumentów upadłego,
- koszty korespondencji,
- koszty ogłoszeń,
- podatki i inne daniny publiczne związane z likwidacją masy upadłości.

Wskazany katalog ma charakter zamknięty w zakresie, w jakim stanowi, że kosztem postępowania upadłościowego są wyłącznie wydatki bezpośrednio związane z zabezpieczeniem, zarządem i likwidacją masy upadłości, i otwarty w zakresie, w jakim zawiera przykładowe wyliczenie tych wydatków[28]. By w sposób prawidłowy ustalić zakres normy prawnej z art. 230 ust. 1 p.u., należy najpierw dokonać wykładni wyrażenia „bezpośrednio", a następnie odnieść je do czynności określonych przez ustawodawcę mianem „zabezpieczenia, zarządu i likwidacji masy upadłości". Po zastosowaniu dyrektyw językowych wykładni rzeczonego przepisu dochodzimy do wniosku, że jakieś zjawiska (tu: wydatek w relacji do czynności zabezpieczenia, zarządu i likwidacji masy upadłości) znajdują się w bezpośrednim związku, jeżeli ich relacja istnieje tylko dzięki nim i nie wymaga obecności innych zjawisk, a więc wynika wprost z samego faktu istnienia tej relacji[29]. Przechodząc na grunt art. 230 ust. 1 p.u., należy dojść do konkluzji, że **wydatek – by być zakwalifikowanym do kategorii kosztów postępowania – musi posiadać cechę pozostawania w ścisłym związku z zakresem kompetencji i obowiązków realizowanych przez organy i uczestników postępowania w toku zabezpieczenia, zarządu i likwidacji mienia stanowiącego masę upadłości**[30]. Innymi słowy, nie każdy związek wydatku z celem postępowania upadłościowego, jakim jest likwidacja masy, pozwala dany rozchód potraktować jako koszt postępowania. Jak się jednak okazuje, interpretacja językowa nie jest tu wystarczająca i należy sięgnąć posiłkowo do reguł wykładni celowościowej[31]. Może bowiem okazać się, że niektóre wydatki rzeczywiście będą wykazywały związek, i to bezpośredni, z czynno-

[25] Ustawa z 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 623), dalej jako „u.k.s.c.".

[26] Hrycaj A., *op. cit.*, s. 970; Zimmerman P, „Komentarz 2016", komentarz do art. 230 p.u. (Nb. 3); Malmuk-Cieplak A., [w:] „Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe. Zagadnienia praktyczne", red. A. Machowska, Warszawa 2016, s. 525-526.

[27] Na gruncie Rozporządzenia z 1934 r. S. Cieślak wydatki na zarząd i likwidację kwalifikował jako *sumptu economici* (tenże, „Podział funduszów masy upadłości", Warszawa 2000, s. 70).

[28] Hrycaj A., *op. cit.*, s. 970-971.

[29] „Współczesny słownik języka polskiego", pod red. B. Dunaja, Warszawa 2007; „Inny słownik języka polskiego", pod red. M. Bańki, Warszawa 2000.

[30] Podobnie P. Zimmerman, „Komentarz 2016", komentarz do art. 230 p.u. (nb. 1).

[31] Według utrwalonych w orzecznictwie zasad interpretacji przepisów prawa normie należy przypisywać takie znaczenie, jakie ma ona w języku powszechnym, a dopiero wtedy, gdy wykładnia ta zawodzi, prowadząc do wyników niedających się pogodzić z racjonalnym działaniem ustawodawcy i celem, jaki ma realizować dana norma – należy sięgać do dyrektyw wykładni systemowej i funkcjonalnej (por. np. uchw. SN z 14.07.2006 r., III CZP 53/06; wyr. TK z 28.06.2000 r., K 25/99). Od wykładni językowej przepisu należy zatem odejść, gdy wyinterpretowana przy jej użyciu norma prawna nie ma możliwie silnego uzasadnienia aksjologicznego w ocenach, które przypisuje się racjonalnemu ustawodawcy (por. Ziembiński Z., „Logika praktyczna", wyd. 25, Warszawa 2002, s. 242-245; por. też Z. Radwański, który uważa, że dyrektywy wykładni funkcjonalnej i systemowej należy stosować zawsze, choćby interpretacja językowa tekstu prawnego była wystarczająca, a to po ty, by potwierdzić prawidłowość jej wyników – tenże, *Uwagi o wykładni prawa cywilnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2009, z. 1, s. 16).

ściami syndyka dotyczącymi zarządu masą (zwłaszcza w zakresie czynności faktycznych składających się na posiadanie samoistne mienia podlegającego likwidacji), ale nie będzie można ich zakwalifikować do kosztów postępowania z uwagi na funkcję tegoż przepisu – wydatki te wystąpiłyby nawet gdyby likwidacji masy nie dokonywano (np. zobowiązanie do zapłaty podatku od nieruchomości). I odwrotnie, część wydatków wprawdzie bezpośredniego związku z czynnościami zarządu i likwidacji masy nie wykazuje, ale niewątpliwie stanowi koszt postępowania, gdyż jest nierozerwalnie związana ze skutkami prowadzenia postępowania upadłościowego (np. wynagrodzenie kuratora), a tylko pośrednio wpływa na procedurę likwidacji (choćby przez fakt doręczania kuratorowi upadłego orzeczeń sądowych dotyczących likwidacji masy upadłości, np. postanowień o zatwierdzeniu warunków przetargu).

Jak już zasygnalizowano, dla prawidłowego ustalenia zakresu wydatków stanowiących koszty postępowania istotne znaczenie – jako wskazówka interpretacyjna – ma ich przykładowy katalog zawarty w art. 230 ust. 1 p.u. Analiza poszczególnych pozycji tego katalogu prowadzi do wniosku, że nie wszystkie wymienione tam rozchody są bezpośrednio związane z „zabezpieczeniem, zarządem i likwidacją masy upadłości" (np. koszt funkcjonowania zgromadzenia wierzycieli). I – jak się wydaje – z tych względów tenże otwarty katalog należy odczytywać nie tylko jako przykładowe i niepełne wyliczenie kosztów postępowania, ale także jako dyrektywę przy kwalifikowaniu innych wydatków do tej grupy. Jak bowiem wynika z zawartego w tym przepisie wyliczenia, ustawodawca pod pojęciem kosztów postępowania upadłościowego ma na myśli wyłącznie te wydatki, które nie wystąpiłyby, gdyby do wszczęcia postępowania upadłościowego nie doszło. Wydaje się więc, że chodzi tu nie tylko o każdy wydatek bezpośrednio związany z zarządem masą (a więc i z zabezpieczaniem oraz likwidacją masy, które przecież mieszczą się w zakresie szerszego pojęcia „zarząd") w powszechnym tego wyrażenia znaczeniu, ale z zarządem, który jest ściśle związany z faktem ogłoszenia upadłości i realizacją przez organy postępowania celu nadrzędnego, jakim jest likwidacja masy zmierzająca do zaspokojenia wierzycieli.

Po tak zarysowanych rozważaniach natury ogólnej na temat wykładni art. 230 p.u. pora przejść do rozwinięcia katalogu wydatków, jakie syndyk oraz inne organy i uczestnicy postępowania generują w procesie likwidacji masy upadłości i jakie z tej przyczyny podlegają kwalifikacji jako koszt postępowania upadłościowego. Poniżej pominięte zostaną wydatki wskazane wprost w katalogu z art. 230 ust. 1 p.u., zaś podatki i inne daniny publiczne będą omówione w odrębnym punkcie.

Zgodnie z art. 173 p.u. w pierwszej kolejności syndyk obejmuje majątek upadłego, zarządza nim, zabezpiecza go przed zniszczeniem, uszkodzeniem lub zabraniem przez osoby postronne oraz przystępuje do jego likwidacji. Jak wynika z tego przepisu, czynności zarządcze, w tym zabezpieczające mienie, mają zmierzać do likwidacji. Zatem pod pojęciem **wydatków związanych z zabezpieczeniem masy** należy rozumieć koszty podejmowania czynności o charakterze faktycznym i prawnym, które mają na celu przygotowanie składników masy upadłości do ich sprzedaży[32]. W pewnych wypadkach będą to także koszty związane z czynnościami mającymi na celu przywrócenie niektórych składników do masy upadłości (np. wydatki związane z obsługą procesu o wydanie rzeczy czy o uzgodnienie treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym) czy ich zachowanie w masie (np. wydatki na obronę przed wnioskiem o zasiedzenie, powództwem o wyłączenie mienia z masy upadłości itp.). Na syndyku ciąży obowiązek jak najefektywniejszej likwidacji, a więc dążenie do sprzedaży majątku po najwyższej możliwej cenie (art. 2 ust. 1 p.u.). Potwierdza to także konstrukcja wynagrodzenia ostatecznego, gdzie jedną z okoliczności wpływających na jego wysokość jest suma środków wypłaconych wierzycielom w ramach wykonania planów podziału (art. 162 ust. 1 pkt 1 p.u.). Co za ty idzie, jeśli dany składnik masy upadłości wymaga poczynienia dodatkowych nakładów finansowych, by nie spadła jego wartość albo by jego wartość wzrosła (np. dodatkowe koszty niezbędne do doprowadzenia budynku do stanu pozwalającego na pozyskanie pozwolenia na użytkowanie, o ile koszty są niższe niż suma, o jaką wzrośnie wartość nieruchomości) – taki wydatek będzie stanowił koszt postępowania w rozumieniu art. 230 ust. 1 p.u.

Na czynności zabezpieczenia i zarządu masą składają się także koszty, które w żaden sposób nie wpływają na wyższy poziom zaspokojenia wierzycieli, ale trzeba je ponieść w związku z likwidacją masy upadłości. Będą to w szczególności: wydatki związane z przygotowaniem spisu inwentarza i spisu należności, koszty prowadzenia księgowości i usług biurowo-administracyjnych w zakresie niezbędnym do wykonywania przez syndyka obowiązków określonych przepisami ustawy, koszty opisu i oszacowania składników masy. Kosztem bezpośrednio związanym z zabezpieczeniem i zarządem masą są także wydatki wprowadzenia syndyka w posiadanie, zarówno jeśli następuje to bez ingerencji sędziego-komisarza lub

[32] Por. Janda P., *Konkurencja wierzycieli osobistych w postępowaniu upadłościowym po nowelizacji*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2016, nr 5.

komornika (koszty podróży/transportu/inwentaryzacji celem objęcia majątku w posiadanie i jego zabezpieczenia), jak i na drodze z użyciem przymusu państwowego (w trybie art. 174 p.u.).

Wydatki bezpośrednio związane z likwidacją masy upadłości wynikają z wszelkich czynności o charakterze faktycznym i prawnym niezbędnych do realizacji obowiązków i uprawnień syndyka określonych w art. 306-334 p.u. Będą to więc wydatki typowe dla każdego postępowania upadłościowego (np. koszty obwieszczeń czy wynagrodzenie osób zatrudnionych przez syndyka na potrzeby procesu sprzedaży), jak też wydatki nadzwyczajne zmierzające do podniesienia efektywności likwidacji (np. koszty podziału geodezyjnego nieruchomości, wytyczenia dróg wewnętrznych, odrolnienia gruntów itp.). Szczególne znacznie z punktu widzenia zasad szybkości postępowania (art. 308 ust. 2 p.u.) i optymalizacji kosztów (art. 179 p.u. *in fine*) ma odpowiednio zaplanowana przez syndyka procedura likwidacji wierzytelności, która powinna znaleźć odzwierciedlenie w treści planu likwidacyjnego. Wybór sposobu likwidacji należy poprzedzić oceną, który z nich (ściągnięcie czy zbycie) umożliwia zaspokojenie wierzycieli w jak największym stopniu przy uwzględnieniu kosztów i ryzyka niepowodzenia ściągnięcia wierzytelności upadłego oraz konieczności zaspokojenia zobowiązań masy upadłości związanych z przedłużeniem postępowania upadłościowego (art. 331 ust. 2 p.u.). Syndyk ma obowiązek zlikwidować dwojakiego rodzaju należności: te „klasyczne" oraz – *stricte* związane z postępowaniem upadłościowym – należności z tytułu czynności prawnych bezskutecznych względem masy upadłości. Z reguły te pierwsze, o ile postępowanie sądowe nie znajduje się w zaawansowanej fazie, najlepiej zbyć[33]. W takim wypadku do kosztów postępowania zaliczymy ich wycenę oraz wszelkie wydatki związane z przygotowaniem sprzedaży (koszty poszukiwania nabywcy, w tym wydatki niezbędne dla umożliwienia nabywcy przeprowadzenia audytu przedsiębiorstwa, właściwy podatek, wydatki związane z zawarciem umowy cesji etc.). Większy problem w praktyce stanowią koszty ściągnięcia wierzytelności pieniężnych z tytułu czynności prawnych bezskutecznych względem masy upadłości. Te ostatnie bowiem służą wyłącznie masie (bezskuteczność względna), a więc istnieją, o ile trwa postępowanie upadłościowe, i nie ma możliwości ich zbycia. W związku z tym wszelkie działania zmierzające do ich ustalenia i wyegzekwowania (opłaty sądowe i egzekucyjne, opłaty skarbowe, koszty obsługi prawnej i mediacji oraz koszty ewentualnych usług detektywistycznych celem ustalenia możliwości faktycznego wyegzekwowania należności) będą kwalifikowane jako koszty postępowania w rozumieniu art. 230 ust. 1 p.u., gdyż wykazują bezpośredni związek z likwidacją masy upadłości. W wyjątkowych sytuacjach (oczywistość bezskuteczności przyszłej egzekucji) wydaje się, że syndyk powinien dążyć do optymalizacji kosztów likwidacji poprzez wystąpienie o zezwolenie rady wierzycieli (art. 206 ust. 1 pkt 6 p.u.) albo sędziego-komisarza (art. 213 p.u.) na zrzeczenie się roszczenia, względnie złożyć wniosek o wyłącznie takich wierzytelności z masy (art. 315 ust. 1 w zw. z art. 334 ust. 1 p.u.).

INNE ZOBOWIĄZANIA MASY UPADŁOŚCI

Do innych zobowiązań masy upadłości, określanych w doktrynie dość nieprecyzyjnym terminem „koszty prowadzenia działalności gospodarczej upadłego"[34], zalicza się wszystkie niebędące kosztami postępowania upadłościowego zobowiązania masy upadłości powstałe po ogłoszeniu upadłości. W art. 230 ust. 2 p.u. ustawodawca do tej grupy zobowiązań zalicza przykładowo:

- należności ze stosunku pracy przypadające za czas po ogłoszeniu upadłości,
- zobowiązania z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia masy upadłości,
- zobowiązania z zawartych przez upadłego przed ogłoszeniem upadłości umów, których wykonania zażądał syndyk,
- inne zobowiązania powstałe z czynności syndyka,
- przypadające za czas po ogłoszeniu upadłości renty z tytułu odszkodowania za wywołanie choroby, niezdolności do pracy, kalectwa lub śmierci i renty z tytułu zamiany uprawnień objętych treścią prawa dożywocia na dożywotnią rentę.

W praktyce największą część innych zobowiązań masy upadłości będą stanowiły **należności ze stosunku pracy za czas po ogłoszeniu upadłości**. Dotyczy to zarówno kosztów rozwiązania stosunków pracy przez syndyka, jak i kontynuowania zatrudnienia w przypadku dalszego prowadzenia przedsiębiorstwa. „Należności ze stosunku pracy" należy rozumieć szeroko, a więc jest to wynagrodzenie zasadnicze wraz ze wszelkimi świadczeniami dodatkowymi wynikającymi z aktów prawa pracy, o ile nie wynikają z czynności prawnych bezskutecznych względem masy upadłości. Z kolei wynagrodzenie za świadczenie usług na rzecz masy upadłości w oparciu o umowę zlecenia zawartą przez syndyka – w zależności od przedmiotu świadczenia – albo będzie stanowiło wydatek bezpośrednio związany

[33] Zgodnie z art. 331 ust. 1 p.u., likwidacja wierzytelności upadłego następuje przez ich zbycie albo ściągnięcie.

[34] Tak: Filipiak P., [w:] „System Prawa Handlowego. Tom 6. Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe", red. A. Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz, s. 709.

z zabezpieczeniem, zarządem i likwidacją masy upadłości (a więc koszt postępowania), albo inne zobowiązania masy powstałe z czynności syndyka.

Interesującą kategorię stanowią **zobowiązania z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia masy upadłości**. Pojęciem „wzbogacenie masy upadłości" ustawodawca posługuje się także w art. 134 ust. 2 p.u., zaś w art. 77 ust. 2 p.u. odwołuje się do instytucji „nienależnego świadczenia". Zdaniem A. Jakubeckiego[35] z bezpodstawnym wzbogaceniem mamy do czynienia w przypadku, gdy osoba trzecia spełnia na rzecz masy upadłości (syndyka) świadczenie na podstawie czynności prawnej dokonanej przez upadłego, która okazała się bezskuteczna z mocy prawa lub została uznana za bezskuteczną, jak również wtedy gdy masa (syndyk) otrzymuje korzyść bez podstawy prawnej, w tym z tytułu nienależnego świadczenia. Wydaje się, że treść normatywna art. 230 ust. 2 p.u. obejmuje wyłącznie takie przysporzenie majątkowe, które pozostaje w masie na dzień ogłoszenia upadłości i w związku z tym ją wzbogaca. Potwierdza to brzmienie art. 134 ust. 2 p.u., zgodnie z którym świadczenie wzajemne osoby trzeciej zwraca się tej osobie, o ile masa upadłości jest nim nadal wzbogacona. W przypadku gdyby świadczenia nienależnego dokonano do majątku dłużnika przed ogłoszeniem upadłości, a z chwilą powstania masy już nie istniało w naturze bądź ekwiwalencie (zniszczenie, zużycie, wyzbycie się), to wierzyciel może dochodzić wyłącznie wierzytelności w kategorii drugiej.

Do grupy „innych zobowiązań powstałych z czynności syndyka" należy zaliczyć także, o ile przepis szczególny nie stanowi inaczej, **koszty zakończenia stosunków prawnych, które generują po stronie masy upadłości zbędny wydatek**, a więc ich dalsze ponoszenie nie jest konieczne do przeprowadzenia likwidacji. Wśród tej kategorii wydatków znajdą się m.in. koszty rozwiązania umów najmu (upadły jako najemca)[36], ale wyłącznie w zakresie zapłaty czynszu i opłat eksploatacyjnych za okres wypowiedzenia. Samo zaś odszkodowanie za przedwczesne rozwiązanie najmu, a więc wierzytelności wykraczające poza świadczenia należne wynajmującemu za okres wypowiedzenia, jest uregulowane odrębnie i podlega zaspokojeniu w kategorii drugiej (art. 110 ust. 5 p.u.).

W katalogu „innych zobowiązań masy" należy także umieścić **koszt obsługi prawnej w zakresie ustalania listy wierzytelności**. Syndyk masy upadłości – odmiennie niż miało to miejsce na gruncie przepisów p.u.n. – ma prawa i obowiązki uczestnika postępowania „sprzeciwowego" (art. 259 ust. 1b p.u.). Postępowanie wywołane sprzeciwem ma charakter rozpoznawczy, zaś w zakresie postępowania dowodowego obowiązuje tu zasada tzw. prekluzji – w większości przypadków konieczne będzie więc skorzystanie z pomocy prawnej. Wydatków na tego rodzaju obsługę prawną jednak nie sposób uznać za „bezpośrednio zawiązane z zabezpieczeniem, zarządem i likwidacją masy upadłości", dlatego też stanowią one „inne zobowiązania powstałe z czynności syndyka", mimo iż można by je podciągnąć pod pojawiające się w doktrynie na określenie zobowiązań z art. 230 ust. 1 p.u. wyrażenie „koszty administracji postępowaniem upadłościowym"[37]. Analogicznie należy potraktować **wydatki poniesione w toku postępowania o zakaz prowadzenia działalności gospodarczej** (art. 373 p.u.) wszczętego na wniosek syndyka. Nie sposób bowiem czynności w tym postępowaniu kwalifikować jako bezpośrednio związanych z zabezpieczeniem, zarządem i likwidacją masy upadłości, nawet jeśli zmierzają pośrednio do przymuszenia upadłego do wykonywania ustawowych obowiązków, w tym wydania majątku czy dokumentacji albo wykonywania innych obowiązków określonych ustawą (art. 373 ust. 1 pkt 2-3 p.u.). Niewątpliwie postępowanie zakazowe jest prowadzone w interesie publicznym, nawet jeśli jego konsekwencją jest „przy okazji" zwiększenie efektywności konkretnego postępowania upadłościowego[38]. Nie można jednak pomijać tego, że w art. 376 ust. 1 p.u. ustawodawca wymienia wśród podmiotów uprawnionych do złożenia wniosku o zakaz prowadzenia działalności gospodarczej „syndyka", a nie osobę „pełniącą funkcję syndyka". Z tych też względów koszty opłat sądowych, zaliczek na wydatki postępowania oraz pomocy prawnej powinny być zakwalifikowane jako „inne zobowiązania powstałe z czynności syndyka", a więc podlegające zaspokojeniu w miarę wpływu do masy środków. Nie zmienia to faktu, że syndycy powinni do takich postępowań podchodzić z ostrożnością i zawsze inicjować je, o ile uzasadnione to jest, przynajmniej w sposób pośredni, interesem masy upadłości, w tym brać pod uwagę zasadę szybkości postępowania i optymalizacji. Wydaje się, że nie ma większego uzasadnienia występowanie przez syndyków z wnioskami o zakaz prowadzenia działalności gospodarczej z uwagi na spóźnione złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości, skoro równorzędną legitymację w tym zakresie posiadają zarówno sami wierzyciele (bezpośrednio poszkodowani zaniechaniem dłużnika), jak i strażnik interesu publicznego – prokurator.

[35] Zob. Jakubecki A., *op. cit.*, LEX 2011, komentarz do art. 342 p.u.n.

[36] Tak też Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie w post. z 26.03.2016 r. (X GUp 106/16, niepubl.),w uzasadnieniu którego stwierdza, że ewentualne koszty z tytułu najmu nie stanowiłyby kosztów postępowania upadłościowego w rozumieniu aktualnego brzmienia przepisu art. 230 ust. 1 p.u.

[37] Filipiak P., *op. cit.*, s. 709.

[38] Sierakowski B., *Instytucja zakazu prowadzenia działalności gospodarczej po zmianach wprowadzonych ustawą z 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne*, „Doradca Restrukturyzacyjny", nr 4 [2/2016], s. 87.

PODATKI I INNE DANINY PUBLICZNE POWSTAŁE PO OGŁOSZENIU UPADŁOŚCI

Wątpliwości interpretacyjne może budzić kwestia kwalifikowania podatków i innych danin publicznych przypadających za czas po ogłoszeniu upadłości odpowiednio do kosztów postępowania upadłościowego albo innych zobowiązań masy. Zgodnie z art. 4 ordynacji podatkowej obowiązkiem podatkowym jest wynikająca z ustaw podatkowych nieskonkretyzowana powinność przymusowego świadczenia pieniężnego w związku z zaistnieniem zdarzeń określonych w tych ustawach[39]. Obowiązek podatkowy jest kategorią zobiektywizowaną i powstaje z chwilą zaistnienia stanu faktycznego, określonego w hipotezie normy prawnopodatkowej, zaś dla jego powstania nie mają znaczenia czynniki subiektywne, jak np. wola czy świadomość podatnika[40]. Podatek niezapłacony w terminie stanowi zaległość podatkową (art. 51 § 1 o.p.). Skutkiem nieuiszczenia zobowiązania podatkowego w terminie jest obowiązek zapłaty odsetek za zwłokę, które podatnik ma obowiązek samodzielnie naliczyć i wpłacić do właściwego organu bez wezwania (art. 53 o.p.). Podatnik, który uporczywie nie wpłaca w terminie podatku, podlega odpowiedzialności za wykroczenie skarbowe (art. 57 kodeksu karnego skarbowego[41]).

Jak wiadomo, po ogłoszeniu upadłości dłużnik z mocy prawa traci zarząd oraz możliwość korzystania i rozporządzania majątkiem należącym do niego, jednakże ta okoliczność nie pozbawia upadłego statusu podatnika, do którego to stosuje się prawa i obowiązki wynikające z ustaw podatkowych. To jednak syndyk masy upadłości jest osobą odpowiedzialną w czasie trwania postępowania upadłościowego za realizację wszystkich obowiązków podatnika i płatnika, w tym także ponosi odpowiedzialność karnoskarbową za ewentualne naruszenia w zakresie realizacji obowiązku podatkowego. Co oczywiste, zarządzanie masą upadłości, w tym podejmowanie czynności z zakresu zwykłego zarządu (zabezpieczenie mienia, pobieranie pożytków z rzeczy, np. czynszów najmu), jak też zakres ten przekraczających (zbywanie, a więc likwidacja mienia) – stanowią w większości wypadków także podstawę powstania obowiązku podatkowego (podatek dochodowy, podatek VAT itp.). Na tle art. 230 p.u. pojawia się więc pytanie, które z danin publicznoprawnych powstałych po dniu ogłoszenia upadłości należy kwalifikować do uprzywilejowanej kategorii „kosztów postępowania upadłościowego", a które do – zaspokajanych w dalszych kolejności – „innych zobowiązań masy upadłości". Udzielenie odpowiedzi na to pytanie ma daleko idące skutki, gdyż: po pierwsze, wpływa na dopuszczalność prowadzenia postępowania upadłościowego (jeżeli dany podatek zakwalifikujemy jako koszt nieznajdujący pokrycia w płynnych funduszach masy, sąd powinien – po spełnieniu warunków z art. 361 p.u. – postępowanie umorzyć); po drugie, wpływa na zakres dopuszczalnych potrąceń środków pieniężnych pochodzących z likwidacji przedmiotu obciążonego rzeczowo na koszty postępowania (jeżeli podatek zakwalifikujemy jako koszt postępowania, wówczas w jego uregulowaniu partycypuje wierzyciel rzeczowy, jeśli zaś zakwalifikujemy go do grupy innych zobowiązań masy, wtedy art. 345 p.u. nie znajdzie zastosowania); po trzecie w końcu, wpływa na realizację obowiązku podatkowego, a więc przekłada się na ewentualną odpowiedzialność karnoskarbową osób pełniących funkcję syndyka, jak też na odpowiedzialność odszkodowawczą.

Językowy kształt art. 230 ust. 1 prowadzi do wniosku, że nie każdy podatek powstały po ogłoszeniu upadłości stanowi koszt postępowania upadłościowego. Wniosek ten znajduje potwierdzenie także w funkcjonalnych wynikach wykładni w kontekście historycznym[42]. A mianowicie, w poprzednim stanie prawnym ustawodawca do wydatków postępowania obejmującego likwidację masy upadłości zaliczył wprost „podatki i inne daniny publiczne należne za okres po ogłoszeniu upadłości" (art. 230 ust. 3 pkt 4 p.u.n.). Skoro ustawodawca z tak szerokiego brzmienia przepisu obecnie zrezygnował na rzecz węższego przedmiotowo pojęcia: „wydatki bezpośrednio związane z zabezpieczeniem, zarządem i likwidacją masy upadłości, w szczególności (...) podatki i inne daniny publiczne związane z likwidacją masy upadłości" – to nie sposób twierdzić, że każdy podatek powstały po dniu ogłoszenia upadłości jest kosztem postępowania. Jak widzimy, na pierwszy plan ustawodawca wysuwa koszty związane z likwidacją masy upadłości. I właśnie w taki sposób należy kwalifikować poszczególne podatki – **ilekroć zachodzi wątpliwość, do jakiej kategorii zaliczyć dane zobowiązanie publicznoprawne, należy udzielić odpowiedzi na pytanie, czy jego bezpośrednim źródłem jest fakt prowadzenia postępowania upadłościowego i czynności syndyka związane z likwidacją masy upadłości**. Jak słusznie wskazuje P. Janda, zobowiązania publicznoprawne powstałe po ogłoszeniu upadłości, a **niezwiązane z likwidacją masy upadłości** ani zatrudnieniem

[39] Ustawa z 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (t.j.: Dz. U. 2015, poz. 613 ze zm.), dalej jako „o.p.".

[40] Zob. wyr. NSA z 6.08.1992 r. (III SA 709/92, POP 1993, nr 4, poz. 62).

[41] Ustawa z 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (Dz. U. 1999 nr 83, poz. 930 ze zm.), dalej jako „k.k.s.".

[42] Na temat roli wykładni historycznej w procesie ustalania treści normy prawnej por. przykładowo Tobor Z., *Wykładnia historyczna*, [w:] „O prawie i jego dziejach księgi dwie: studia ofiarowane Profesorowi Adamowi Lityńskiemu w czterdziestolecie pracy naukowej i siedemdziesięciolecie urodzin", Białystok 2010.

innych osób przez syndyka należy zaliczyć do innych zobowiązań masy upadłości[43]. Kierując się wskazanymi dyrektywami, dochodzimy do wniosku, że następujące zobowiązania podatkowe i inne daniny publicznoprawne można zaliczyć do kosztów postępowania upadłościowego w rozumieniu art. 230 ust. 1 p.u.:

a) podatek VAT (względnie PCC) od transakcji sprzedaży przez syndyka składników masy upadłości;

b) opłaty skarbowe ponoszone przez syndyka w związku z przygotowaniem składników masy upadłości do sprzedaży, w szczególności opłaty od pełnomocnictw, czynności urzędowych i zaświadczeń w postępowaniach administracyjnych zmierzających do podziału geodezyjnego gruntu czy odrolnienia nieruchomości, jak również wszelkiego rodzaju opłaty od zezwoleń, koncesji, jeżeli syndyk prowadzi przedsiębiorstwo upadłego;

c) podatek dochodowy, jeżeli syndyk prowadzi przedsiębiorstwo, gdyż dalsze prowadzenie przedsiębiorstwa w warunkach upadłości zmierza wprost do likwidacji masy upadłości, względnie zaspokojenia wierzycieli w drodze zawarcia układu (art. 312 ust. 1 p.u.);

d) kosztem postępowania jest także kwota podatku dochodowego od dokonanej transakcji sprzedaży danego składnika masy; zagadnienie to jednak wymaga odrębnego omówienia, gdyż kwota podatku nie jest prostą pochodną uzyskanej ceny transakcyjnej, lecz na jej ostateczny wymiar składają się także inne przychody i koszty z danego okresu rozliczeniowego, a ponadto kształtują ją też takie okoliczności, jak możliwość rozliczenia start z lat ubiegłych, a więc jego ostateczny wymiar kształtują zdarzenia z okresu sprzed ogłoszenia upadłości[44];

e) wszelkie zobowiązania publicznoprawne w związku z wykonywaniem umów o pracę zawartych przez syndyka.

Szczególnie interesujący – z punktu widzenia odpowiedniej kwalifikacji do kosztów postępowania albo innych zobowiązań masy – jest **podatek od nieruchomości**. Danina ta ma charakter podatku rocznego[45], a więc stanowi „wierzytelność za okres rozliczeniowy" w rozumieniu art. 245a p.u. Co za tym idzie, należność podatkowa za czas do dnia poprzedzającego ogłoszenie upadłości włącznie stanowi wierzytelność podlegającą zgłoszeniu w kategorii drugiej, zaś podatek przypadający za dalsze okresy jest zobowiązaniem masy upadłości (analogicznie w odniesieniu do opłaty rocznej z tytułu użytkowania wieczystego). Wskazanie w art. 230 ust. 1 p.u., że przez wydatki bezpośrednio związane z zabezpieczeniem, zarządem i likwidacją masy upadłości rozumie się w szczególności podatki i inne daniny publiczne związane z likwidacją masy upadłości, rodzi pytanie, czy podatek od nieruchomości za okres po ogłoszeniu upadłości stanowi koszt postępowania upadłościowego. W doktrynie wyrażono pogląd, że skoro nie jest to podatek związany z likwidacją masy upadłości (analogicznie podatek od środków transportu), to należy go zakwalifikować do określonych w art. 230 ust. 2 p.u. „innych zobowiązań masy upadłości"[46]. Pogląd ten wymaga szerszego uzasadnienia, gdyż użyty przez ustawodawcę zwrot „w szczególności (...) podatki i inne daniny publiczne związane z likwidacją masy upadłości" może pozornie sugerować, że materii podatków powstałych po ogłoszeniu upadłości nie uregulowano w sposób zamknięty. Poniżej zostanie wykazane, że podatek od nieruchomości nie wchodzi w zakres szerszego terminu „wydatki bezpośrednio związane z zabezpieczeniem, zarządem i likwidacją masy upadłości", a zatem nie stanowi kosztu postępowania.

Nie budzi wątpliwości, że podatek od nieruchomości **nie jest związany z zabezpieczeniem masy upadłości**. Jego płacenie lub niepłacenie nie wpływa bowiem na stan masy upadłości. **Nie jest również bezpośrednio związany z likwidacją nieruchomości** przez syndyka w celu uzyskania funduszów, z których nastąpi zaspokojenie wierzycieli. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w uchwale Sądu Najwyższego w sprawie III CZP 34/06, w której wskazano, że do kosztów związanych ze sprzedażą nieruchomości przez syndyka nie należą wydatki z tytułu opłaty za użytkowanie wieczyste czy podatku od nieruchomości; za zaliczeniem wydatków z tytułu podatku od nieruchomości do kosztów związanych ze sprzedażą nie przemawia zwłaszcza argument, że poniesienie tych wydatków pozwoliłoby uzyskać wyższą cenę sprzedaży[47]. Sąd Najwyższy doszedł do konkluzji, że związane z prawem użytkowania wieczystego opłaty i podatki są płacone nie dlatego, aby uzyskać wyższą cenę za sprzedaż tego prawa, lecz dlatego, że taki obowiązek wynika ze zobowiązania cywilnoprawnego lub podatkowego, które nie pozostają w związku ze sprzedażą. Reasumując, podatek od nieruchomości nie jest bezpośrednio związany ani z zabezpieczeniem masy upadłości, ani z jej likwidacją.

[43] Janda P., *Konkurencja wierzycieli osobistych w postępowaniu upadłościowym po nowelizacji*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2016, nr 5.

[44] Por. wyr. SN z 5.02.2015 (V CSK 230/14, Legalis).

[45] Por. Adamus R., *Upadłość układowa a zobowiązania podatkowe w podatku od nieruchomości i z tytułu opłat rocznych za użytkowanie wieczyste*, „Finanse Komunalne" nr 7-8/2014, s. 83 i powołana tam literatura.

[46] Hrycaj A., *op. cit.*, s. 971.

[47] Zob. uchwała SN z 7.06.2006 r. (III CZP 34/06, Legalis).

***Prima facie* mogłoby się zdawać, że tego rodzaju danina ma (bezpośredni) związek z zarządem masą upadłości. Jednak, aby wydatek był wydatkiem bezpośrednio związanym z zarządem masą upadłości, musi stanowić koszt podjęcia przez syndyka jakichś decyzji lub czynności odnośnie do majątku upadłego, który służy zaspokojeniu wierzycieli**. **Zapłata podatku od nieruchomości jest zaś świadczeniem, które nie powstało jako koszt działania zarządzającego masą majątkową (wynika z faktu, że dana rzecz posiada przymiot nieruchomości o cechach wskazanych w ustawie o podatkach i opłatach lokalnych[48]), *ergo* jego powstanie nie jest bezpośrednio z tym zarządem związane i w związku z tym nie należy do kosztów postępowania upadłościowego**. Należy przy tym wspomnieć, że skoro zarząd oznacza podejmowanie wszelkich czynności w odniesieniu do zarządzanego mienia, to obejmuje również uiszczanie podatków i to nie tylko tych, które powstają wskutek dokonywania czynności zarządczych. Innymi słowy, podejmowanie czynności polegających na zapłacie podatku od nieruchomości jest zadaniem z zakresu zarządu majątkiem, ale sam podatek nie jest wydatkiem związanym z zarządem w rozumieniu art. 230 ust. 1 p.u., gdyż nie powstaje na skutek wykonywania zarządu.

Niezależnie od powyższych uwag, wymaga podkreślenia, że termin „zarząd" nie może być interpretowany w oderwaniu od czynności zabezpieczenia oraz likwidacji, gdyż zakresy nazw w nich użytych pozostają między sobą w stosunkach podrzędności-nadrzędności. Skoro „zarząd" oznacza podejmowanie wszystkich decyzji i dokonywanie wszelkiego rodzaju czynności w odniesieniu do masy upadłości, to w zakres zarządu wejdzie również zakres nazwy „likwidacja" (czynność przekraczająca tzw. zwykły zarząd), jak też „zabezpieczenie". Należy więc dojść do konkluzji, że zarząd na gruncie art. 230 ust. 1 p.u. ma znaczenie autonomiczne, tj. musi być odnoszony wyłącznie do celu postępowania upadłościowego w kontekście ustawowych obowiązków syndyka, a nie do każdej czynności składającej się na zakres prawidłowej gospodarki mieniem. Reasumując, o tym, że podatek od nieruchomości nie jest kosztem postępowania, przesądza przede wszystkim źródło jego powstania i w związku z tym nie można go zaliczyć do grupy „podatków i innych danin publicznych związanych z likwidacją masy upadłości". Dodatkowo – z uwagi na otwarty katalog wydatków związanych z czynnościami syndyka opisanymi w ust. 1 – o niekwalifikowaniu rzeczonego podatku do kosztów postępowania przesądza funkcja tej instytucji prawnej. Jak już wspomniano, koszty postępowania należy interpretować wąsko – są to swoiste wydatki administracyjne prowadzenia postępowania upadłościowego. Gdyby zaś ustawodawca chciał temu przepisowi nadać szerszy zakres, wówczas poprzestałby na sformułowaniu „zarząd masą", bez wyodrębniania – podstawowych dla postępowania – czynności „zabezpieczenia i likwidacji masy upadłości", które przecież mieszczą się w treści normatywnej szerszego pojęcia „zarząd masą".

Do kosztów postępowania nie można zaliczyć także **podatku VAT powstałego wskutek czynności przejęcia przez wierzyciela przedmiotu zastawu na własność w trybie art. 328 p.u.** Zgodnie z dominującym stanowiskiem urzędów skarbowych w takim wypadku na syndyku ciąży obowiązek wystawienia faktury VAT i uiszczenia podatku[49]. Tego rodzaju zaspokojenie wierzyciela: po pierwsze, nie stanowi czynności likwidacyjnej przedmiotu zabezpieczenia dokonywanej przez syndyka; po drugie, odbywa się poza zwykłym trybem zaspokajania wierzycieli, w tym nawet wykracza poza ramy wyznaczone art. 345 ust. 1 p.u. (zastawnik, mimo iż posiada cechę wierzyciela rzeczowego, nie partycypuje w pokrywaniu kosztów likwidacji przedmiotu zabezpieczenia i innych kosztów postępowania upadłościowego, brak bowiem „sumy uzyskanej z likwidacji obciążonego przedmiotu", w odniesieniu do której można by dokonywać stosownych potrąceń); po trzecie, stanowi czynność całkowicie niezależną od działań syndyka i wynika z uprawnienia wierzyciela nadanego mu przez upadłego na mocy stosunku prawnego wykreowanego przed dniem ogłoszenia upadłości. Z tych względów należy uznać, że obowiązek zapłaty podatku VAT – o ile powstanie – stanowi inne zobowiązanie masy upadłości (art. 230 ust. 2 p.u.), gdyż nie może być kwalifikowany jako „podatek związany z likwidacją masy upadłości".

Jeżeli obowiązek zapłaty podatku lub innej daniny publicznej wynika z czynności, która zalicza się do katalogu zdarzeń będących źródłem zobowiązań z art. 230 ust. 2 p.u., wówczas taki podatek (danina) także stanowi inne zobowiązania masy upadłości. Dotyczy to w szczególności zobowiązań publicznoprawnych, które powstają w związku z wykonywaniem przez syndyka obowiązków pracodawcy w zakresie kontynuowanych umów o pracę, a także realizacją zobowiązań z zawartych przez upadłego przed ogłoszeniem upadłości umów cywilnoprawnych, których wykonania zażądał syndyk (np. podatek należny w związku z wykonaniem przez syndyka umowy wzajemnej w trybie art. 98 p.u.).

[48] Ustawa z 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz. U. 1991 nr 9, poz. 31 ze zm.).

[49] Por. np. indywidualna interpretacja podatkowa dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z 26.01.2012 r. (IBPP1/443-1598/11/BM).

KOLEJNOŚĆ I SPOSÓB ZASPOKOJENIA ZOBOWIĄZAŃ MASY UPADŁOŚCI ORAZ SKUTKI ICH NIEUREGULOWANIA

Kolejność zaspokajania wierzycieli masy oraz wierzycieli upadłościowych jest następująca:

1. koszty postępowania upadłościowego oraz zobowiązania alimentacyjne przypadające za czas po ogłoszeniu upadłości do wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę;
2. inne zobowiązania masy upadłości;
3. pozostałe wierzytelności według kategorii określonych w art. 342 ust. 1 p.u.

Inne zobowiązania masy upadłości są zaspokajane z funduszów masy po uregulowaniu kosztów postępowania i tylko wówczas, gdy pozwalają na to środki pieniężne w masie (art. 343 ust. 1 p.u.). Zwrot „jeżeli fundusze masy upadłości na to pozwalają" należy interpretować w świetle art. 343 ust. 1a p.u., co prowadzi do wniosku, że inne zobowiązania masy upadłości są z niej zaspokajane na bieżąco tylko wówczas, gdy fundusze masy zgromadzone wskutek wpływu do masy stosownych sum pozwalają na zaspokojenie całości tych zobowiązań[50]. Jeżeli zaś fundusze masy upadłości nie pozwalają na całkowite pokrycie tych zobowiązań, syndyk ma obowiązek dokonać ich rozdzielenia w drodze planu podziału. Z uwagi na uprzywilejowanie zobowiązań masy względem pozostałych długów upadłego zaspokajanych według kategorii od jeden do cztery, a w ich obrębie ustalenie absolutnego prymatu kosztów postępowania, w doktrynie umownie te ostatnie nazwano „kategorią zero a", zaś inne zobowiązania masy mianem „kategorii zero b"[51].

Zakwalifikowanie danej wierzytelności albo do kosztów, albo do innych zobowiązań masy nie podlega odrębnej kontroli sądowej – ani w toku postępowania upadłościowego, ani poza nim. Nawet bowiem jeśli wierzyciel uzyska tytuł egzekucyjny (np. nakaz zapłaty czy decyzję podatkową), to egzekucji świadczenia wszcząć nie można (art. 146 ust. 3 p.u.). Pojawia się więc pytanie, w jaki sposób wierzyciel, jak też syndyk dla własnego bezpieczeństwa, może pozyskać potwierdzenie prawidłowości działania co do odmowy zapłaty z powołaniem się na twierdzenie, że jest to inne zobowiązanie masy, a nie koszt postępowania. Z punktu widzenia wierzyciela sytuacja wydaje się dość prosta. Jeśli bowiem syndyk odmawia zapłaty, wówczas taki wierzyciel może w trybie art. 152 p.u. złożyć wniosek do sędziego-komisarza o zobowiązanie syndyka do uregulowania zobowiązania, a nawet – w skrajnym wypadku – złożyć wniosek o umorzenie postępowania upadłościowego. Oczywiście orzeczenie wydane w trybie art. 152 p.u. nie nabierze waloru tytułu egzekucyjnego, niemniej będzie wskazówką dla syndyka co do sposobu dalszego procedowania, a ewentualna odmowa zapłaty, po pierwsze, będzie wiązała się z odpowiedzialnością odszkodowawczą i dyscyplinarną osoby pełniącej funkcję, a po drugie, po spełnieniu dodatkowych przesłanek z art. 361 p.u. może nawet być podstawą umorzenia postępowania upadłościowego. Uzyskanie sądowego potwierdzenia prawidłowości kwalifikacji danego zobowiązania do kategorii kosztów leży nie tylko w interesie wierzycieli czy upadłego (pamiętajmy, że po umorzeniu postępowania koszty i inne zobowiązania obciążają upadłego), ale także samego syndyka. Dotyczy to w szczególności zobowiązań podatkowych, których uporczywe nieuregulowanie w terminie stanowi czyn zabroniony (art. 57 k.k.s.). Pojawia się więc pytanie o skutki świadomej odmowy przez syndyka zapłaty podatku z uwagi na zakwalifikowanie tego wydatku do innych zobowiązań masy (art. 230 ust. 2 p.u.). W takiej sytuacji syndyk – kierując się nie tylko dobrze pojętym interesem własnym, ale przede wszystkim interesem masy upadłości z uwagi na ewentualne ryzyko umorzenia postępowania – winien potencjalny spór co do charakteru należności zasygnalizować jurysdykcyjnym organom postępowania upadłościowego. Sędzia-komisarz kieruje tokiem postępowania, a w razie ryzyka umorzenia postępowania wydaje postanowienie o zobowiązaniu wierzycieli do uiszczenia zaliczek na koszty postępowania. Z tych też względów, jeśli syndyk nie kwalifikuje określonych zobowiązań do grupy kosztów postępowania, winien na te okoliczności zwrócić uwagę sędziego-komisarza, który – w razie odmiennego poglądu – zobowiąże syndyka w trybie art. 152 p.u. do działań zgodnych z prawem, a o ile zajdzie taka potrzeba, wezwie wierzycieli do złożenia zaliczek na pokrycie kosztów postępowania. Syndyk powinien więc już w preliminarzu wydatków (element planu likwidacyjnego) zaznaczyć, jakie podatki kwalifikuje do grupy kosztów postępowania, a jakie do innych zobowiązań masy upadłości. Okoliczność ta powinna także znaleźć odzwierciedlenie w sprawozdaniach – i z czynności i rachunkowych. Wprawdzie, jeżeli syndyk danego zobowiązania nie reguluje na bieżąco, wydatek okresów przyszłych nie znajdzie się w bieżącym sprawozdaniu rachunkowym (brak rozchodu), niemniej i ta okoliczność będzie podlegała ocenie sędziego-komisarza, o ile znajdzie wyjaśnienie w sprawozdaniu z czynności. Wprawdzie zatwierdzeniu podlega tylko sprawozdanie rachunkowe (art. 168 ust. 5 p.u.), niemniej sędzia-komisarz rozpoznaje, a zatem kontroluje także sprawozdanie syndyka z czynności (art. 168 ust. 3 p.u.).

[50] Hrycaj A., *op. cit.*, s. 973.
[51] Zimmerman P., „Komentarz 2016", komentarz do art. 230 p.u. (nb. 2).

Z uwagi na zarysowany problem, wydaje się, że szczególnej uwagi sądu na etapie postępowania o ogłoszenie upadłości wymaga ocena sprawozdania tymczasowego nadzorcy sądowego. Zgodnie z art. 38 ust. 3 p.u. sąd może zobowiązać tymczasowego nadzorcę sądowego do złożenia w wyznaczonym terminie sprawozdania obejmującego w szczególności informacje na temat stanu finansowego dłużnika, rodzaju i wartości jego majątku oraz przewidywanych kosztów postępowania upadłościowego. Godna polecenia jest praktyka zobowiązywania tymczasowego nadzorcy sądowego do odrębnego wymienienia w sprawozdaniu kosztów postępowania oraz innych zobowiązań masy upadłości oraz zawarcia symulacji w zakresie przewidywanego czasu ich zaspokajania wraz z uzasadnieniem. Rzetelne przygotowanie przez doradcę restrukturyzacyjnego sprawozdania pozwala na ustalenie stanu faktycznego w sposób zgodny z wymogami procedury cywilnej, a w konsekwencji na prawidłową ocenę przesłanki negatywnej ogłoszenia upadłości (art. 13 p.u.). Wydanie orzeczenia na podstawie art. 13 ust. 1 p.u. wymaga bowiem zawsze ustalenia przez sąd prognozowanej wartości likwidacyjnej majątku dłużnika oraz prognozowanej wysokości kosztów postępowania upadłościowego[52]. W takiej sytuacji można założyć, że jeżeli w sprawozdaniu tymczasowego nadzorcy sądowego zostanie wskazane, że określone wydatki są przez tymczasowego nadzorcę sądowego kwalifikowane jako inne zobowiązanie masy, co pozwala na postawienie tezy, że majątek dłużnika wystarczy na pokrycie kosztów postępowania upadłościowego, to sąd upadłościowy, podejmując decyzję w przedmiocie wniosku o ogłoszenie upadłości, musi dokonać analizy słuszności tej kwalifikacji. Jeżeli sąd upadłościowy nie podzieli stanowiska tymczasowego nadzorcy sądowego, to musi rozważyć, czy po zakwalifikowaniu spornego wydatku jako kosztu postępowania majątek dłużnika w dalszym ciągu wystarczy na pokrycie kosztów. Należy bowiem pamiętać, że zmiana kwalifikacji określonych wydatków ma istotne znaczenie w kontekście określonych w art. 13 p.u. przesłanek oddalenia wniosku o ogłoszenie upadłości z powodu „ubóstwa" masy upadłości. Rozważania sądu dotyczące kwalifikacji określonego wydatku jako kosztu postępowania albo jako innego zobowiązania masy powinny się znaleźć w uzasadnieniu postanowienia rozstrzygającego wniosek o ogłoszenie upadłości. W przypadku oddalenia wniosku na podstawie art. 13 p.u. okoliczności te mogą być kwestionowane w drodze zażalenia. W przypadku ogłoszenia upadłości stanowisko sądu jest wskazówką dla syndyka co do określonego sposobu kwalifikowania, a co za tym idzie – zaspokajania poszczególnych wydatków. Syndyk, który zaspokaja określone wydatki w sposób zgodny z zaakceptowanym przez sąd, nie może z tego tytułu być pociągnięty do odpowiedzialności.

Syndyk, który swoje stanowisko dotyczące kwalifikowania określonego wydatku jako koszt postępowania albo jako inne zobowiązanie masy komunikuje w sposób jasny i bezpośredni sądowym organom postępowania i nie otrzymuje zwrotnej informacji o nieprawidłowości przyjętej kwalifikacji, nie może ponosić z tego tytułu negatywnych konsekwencji. W szczególności, nie można mu postawić zarzutu z art. 57 § 1 k.k.s. Zgodnie z tym artykułem podatnik, który uporczywie nie wpłaca w terminie podatku, podlega karze grzywny za wykroczenie skarbowe. W postanowieniu z 28 listopada 2013 r. Sąd Najwyższy[53] wyraził pogląd, że na zaistnienie znamienia uporczywego niewpłacania podatku w terminie, będącego warunkiem odpowiedzialności za wykroczenie skarbowe z art. 57 § 1 k.k.s., może wskazywać zarówno cykliczność zachowań podatnika, polegająca na umyślnym niestosowaniu się do wymogu terminowego płacenia podatku, jak i jednorazowe, ale długotrwałe zaniechanie przez niego uregulowania podatku płaconego jednorazowo, mające miejsce już po terminie płatności tego podatku, a więc gdy ma on uregulować go już jako zaległość podatkową, jeżeli zachowanie to wskazuje, że zamiarem podatnika w momencie upływu terminu płatności podatku było uporczywe jego niewpłacanie, a więc odsunięcie uregulowania tego podatku na dłuższy okres. Z tego stanowiska wynika, że dla spełnienia znamion czynu zabronionego określonego w art. 57 § 1 k.k.s. konieczne jest ustalenie umyślnego działania, którego celem jest niepłacenie albo nieterminowe płacenie podatku w sposób sprzeczny z prawem. Syndykowi, który działa pod nadzorem sędziego-komisarza i transparentnie przedstawia swoje stanowisko co do zakwalifikowania określonych podatków (np. podatku od nieruchomości) jako innego zobowiązania masy, wskutek czego podatek ten nie będzie zaspokajany tak jak koszt postępowania (tzn. w pierwszej kolejności), nie można postawić zarzutu z art. 57 § 1 k.k.s.

Kolejnym zagadnieniem, które może budzić wątpliwości, jest kwestia narastających zobowiązań masy upadłości, których syndyk – z uwagi na brak dostatecznego majątku – nie jest w stanie regulować, jednak w pełni pokrywa koszty postępowania. Powstaje więc pytanie, czy brak środków na pokrycie innych zobowiązań masy upadłości, a tym bardziej wierzycieli upadłościowych zaspokajanych proporcjonalnie w ramach poszczególnych kategorii, pozwala na zakończenie postępowania, czy wymaga jego umorzenia. Sytuacja taka będzie miała miejsce zwłasz-

[52] Filipiak P., *op. cit.*, s. 709.

[53] I KZP 11/13, OSNKW 2014/1/3.

cza w tych postępowaniach, w których majątek upadłego w przeważającej części jest obciążony prawami rzeczowymi. W takim wypadku syndyk wprawdzie potrąci z sumy uzyskanej z likwidacji przedmiotu zabezpieczenia do 10% na koszty postępowania, jednak w dalszym ciągu nie będzie posiadał w masie środków wystarczających na zaspokojenie innych zobowiązań masy upadłości (np. pracowników niezatrudnionych na likwidowanej nieruchomości). Zgodnie bowiem z art. 345 ust. 1 p.u. z sumy uzyskanej z likwidacji przedmiotu zabezpieczenia można pokryć wyłącznie koszty likwidacji tego przedmiotu oraz **inne koszty postępowania upadłościowego**. Wydaje się, że brzmienie przepisu jest na tyle kategoryczne, że nie sposób rozszerzyć jego treści normatywnej na inne zobowiązania masy przy użyciu funkcjonalnych dyrektyw wykładni, zważywszy że w innych przepisach p.u., gdy ustawodawca ma na myśli zobowiązania masy upadłości *sensu largo*, posługuje się pojęciem „koszty postępowania i zobowiązania, o których mowa w art. 230" albo „zobowiązania, o których mowa w art. 230" (tak w: art. 168 ust. 4, art. 330a ust. 4, art. 331 ust. 2 p.u.). To z kolei rodzi pytanie, czy po całkowitym zlikwidowaniu masy upadłości i zaspokojeniu wierzyciela rzeczowego w drodze oddzielnego planu podziału należy postępowanie zakończyć – innymi słowy, czy dopuszczalny jest ostateczny plan podziału, po wykonaniu którego wierzyciele nie uzyskają żadnych kwot. Na tak postawione pytane należy udzielić odpowiedzi twierdzącej z dwóch przyczyn. Po pierwsze, masę upadłości zlikwidowano w całości, a cel postępowania w pewnym zakresie został osiągnięty, gdyż część wierzycieli zaspokojono zgodnie z przepisami p.u. (w zakresie prawa odrębności). Po drugie, gdyby uznać, że postępowania nie można ukończyć, to alternatywą musiałoby być jego umorzenie. Tymczasem, jak wynika z treści art. 361 ust. 1 pkt 1 p.u., nieregulowanie innych niż koszty postępowania zobowiązań masy upadłości, niezależnie od skali zjawiska, nie stanowi podstawy umorzenia postępowania upadłościowego. Co więcej, w takim stanie faktycznym nie będzie nawet podstaw do zobowiązania wierzycieli do złożenia zaliczek, gdyż te można przeznaczyć wyłącznie na pokrycie kosztów postępowania (art. 232 p.u.), a nie na zaspokojenie innych zobowiązań masy upadłości. Wydaje się więc, że *de lege ferenda* pożądane byłoby rozszerzenie katalogu dopuszczalnych potrąceń z art. 345 ust. 1 p.u. także na „inne zobowiązania masy upadłości", a przynajmniej na podatki i należności pracownicze powstałe po dniu ogłoszenia upadłości. Takie rozszerzenie znajduje uzasadnienie aksjologiczne, co potwierdza brzmienie art. 346 p.u. W przepisie tym ustawodawca uprzywilejował kosztem wierzycieli rzeczowych powstałe po ogłoszeniu upadłości należności alimentacyjne, należności ze stosunku pracy osób wykonujących pracę na likwidowanym przedmiocie zabezpieczenia oraz renty za wywołanie choroby, niezdolności do pracy, kalectwa lub śmierci i renty z tytułu zamiany uprawnień objętych treścią prawa dożywocia na dożywotnią rentę[54]. Ciekawa jest ostatnia z wymienionych pozycji (renty). Ustawodawca tej kategorii wierzytelności daje pierwszeństwo przed zaspokojeniem wierzyciela rzeczowego oraz przyznaje zaspokojenie w szerszym zakresie niż dopuszczalne pokrywanie kosztów postępowania (nie obowiązuje limit 10%), mimo iż należność ta jest wymieniona w art. 230 ust. 2 p.u., a więc należy do „kategorii zero b". Wydaje się więc, że nie będzie stanowiło zbyt daleko idącego ograniczenia praw wierzycieli rzeczowych rozszerzenie wydatków zaliczanych do wskazanej w art. 345 ust. 1 p.u. puli 10% także o inne zobowiązania masy upadłości, skoro jedno z nich już zostało uprzywilejowane.

ODSETKI OD ZOBOWIĄZAŃ MASY UPADŁOŚCI

Podstawowym skutkiem nieregulowania zobowiązań pieniężnych w terminie, także tych publicznoprawnych, jest prawo wierzyciela do żądania zapłaty odsetek. Na gruncie poprzedniego stanu prawnego przyjmowano, że odsetki od należności ujętych w kategorii pierwszej, a zatem i zobowiązań powstałych po dniu ogłoszenia upadłości, podlegały zaspokojeniu dopiero w kategorii piątej[55]. Problem jednak w tym, że w obecnym stanie prawnym zobowiązania masy upadłości, a więc i koszty postępowania, nie podlegają kategoryzacji. Wydaje się więc, że zachodzi brak podstaw jurydycznych do przyjęcia koncepcji, że syndyk, zaspokajając z opóźnieniem koszty postępowania, nie jest obowiązany do uregulowania długu odsetkowego. Skoro bowiem ustawodawca uznał, że koszty postępowania, analogicznie jak należności alimentacyjne, muszą być regulowane na bieżąco i jednocześnie nie zawarł normy regulującej byt prawny odsetek, to dzielą one los roszczenia głównego, a więc muszą być płacone na bieżąco.

Nie tak oczywista jest już kwestia innych zobowiązań masy upadłości z art. 230 ust. 2 p.u. Wprawdzie one także nie są kwalifikowane do kategorii pierwszej, niemniej

[54] Artykuł 346 p.u. brzmi: „W razie sprzedaży nieruchomości, prawa użytkowania wieczystego, spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu lub statku morskiego wpisanego do rejestru okrętowego, przed zaspokojeniem wierzytelności zabezpieczonych hipoteką albo hipoteką morską oraz innych praw, w tym praw i roszczeń osobistych, które ciążyły na przedmiocie sprzedaży i które w wyniku sprzedaży wygasły, zaspokaja się należności alimentacyjne w zakresie wskazanym w art. 343 ust. 2 oraz przypadające za czas po ogłoszeniu upadłości renty za wywołanie choroby, niezdolności do pracy, kalectwa lub śmierci i renty z tytułu zamiany uprawnień objętych treścią prawa dożywocia na dożywotnią rentę, jak też wynagrodzenia za pracę pracowników wykonujących pracę na nieruchomości, statku lub w lokalu za okres ostatnich trzech miesięcy przed sprzedażą, jednakże tylko do wysokości trzykrotnego minimalnego wynagrodzenia za pracę".

[55] Por. np. uchwała SN z 22.06.2007 r., (IIICZP 64/07, Legalis); Zimmerman P., „Komentarz 2012", s. 744.

sposób ich zaspokajania ustawodawca określił w art. 343 ust. 1-1a p.u. Z tego przepisu wynika wprost, że syndyk – o ile brak w masie płynnych funduszów – może zaspokajać zobowiązania nie w terminach płatności wynikających ze stosunku będącego źródłem zobowiązania, ale „w miarę wpływu do masy upadłości stosownych sum". Zgodnie zaś z kodeksem cywilnym odsetki zaczynają biec z chwilą bezskutecznego upływu terminu spełnienia świadczenia głównego[56]. Co za tym idzie, można by przyjąć koncepcję, że art. 343 ust. 1-1a p.u. wyłącza stosowanie przepisów kodeksu cywilnego dotyczących skutków wymagalności świadczenia. Takie podejście pozwalałoby zaś na liczenie odsetek dopiero od chwili, w której – ze względu na wpływ stosownych sum do masy upadłości – syndyk ma nie tylko faktyczną, ale i prawną możliwość zaspokojenia wierzytelności, przyjmując, że dopiero od tego momentu opóźnia się ze spełnieniem świadczenia[57]. Nie rozwiązuje to jednak problemu, jak takie odsetki regulować: czy w miarę wpływu kolejnych sum do masy po zaspokojeniu świadczeń głównych, czy w innej kolejności? Wydaje się, że dla rozwiania wątpliwości w tym zakresie zasadna byłaby ingerencja ustawodawcy poprzez wskazanie, że odsetki od zobowiązań masy upadłości albo nie podlegają zaspokojeniu z masy upadłości, albo – jeśli podlegają (co wydaje się koncepcją słuszną) – to należy wskazać, w jakiej kolejności syndyk ma je zaspakajać. Obecna bowiem konstrukcja art. 342 ust. 1 pkt 1 p.u. nie pozwala na przyjęcie, że mieszczą tam się odsetki od zobowiązań masy upadłości, skoro te ostatnie nie podlegają kategoryzacji. Nie sposób również wywodzić, że płatność odsetek jest wyłączona normą z art. 92 ust. 1 p.u., gdyż przepis ten umieszczony jest w rozdziale „Skutki ogłoszenia upadłości co do zobowiązań upadłego" i, jak wynika z jego treści, odnosi się wyłącznie do „odsetek należnych od upadłego". A zatem wyrażony w art. 92 ust. 1 p.u. zakaz zaspokajania odsetek nie obejmuje wierzytelności powstałych po ogłoszeniu upadłości[58].

PODSUMOWANIE

Przeprowadzone wywody potwierdzają, że ustalenie granicy pomiędzy kosztem postępowania a innym zobowiązaniem masy nie jest tak oczywiste. Czasami konieczne okazuje się sięgnięcie do funkcjonalnych dyrektyw wykładni i rozpatrywanie konkretnego wydatku zawsze przez zakres powinności syndyka ściśle związanych z procedurą likwidacji masy upadłości. Z kolei w kategoriach postulatu *de lege ferenda* należy rozważyć możliwość rozszerzenia dopuszczalnych pomniejszeń sumy uzyskanej z likwidacji przedmiotu zabezpieczenia także o inne zobowiązania masy upadłości (art. 345 ust. 1 p.u.). Wydaje się, że doprecyzowania ze strony ustawodawcy wymagają także zasady zaspokajania odsetek od zobowiązań masy upadłości poprzez ujęcie ich w kategorii trzeciej.

[56] Por. np. Sztombka J., *Odsetki za opóźnienie świadczenia pieniężnego*, „Przegląd Sądowy" 1992, nr 2, s. 38.

[57] Jakubecki A., *op. cit.*, LEX 2011, komentarz do art. 92 p.u.n.

[58] Zob. Danielak W., Sierakowski B., *Odsetki w postępowaniu upadłościowym*, „Monitor Prawa Bankowego", 2014/10, s. 111; por. też. Korzonek J., *op. cit.*, s. 140 i wyrażony tam pogląd, że art. 33 § 1 Rozporządzenia z 1934 r. (odpowiednik art. 92 ust. 1 p.u.) nie stosuje się do odsetek biegnących od długów zaciągniętych przez syndyka masy upadłości.

Monika Gajdzińska-Sudomir [1]

UMOWA O ROBOTY BUDOWLANE I UMOWA KAUCJI GWARANCYJNEJ W POSTĘPOWANIACH UPADŁOŚCIOWYM I RESTRUKTURYZACYJNYM – ZAGADNIENIA WYBRANE

Problematyka umów o roboty budowlane i umów kaucji gwarancyjnych w związku z ogłoszeniem upadłości stron takich umów wymaga omówienia przede wszystkim na gruncie przepisów ustawy z 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze[2]. Zgodnie bowiem z treścią przepisu art. 449 ustawy z 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne[3] w sprawach, w których przed dniem wejścia w życie ustawy wpłynął wniosek o ogłoszenie upadłości, stosuje się przepisy dotychczasowe. Oznacza to obowiązywanie rozwiązań ustanowionych w PUiN we wszystkich postępowaniach upadłościowych, w których wniosek o ogłoszenie upadłości wpłynął przed 1 stycznia 2016 r. Ustawą Pr. Rest. zostały jednakże wprowadzone zmiany w przepisach istotnych z punktu widzenia tego artykułu, a regulujących postępowanie upadłościowe. W następnej kolejności konieczne było zatem omówienie owej nowelizacji i jej wpływu na takie instytucje, jak odstąpienie przez syndyka od umowy o roboty budowlane czy umowy kaucji gwarancyjnej. W ostatniej części artykułu zostały natomiast przeanalizowane stosowne regulacje Pr. Rest., dotyczące obowiązywania i rozwiązywania omawianych umów w postępowaniach restrukturyzacyjnych.

ZOBOWIĄZANIA STRON UMOWY O ROBOTY BUDOWLANE W POSTĘPOWANIU UPADŁOŚCIOWYM

Zgodnie z treścią przepisu art. 647 kodeksu cywilnego[4] „przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia". Umowa o roboty budowlane jest umową wzajemną. Należy krótko przypomnieć, iż umowy wzajemne są szczególnym rodzajem umów odpłatnych. Ich cechą charakterystyczną jest to, że według treści umowy każda ze stron jest zobowiązana do świadczenia wobec drugiej, uznawanego za odpowiednik (równoważnik, ekwiwalent) tego, co sama otrzymuje. Charakteryzuje je zatem swoista, gdyż uzależniona od oceny stron równowaga czy też ekwiwalentność ich świadczeń (ekwiwalentność w znaczeniu subiektywnym). Celem umowy wzajemnej jest doprowadzenie do obopólnej wymiany świadczeń między kontrahentami. Świadczenia te są ze sobą powiązane w taki sposób, że nieważność jednego ze zobowiązań, niewykonanie lub nienależyte wykonane świadczenia jednego z kontrahentów ma wpływ na nieważność drugiego zobowiązania lub obowiązek wykonania świadczenia wzajemnego przez drugiego kontrahenta. Jeśli te cechy umowy wzajemnej odnieść do umów nazwanych, to powszechnie wskazuje się, że należą tu takie umowy jak: sprzedaż, dostawa, najem, dzierżawa, umowa o dzieło, a także umowa o roboty budowlane i inne. Nie ma zatem wątpliwości co do zaliczenia umowy o roboty budowlane do kategorii umów wzajemnych[5].

Jedną z kwestii najczęściej spotykanych w doktrynie i orzecznictwie na gruncie kodeksowej problematyki odstąpienia od umowy o roboty budowlane wydaje się być ustalenie charakteru świadczenia wykonawcy (podzielne czy niepodzielne) oraz skutku odstąpienia. W szczególności spór ogniskuje się wokół pytania, czy odstąpienie od umowy o roboty budowlane wywiera skutek *ex nunc* czy *ex tunc*. W tych kwestiach trudno doszukać się jednolitego stanowiska.

[1] Sędzia Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy.
[2] T.j. Dz. U. 2015 r. poz. 233, dalej PUiN lub ustawa.
[3] Dz. U. 2015 r. poz. 978, dalej Pr. Rest.
[4] T.j. Dz. U. 2016 r. poz. 380, dalej k.c.
[5] Wyrok Sądu Najwyższego z 17 grudnia 2008 r., sygn. I CSK 258/08, LEX 484670; wyrok Sądu Najwyższego z 9 października 2002 r., sygn. IV CKN 1386/00, LEX 269747.

W wyroku z 5 listopada 2008 r. Sąd Najwyższy[6] wyraził pogląd, iż odstąpienie od umowy może działać ze skutkiem *ex nunc* wtedy, gdy świadczenie wykonawcy robót budowlanych ma charakter podzielny w rozumieniu art. 379 § 2 k.c., co należy ocenić przez pryzmat regulacji zawartej w art. 647 k.c. oraz treści samej umowy. Istotne jest także zachowanie się strony składającej oświadczenie o odstąpieniu od umowy, a mianowicie: czy wola strony dotyczyła wszystkich robót, czy tylko tej części robót, które nie zostały wykonane. Podobnie prymat regulacjom umownym dał Sąd Najwyższy w wyroku z 4 czerwca 2009 r.[7], wskazując, iż o tym, czy świadczenie niepieniężne przewidziane w umowie o roboty budowlane jest podzielne, czy niepodzielne, w rozumieniu art. 491 § 2 w związku z art. 379 § 2 k.c., decydują przede wszystkim postanowienia umowy interpretowane zgodnie z art. 65 § 2 k.c. W ramach swobody umów strony mogą określić skutki odstąpienia odmiennie, niż wynika to z art. 395 k.c.[8]. W późniejszych orzeczeniach sądów powszechnych i Sądu Najwyższego znajdujemy z kolei rozróżnienie pomiędzy charakterem świadczenia wykonawcy z umowy o roboty budowlane a samym przedmiotem tego świadczenia. Ustalenie niepodzielności przedmiotu świadczenia nie może być – wedle wskazanych judykatów – uznawane za równoznaczne z niepodzielnością świadczenia[9]. Wreszcie, w orzeczeniach Sądu Najwyższego znajdujemy również tezy, w których wprost wskazano na podzielność świadczenia wykonawcy z umowy o roboty budowlane[10].

Odnośnie do określenia, że świadczenie wykonawcy z umowy o roboty budowlane ma charakter niepodzielny, powołać należy z kolei wyroki Sądu Najwyższego: z 14 marca 2002 r.[11], z 16 maja 2013 r.[12] oraz z 4 września 2002 r.[13]. Przy przyjęciu takiej koncepcji odstąpienie od umowy o roboty budowlane niweczy stosunek zobowiązaniowy ze skutkiem wstecznym, stwarzając taki stan prawny, jakby umowa nie została w ogóle zawarta (skutek *ex tunc*)[14]. Na taki skutek wskazano w wyroku Sądu Najwyższego z 14 listopada 2008 r. Jednocześnie Sąd Najwyższy wskazał, iż wygaśnięcie umowy ze skutkiem *ex tunc* powoduje, że w konsekwencji żadna ze stron po odstąpieniu nie może dochodzić roszczeń przewidzianych w umowie. Strony mogą dochodzić wzajemnie jedynie roszczeń określonych w art. 494 k.c.[15].

Krótki przegląd tej problematyki miał na celu naświetlenie sporów, jakie pojawiają się również na gruncie postępowań upadłościowych na skutek wykonania przez syndyka uprawnienia do odstąpienia od umowy o roboty budowlane. Kwestia skutków odstąpienia przez syndyka od umowy jest często spotykanym aspektem postępowań wywołanych sprzeciwem do odmowy uznania wierzytelności. Zasadnicze znaczenie na gruncie odstąpienia od umowy o roboty budowlane przez syndyka ma jednakże fakt, iż instytucja ta ma odmienny charakter od odstąpienia kodeksowego, co w dużej mierze dezaktualizuje w postępowaniu upadłościowym opisane dylematy. Zgodnie z treścią przepisu art. 98 ust. 1 PUiN, jeżeli w dniu ogłoszenia upadłości zobowiązania z umowy wzajemnej nie zostały wykonane w całości lub w części, syndyk może wykonać zobowiązanie upadłego i zażądać od drugiej strony spełnienia świadczenia wzajemnego lub od umowy odstąpić.

PUiN inaczej niż k.c. reguluje już same przesłanki odstąpienia od umowy. Za uznaniem, iż odstąpienie przez syndyka od umowy o roboty budowlane jest instytucją odrębną od odstąpienia kodeksowego, przemawia ponadto regulacja przepisu art. 99 PUiN, zgodnie z którym jeżeli syndyk odstępuje od umowy, druga strona nie ma prawa do zwrotu spełnionego świadczenia, choćby świadczenie to znajdowało się w masie upadłości. Strona może dochodzić w postępowaniu upadłościowym należności z tytułu wykonania zobowiązania i poniesionych strat, zgłaszając te wierzytelności sędziemu-komisarzowi. Fakt przyznania kontrahentowi upadłego roszczenia o dochodzenie należności z tytułu wykonania zobowiązania stawia pytanie o możliwość stosowania tutaj art. 494 k.c. Kwestią sporną pozostaje, czy syndyk może domagać się zwrotu świadczenia upadłego spełnionego przed ogłoszeniem upadłości. W odniesieniu do umowy o roboty budowlane pytanie to ma szczególne znaczenie w sytuacji odstąpienia od umowy przez syndyka po ogłoszeniu upadłości inwestora. Jak wskazano, na gruncie art. 99 PUiN nie ma wątpliwości, że kontrahent upadłego (wykonawca) w tym przypadku nie może zażądać zwrotu wzniesionych obiektów budowlanych lub ich równowartości. Pozostają mu jedynie opisane roszczenia o należność z tytułu wykonania zobowiązania i o poniesione straty. Natomiast co do możliwości żądania zwrotu świadczenia upadłego, w szczególności zapłaty dokonanej za wniesione urządzenia, kwestia pozostaje sporna. Przyjęcie, iż syndykowi przysługuje prawo żądania zwrotu uiszczonej zapłaty

[6] Sygn. I CSK 198/08, LEX 483312.
[7] Sygn. III CSK 337/08, LEX 512064.
[8] Wyrok Sądu Najwyższego z 29 kwietnia 2003 r., sygn. V CKN 310/01, LEX 457973; wyrok Sądu Najwyższego z 23 stycznia 2008 r., sygn. V CSK 379/07OSNC-ZD 2008/4/108.
[9] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 14 marca 2014 r., sygn. VACa 791/13 LEX 1448540; wyrok Sądu Najwyższego z 9 lipca 2009 r., sygn. III CSK 341/08, LEX 584753.
[10] Wyrok Sądu Najwyższego z 20 kwietnia 2006 r., sygn. III CSK 11/06, LEX 989123; wyrok Sądu Najwyższego z 14 listopada 2008 r., sygn. V CSK 182/08, LEX 619662.
[11] Sygn. IV CKN 821/00, LEX 54375.
[12] Sygn. V CSK 260/12, LEX 1381038.
[13] Sygn. I CK 1/02 , LEX 75261.
[14] Wyrok Sądu Najwyższego z 28 marca 2008 r., sygn. II CSK 477/07, LEX 385595.
[15] Sygn. V CSK 182/08, LEX nr 619662.

oznaczałoby, ze strona wypłacalna zwraca wszystko, co otrzymała od upadłego, otrzymując w zamian w praktyce zwykle kilka – kilkanaście procent wartości swojej wierzytelności w ramach wykonania planu podziału. Wydaje się, że w doktrynie przeważa pogląd, iż art. 99 PUiN wprowadza wyjątek od ogólnej zasady zawartej w art. 494 k.c. tylko w zakresie dotyczącym świadczenia kontrahenta upadłego, pozbawiając go prawa do zwrotu świadczenia. W pozostałym zakresie art. 494 k.c. pozostaje w mocy, zatem kontrahent upadłego w wyniku odstąpienia od umowy musi zwrócić otrzymane świadczenie. Syndyk jest zatem zobowiązany do żądania zwrotu zapłaconej przez upadłego sumy pieniężnej[16]. Argumentacja powołanych autorów opiera się m.in. na konieczności analogicznej wykładni jednolitych terminologicznie przepisów art. 494 k.c. i art. 99 PUiN w zakresie rozumienia pojęcia odstąpienia od umowy. Ponadto podkreśla się, iż nie ma powodów dla uszczuplania masy upadłości poprzez pozbawienie syndyka możliwości odzyskania świadczenia dokonanego przez upadłego przed ogłoszeniem upadłości[17]. Z kolei autorzy prezentujący odmienne stanowisko, tj. iż brak jest podstaw do żądania przez syndyka od drugiej strony umowy zwrotu świadczenia upadłego, uzasadniają to m.in. względami słuszności[18]. Podnosi się również, iż syndykowi nie można przyznać prawa domagania się zwrotu tego, co już świadczył upadły, bo nie zachodzi rozwiązanie umowy, lecz odstąpienie od niej, a w tym wypadku nie uważa się umowy za niedoszłą do skutku, lecz tylko zwalnia się stronę od obowiązku dopełnienia[19].

Ustosunkowując się do opisanego sporu doktrynalnego, nie sposób nie zauważyć, iż przyznanie syndykowi prawa żądania zwrotu świadczenia upadłego po odstąpieniu przez syndyka od umowy wzajemnej prowadziłoby do rażącego zachwiania równowagi stron umowy. Upadły, przy przyjęciu takiej wykładni, byłby podmiotem ewidentnie uprzywilejowanym, w sposób nieznajdujący uzasadnienia w celach postępowania upadłościowego. W masie upadłości pozostałoby bowiem świadczenie drugiej strony umowy, która mogłaby domagać się jedynie należności z tytułu wykonania zobowiązania i poniesionych strat w ramach zgłoszenia wierzytelności. Dodatkowo skierowane byłoby do niej roszczenie zwrotne z tytułu spełnionego przed ogłoszeniem upadłości świadczenia upadłego. Przyjąć zatem należy, iż przepis art. 99 PUiN reguluje w całości obowiązki obu stron umowy o roboty budowlane, powstałe w wyniku wykonania prawa odstąpienia przez syndyka. Wyczerpująco koncepcję tę przedstawił Fryderyk Zoll[20]. Powołany autor słusznie postuluje taką wykładnię przepisu art. 99 PUiN, zgodnie z którą fakt przyznania kontrahentowi upadłego roszczenia o dochodzenie należności z tytułu wykonania zobowiązania oznacza, że ustawodawca w ogóle nie przewidział stosowania w tym przypadku art. 494 k.c. W masie upadłości pozostaje spełnione przez kontrahenta upadłego świadczenie – z wszystkimi konsekwencjami – masa może nadal korzystać z przedmiotu świadczenia, gospodarować nim i ostatecznie zlikwidować w interesie wszystkich wierzycieli. Ustawa przyznaje nadal kontrahentowi upadłego prawo dochodzenia należności z tytułu wykonania zobowiązania. Skoro strona może dochodzić należności z tytułu wykonania zobowiązania, nie tylko nie następuje żadna fikcja uznania umowy za niebyłą, ale umowa w zakresie już wykonanym, choćby przez jedną ze stron, pozostaje w mocy. Z punktu widzenia prawa materialnego w tym zakresie nie zmienia się nic, jedynie sposób dochodzenia należności ulega modyfikacji, stosownie do przepisów prawa upadłościowego. W omawianym opracowaniu Fryderyk Zoll powołuje się na tzw. teorię przekształcenia, zgodnie z którą odstąpienie od umowy wzajemnej nie powoduje żadnej fikcji nigdy niezawartej umowy. Umowa była zawarta, a jedynie odstąpienie syndyka zmienia treść stosunku prawnego w tym znaczeniu, iż stare obowiązki ulegają przekształceniu w nowe. Fryderyk Zoll krytykuje pogląd Stanisława Gurgula o konieczności jednolitego rozumienia konstrukcji odstąpienia od umowy[21]. Umowne, ustawowe, konsumenckie czy w końcu upadłościowe prawo odstąpienia od umowy to zdaniem powoływanego autora instytucje niekiedy bardzo od siebie odległe z punktu widzenia funkcji, którą mają spełniać, i interesów, które mają chronić. Ustawodawca zachowuje przy tym swobodę w regulacji różnych przypadków odstąpienia od umowy.

Kolejnym problemem aktualizującym się na gruncie odstąpienia przez syndyka od umowy wzajemnej jest ustalenie, czy dyspozycją przepisu art. 99 PUiN objęte są kary umowne wynikające z umów o roboty budowlane. Wydaje się, iż roszczenie o zapłatę kar umownych, pomimo jego odszkodowawczego charakteru, nie może być zrównane z roszczeniem o poniesione straty w rozumieniu omawianego

[16] Por. Gurgul S., [w:] „Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz". Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 381; Zimmerman P., [w:] „Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz". Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2007 r., s. 134; „Prawo upadłościowe". Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 212; Chrapoński D., [w:] „Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz", pod red. Antoniego Witosza, Wydawnictwo Prawnicze Lexis Nexis , Warszawa 2009, s. 199.

[17] Por. Gurgul S., [w:] „Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz". Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 382.

[18] Por. Świeboda Z., [w:] „Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz". Wydawnictwo Prawnicze Lexis Nexis, Warszawa 2003, s. 154; Allerhand M., „Prawo upadłościowe. Komentarz". Wydawnictwo Park, Bielsko-Biała 1991, s. 148.

[19] Tak Allerhand M., [w:] „Prawo upadłościowe. Komentarz". Wydawnictwo Park, Bielsko-Biała 1991, s. 148.

[20] Por. Zoll F., *Szkice prawa upadłościowego. Szkic pierwszy o skutkach odstąpienia przez syndyka od umowy wzajemnej*; „Transformacje Prawa Prywatnego" 2006/1/113-122.

[21] Por. Gurgul S., [w:] „Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz". Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 382.

przepisu[22]. Kara umowna jest bowiem zryczałtowanym odszkodowaniem *ex contractu* i należy się wierzycielowi, nawet jeśli nie poniósł żadnej szkody[23]. Tymczasem przyjąć należy, iż co do zasady przewidziane w przepisie art. 99 PUiN roszczenie o poniesione straty podlega ogólnym przesłankom odpowiedzialności odszkodowawczej (art. 471 k.c.). W pierwszej kolejności konieczne jest zatem wykazanie szkody strony umowy powstałej na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez jej kontrahenta. Zdaniem niektórych autorów chodzi tu o roszczenie odszkodowawcze zarówno w granicach *damnum emergens*, jak i *lucrum cessans*[24]. Teza ta jest jednakże kontrowersyjna z uwagi na fakt posłużenia się przez PUiN odrębną terminologią niż k.c. Pojęcie poniesionych strat powinno być rozumiane ściślej niż roszczenie o naprawienie szkody. Odnosi się ono jedynie do rzeczywiście poniesionych strat pozostających w związku przyczynowym z oświadczeniem syndyka o odstąpieniu od umowy wzajemnej.

Na gruncie omawianej instytucji odstąpienia przez syndyka masy upadłości od umowy o roboty budowlane wypada rozstrzygnąć również zagadnienie, czy uprawienie do odstąpienia od umowy o roboty budowlane przysługuje w postępowaniu upadłościowym także kontrahentowi upadłego na zasadach ogólnych – w oparciu o przepis art. 395 k.c.? Zgodnie z ogólną zasadą *lex specialis derogat legi generali*, przepisy prawa upadłościowego i naprawczego mają charakter nadrzędny nad regulacjami ogólnymi. W związku z tym co do zasady zmiana lub wygaśnięcie stosunku prawnego, którego stroną jest upadły, możliwe są tylko według przepisów tej ustawy. PUiN wyłącznie syndykowi przyznaje uprawnienie do wykonania lub odstąpienia od umowy wzajemnej. Druga strona umowy wzajemnej jest związana decyzją syndyka. Za taką interpretacją przemawia dążenie do zrealizowania nadrzędnego celu postępowania upadłościowego, którym jest równomierne zaspokojenie interesu wszystkich wierzycieli. Umożliwienie niektórym wierzycielom (w zależności od regulacji umownych) wykonywania uprawnienia do odstąpienia od umowy wzajemnej, przysługującego im w chwili ogłoszenia upadłości, naruszyłoby równowagę postępowania upadłościowego, a jednocześnie równałoby się ze znacznym ograniczeniem, jeżeli nie z wyłączeniem uprawnień syndyka ustanowionych w przepisie art. 98 PUiN. Przyznanie syndykowi prawa wykonywania umów wzajemnych, które są korzystne dla masy, przy jednoczesnym pozbawieniu strony wypłacalnej możliwości skorzystania z przysługującego jej w chwili otwarcia postępowania upadłościowego uprawnienia do odstąpienia od umowy niewątpliwie pozwala zwiększyć fundusze masy upadłości. Strona wypłacalna może jednakże skorzystać z prawa do odstąpienia od umowy na zasadach ogólnych, ale dopiero w wypadku, gdy syndyk zdecyduje o wykonywaniu umowy.

UMOWA KAUCJI GWARANCYJNEJ W POSTĘPOWANIU UPADŁOŚCIOWYM – UWAGI OGÓLNE

Ogłoszenie upadłości podmiotu operującego na rynku robót budowlanych, poza omówionymi kwestiami rozwiązania umów o roboty budowlane i kar umownych, wiąże się częstokroć z problematyką tzw. kaucji gwarancyjnych.

Umowa kaucji gwarancyjnej jest pozakodeksową umową nienazwaną. Abstrahując od analizy formalno-dogmatycznej charakteru umowy kaucji gwarancyjnej, stwierdzić należy, iż na podstawie różnego rodzaju klauzul stosowanych w szczególności w stosunkach między inwestorem (zamawiającym, generalnym wykonawcą) a wykonawcą (podwykonawcą) – ci ostatni wyrażają zgodę na zatrzymanie przez inwestora części umówionego wynagrodzenia wynikającego z umowy o roboty budowlane celem zabezpieczenia kosztów związanych z usuwaniem wad, jakie mogą pojawić się w robotach. Wykonanie tej treści umowy skutkuje wygaśnięciem wierzytelności wykonawcy o zapłatę wynagrodzenia i zmianą podstawy „posiadania pieniędzy" wykonawcy przez inwestora[25]. Charakteryzując umowę kaucji gwarancyjnej, za utrwalone należy uznać stanowisko, wyrażone przykładowo przez Sąd Najwyższy w wyrokach z 17 grudnia 2008 r.[26] oraz z 17 lipca 2009 r.[27], iż jeżeli strony umowy o roboty budowlane postanowiły o udzieleniu przez wykonawcę gwarancji na wykonane roboty i tworzona jest tzw. kaucja gwarancyjna, będąca zabezpieczeniem kosztów usunięcia wad z tytułu rękojmi czy gwarancji, to takie postanowienie nie należy do przedmiotowo istotnych postanowień umowy o roboty budowlane i powinno być traktowane jako osobna umowa, regulująca stosunki stron wynikające z ustawowej rękojmi lub gwarancji wykonawcy robót budowlanych już po wykonaniu umowy o roboty budowlane. Umowa kaucji gwarancyjnej uznawana jest przy tym w doktrynie i orzecznictwie za umowę niewzajemną[28]. Podkreśla się,

[22] Podobnie na gruncie Pr. Rest. Zimmerman P., [w:] „Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz". Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 1635.

[23] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 6 września 2012 r. sygn. akt I ACa 756/12; LEX nr 1217710; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 23 sierpnia 2012 r. sygn. akt I ACa 241/12, LEX nr 1238194.

[24] Tak: Jakubecki A., [w:] A. Jakubecki, F. Zedler, „Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz", Warszawa 2006, s. 295; Adamus R., [w:] „Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz", Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 486.

[25] Szerzej w przedmiocie analizy formalnej umów kaucji gwarancyjnych: Lanckoroński B., [w:] „Kodeks cywilny. Komentarz do art. 647 i nast." pod red. Krzysztofa Osajdy, Legalis.

[26] Sygn. akt I CSK 258/08, LEX 484670

[27] Sygn. akt IV CSK 83/09, Legalis

[28] Tak przykładowo: Sąd Najwyższy w postanowieniu z 20 października 2010 r. sygn. III CZP 75/10, LEX 707472, Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z 11 kwietnia 2006 r., sygn. I ACa 1168/05, LEX 215611.

iż umowa kaucji gwarancyjnej chociażby z tego względu nie może być uznawana za umowę wzajemną, iż nie jest umową odpłatną. Kaucja gwarancyjna nie może być bowiem kwalifikowana jako ekwiwalent za świadczenie związane z usuwaniem wad, stanowi ona zaś jedynie zabezpieczenie kosztów z tym związanych[29]. Z tego wynika, iż w reżimie PUiN po ogłoszeniu upadłości do umowy kaucji gwarancyjnej nie może mieć zastosowania przepis art. 98 ust. 1 PUiN. Wobec tego pojawiające się w praktyce próby interpretowania zapisów umów o roboty budowlane i klauzul o kaucjach gwarancyjnych łącznie jako postanowień jednej umowy wzajemnej nie znajdują uzasadnienia[30]. Interpretacje takie wynikają z poszukiwań odpowiedzi na pytanie, jak najszybciej i najprościej rozwiązać kwestię rozliczeń stron umów o roboty budowlane i kaucji gwarancyjnych po ogłoszeniu upadłości jednej ze stron. Zaliczenie klauzul kaucji gwarancyjnej do postanowień umowy o roboty budowlane otwierałoby bowiem możliwość odstąpienia przez syndyka wykonawcy od umowy o roboty budowlane pomimo wykonania w całości zobowiązań z „umowy podstawowej" na podstawie art. 98 PUiN – właśnie z uwagi na niewykonanie przez strony klauzuli dotyczącej kaucji gwarancyjnej. Na gruncie dominującego orzecznictwa jest to jednak rozumowanie obarczone błędem, gdyż z chwilą odebrania robót budowlanych i zapłaty wynagrodzenia umowa o roboty budowlane jest wykonana w całości. Obowiązki z tytułu udzielonej rękojmi i gwarancji nie należą do *essentialia negotii* takiej umowy, mogą one w ogóle w przyszłości nie powstać, o ile nie ujawnią się wady w robotach.

Wyeliminowanie opisanego sposobu wykładni klauzul kaucji gwarancyjnych nie rozwiązuje oczywiście istotnego problemu wielu syndyków masy upadłości, a jedynie go ostrzej zarysowuje. Ogłoszenie upadłości pociąga bowiem za sobą konieczność rozliczenia zatrzymanych kaucji. Rozróżnić przy tym należy sytuacje upadłości inwestora (zamawiającego, generalnego wykonawcy) oraz wykonawcy (podwykonawcy). Pierwszy z tych podmiotów zwykle jest uprawniony do zatrzymywania kaucji gwarancyjnej przez określony w umowie okres, drugi do żądania jej zapłaty (zwrotu) w razie bezusterkowego upływu terminu zastrzeżonego w umowie.

[29] Por.: Sąd Najwyższy w wyroku z 17 grudnia 2008 r., sygn. akt I CSK 258/08, LEX 484670.

[30] Por. wyrok Sądu Najwyższego z 12 stycznia 2006 r. II CK 336/05, Legalis, w uzasadnieniu Sąd Najwyższy wskazał, iż skoro odstąpienie od umowy rodzi skutek w postaci obowiązku zwrotu wzajemnych świadczeń (art. 494 k.c.), to odpadnięcie obowiązku zamawiającego zapłaty wynagrodzenia powoduje, iż nie może obciążać go obowiązek zwrotu kaucji gwarancyjnej, stanowiącej część tego wynagrodzenia. Nie można bowiem obciążać zamawiającego obowiązkiem zapłaty części wynagrodzenia w sytuacji, gdy odpadła w ogóle podstawa zapłaty wynagrodzenia w związku ze skutecznym odstąpieniem od umowy.

UPADŁOŚĆ INWESTORA

Ogłoszenie upadłości inwestora (zamawiającego, generalnego wykonawcy) skutkuje pytaniem, czy i w jakim zakresie aktualne jest jego zobowiązanie do zwrotu na rzecz wykonawcy (strony wypłacalnej) kwot zatrzymanych tytułem kaucji gwarancyjnych w razie bezusterkowego upływu terminu określonego w umowie. Termin wymagalności kaucji gwarancyjnych może upłynąć w praktyce przed ogłoszeniem upadłości inwestora lub po tej dacie. W obu sytuacjach zobowiązania upadłego i odpowiadające im roszczenia wykonawcy o zwrot zatrzymanych sum kształtować będą się odmiennie.

W przypadku ogłoszenia upadłości inwestora po upływie terminu wymagalności kaucji gwarancyjnych oraz oczywiście pod warunkiem braku ich zapłaty wykonawca powinien zgłosić wierzytelność do masy upadłości na zasadach ogólnych[31].

Natomiast w wypadku gdy wymagalność kaucji gwarancyjnych następuje po ogłoszeniu upadłości, w pierwszej kolejności rozpatrzyć należy sytuację prowadzenia działalności gospodarczej przez upadłego, w szczególności pytanie o zaliczenie ewentualnych zobowiązań z omawianych tytułów do kosztów postępowania upadłościowego. W sprawach, do których stosuje się przepisy PUiN, obowiązująca będzie definicja kosztów, zgodnie z którą w ich skład zaliczyć należy m.in. wydatki niezbędne do osiągnięcia celu postępowania, w tym wydatki związane z zarządem masy upadłości[32]. W przypadku prowadzenia przedsiębiorstwa upadłego po ogłoszeniu upadłości wydatki związane z rozliczeniem kaucji zaliczają się do kosztów postępowania upadłościowego.

W wypadku gdy syndyk nie prowadzi przedsiębiorstwa upadłego, a wymagalność kaucji gwarancyjnych następuje po ogłoszeniu upadłości, nasuwają się następujące pytania:

1) Czy zobowiązanie upadłego inwestora z tytułu kaucji gwarancyjnych jest zobowiązaniem pieniężnym, którego termin wymagalności jeszcze nie nastąpił w rozumieniu przepisu art. 91 ust. 1 PUiN?
2) Czy zobowiązanie upadłego inwestora z tytułu kaucji gwarancyjnych jest zobowiązaniem warunkowym oraz czy ewentualne zgłoszenie wierzytelności do masy upadłości powinno nastąpić z zaznaczeniem, iż wierzytelność jest uzależniona od warunku?

[31] Por. przepis art. 236 PUiN.

[32] Por. przepis art. 230 ust. 1 i 2 PUiN.

Zgodnie z treścią przepisu art. 91 ust. 1 PUiN zobowiązania pieniężne upadłego, których termin płatności jeszcze nie nastąpił, stają się wymagalne z dniem ogłoszenia upadłości. Wskazać należy w tym miejscu na analogiczną treść przepisu art. 32 § 1 rozporządzenia prezydenta Rzeczypospolitej z 24 października 1934 r. – Prawo upadłościowe[33]. Ze względu na tożsamość tych regulacji na gruncie PUiN zachowuje aktualność orzecznictwo Sądu Najwyższego wydane na gruncie Pr. Up. z 1934 r.

W doktrynie i judykaturze jednym z wyrażanych stanowisk jest, iż zobowiązania pieniężne upadłego inwestora do zwrotu zatrzymanych kaucji gwarancyjnych, których termin płatności świadczenia jeszcze nie nastąpił, stają się wymagalne po ogłoszeniu upadłości inwestora, a zatem ma w tym zakresie zastosowanie przepis art. 91 ust. 1 PUiN[34]. Powołani autorzy postulują jednocześnie, iż ponieważ zgłoszenie wierzytelności jako droga dochodzenia roszczenia z tytułu kaucji gwarancyjnych będzie najprawdopodobniej nieskuteczne, wykonawca może zwrócić się o wyłączenie kaucji gwarancyjnych z masy upadłości i ich wydanie. Pogląd ten został jednakże słusznie skrytykowany[35].

W celu przybliżenia tej problematyki konieczne wydaje się przeanalizowanie pojęcia terminu w prawie cywilnym. Wyrażenie „termin" używane jest w prawie w dwóch znaczeniach: na oznaczenie punktu czasowego albo okresu. Przez wprowadzenie do treści czynności prawnej terminu następuje ograniczenie jej skutków prawnych w czasie. Jest natomiast wątpliwe, czy można mówić o wyznaczeniu terminu, gdy zarówno jego nadejście, jak i jego chwila nie są pewne (*dies incertus an, incertus quando*), a więc gdy określono go, wskazując zdarzenie, które może nastąpić, a nie jest pewne, czy nastąpi. W takiej sytuacji czynnikiem dominującym jest warunek[36]. Wskazanie terminu może bowiem polegać na odwołaniu się przez strony do zdarzenia przyszłego pewnego, choć niedającego się jednoznacznie umiejscowić w czasie. Nie jest natomiast skuteczne określenie terminu poprzez wskazanie zdarzenia przyszłego, które nie daje się umiejscowić w czasie i którego wystąpienie nie jest**,** według rozsądnych, obiektywnych oczekiwań ludzkich**,** niewątpliwe[37]. Podsumowując, termin jest pojęciem innym niż warunek, gdyż istotą warunku jest niepewność nastąpienia zdarzenia warunkującego powstanie lub ustanie skutku prawnego, natomiast termin jest zawsze pewny, gdyż określa czas, który musi nastąpić[38].

Definicję warunku zawiera z kolei przepis art. 89 k.c., zgodnie z którym, z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych albo wynikających z właściwości czynności prawnej, powstanie lub ustanie skutków czynności prawnej można uzależnić od zdarzenia przyszłego i niepewnego (warunek). Przez warunek w znaczeniu ścisłym rozumieć należy zamieszczone w treści czynności prawnej zastrzeżenie, które uzależnia powstanie lub ustanie jej skutków od zdarzenia przyszłego i niepewnego. Pojęcie to używane jest również w praktyce w znaczeniu szerszym – dla oznaczenia owego przyszłego i niepewnego zdarzenia, na określenie przesłanek ważności czynności prawnej lub jej określonych skutków czy wręcz na oznaczenie poszczególnych postanowień (klauzul) mieszczących się w treści czynności prawnej[39].

Zapisy umowne ustanawiające kaucje gwarancyjne w większości przypadków uzależniają zobowiązanie inwestora (zamawiającego, generalnego wykonawcy) do zwrotu kwot zatrzymanych tytułem kaucji nie tylko od upływu określonych terminów rękojmi i gwarancji, ale jednocześnie od nieujawnienia się wad i usterek w przedmiocie umowy (wykonywanych robotach) lub ich usunięcia przez wykonawcę. Tego rodzaju klauzule umowne nie mogą być uznane za wyznaczające termin w rozumieniu art. 91 ust. 1 PUiN, który musi być określony ściśle datą lub innym oznaczeniem dnia albo też przez wskazanie zdarzenia, które musi w przyszłości nastąpić[40]. Nie sposób zatem przyjąć, iż zobowiązanie inwestora do wypłaty zatrzymanych przez niego kaucji gwarancyjnych może być traktowane w przypadku ogłoszenia jego upadłości jako zobowiązanie pieniężne, którego termin spełnienia świadczenia jeszcze nie nastąpił w rozumieniu przepisu art. 91 ust. 1 PUiN.

Niemniej jednak niewątpliwie wierzytelności podmiotów uprawnionych do żądania zwrotu kaucji powinny zostać zgłoszone do masy upadłości inwestora. Problematyczne jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, jaka powinna być forma i treść takiego zgłoszenia wierzytelności, w tym m.in. jak określić kwotę zgłoszenia. W pierwszej kolejności postulować należy dokonanie wszelkich możliwych uzgodnień pomiędzy zgłaszającym wykonawcą a upadłym inwestorem, czy i w jakiej wysokości złożona kaucja została już przeznaczona na usunięcie ewentualnych wad.

[33] T.j. Dz. U. z 1991 r., nr 118, poz. 512 ze zm.; dalej Pr. Up. z 1934 r.

[34] Tak Behnke M., Czajka-Marchlewicz B., [w:] „Umowy w procesie budowlanym", LEX 2011.

[35] Por: Medyński M., Lewandowski P., *Kaucja gwarancyjna w kontraktach budowlanych – stosowanie i pozycja w przypadku upadłości układowej*, „Monitor Prawa Bankowego", czerwiec 2014 r., s. 81.

[36] Tak Pazdan M., [w:] „Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz" pod red. Krzysztofa Pietrzykowskiego, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2008 r., s. 516-517; Sąd Najwyższy w wyroku z 30 sierpnia 1990 r. IV CR 236/90, OSN 1991, nr 10-12, poz. 125.

[37] Tak Drapała P., [w:] „System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna", pod redakcją Ewy Łętowskiej, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2006 r., s. 939-940.

[38] Por: wyroki Sądu Najwyższego z 17 lutego 2011 r., sygn. IV CSK 405/10, oraz z 24 czerwca 2010 r. IV CSK 67/10, LEX 621351.

[39] Tak Pazdan M.,, [w:] „Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz" pod red. Krzysztofa Pietrzykowskiego, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2008 r., s. 516-517.

[40] Por. Gurgul S., [w:] „Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz". Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2016 r., s. 230.

Wielokrotnie wykonawcy nie uznają jednak podstaw do potrącenia jakichkolwiek kwot przez inwestorów z zatrzymanych kaucji, kwestionując fakt zaistnienia wad, swoją odpowiedzialność oraz koszty ewentualnego wykonania zastępczego. Tego rodzaju spory wymagają rozstrzygnięcia w pierwszej kolejności przez syndyka ustalającego listę wierzytelności, następnie zaś przez sędziego-komisarza i sąd upadłościowy na skutek sprzeciwu co do odmowy uznania wierzytelności i ewentualnego zażalenia. Abstrahując od tego, stwierdzić należy, iż w przypadku gdy w chwili dokonywania zgłoszenia wierzytelność nie jest jeszcze wymagalna, uznać ją należy za uzależnioną od warunku, co powinien uwzględnić zarówno wierzyciel dokonujący zgłoszenia, jak i syndyk przy sporządzaniu listy wierzytelności. Wskazać należy w tym miejscu, iż na liście wierzytelności umieszcza się w osobnych rubrykach m.in. informację, czy wierzytelność jest uzależniona od warunku[41]. Przy sporządzaniu listy wierzytelności syndyk powinien zatem umieścić wierzytelności wykonawcy z tytułu żądania zwrotu kaucji gwarancyjnych jako wierzytelności uzależnione od warunku. Przy wykonywaniu planu podziału sumę wydzieloną na zaspokojenie wierzytelności, której zapłata zależy od warunku zawieszającego, wydaje się wierzycielowi, jeżeli udowodni, że warunek się ziścił; w przeciwnym razie sumę tę składa się do depozytu sądowego[42]. Niestety, praktyczne aspekty zastosowania tego scenariusza mogą okazać się nader skomplikowane. W kilkuletnich postępowaniach upadłościowych pomiędzy uznaniem wierzytelności na liście a złożeniem planu podziału mogą bowiem wystąpić zdarzenia zmieniające podstawy faktyczne wcześniejszych decyzji o uznaniu wierzytelności wykonawcy. Przykładowo zaliczyć tu trzeba wystąpienie wad w robotach wierzyciela (wykonawcy), na rzecz którego dokonano uznania wierzytelności, lub zbycie przedsiębiorstwa upadłego (w skład którego weszły uprawnienia z tytułu udzielonej rękojmi i gwarancji).

UPADŁOŚĆ WYKONAWCY

Przechodząc do problematyki upadłości wykonawcy, zasadniczym pytaniem jest z kolei sposób wykładni przepisu art. 91 ust. 2 PUiN. Zgodnie z jego treścią zobowiązania majątkowe niepieniężne zmieniają się z dniem ogłoszenia upadłości na zobowiązania pieniężne i z tym dniem stają się płatne, chociażby termin ich wykonania jeszcze nie nastąpił. W tym miejscu rozstrzygnąć należy, czy z dniem ogłoszenia upadłości zobowiązania niepieniężne upadłego do usunięcia wad zmieniają się na zobowiązania pieniężne i powinny być zgłoszone do masy upadłości przez inwestora? Orzecznictwo sądowe oraz piśmiennictwo wielokrotnie odpowiadały na to pytanie twierdząco[43]. Wskazywano przy tym na automatyczny skutek przekształcenia zobowiązań niepieniężnych wykonawcy z tytułu udzielonej rękojmi i gwarancji w zobowiązania pieniężne[44]. Skutek przekształcenia obowiązków gwarancyjnych w wierzytelność pieniężną na podstawie art. 91 ust. 2 PUiN (art. 32 § 2 Pr. up. z 1934 r.) powstaje wedle omawianej koncepcji niezależnie od tego, czy wady zabezpieczone gwarancją w ogóle wystąpiły. W uzasadnieniach omawianych orzeczeń przyjęto bowiem, że z przepisu art. 91 ust. 2 PUiN (art. 32 § 2 Pr. Up. z 1934 r.) wynika pewna fikcja, iż wady zaistniały i powinny być usunięte z dniem ogłoszenia upadłości. Należy przez to rozumieć, iż kaucja gwarancyjna zabezpiecza przyszłe i ewentualne roszczenia z tytułu udzielonej gwarancji, które mogły nawet nie powstać. Jako uzasadnienie dla takiego stanowisko wskazywano m.in. zasadniczy cel postępowania upadłościowego, którym jest kompleksowe zrealizowanie wszystkich zobowiązań uprawnionych wierzycieli w stosunku do masy upadłości, co wymaga zrównania ich statusu pod względem zaspokojenia z masy oraz jak najszybszego zaspokojenia, przez co konieczne jest usunięcie różnic między wierzytelnościami wymagalnymi i niewymagalnymi oraz niepieniężnymi i pieniężnymi.

Co ciekawe, wedle omawianej koncepcji na skutek przekształcenia się zobowiązania niepieniężnego upadłego wykonawcy z tytułu rękojmi i gwarancji w zobowiązanie pieniężne powstaje jednocześnie stan wymagalności zobowiązań strony wypłacalnej (inwestora) do zwrotu do masy upadłości zatrzymanych kaucji gwarancyjnych. Po stronie syndyka masy upadłości wykonawcy powstaje zatem wymagalna wierzytelność wobec inwestora. Sąd Apelacyjny w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 26 czerwca 2009 r.[45] wskazał, iż odmienny pogląd prowadziłby do trudnej do zaakceptowania sytuacji, w której zobowiązania niepieniężne z tytułu gwarancji, przekształcone w roszczenia pieniężne, stałyby się płatne już w momencie ogłoszenia upadłości i byłyby uwzględniane w postępowaniu upadłościowym, a ściśle z nimi związane żądania zwrotu zatrzymanych kaucji gwarancyjnych byłyby wymagalne w innych terminach, tj. z datą upływu terminu gwarancji. Przyjęcie takiego rozwiązania jest uzasadniane również poprzez wskazanie na względy praktyczne, tj. konieczność

[41] Art. 245 ust. 1 pkt 4 PUiN; szeroko na temat warunku w klauzulach kaucji gwarancyjnych por.: Medyński M.,, Lewandowski P., *Kaucja gwarancyjna w kontraktach budowlanych – stosowanie i pozycja w przypadku upadłości układowej*; „Monitor Prawa Bankowego", czerwiec 2014., s. 81.

[42] Por. art. 356 ust. 2 PUiN.

[43] Por. Behnke M., Czajka-Marchlewicz B., „ABC" nr 91670, LEX OMEGA 19/2015 oraz „Umowy w procesie budowlanym", LEX 2011.

[44] Tak Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z 28 października 2009 r., sygn. I ACa 392/09, OSAB 2009/4/16-19; Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 26 czerwca 2009 r. VI ACa 1341/08; M. Prawn. 2010/22/1254 oraz w wyrokach VI ACa 242/07 i VI ACa 1662/07 (niepubl.); Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z 11 kwietnia 2006 r., sygn. I ACa 1168/05, LEX 215611.

[45] Sygn. VI Aca 1341/08, M. Prawn. 2010/22/1254.

rozliczenia zatrzymanych kaucji gwarancyjnych. W omawianym uzasadnieniu Sąd Apelacyjny w Warszawie wskazał ponadto, iż kaucja gwarancyjna służy umocnieniu gwarancji i jest prawem akcesoryjnym wobec tejże gwarancji. W konsekwencji roszczenie o zwrot kaucji gwarancyjnej jest roszczeniem akcesoryjnym, związanym z roszczeniem gwarancyjnym. Skoro zaś z dniem ogłoszenia upadłości wykonawcy zobowiązania gwarancyjne przekształciły się w wymagalne zobowiązania pieniężne, to tym samym wymagalne stało się roszczenie akcesoryjne o zwrot kaucji gwarancyjnej.

Opisana linia orzecznictwa została skrytykowana i wydaje się, że ostatecznie przełamana w orzeczeniach Sądu Najwyższego z lat 2010-2011[46]. W piśmiennictwie wskazywano, iż wśród przepisów PUiN brak jest regulacji, która wprost dotyczyłaby wierzytelności upadłego o zwrot kaucji gwarancyjnych, ze względu zaś na brzmienie art. 83 ustawy nieważne byłyby postanowienia umowy zastrzegające natychmiastowy obowiązek zwrotu kaucji w przypadku ogłoszenia upadłości gwaranta. Los prawny wierzytelności upadłego uregulowany jest w przepisie art. 331 PUiN, tj. po ogłoszeniu upadłości następuje ich ściągnięcie albo zbycie, jeżeli zaś wierzytelność nie jest wymagalna, to egzekucja jest niemożliwa[47]. Jednocześnie zgodnie z opisywanym stanowiskiem brak jest podstaw do przyjęcia wymagalności wierzytelności o zwrot kaucji gwarancyjnej jako pochodnej rzekomej konwersji zobowiązania wynikającego z gwarancji (rękojmi) mającej wynikać z art. 91 § 2 PUiN. Ani bowiem rękojmia jako odpowiedzialność ustawowa, ani gwarancja jako odpowiedzialność umowa pomiędzy uprawnionym a gwarantem sama w sobie nie rodzi zobowiązania. Zobowiązanie z rękojmi powstaje dopiero z chwilą zrealizowania przesłanek z art. 556 § 1 k.c., zaś z gwarancji – w sytuacji określonej w dokumencie gwarancyjnym (najczęściej ujawnienia się wadliwości rzeczy). Dopóki zatem nie ma ujawnionej wady, również nie ma zobowiązania z gwarancji czy rękojmi, w konsekwencji brak podstaw do zastosowania art. 91 § 2 PUiN.

Analogicznie, Sąd Najwyższy w uzasadnieniach przywołanych orzeczeń uzależniał dopuszczalność ustawowej modyfikacji zobowiązania niepieniężnego upadłego wykonawcy z tytułu udzielonej gwarancji i rękojmi w zobowiązanie pieniężne od tego, czy w ogóle powstały wady w wykonanych robotach i to dodatkowo – tylko przed ogłoszeniem upadłości. Skrytykowana została koncepcja tzw. transformacji *ex lege*, wedle której kaucje gwarancyjne zatrzymane przez inwestora zgodnie z postanowieniami porozumień gwarancyjnych mogłyby stawać się wymagalne w związku z przekształceniem zobowiązania wykonawcy robót obejmującym usunięcie wad w przyjętym przez inwestora przedmiocie umowy w zobowiązanie pieniężne. W ocenie Sądu Najwyższego nie ma też związku o charakterze akcesoryjnym pomiędzy przekształconym zobowiązaniem gwarancyjnym (nawet gdyby takie przekształcenie istotnie nastąpiło) a roszczeniem o zwrot kaucji gwarancyjnych. Sąd Najwyższy argumentował, iż obowiązek niepieniężny dłużnika gwarancyjnego do usunięcia wad może podlegać transformacji *ex lege* tylko, gdy nastąpiła jego prawna aktualizacja, tj. pojawiła się wada indywidualizująca ten obowiązek i związane z nim świadczenie zobowiązanego jeszcze przed ogłoszeniem upadłości. Ustawowa modyfikacja zobowiązania niepieniężnego w zobowiązanie pieniężne może zatem nastąpić, jeżeli można przyspieszyć (na dzień ogłoszenia upadłości) termin spełnienia już istniejącego w chwili ogłoszenia upadłości, zindywidualizowanego zobowiązania. Fakt istnienia uprawnień z rękojmi i gwarancji nie jest natomiast tożsamy z powstaniem długu, bowiem dla jego powstania konieczne jest wystąpienie zdarzenia powodującego ten dług. Skoro nie ujawniła się wada, nie istnieje z tytułu rękojmi (gwarancji) ani wierzytelność, ani zobowiązanie upadłego skonkretyzowane w dług.

Koncepcja ta spotkała się z aprobatą w doktrynie[48]. W komentarzach wskazywano, iż przed ujawnieniem się wady umowa gwarancji jest jedynie źródłem przyszłych i ewentualnych roszczeń niepieniężnych inwestora wobec wykonawcy. Takie roszczenia z uwagi na swoją naturę nie mogą podlegać przekształceniu w roszczenie pieniężne. Znaczenie rozstrzygające należy przy tym nadawać nie tyle powstaniu, ile ujawnieniu się wady objętej gwarancją przed ogłoszeniem upadłości wykonawcy, gdyż w reżimie gwarancji (art. 577 § 1 k.c.) odpowiedzialność gwaranta aktualizuje się w razie ujawnienia się wady w terminie gwarancji.

W świetle tego kolejna z forsowanych koncepcji rozliczenia kaucji gwarancyjnych musi zostać uznana za nieakceptowalną. Mając na uwadze powyższe, powraca pytanie o optymalny sposób likwidacji należności upadłego wykonawcy z tytułu zwrotu kaucji. Suma kaucji z punktu widzenia syndyka masy upadłości wykonawcy jest należnością (wierzytelnością) wchodzącą w skład masy upadłości, która powinna być uwzględniona w spisie inwentarza. Przyjąć należy, iż jest to wierzytelność uzależ-

[46] Por. wyroki Sądu Najwyższego z 16 grudnia 2010 r., sygn. I CSK 148/10, LEX 784893, i I CSK 114/10, LEX 784305, OSP 2012/2/19, OSNC – ZD 2011/3/52, Biul. SN 2011/3/14.

[47] Por. Szczurowski T. w glosie do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 26 czerwca 2009 r. sygn. VI ACa 1341/08.

[48] Por. Drapała P., [w:] „Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 16 grudnia 2010, I CSK 114/10", OSP 2012/2/19.

niona od warunku[49]. W doktrynie wyróżnia się warunki zawieszające i rozwiązujące, a ponadto klasyfikuje się je jako dodatnie, gdy objęte warunkiem zdarzenie polega na zmianie istniejącego stanu rzeczy (coś się ma wydarzyć), i ujemne (gdy zakłada się utrzymanie określonego stanu rzeczy w postaci niezmienionej)[50]. Warunek ma charakter zawieszający, gdy zdarzenie przyszłe i niepewne powoduje powstanie skutków czynności prawnej. Natomiast jeżeli na skutek nastąpienia takiego zdarzenia dochodzi do ustania skutków czynności prawnej, mamy do czynienia z warunkiem rozwiązującym[51].

W piśmiennictwie wyrażono pogląd, iż w tzw. klauzulach gwarancyjnych przez zdarzenie przyszłe i niepewne możemy rozumieć wykrycie usterki w wykonanych robotach budowlanych przed upływem oznaczonego terminu i jej nienaprawienie przez wykonawcę na warunkach określonych w umowie[52]. Przy przyjęciu takiej koncepcji zobowiązanie inwestora do zwrotu kaucji gwarancyjnej (i odpowiadająca mu wierzytelność wykonawcy o jej zapłatę) istniałoby przed upływem terminu gwarancyjnego jako niewymagalne, a każdorazowe wystąpienie usterek, następnie nienaprawionych powodowałoby wygaśnięcie części zobowiązania do zwrotu kwoty gwarancyjnej odpowiadającej kosztowi usunięcia usterki przez inwestora. Wystąpienie nienaprawionej usterki w okresie gwarancyjnym stanowiłoby warunek rozwiązujący w stosunku do odpowiedniej części wierzytelności o zwrot kaucji. Zdarzenie przyszłe i niepewne może być również określane jako niewystąpienie usterek w wykonanych robotach budowlanych do czasu upływu oznaczonego terminu albo wykrycie usterek i ich usunięcie w określonym terminie. Nastąpienie tak opisanego warunku powodowałoby powstanie skutków czynności prawnej, tj. zaistnienie stanu wymagalności wierzytelności wykonawcy o zwrot kaucji. Wówczas warunek miałby charakter zawieszający. Wedle cytowanych autorów obie koncepcje postrzegania zdarzenia przyszłego i niepewnego w klauzulach kaucji gwarancyjnych są dopuszczalne i logicznie uzasadnione[53].

W praktyce klauzule gwarancyjne redagowane są różnorodnie. Niemniej jednak zaryzykować można tezę, iż popularniejszym i jednocześnie poprawniejszym sposobem opisania obowiązków stron w tzw. klauzulach gwarancyjnych jest uzależnienie wierzytelności wykonawcy o zapłatę od tzw. bezusterkowego upływu okresu gwarancji i rękojmi oraz ewentualnie usunięcia powstałych w tym okresie wad. W takiej treści w zastrzeżeniu mamy do czynienia częściowo z warunkiem ujemnym polegającym na nienastąpieniu określonego zdarzenia (niewystąpieniu wad) w okresie gwarancyjnym, częściowo z warunkiem dodatnim (wykonawca usunie zaistniałe usterki). Mając na uwadze wyrażony w orzecznictwie i piśmiennictwie (aczkolwiek krytykowany) pogląd ograniczający dopuszczalność warunków ujemnych jedynie do przypadków, gdy warunek taki połączony jest z terminem[54], zastrzeżenie takie byłoby prawidłowe pod względem formalnym. Byłby to jednocześnie warunek zawieszający, po ziszczeniu się którego powstawałyby skutki czynności prawnej w postaci obowiązku zapłaty kwot kaucji gwarancyjnych i powstania roszczenia o zapłatę po stronie wykonawcy.

W postępowaniu upadłościowym wykonawcy likwidacja takich należności może mieć miejsce poprzez ich ściągnięcie po ziszczeniu się warunku – jeżeli pozwala na to określony w klauzulach kaucji gwarancyjnych termin w perspektywie postępowania upadłościowego.

Drugim rozwiązaniem jest zbycie takich wierzytelności, do czego powinno dojść równocześnie z przejęciem zobowiązania upadłego z tytułu udzielonych rękojmi i gwarancji. Powinno to dotyczyć tylko takich zobowiązań, które jeszcze nie zostały skonkretyzowane w dług na skutek pojawienia się wad i usterek[55]. Pamiętać należy, iż wierzytelność wykonawcy wynikająca z umowy kaucji gwarancyjnej uznawana jest za akcesoryjną względem wierzytelności z tytułu rękojmi i gwarancji za wady oraz ma na celu zabezpieczenie tych wierzytelności. Nie może zatem ani powstać, ani istnieć lub być przedmiotem obrotu niezależnie od wierzytelności z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji jakości obiektu[56].

ODSTĄPIENIE OD UMOWY O ROBOTY BUDOWLANE ORAZ UMOWY KAUCJI GWARANCYJNEJ PO NOWELIZACJI PRAWA UPADŁOŚCIOWEGO

1 stycznia 2016 r. przepis art. 98 Prawa upadłościowego[57] otrzymał nowe brzmienie. Z punktu widzenia poruszanych w tym artykule zagadnień istotne jest uzależnie-

[49] Odmiennie Lanckoroński B., [w:] „Kodeks cywilny. Komentarz do art. 647 i nast." pod red. Krzysztofa Osajdy, Legalis.

[50] Pazdan M., [w:] „Kodeks cywilny. Komentarz do art. 1-449[10]. Tom I pod red. Krzysztofa Pietrzykowskiego, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2008, s. 443.

[51] Tak Strzebińczyk J., [w:] „Komentarz do kodeksu cywilnego". Red. Edward Gniewek, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2006 r., s. 229.

[52] Por. Medyński M., Lewandowski P., *Kaucja gwarancyjna w kontraktach budowlanych – stosowanie i pozycja w przypadku upadłości układowej,* „Monitor Prawa Bankowego" czerwiec 2014., s. 81.

[53] Tamże.

[54] Tak Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 22 października 1956 r., sygn. I CR 951/56, OSP 1958, nr 2, poz. 34; Piasecki K., [w:] „Kodeks cywilny. Komentarz do art. 89", LEX; odmiennie: Wolter A., [w:] „Glosa do orzeczenia" Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 22 października 1956 r., sygn. I CR 951/56, OSP 1958, nr 2, poz. 34.

[55] Zgodnie z treścią przepisu art. 331 ust. 1 i 2 PUiN likwidacja wierzytelności upadłego następuje przez ich ściągnięcie; jeżeli ściągnięcie wierzytelności napotyka przeszkody albo roszczenie nie jest jeszcze wymagalne, likwidacja wierzytelności nastąpi przez ich zbycie.

[56] Por. Lanckoroński B., [w:] „Kodeks cywilny. Komentarz do art. 647 i nast." pod red Krzysztofa Osajdy, Legalis oraz powołane tam piśmiennictwo.

[57] T. j. Dz. U. z 2015 r. poz. 233, dalej PU.

nie wydania zgody sędziego-komisarza na odstąpienie od umowy wzajemnej (umowy o roboty budowlane) od celu postępowania upadłościowego i ważnego interesu drugiej strony umowy**.** Ponadto wprowadzono zaskarżalność postanowienia sędziego-komisarza o wyrażeniu zgody na wykonanie umowy wzajemnej lub odstąpienie od niej[58]. Po nowelizacji, na mocy przepisu art. 98 ust. 1 lit. c PU możliwe jest również odstąpienie przez syndyka od umowy innej niż umowa wzajemna, przy czym przepisy ust. 1-1b omawianego przepisu do instytucji odstąpienia od umowy niewzajemnej należy stosować odpowiednio. Zakres stosowania przepisów art. 98 ust. 1-1b PU do odstąpienia przez syndyka od umowy innej niż wzajemna wynikający z tego odesłania dopiero określi orzecznictwo. Niemniej zaryzykować można tezę, iż z odesłania tego wynika w pierwszym rzędzie dopuszczalność odstąpienia od umowy innej niż wzajemna jedynie pod warunkiem niewykonania zobowiązań z takiej umowy w całości lub części. Ponadto w myśl art. 98 ust. 2 PU syndyk na żądanie drugiej strony złożone w formie pisemnej z datą pewną w terminie trzech miesięcy zobowiązany będzie oświadczyć, czy od umowy odstępuje, czy też żąda jej wykonania.

Jak czytamy w uzasadnieniu rządowego projektu ustawy Prawo restrukturyzacyjne[59], zmiana miała na celu wprowadzenie rozwiązania umożliwiającego syndykowi odstąpienie od umów niebędących umowami wzajemnymi, których stroną jest upadły. Ustawodawca założył, iż w szczególności wywrze ona wpływ na roszczenia wynikające z kaucji gwarancyjnych poprzez wprowadzenie zasady zwrotu środków z kaucji gwarancyjnych do masy i zaspokajania potencjalnych roszczeń gwarancyjnych w drodze zgłoszenia wierzytelności do masy. Jednocześnie zaznaczono, iż proponowana zmiana rozstrzyga sporną w orzecznictwie kwestię uprzywilejowania potencjalnych roszczeń gwarancyjnych wierzycieli upadłego zabezpieczonych kaucją gwarancyjną w stosunku do pozostałych wierzycieli.

Po lekturze przywołanego fragmentu uzasadnienia jasny jest cel omawianej regulacji – zamiarem ustawodawcy było umożliwienie syndykom masy upadłości wykonawców występowania z roszczeniami wobec zatrzymujących tzw. kwoty gwarancyjne inwestorów przy jednoczesnym założeniu, że potencjalne roszczenia gwarancyjne będą przedmiotem zgłoszeń wierzytelności. Realizacja tego celu może napotkać pewne trudności. Jak argumentowano powyżej, na tle PUiN odstąpienie przez syndyka od umowy wzajemnej jest instytucją *sui generis*, całościowo uregulowaną w przepisach regulujących postępowanie upadłościowe – przy czym zmiany wprowadzone 1 stycznia 2016 r. tej oceny nie zmieniają. Dla przypomnienia – odstąpienie od umowy nie powoduje fikcji nigdy niezawartej umowy (nie wywołuje skutku *ex tunc*). Uzasadnienie tego należy przenieść na ocenę uwarunkowań odstąpienia przez syndyka od umowy niewzajemnej. Dyskusyjny byłby zatem automatyczny obowiązek zwrotu do masy całej zatrzymanej kaucji gwarancyjnej przez inwestora na skutek złożenia przez syndyka wykonawcy oświadczenia o odstąpieniu od umowy kaucji gwarancyjnej. W wyniku takiego odstąpienia strony byłyby bowiem zobowiązane do rozliczenia wzajemnych świadczeń na mocy przekształconego, a nie zniweczonego stosunku prawnego. Zatem w przypadku odstąpienia przez syndyka masy upadłości wykonawcy od umowy kaucji gwarancyjnej skuteczność jego roszczeń o zwrot kaucji może kształtować się następująco:

1) jeżeli wady w robotach ujawniły się przed ogłoszeniem upadłości, zaktualizował się obowiązek wykonawcy do ich usunięcia i w wypadku, gdy do tego faktycznie nie doszło, powstało roszczenie inwestora o zatrzymanie określonej części kaucji (dokonanie stosownego potrącenia). Oświadczenie syndyka masy upadłości wykonawcy o odstąpieniu od umowy kaucji złożone po ogłoszeniu upadłości nie naruszałoby skutków tej transformacji[60];
2) jeżeli wady w robotach ujawniły się po ogłoszeniu, a syndyk masy upadłości wykonawcy odstąpił od umowy kaucji gwarancyjnej, zastosowanie miałby przepis art. 99 zd. 2 PU, zgodnie z którym strona może w postępowaniu upadłościowym dochodzić należności m.in. z tytułu poniesionych strat, zgłaszając te wierzytelności sędziemu-komisarzowi. Stratą strony w omawianym przypadku byłaby równowartość kosztów wykonania zastępczego w zakresie usuwania wad, których upadły wykonawca nie naprawił. Dopuszczalne byłoby także zgłoszenie wierzytelności z tytułu kosztów ewentualnego przejęcia obowiązków gwarancyjnych upadłego wykonawcy przez inny podmiot.

Analizując skutki nowelizacji omawianych przepisów PU, nie sposób pominąć zagadnienia dopuszczalności odstąpienia od umowy kaucji gwarancyjnej przez syndyka

[58] Zażalenie nie przysługuje na postanowienie oddalające wniosek, por. Zimmerman P., [w:] „Prawo upadłościowe. Komentarz". Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2016 r., s. 212.

[59] Uzasadnienie rządowego projektu ustawy Prawo restrukturyzacyjne, druk nr 2824 Sejmu VII kadencji, s. 72-73; dalej jako Uzasadnienie projektu Pr. Rest.

[60] Stanowisko takie uzasadnione jest *per analogiam* w świetle poglądów Sądu Najwyższego zaprezentowanych w orzeczeniach z 16 grudnia 2010 r., sygn. I CSK 148/10, LEX 784893, i I CSK 114/10, LEX 784305, OSP 2012/2/19, OSNC – ZD 2011/3/52, Biul. SN 2011/3/14, w myśl których dopuszczalność ustawowej modyfikacji zobowiązania niepieniężnego upadłego wykonawcy z tytułu udzielonej gwarancji i rękojmi w zobowiązanie pieniężne uzależnione jest od tego, czy w ogóle powstały wady w wykonanych robotach i to dodatkowo – tylko przed ogłoszeniem upadłości.

masy upadłości inwestora. Pomimo iż Uzasadnienie projektu Pr. Rest. wskazuje na konkretny cel nowelizacji (uregulowanie roszczeń upadłego wykonawcy), uprawnienie do odstąpienia od umowy niebędącej umową wzajemną w PU nie jest w żaden sposób ograniczone. Powstaje jednak pytanie o skuteczność wniosku o zezwolenie na takie odstąpienie w świetle przesłanek opisanych w art. 98 ust. 2 PU, tj. celu postępowania upadłościowego i ważnego interesu drugiej strony umowy. Pamiętać należy, iż celem umowy kaucji gwarancyjnej jest zabezpieczenie ewentualnych roszczeń inwestora z tytułu rękojmi za wady oraz gwarancji jakości. Reżim odpowiedzialności z tytułu rękojmi i gwarancji znamionują zaostrzone przesłanki odpowiedzialności wykonawcy i szerszy zakres uprawnień inwestora w porównaniu z zasadami ogólnymi wyrażonymi w art. 471 i nast. k.c., których zadaniem jest zwiększenie ochrony prawnej odbiorcy robót budowlanych. Pod warunkiem prawidłowo wykonywanej przez drugą stronę umowy kaucji gwarancyjnej trudno byłoby zatem znaleźć uzasadnienie dla ewentualnej decyzji syndyka masy upadłości inwestora o odstąpieniu od takiej umowy. Gdyby jednak syndyk masy upadłości inwestora skorzystał z prawa odstąpienia, problematyczne jest, jakie roszczenia przysługiwałyby stronie wypłacalnej, a co za tym idzie – jak kształtowałyby się zobowiązania upadłego inwestora. Przypomnieć należy, iż po stronie wypłacalnej (wykonawcy) istnieje wierzytelność o zapłatę kwot zabezpieczających ewentualne wierzytelności inwestora z tytułu rękojmi i gwarancji, pod warunkiem bezusterkowego upływu terminu oznaczonego w umowie kaucji gwarancyjnej. Jak argumentowano, wierzytelności tej (do chwili ujawnienia się wad) nie odpowiada zobowiązanie pieniężne upadłego inwestora w rozumieniu art. 91 ust. 1 PU (którego termin spełnienia świadczenia jeszcze nie nastąpił). Zarówno rękojmia, jak i gwarancja same w sobie nie rodzą zobowiązania wykonawcy ani wierzytelności inwestora – ich powstanie następuje pod warunkiem ujawnienia wad i usterek. W reżimie PUiN wierzyciel powinien zatem zgłosić wierzytelność uzależnioną od warunku do masy upadłości. Natomiast po nowelizacji PU – w wypadku odstąpienia przez syndyka inwestora od umowy kaucji gwarancyjnej – stronie wypłacalnej przysługiwać będą roszczenia opisane w art. 99 PU, tj. należności z tytułu wykonania zobowiązania i poniesionych strat. Wierzytelności te powinny być zgłoszone sędziemu-komisarzowi.

W przypadku gdy syndyk masy upadłości inwestora oświadczy o wykonywaniu umowy kaucji gwarancyjnej, koszty wykonania zobowiązania upadłego do zwrotu tzw. kwot zatrzymanych po upływie okresu ustalonego w klauzulach kaucji gwarancyjnych zaliczyć należy do tzw. innych zobowiązań masy w rozumieniu art. 230 ust. 2 PU. Zgodnie z treścią powołanego przepisu do innych zobowiązań masy zalicza się bowiem m.in. wszystkie niewymienione w ust. 1 zobowiązania masy upadłości powstałe po ogłoszeniu upadłości, w szczególności zobowiązania z zawartych przez upadłego przed ogłoszeniem upadłości umów, których wykonania zażądał syndyk.

ROSZCZENIA Z TYTUŁU UMÓW O ROBOTY BUDOWLANE W POSTĘPOWANIACH RESTRUKTURYZACYJNYCH

Umowa o roboty budowlane w postępowaniach restrukturyzacyjnych co do zasady powinna być kontynuowana[61]. Taki wniosek nasuwa się po ustaleniu, iż przepisy regulujące skutki otwarcia postępowań układowych nie przewidują żadnej szczególnej regulacji dotyczącej w ogólności losu umów wzajemnych, w tym umowy o roboty budowlane. Jedynie w postępowaniu sanacyjnym opisana jest instytucja odstąpienia przez zarządcę od umowy wzajemnej. W tej części artykułu należy zatem odrębnie omówić roszczenia z umowy o roboty budowlane w postępowaniach układowych (przyspieszonym postępowaniu układowym i postępowaniu układowym), oddzielnie zaś na tle instytucji odstąpienia przez zarządcę od takiej umowy w oparciu o przepis art. 298 ust. 1 i 2 Pr. Rest.

Przypominając, iż umowa o roboty budowlane jest umową wzajemną, w zakresie ewentualnego objęcia postanowieniami układu wierzytelności z takiej umowy przywołać należy przepis art. 150 ust. 2 Pr. Rest. Zgodnie z jego treścią wierzytelności wobec dłużnika, wynikające z umowy wzajemnej, która nie została wykonana w całości lub w części przed dniem otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego, są objęte układem tylko w przypadku, gdy świadczenie drugiej strony jest świadczeniem podzielnym, i tylko w zakresie, w jakim druga strona spełniła świadczenie przed dniem otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego i nie otrzymała świadczenia wzajemnego[62]. Organy postępowania restrukturyzacyjnego oraz zainteresowani wierzyciele w toku analizowania podstaw do objęcia układem wierzytelności z umów o roboty budowlane będą zmuszeni w pierwszej kolejności zmierzyć się z przedstawioną na wstępie do tego artykułu problematyką podzielności świadczeń stron umowy o roboty budowlane. Jak wskazano, orzecznictwo Sądu Najwyższego nie jest w tym zakresie jednolite, a rozwiązania będą musiały być dokonywane odrębnie na podstawie ustalonego w danej sprawie stanu faktycznego, w tym w szczególności postanowień poszczególnych umów o roboty budowlane.

[61] Por. Adamus R., [w:] „Prawo restrukturyzacyjne, Komentarz". Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2015 r., s. 487.
[62] Tamże.

W razie ustalenia niepodzielności świadczenia wykonawcy jego wierzytelność wobec dłużnika nie będzie objęta układem. Skutkiem tego będzie obowiązek dłużnika (inwestora) bieżącego regulowania tego typu zobowiązań po otwarciu wobec niego postępowania restrukturyzacyjnego (wniosek *a contrario* z art. 252 ust. 1 w zw. z art. 273 Pr. Rest.).

Natomiast w razie ustalenia podzielności świadczenia wykonawcy objęta układem będzie tylko ta część jego wierzytelności, która odpowiada świadczeniu wzajemnemu spełnionemu przed dniem otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego. Przekładając tę zasadę na praktykę stosunków gospodarczych, układem będzie objęta wierzytelność wykonawcy wobec inwestora – dłużnika o zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przed dniem otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego, za które wykonawca nie otrzymał świadczenia wzajemnego. Oczywiście w praktyce ustalenie podstaw faktycznych rozgraniczających opisane reżimy odpowiedzialności dłużnika i ich zastosowanie będzie bardzo trudne.

Przechodząc do analizy przepisu art. 298 ust. 1 Pr. Rest., stwierdzić trzeba, iż dopuszcza on odstąpienie przez zarządcę od umowy wzajemnej, która nie została wykonana w całości lub części przed dniem otwarcia postępowania sanacyjnego, za zgodą sędziego-komisarza oraz pod warunkiem, że świadczenie drugiej strony, wynikające z tej umowy, jest świadczeniem niepodzielnym. Jeżeli świadczenie drugiej strony umowy jest świadczeniem podzielnym, odstąpienie może dotyczyć tylko zakresu, w którym miało zostać wykonane po otwarciu postępowania sanacyjnego. Skutek odstąpienia od umowy o roboty budowlane przez zarządcę (*ex nunc, ex tunc*) uzależniony będzie od oceny charakteru świadczenia drugiej strony umowy. W przypadku stwierdzenia, iż świadczenie drugiej strony umowy ma charakter niepodzielny, skutek odstąpienia byłby niweczący (*ex tunc*). Natomiast w razie odstąpienia od umowy o roboty budowlane na podstawie art. 298 ust. 2 Pr. Rest., odstąpienie w istocie ma charakter częściowy – dotyczy tylko tego zakresu świadczenia, które miało zostać wykonane po dniu otwarcia postępowania sanacyjnego – zatem wywołuje skutek *ex nunc*. Warunkiem odstąpienia od umowy w tym zakresie jest niewykonanie zobowiązania drugiej strony[63]. Po raz kolejny zarysowuje się zatem zagadnienie określenia charakteru świadczenia wykonawcy wynikającego z umowy o roboty budowlane. Przy założeniu, iż wedle dominującej praktyki i przeważającego orzecznictwa dąży się do przypisania świadczeniu wykonawcy charakteru podzielnego, wykładnia art. 298 ust. 2 Pr. Rest. może i powinna bazować na zarysowanej koncepcji podstaw i skutków odstąpienia od umowy o roboty budowlane przez syndyka masy upadłości[64]. Co do świadczenia pieniężnego inwestora, co do zasady uznaje się je za podzielne[65].

Ponadto w zakresie skutków odstąpienia przez zarządcę od umowy relewantny będzie przepis art. 298 ust. 7 Pr. Rest. Zarysowane są w nim dwie ścieżki dochodzenia przez drugą stronę świadczenia z umowy wzajemnej, od której odstąpił zarządca:

a) strona może żądać świadczenia spełnionego po otwarciu postępowania sanacyjnego, a przed dojściem do niej oświadczenia o odstąpieniu od umowy, jeżeli świadczenie to znajduje się w majątku dłużnika;
b) jeżeli jest to niemożliwe, druga strona może dochodzić jedynie wierzytelności z tytułu wykonania zobowiązania i poniesionych strat, przy czym wierzytelności te nie są objęte układem.

Analiza zastosowania tego przepisu w toku rozliczania roszczeń stron umowy o roboty budowlane po odstąpieniu przez zarządcę od takiej umowy przekracza ramy tego opracowania. Wypada jedynie zasygnalizować, iż hipotetycznie możliwe są następujące stany faktyczne:

a) świadczenie wykonawcy z umowy o roboty budowlane jest niepodzielne, postępowanie restrukturyzacyjne otwarto wobec inwestora, a wykonawca spełnił świadczenie po otwarciu postępowania sanacyjnego i przed dojściem do niego oświadczenia zarządcy o odstąpieniu od umowy;
b) świadczenie wykonawcy z umowy o roboty budowlane jest niepodzielne, postępowanie restrukturyzacyjne otwarto wobec inwestora, a wykonawca spełnił świadczenie po otwarciu postępowania sanacyjnego, lecz po dojściu do niego oświadczenia zarządcy o odstąpieniu od umowy;
c) świadczenie wykonawcy z umowy o roboty budowlane jest podzielne, postępowanie restrukturyzacyjne otwarto wobec inwestora, zarządca odstąpił od umowy w zakresie, w jakim miała być wykonana po otwarciu postępowania;
d) postępowanie restrukturyzacyjne otwarto wobec wykonawcy – świadczenie pieniężne drugiej strony umowy (inwestora) co do zasady jest podzielne.

[63] Podobnie Adamus R., [w:] „Prawo restrukturyzacyjne, Komentarz". Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2015 r., s. 487.

[64] Na podobieństwo konstrukcji prawnej uregulowanej w art. 298 Pr. Rest. do przepisów art. 98-99 Pr.upad. wskazuje Adamus R., [w:] „Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz". Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2015 r., s. 477-480.

[65] Świadczenie pieniężne ma z istoty swojej charakter podzielny; wyrok Sądu Najwyższego z 14 marca 2002 r., sygn. IV CKN 821/00, LEX 54375.

ROSZCZENIA Z TYTUŁU UMÓW KAUCJI GWARANCYJNYCH W POSTĘPOWANIACH RESTRUKTURYZACYJNYCH

Zgodnie z treścią przepisu art. 150 ust. 1 pkt 3 Pr. Rest. układ obejmuje wierzytelności zależne od warunku, jeżeli warunek ziścił się w czasie wykonywania układu. Przepis ten ma analogiczne brzmienie jak art. 272 ust. 3 PUiN[66]. Na gruncie dotychczasowego stanu prawnego przeważało stanowisko, iż układem objęte są wierzytelności zależne od warunku zawieszającego, w przeciwieństwie do warunku rozwiązującego[67]. Rozróżnienie to jest jednak nieadekwatne do istoty problemu. Przepis art. 150 ust. 1 pkt 3 Pr. Rest. w ogóle nie dotyczy bowiem wierzytelności zastrzeżonych pod warunkiem rozwiązującym. Tego rodzaju wierzytelności wygasają w razie spełnienia się warunku, zatem do tego momentu na zasadach ogólnych objęte są układem. Ziszczenie się warunku powoduje natomiast powstanie wierzytelności tylko wtedy, gdy warunek ten jest zawieszający[68].

Jak wskazano, opisywanie wierzytelności z tytułu kaucji gwarancyjnej jako zależnej od warunku zawieszającego wydaje się być bardziej rozpowszechnioną praktyką w kontraktach budowlanych. Wyróżnić przy tym należy, analogicznie jak w poprzedzającym wywodzie: restrukturyzację zobowiązań inwestora i restrukturyzację zobowiązań wykonawcy.

W przypadku otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego wobec inwestora w przepisie art. 150 ust. 1 pkt 3 mowa będzie o wierzytelnościach jego kontrahenta, tj. wykonawcy robót, o zwrot zatrzymanych kaucji gwarancyjnych. Wierzytelności te mają charakter pieniężny i są uzależnione od warunku zawieszającego w postaci bezusterkowego upływu okresu rękojmi i gwarancji lub usunięcia wad. W spisie wierzytelności powinny być ujęte w kwocie nominalnej, jeżeli przed otwarciem postępowania restrukturyzacyjnego nie doszło do żadnych rozliczeń i potrąceń z kwot zatrzymanych przez dłużnika – inwestora. Jeżeli przed otwarciem postępowania restrukturyzacyjnego dłużnika – inwestora miałoby miejsce ujawnienie się wad i ich ewentualne usunięcie w ramach wykonania zastępczego, wierzytelność pieniężna wykonawcy ujęta w spisie powinna ulec stosunkowemu pomniejszeniu.

Natomiast w razie otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego wobec wykonawcy zważyć należy, iż wierzytelności inwestora z tytułu rękojmi i gwarancji mają w pierwszym rzędzie charakter niepieniężny (o usunięcie wad i usterek). Zgodnie z treścią art. 78 Pr. Rest. wierzytelność niepieniężną umieszcza się w spisie wierzytelności w sumie pieniężnej według jej wartości z dnia poprzedzającego dzień otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego. Brak ujawnienia się wad przed otwarciem postępowania restrukturyzacyjnego skutkuje jednakże w ten sposób, iż niemożliwe jest skonkretyzowanie wierzytelności niepieniężnej inwestora w sposób zgodny z treścią art. 78 Pr. Rest. Zachowuje bowiem w pełni aktualność powołany pogląd, iż fakt istnienia uprawnień z rękojmi i gwarancji nie jest tożsamy z powstaniem długu, bowiem dla jego powstania konieczne jest wystąpienie zdarzenia powodującego ten dług. Skoro nie ujawniła się wada, nie istnieje z tytułu rękojmi (gwarancji) ani wierzytelność, ani zobowiązanie skonkretyzowane w dług. W rezultacie przyjąć należy, iż brak ujawnienia wad skutkuje brakiem powstania jakiejkolwiek wierzytelności niepieniężnej inwestora. W okresie pomiędzy zawarciem umowy kaucji gwarancyjnej a powstaniem wierzytelności z tytułu rękojmi za wady wykonanego obiektu lub gwarancji jakości kaucja gwarancyjna w istocie zabezpiecza wierzytelność przyszłą[69].

Po otwarciu postępowania restrukturyzacyjnego wobec wykonawcy możliwe jest oczywiście zaktualizowanie się jego odpowiedzialności z tytułu udzielonej rękojmi (gwarancji), jednakże w mojej ocenie będąca odpowiednikiem tego zobowiązania ewentualna wierzytelność inwestora o zatrzymanie części kaucji gwarancyjnej nie byłaby objęta układem. Tego rodzaju wierzytelność nie spełnia bowiem podstawowego kryterium opisanego w art. 150 ust. 1 pkt 1 Pr. Rest., tj. nie jest wierzytelnością powstałą przed dniem otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego. Na gruncie art. 150 ust. 1 pkt 1 i 3 Pr. Rest. należy bowiem pamiętać, iż wierzytelność uzależniona od warunku musi być jednocześnie wierzytelnością dostatecznie skonkretyzowaną, tj. powstałą przed dniem otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego w rozumieniu art. 150 ust. 1 pkt 1 Pr. Rest. Za taką nie może zostać z całą pewnością uznana wierzytelność inwestora z tytułu rękojmi i gwarancji, jeżeli nie odniesie się jej do konkretnej wady w wykonanych robotach.

[66] W przedmiocie analizy wierzytelności z tytułu kaucji gwarancyjnych w postępowaniach upadłościowych z możliwością zawarcia układu por. Medyński M., Lewandowski P., *Kaucja gwarancyjna w kontraktach budowlanych – stosowanie i pozycja w przypadku upadłości układowej*, „Monitor Prawa Bankowego", czerwiec 2014., s. 81.

[67] Por. Gurgul S., [w:] „Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz". Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2010 r., s. 851; Zimmerman P., [w:] „Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz". Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2007 r., s. 407.

[68] Por. Zimmerman P., [w:] „Prawo Restrukturyzacyjne. Komentarz". Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2016 r., s. 1334; Adamus R., [w:] „Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz". Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2015 r., s. 262-263.

[69] Por. Lanckoroński B., [w:] „Kodeks cywilny. Komentarz do art. 647 i nast." pod red Krzysztofa Osajdy, Legalis.

Alicja Sobota [1]

ALLERHAND ADVOCACY

NOWELIZACJA USTAWY O KSZTAŁTOWANIU USTROJU ROLNEGO A PRAWO UPADŁOŚCIOWE I RESTRUKTURYZACYJNE

Ustawa z 14 kwietnia 2016 r. o wstrzymaniu sprzedaży nieruchomości Zasobu Własności Rolnej Skarbu Państwa oraz o zmianie niektórych ustaw[2] (dalej: ustawa nowelizująca), zmieniająca m.in. ustawę z 11 kwietnia 2003 r. o kształtowaniu ustroju rolnego[3] (dalej: u.k.u.r.), rewolucjonizuje obrót ziemią rolną. Ograniczenia dotyczą nie tylko obrotu nieruchomościami rolnymi, ale również udziałami i akcjami spółek prawa handlowego, które są właścicielami nieruchomości rolnych. Ochrona przed działalnością spekulacyjną w zakresie obrotu nieruchomościami rolnymi, stanowiąca cel ustawy nowelizującej, dotkliwie osłabia pozycję wierzycieli. Iluzoryczne mogą stać się zabezpieczenia hipoteczne, a to może spowodować brak możliwości uzyskania przez rolników finansowania. Osłabienie pozycji wierzycieli wynika jednak przede wszystkim z tego, że nieruchomości rolne będą trudno zbywalne w postępowaniu upadłościowym i egzekucyjnym. Trzeba zaznaczyć, że stosunkowo najlepszą pozycję będą mieli wierzyciele egzekwujący z nieruchomości rolnej w postępowaniu restrukturyzacyjnym w ramach postępowania sanacyjnego, a najmniej niekorzystną biorący udział w postępowaniu egzekucyjnym. Wydaje się, że tak ukształtowana gradacja pozycji wierzycieli jest przypadkowa. Skutkiem wejścia w życie ustawy nowelizującej, choć stosunkowo najmniej dotkliwym, ale nie całkowicie pomijalnym, może być znaczące przedłużenie postępowania upadłościowego.

DLACZEGO ZMIANY SĄ REWOLUCYJNE?

Począwszy od 30 kwietnia 2016 r. krąg nabywców nieruchomości rolnych ma charakter zamknięty. Nieruchomość rolną może nabyć rolnik indywidualny[4] lub podmioty wskazane wprost w przepisach u.k.u.r. Ustawodawca kompleksowo reglamentuje obrót nieruchomościami rolnymi ze względu na podstawę nabycia[5] oraz przedmiot[6]. Nabywca nieruchomości rolnej, z pewnymi wyjątkami[7], jest obowiązany prowadzić gospodarstwo rolne, w skład którego weszła nabyta nieruchomość rolna, przez co najmniej 10 lat od dnia nabycia, a w przypadku gdy nabywcą jest osoba fizyczna, ma obowiązek prowadzić to gospodarstwo rolne osobiście (art. 2b ust. 1 u.k.u.r.). Nieruchomość rolna, wchodząca w skład gospodarstwa rolnego, w ciągu 10 lat od dnia nabycia nie może być zbyta ani oddana w posiadanie (art. 2b ust. 2 u.k.u.r.). Sąd na wniosek nabywcy nieruchomości rolnej może wyrazić zgodę na zbycie lub oddanie nieruchomości w posiadanie innym podmiotom przed upływem 10 lat od dnia przeniesienia własności tej nieruchomości wyłącznie w przypadku, gdy konieczność jej dokonania wynika z przyczyn losowych, niezależnych od nabywcy (art. 2b ust. 3 u.k.u.r.).

Konsekwencje naruszenia przepisów u.k.u.r. są dotkliwe. Nabycie nieruchomości rolnej dokonane niezgodnie z przepisami ustawy jest nieważne (art. 9 ust. 1 u.k.u.r.). Naruszenie przez nabywcę obowiązku prowadzenia gospodarstwa

[1] Adwokat, Instytut Allerhanda, Labe i Wspólnicy Kancelaria Radców i Adwokatów sp. j.

[2] Dz. U. z 2016 r., poz. 585.

[3] Tekst jednolity Dz. U. z 2012 r., poz. 803 z późniejszymi zmianami.

[4] Rolnikiem indywidualnym jest wyłącznie osoba fizyczna spełniająca wymogi z art. 6 u.k.u.r. Oznacza to, że rolnikiem indywidualnym nie może być osoba prawna, inna jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną.

[5] Nabyciem nieruchomości rolnej jest przeniesienie własności nieruchomości rolnej lub nabycie własności nieruchomości rolnej w wyniku dokonania czynności prawnej, lub orzeczenia sądu albo organu administracji publicznej, a także innego zdarzenia prawnego (art. 2 pkt 7 u.k.u.r.).

[6] U.k.u.r. stosuje się odpowiednio do nabycia użytkowania wieczystego nieruchomości rolnej albo udziału lub części udziału w użytkowaniu wieczystym nieruchomości rolnej, a także do nabycia udziału lub części udziału we współwłasności nieruchomości rolnej (art. 2c u.k.u.r.). U.k.u.r. stosuje się odpowiednio do nabycia gospodarstwa rolnego (art. 4a u.k.u.r.).

[7] Obowiązki nie dotyczą nabywcy będącego osobą bliską zbywcy, jednostką samorządu terytorialnego, Skarbu Państwa lub osoby prawnej działającej na podstawie przepisów o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej, o stosunku Państwa do innych kościołów i związków wyznaniowych oraz o gwarancjach wolności sumienia i wyznania (art. 2b ust. 4 u.k.u.r.).

rolnego oraz zbycie lub oddanie w posiadanie nieruchomości rolnej wchodzącej w skład gospodarstwa rolnego w ciągu 10 lat od nabycia nieruchomości rolnej uprawnia sąd do wydania na wniosek Agencji Nieruchomości Rolnych (dalej: ANR) orzeczenia o nabyciu przez ANR nieruchomości rolnej za zapłatą równowartości pieniężnej odpowiadającej wartości rynkowej ustalonej stosownie do przepisów ustawy o gospodarce nieruchomościami (art. 9 ust. 3 u.k.u.r.).

Przepisów u.k.u.r. w brzmieniu nadanym ustawą nowelizującą nie stosuje się do postępowań dotyczących nabycia nieruchomości, które nie zostały zakończone do dnia wejścia w życie ustawy nowelizującej (art. 12 ustawy nowelizującej). W mojej ocenie postępowaniem dotyczącym nabycia nieruchomości w rozumieniu art. 12 ustawy nowelizującej jest właściwe postępowanie upadłościowe. Bez znaczenia jest zatem, kiedy zostało wszczęte postępowanie w przedmiocie ogłoszenia upadłości. Decydujące dla stosowania przepisów u.k.u.r. w brzmieniu nadanym ustawą nowelizującą ma to, czy upadłość została ogłoszona przed 30 kwietnia 2016 r. Jeżeli upadłość (a ściślej pierwsze postanowienie o ogłoszeniu upadłości) została ogłoszona 30 kwietnia 2016 r. lub później, należy stosować u.k.u.r. w brzmieniu wynikającym z ustawy nowelizującej.

PRACE NAD PROJEKTEM USTAWY NOWELIZUJĄCEJ

Początkowo ustawodawca zakładał pozytywne rozwiązania dotyczące nabywania nieruchomości rolnych w postępowaniach upadłościowym i restrukturyzacyjnym. Wniesiony 4 marca 2016 r. do sejmu projekt ustawy nowelizującej[8] zakładał, że każdy (nie tylko rolnik indywidualny lub inne podmioty uprawnione z u.k.u.r.) może nabyć nieruchomość rolną w wyniku wydanego na podstawie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym orzeczenia sądu lub organu egzekucyjnego albo w toku postępowania upadłościowego. Po I czytaniu projektu ustawy nowelizującej zaproponowano poprawkę, z której wynikało, że analogiczna zasada (brak zamkniętego kręgu nabywców nieruchomości rolnych) będzie obowiązywała również w toku postępowania restrukturyzacyjnego w ramach postępowania sanacyjnego. Poprawka została przyjęta przez sejm w II czytaniu[9]. Po II czytaniu projektu ustawy nowelizującej grupa posłów zaproponowała poprawkę zakładającą, że nabycie nieruchomości rolnej w wyniku wydanego na podstawie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym orzeczenia sądu lub organu egzekucyjnego w toku postępowania upadłościowego będzie podlegało zasadom ogólnym (nabywcą co do zasady musi być rolnik indywidualny). Poprawka grupy posłów nie zmieniała jednak zasad nabywania nieruchomości rolnej w postępowaniu restrukturyzacyjnym w ramach postępowania sanacyjnego. Jak wynika z zapisu posiedzenia Komisji Rolnictwa i Rozwoju Wsi z 30 marca 2016 r.[10], grupa posłów argumentowała, że umożliwienie nabywania w postępowaniach egzekucyjnym i upadłościowym nieruchomości rolnych przez każdego bez ograniczeń ma legitymizować proceder celowego doprowadzenia rolników do bankructwa w celu przejmowania gospodarstw rolnych. Minister rolnictwa i rozwoju wsi był przeciwny przyjmowaniu tej poprawki, wskazując, że „(…) ten przepis nie dotyczy tylko banku, ale również podmiotów prywatnych czy egzekucji prowadzonej przez urzędy skarbowe. Idąc tokiem pana rozumowania, to bank nie mógłby przejąć nieruchomości za długi, bo nie byłby rolnikiem indywidualnym, a takiego prawa nie możemy stosować. Po pierwsze, nie dotyczy to tylko banków, bo są to osoby prywatne, inne instytucje oraz organy skarbowe. Moim zdaniem nie można tego wykreślić, bo to byłoby niewłaściwe działanie". Niespodziewanie w III czytaniu projektu ustawy nowelizującej, które odbyło się 31 marca 2016 r., sejm uchwalił ustawę nowelizującą w brzemieniu uwzględniającym poprawkę, o której odrzucenie wnioskowała zarówno Komisja Rolnictwa i Rozwoju Wsi, jak i minister rolnictwa i rozwoju wsi.

Reasumując, nabycie nieruchomości rolnej w postępowaniu upadłościowym może nastąpić na rzecz: (1) rolnika indywidualnego, (2) osoby bliskiej zbywcy[11], (3) jednostki samorządu terytorialnego, (4) Skarbu Państwa lub działającej na jego rzecz ANR, (5) osoby prawnej działającej na podstawie przepisów o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej, o stosunku Państwa do innych kościołów i związków wyznaniowych oraz o gwarancjach sumienia (dalej łącznie: podmioty ustawowo uprawnione), a także na rzecz podmiotów, które na nabycie uzyskały zgodę prezesa ANR. Prezes ANR wydaje decyzję o wyrażeniu zgody na nabycie nieruchomości rolnej na rzecz innych podmiotów niż ustawowo uprawione m.in. na wniosek zbywcy jeśli: (1) zbywca wykaże[12], że nie było możliwości nabycia nieruchomości rolnej przez pod-

[8] Druk nr 293, prace nad nowelizacją dostępne pod linkiem: www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=293.

[9] Wskazywano wówczas, że „Poprawka, która będzie zapisana w lit. b, wynika z faktu, że na podstawie ustawy – Prawo restrukturyzacyjne zarządca może sprzedać nieruchomość rolną. Stąd też w tym przypadku, analogicznie do postępowania upadłościowego, zasadnym jest niestosowanie przepisu, zgodnie z którym nabywcą nieruchomości rolnej może być rolnik indywidualny".

[10] Zapis posiedzenia Komisji Rolnictwa i Rozwoju Wsi z 30 marca 2016 r. http://orka.sejm.gov.pl/zapisy8.nsf/0/451B728B92B3756DC1257F8D-004734D4/%24File/0046008.pdf, s. 22-25.

[11] W kontekście statusu syndyka jako zastępcy pośredniego należy rozstrzygnąć, czy osobą bliską zbywcy, która może nabywać nieruchomości rolne bez ograniczeń (również bez zastrzeżenia prawa pierwokupu ANR), jest osoba bliska dla syndyka czy osoba bliska dla upadłego. W mojej ocenie, uwzględniając wykładnię funkcjonalną, chodzi o osobę bliską upadłego.

[12] Zastrzeżenie, że zbywca ma obowiązek wykazać, że nie było możliwości nabycia nieruchomości rolnej na rzecz innych podmiotów niż ustawowo uprawnione, wyłącza stosowanie art. 7 i 77 § 1 k.p.a. Prezes ANR nie ma obowiązku prowadzenia postępowania dowodowego na okoliczność ustalenia, czy istniała możliwość nabycia nieruchomości rolnej przez podmiot uprawniony ustawowo. W zakresie pozostałych przesłanek art. 7 i 77 § 1 k.p.a. znajduje pełne zastosowanie.

mioty ustawowo uprawnione, (2) nabywca daje rękojmię należytego prowadzenia działalności rolniczej, (3) w wyniku nabycia nie dojdzie do nadmiernej koncentracji gruntów rolnych (art. 2a ust. 4 pkt 1 lit. a-c u.k.u.r.). Uważam, że wskazane przesłanki muszą być spełnione łącznie. Nabycie nieruchomości rolnej w toku postępowania restrukturyzacyjnego w ramach postępowania sanacyjnego nie podlega wymienionym ograniczeniom. Nie oznacza to jednak, że nabycie nieruchomości rolnej w postępowaniu sanacyjnym w ogóle nie podlega przepisom u.k.u.r. Nabycie nieruchomości rolnej w postępowaniu sanacyjnym (podobnie jak w postępowaniu upadłościowym) generalnie następuje pod warunkiem, że ANR nie skorzysta z przysługującego jej prawa pierwokupu (art. 3 ust. 4-5 u.k.u.r.)[13]. Nabywca nieruchomości rolnej w postępowaniach restrukturyzacyjnym oraz upadłościowym ma obowiązek prowadzenia gospodarstwa rolnego przez 10 lat od nabycia, w tym okresie nie może także bez zgody sądu zbyć nieruchomości rolnej wchodzącej w skład gospodarstwa rolnego[14] lub oddać jej w posiadanie. Z tych względów może się okazać, że pomimo korzystniejszej pozycji wierzycieli w postępowaniu sanacyjnym wskutek rygorystycznych obowiązków nałożonych na nabywców nie uda się doprowadzić do sprzedaży ze względu na brak zainteresowanych.

Wobec istotnych ograniczeń w obrocie nieruchomościami rolnymi w postępowaniu upadłościowym dalsze rozważania zostaną ograniczone do wpływu ustawy nowelizującej na postępowanie upadłościowe.

WYŁĄCZENIA STOSOWANIA PRZEPISÓW U.K.U.R.

Biorąc pod uwagę kompleksowość i restrykcyjność ustawy nowelizującej, istotnego znaczenia nabierają wyłączenia stosowania przepisów u.k.u.r. Przepisów u.k.u.r. nie stosuje się do nieruchomości rolnych o powierzchni mniejszej niż 0,3 ha (art. 1a pkt 2 u.k.u.r.)[15]. Przepisów u.k.u.r. w brzmieniu nadanym ustawą nowelizującą nie stosuje się również do:

1. zabudowanych, o powierzchni nieprzekraczającej 0,5 ha, które 30 kwietnia 2016 r. zajęte byyły pod budynki mieszkalne oraz budynki, budowle i urządzenia niewykorzystywane obecnie do produkcji rolniczej, wraz z gruntami do nich przyległymi umożliwiającymi ich właściwe wykorzystanie oraz zajętymi na urządzenie ogródka przydomowego – jeżeli grunty te tworzą zorganizowaną całość gospodarczą oraz nie zostały wyłączone z produkcji rolnej w rozumieniu ustawy z 3 lutego 1995 r. o ochronie gruntów rolnych i leśnych (art. 11 pkt 1 ustawy nowelizującej);
2. które 30 kwietnia 2016 r. w ostatecznych decyzjach o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu przeznaczone są na cele inne niż rolne (art. 11 pkt 2 ustawy nowelizującej).

DEFINICJA NIERUCHOMOŚCI ROLNEJ

Ustawodawca, decydując się na nowelizację przepisów u.k.u.r., miał okazję do rozstrzygnięcia wszelkich wątpliwości, narastających od 2003 r. w związku z niejednoznacznością definicji nieruchomości rolnej. Niestety, mając pełną świadomość istniejących w doktrynie wątpliwości, nie zdecydował się na jej doszczegółowienie. Podobnie jak w poprzednim stanie prawnym, nieruchomością rolną jest nieruchomość rolna w rozumieniu k.c., z wyłączeniem nieruchomości położonych na obszarach przeznaczonych w planach zagospodarowania przestrzennego na cele inne niż rolne (art. 2 pkt 1 u.k.u.r.). Nieruchomościami rolnymi w rozumieniu k.c. są nieruchomości, które są lub mogą być wykorzystywane do prowadzenia działalności wytwórczej w rolnictwie w zakresie produkcji roślinnej i zwierzęcej, nie wyłączając produkcji ogrodniczej, sadowniczej i rybnej (art. 46^1 k.c.). Definicja nieruchomości rolnej nie jest jednoznaczna, co w związku z brakiem powszechności miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego istotnie podwyższa ryzyko obrotu. O zakwalifikowaniu nieruchomości jako rolnej decyduje wyłącznie możliwość wykorzystania gruntu do prowadzenia działalności rolniczej[16]. Nieruchomości rolne mogą być położone w granicach administracyjnych miast. W orzecznictwie reprezentowany jest pogląd, że podstawową cechą nieruchomości rolnej jest możliwość prowadzenia działalności wytwórczej przeznaczonej na zbyt[17].

[13] Prawo pierwokupu nie przysługuje ANR m.in. gdy nabywcą jest osoba bliska zbywcy.

[14] Art. 2b ust. 2 u.k.u.r. nie przewiduje *expressis verbis*, że zakaz zbycia dotyczy nieruchomości rolnej wchodzącej w skład gospodarstwa rolnego nabywcy. Przepis należy jednak łączyć z ust. 1 tego przepisu, który dotyczy wyłącznie nieruchomości rolnych, które wchodzą w skład gospodarstwa rolnego. W myśl art. 2 pkt 2 u.k.u.r. powierzchnia gospodarstwa rolnego jest nie mniejsza niż 1 ha. Moim zdaniem nabywca nieruchomości rolnej może dowolnie zbyć nieruchomość lub oddać ją w posiadanie, jeśli jej powierzchnia nie przekracza 1 ha.

[15] Poprawka zakładająca przedmiotowe wyłącznie została przyjęta przez senat 14 kwietnia 2016 r.

[16] Skowrońska-Bocian E., Warciński M., [w:] K. Pietrzykowski (red.), „Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz art. 1-44910", Warszawa 2015 r., s. 228; Budzinowski R., [w:] M. Gutowski (red.), „Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz art. 1-44911", Warszawa 2016 r., s. 282; Katner W., [w:] M. Safjan (red.), „System prawa prywatnego. Tom I. Prawo cywilne – część ogólna", Legalis.

[17] Tak wyrok Sądu Najwyższego z 2 czerwca 2000 r., II CKN 1067/98, z którego wynika, że „Ustawowa definicja gospodarstwa rolnego zawarta w art. 55^3 k.c. zawiera niedookreślone pojęcie zorganizowanej całości gospodarczej, wskutek czego całość rodzi wątpliwości. Należy bowiem zauważyć, że nieruchomość rolna jako składnik gospodarstwa została także zdefiniowana w niepełny sposób w art. 46^1, to jest od strony przydatności do prowadzenia działalności wytwórczej w rolnictwie. Rzecz w tym, że również pojęcie rolnictwa jest szerokie i trudne do zdefiniowania. Wyżej wskazane kumulujące się wieloznaczne zwroty nie pozwalają oprzeć wykładni »gospodarstwa rolnego» na kryterium językowym, mimo wielokrotnie podkreślanego w literaturze przedmiotu znaczenia wykładni gramatycznej jako pierwszej i najpewniejszej spośród wszystkich metod. Nie ulega wszakże wątpliwości, że przesłanki wymienione w obydwu przepisach (art. 46^1 i art. 55^3 k.c.) muszą być stosowane paralelnie, jeśli interpretator zmierza do odtworzenia rzeczywistej treści normy prawnej. Wychodząc z takich

Nie jest to jednak pogląd dominujący.

Wątpliwości budzi status nieruchomości o niejednorodnym charakterze. Przyjmuje się, że do kwalifikacji nieruchomości jako rolnej na podstawie przepisów u.k.u.r. wystarczy, by chociażby jej niewielką część stanowiły użytki rolne[18].

W doktrynie wyrażany jest pogląd, że wydanie decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu określającej przeznaczenie na cele inne niż rolne pozbawia nieruchomość charakteru rolnego[19]. Ten pogląd potwierdzała uchwała Krajowej Rady Notarialnej z 15 lutego 2008 r. uzgodniona z ANR (nr VI/15/2008)[20], z której wynika, że: „W przypadku braku planu zagospodarowania przestrzennego należy ustalać przeznaczenie nieruchomości na podstawie danych z ewidencji gruntów i budynków lub decyzji o warunkach zabudowy terenu, przy czym jedynie aktualna decyzja o warunkach zabudowy terenu, niezawierająca dodatkowego wymogu uzyskania zgody na przeznaczenie gruntu rolnego na cele nierolnicze i która określa jego przeznaczenie na cele budowlane niezwiązane z działalnością wytwórczą w rolnictwie, stanowi podstawę uznania nieruchomości za nierolną w rozumieniu ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego". Należy jednak rozważyć, czy art. 11 pkt 2 ustawy nowelizującej, który przewiduje wyłączenie stosowania przepisów u.k.u.r. do nieruchomości rolnych, które 30 kwietnia 2016 r. w ostatecznych decyzjach o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu przeznaczone są na cele inne niż rolne, rozumiany *a contratio* oznacza, że nieruchomości, które po 30 kwietnia 2016 r. w ostatecznych decyzjach o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu przeznaczone są na cele inne niż rolne, są nieruchomościami rolnymi w rozumieniu przepisów u.k.u.r. Taki wniosek może wynikać z literalnego brzmienia przepisu, który wprost posługuje się sformułowaniem **nieruchomości rolne** w stosunku do nieruchomości, dla której wydano ostateczną decyzję o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu z przeznaczeniem na inne cele niż rolne. Wnioskowanie *a contratio* odrzucił Z. Truszkiewicz[21], który twierdzi, że pomimo wprowadzenia art. 11 pkt 2 ustawy nowelizującej, z wykładni systemowej i historycznej wynika, że nieruchomości przeznaczone w decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu na inne cele niż rolne przestają być nieruchomościami rolnymi w rozumieniu kodeksu cywilnego, a w konsekwencji również w rozumieniu przepisów u.k.u.r. Moim zdaniem zmiana normatywna wynikająca z art. 11 pkt 2 ustawy nowelizującej dotyczy wyłącznie sytuacji, w której na podstawie decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu część nieruchomości jest przeznaczona na cele inne niż rolne. Taka nieruchomość o niejednorodnym charakterze jest nieruchomością rolną, ale wskutek brzmienia art. 11 pkt 2 ustawy nowelizującej nie stosuje się do niej zasad wynikających z u.k.u.r.

Po uchwaleniu ustawy nowelizującej do sejmu wpłynęły 3 projekty ustaw zmieniających przepisy u.k.u.r. (druki nr 660, 672, 673). Jeden z wniesionych projektów (druk nr 660[22]) zakłada, że nieruchomościami rolnymi w rozumieniu ustawy nie będą m.in. nieruchomości położone na obszarach przeznaczonych w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego lub studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy, lub w ostatecznej decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, lub w ostatecznym pozwoleniu na budowę na cele inne niż rolne: w szczególności na parki technologiczne, parki przemysłowe, centra biznesowo-logistyczne, składy magazynowe, inwestycje transportowe, budownictwo mieszkaniowe, obiekty sportowo-rekreacyjne, obiekty handlowe, usługowe lub biurowe. Wydaje się, że ze względu na negatywną opinię Komisji Rolnictwa i Rozwoju Wsi nie ma szans na wprowadzenie tych zmian.

SPRZEDAŻ NIERUCHOMOŚCI ROLNEJ W POSTĘPOWANIU UPADŁOŚCIOWYM

Ustawa nowelizująca nie dostosowała przepisów ustawy z 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe[23] (dalej: pr. up.) do zmienionych zasad obrotu nieruchomościami rolnymi. Stąd należy rozważyć, w jaki sposób przepisy u.k.u.r. wpływają na procedurę zawarcia umowy sprzedaży nieruchomości rolnej w postępowaniu upadłościowym.

O zakwalifikowaniu nieruchomości jako rolnej decyduje przede wszystkim syndyk pod nadzorem sędziego-komisarza, który zatwierdza warunki aukcji lub przetargu

założeń, trzeba zwrócić uwagę na zdatność gruntu do prowadzenia działalności wytwórczej, aby nieruchomość można było uznać za rolną. Sformułowanie to zakłada istnienie celowej i zorganizowanej aktywności ludzkiej (najczęściej właściciela) ukierunkowanej na wytwarzanie, to znaczy »osiąganie«, »produkowanie« w dziedzinie rolnictwa. Przeciwieństwem takiej aktywności będzie osiąganie produktów przypadkowo, bez nakładu sił i środków właściciela. Do działalności wytwórczej nie można też zaliczyć efektów rzeczowych powstających w znikomej ilości na tzw. samozaopatrzenie albo dla zaspokojenia osobistych upodobań uprawnionego do gruntu".

18 Tak: SN w wyroku z 5 września 2012 r., IV CSK 93/12. W tym judykacie Sąd Najwyższy rozważał, czy decydujący dla oceny charakteru nieruchomości jako rolnej jest jej wiodący charakter. Sąd Najwyższy takie kryterium odrzucił wyłącznie ze względu na to, że takie stanowisko nie jest wolne od uznaniowości utrudniającej obrót nieruchomościami.

19 Tak m.in. Z. Truszkiewicz, *Nieruchomość rolna i gospodarstwo rolne w rozumieniu u.k.u.r.*, „Krakowski Przegląd Notarialny", nr 2, 2016 r., s. 155. Odmiennie Gniewek E., „Kodeks cywilny. Komentarz", Warszawa 2016 r., s. 115-116, który wskazuje, że grunty tracą charakter nieruchomości rolnych dopiero wskutek formalnego wyłączenia z produkcji rolnej w trybie ustawy o ochronie gruntów rolnych i leśnych.

20 www.anr.gov.pl/web/guest/stanowisko-krajowej-rady-notarialnej-i-agencji-nieruchomosci-rolnych-ukur.

21 Truszkiewicz Z., *Gospodarstwo rolne ...*, *op. cit.*, s. 166.

22 Przebieg procesu legislacyjnego: www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=660.

23 Tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 233 z późn. zm.

(art. 320 ust. 1 pkt 1 pr. up.) oraz wybór oferenta (art. 320 ust. 1 pkt 5 pr. up.). Nabycie nieruchomości rolnej w postępowaniu upadłościowym następuje na podstawie umowy sprzedaży zawieranej przez syndyka (art. 321 pr. up.). Jeśli notariusz uzna, że umowa będzie sprzeczna z przepisami u.k.u.r., w szczególności nabywcą nie będzie podmiot ustawowo uprawniony albo taki, który na nabycie nie uzyskał zgody prezesa ANR, notariusz odmówi dokonania czynności notarialnej (art. 81 ustawy z 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie[24]).

W mojej ocenie wskutek wejścia w życie ustawy nowelizującej w aukcji lub przetargu mającym za przedmiot nieruchomość rolną mogą wziąć udział wyłącznie podmioty ustawowo uprawnione, a także inne podmioty, o ile nabycie spełni wymogi określone w art. 2a ust. 4 pkt 1 lit. pkt 1 u.k.u.r., tj. nabywca daje rękojmię należytego prowadzenia działalności rolniczej oraz wskutek nabycia nie dojdzie do nadmiernej koncentracji gruntów rolnych. Z oczywistą szkodą dla wierzycieli dochodzi do ograniczenia kręgu podmiotów mogących wziąć udział w aukcji lub przetargu organizowanych w postępowaniu upadłościowym. Przepisy pr. up., u.k.u.r. oraz k.c., do których odpowiedniego stosowania odsyła art. 320 ust. 1 pr. up., nie przewidują trybu, w jakim może nastąpić odmowa dopuszczenia do udziału w aukcji lub przetargu. Przepisy nie określają, kto podejmuje w tej sprawie rozstrzygnięcie. Biorąc pod uwagę fakt, że syndyk prowadzi aukcję lub przetarg (art. 320 pkt 4 pr. up.), uważam, że jest on uprawniony do rozstrzygania tej kwestii. Niesłusznie pominięty przez syndyka oferent może kwestionować decyzję syndyka odmawiającą dopuszczania do udziału w aukcji lub przetargu w zażaleniu na postanowienie sędziego-komisarza o zatwierdzeniu wyboru oferenta (art. 320 ust. 2 pr. up.).

W warunkach aukcji lub przetargu syndyk powinien zobowiązać zainteresowane udziałem podmioty do przedstawienia w odpowiednim terminie dowodów niezbędnych dla zweryfikowania, czy mieszczą się w kategorii podmiotów ustawowo uprawnionych[25] bądź też nabycie spełni wymogi określone w art. 2a ust. 4 pkt 1 lit. b i c u.k.u.r. Ze względu na nieprecyzyjność tych wymogów, o której będzie mowa w dalszej części, utrudnione jest wskazanie (nawet przykładowe), o jakie dokumenty chodzi. W warunkach aukcji lub przetargu trzeba również zastrzec, że umowa sprzedaży może zostać zawarta z podmiotami, które nie są ustawowo uprawnione, pod warunkiem wyrażenia zgody na nabycie przez prezesa ANR[26]. Jeśli wybranym oferentem nie jest podmiot ustawowo uprawniony, postanowienie sędziego-komisarza o zatwierdzeniu wyboru oferenta powinno zastrzegać analogiczny warunek (art. 320 ust. 1 pkt 5 pr. up. w zw. z art. 2a ust. 4 u.k.u.r.).

W warunkach aukcji lub przetargu trzeba wskazać, czy sprzedaż nastąpi pod warunkiem nieskorzystania przez ANR z prawa pierwokupu.

NABYCIE NIERUCHOMOŚCI ROLNEJ PRZEZ PODMIOT INNY NIŻ USTAWOWO UPRAWNIONY – ZGODA PREZESA ANR (ART. 2A UST. 4 U.K.U.R.)

Ustawodawca, łagodząc rygorystyczne mechanizmy obrotu nieruchomościami rolnymi, przewidział, że nieruchomości rolne mogą być nabywane przez podmioty inne niż ustawowo uprawnione za zgodą prezesa ANR, wyrażoną w drodze decyzji administracyjnej (art. 2a ust. 4 u.k.u.r.). Wniosek o wydanie takiej decyzji może złożyć zbywca lub osoba fizyczna zamierzająca utworzyć gospodarstwo rodzinne. Jeśli umowa zawierana jest z nabywcą, który uzyskał zgodę prezesa ANR, wówczas ANR nie przysługuje prawo pierwokupu nieruchomości rolnej (art. 3 ust. 5 pkt 2 u.k.u.r.).

Mechanizm nabywania nieruchomości w postępowaniu upadłościowym i postępowaniu egzekucyjnym znacząco się różni. Podstawą nabycia nieruchomości w postępowaniu upadłościowym jest umowa zawarta przez syndyka (art. 321 ust. 1 pr. up.). W postępowaniu egzekucyjnym nabycie nieruchomości następuje na podstawie postanowienia sądu o przysądzeniu własności (art. 998 i nast. k.p.c.). Zarówno sąd, jak i komornik nie są zbywcami w rozumieniu art. 2a ust. 4 pkt 1 u.k.u.r., a więc nie mają legitymacji do złożenia wniosku do prezesa ANR o wyrażenie zgody na nabycie nieruchomości przez inne podmioty niż ustawowo uprawnione. Zbywcą nie jest również dłużnik, który na pewno nie będzie zainteresowany prowadzeniem postępowania zmierzającego do pozbawienia go własności nieruchomości. Konsekwencją tego jest istotne utrudnienie (o ile nie całkowite wyłączenie) możliwości doprowadzenia do sprzedaży nieruchomości rolnych w postępowaniu egzekucyjnym. Syndyk jako zastępca pośredni (art. 160 ust. 3 pr. up.) jest moim zdaniem zbywcą w rozumieniu art. 2a ust. 4 pkt 1 u.k.u.r., a zatem

[24] Tekst jednolity Dz. U. z 2014 r., poz. 164 z późn. zm.

[25] Ustawodawca w art. 7 u.k.u.r. określił, jakie dowody potwierdzają spełnienie warunków do nabycia nieruchomości rolnej (dowody stanowią załączniki do umowy przenoszącej własność nieruchomości rolnej). Przykładowo dowodem potwierdzającym osobiste prowadzenie gospodarstwa rolnego jest oświadczenie prowadzącego to gospodarstwo, poświadczone przez wójta, burmistrza lub prezydenta miasta (uzyskanie takiego zaświadczenia w dużych miastach będzie utrudnione), natomiast dowodem potwierdzającym zamieszkanie w danej gminie jest zaświadczenie o zameldowaniu na pobyt stały.

[26] Prawo pierwokupu ANR jest wyłączone, jeśli prezes ANR wydał zgodę na nabycie przez inny podmiot niż ustawowo uprawniony (art. 3 ust. 5 pkt 2 u.k.u.r.).

posiada legitymację do złożenia wniosku do prezesa ANR o wydanie decyzji wyrażającej zgodę na sprzedaż nieruchomości rolnej w postępowaniu upadłościowym innym podmiotom niż ustawowo uprawione. Obecny kształt przepisów u.k.u.r. faworyzuje wierzycieli biorących udział w postępowaniu upadłościowym kosztem wierzycieli zaspokajających się w postępowaniu egzekucyjnym, choć brak ku temu obiektywnych podstaw.

Prezes ANR wyda na wniosek syndyka decyzję o wyrażeniu zgody na nabycie nieruchomości rolnej na rzecz podmiotu, który nie jest ustawowo uprawniony, jeśli nie było możliwości nabycia nieruchomości rolnej przez podmioty ustawowo uprawnione, nabywca daje rękojmię należytego prowadzenia działalności rolniczej oraz w wyniku nabycia nie dojdzie do nadmiernej koncentracji gruntów rolnych.

W mojej ocenie wykazanie przez syndyka, że nie było możliwości sprzedaży nieruchomości rolnej w postępowaniu upadłościowym przez podmioty ustawowo uprawnione, jest praktycznie niemożliwe. Syndyk (podobnie jak każdy inny zbywca) nie ma przecież możliwości udowodnienia, że nie było możliwości nabycia nieruchomości rolnej w postępowaniu upadłościowym przez każdego rolnika indywidualnego, każdą osobę bliską upadłego, każdą jednostkę samorządu terytorialnego, Skarb Państwa lub działającą na jego rzecz ANR, lub każdą wyznaniową osobę prawną. Ponadto, ustawodawca nie przewidział przynajmniej przykładowego katalogu dowodów, za pomocą których ta okoliczność może być wykazana. W przetargu lub w aukcji mogą wziąć udział zarówno podmioty ustawowo uprawnione, jak również inne, pod warunkiem, że spełnią wymogi określone w art. 2a ust. 4 pkt 1 lit. b i c u.k.u.r. Pojawia się więc wątpliwość, czy ta przesłanka, tj. brak możliwości nabycia nieruchomości rolnej przez podmioty ustawowo uprawnione, oznacza, że w przetargu lub aukcji faworyzowane powinny być podmioty ustawowo uprawnione. Moim zdaniem taki wniosek nie jest uprawniony. Brak możliwości nabycia nieruchomości rolnej przez podmioty ustawowo uprawnione w mojej ocenie należy oceniać w odniesieniu do ceny uzyskanej w aukcji lub przetargu. Jeśli najwyższą cenę sprzedaży oferuje podmiot, który nie jest uprawniony ustawowo, ale jednocześnie ten oferent spełnia wymogi określone w art. 2a ust. 4 pkt 1 u.k.u.r., to uznać trzeba, że nie ma możliwości nabycia nieruchomości rolnej przez podmioty ustawowo uprawnione (za tak ustaloną cenę).

Ustawodawca nie wskazał, jakie kryteria należy brać pod uwagę, oceniając, czy **nabywca daje rękojmię należytego prowadzenia działalności rolniczej**. Ustawodawca nie zdefiniował również, kiedy dochodzi do niedopuszczalnej, **nadmiernej koncentracji gruntów rolnych**.

Kształt przesłanek zawartych w art. 2a ust. 4 pkt 1 u.k.u.r. prowadzi do całkowitej dowolności w udzielaniu przez prezesa ANR zgody na nabycie nieruchomości przez inne podmioty niż ustawowo uprawnione. Art. 2a ust. 4 pkt 1 u.k.u.r. nie cechują należyta poprawność, precyzja i jasność. Redakcja art. 2a ust. 4 pkt 1 u.k.u.r. rodzi uzasadnione zarzuty naruszenia zasady precyzyjnej redakcji tekstu prawnego, która jest wywodzona z zasady demokratycznego państwa prawnego[27].

Zgodnie z art. 321 ust. 1 pr. up. syndyk zawiera umowę sprzedaży w terminie określonym przez sędziego-komisarza, nie dłuższym niż cztery miesiące od dnia zatwierdzenia wyboru oferenta przez sędziego-komisarza. Należyta staranność syndyka wymaga, aby wniosek do prezesa ANR o wyrażenie zgody na nabycie został złożony niezwłocznie po uprawomocnieniu się postanowienia sędziego-komisarza o wyborze oferenta. Stąd też kluczowe jest uzyskanie przez syndyka od oferentów właściwych dokumentów stanowiących podstawę wniosku. Może okazać się, że w 4-miesięcznym terminie obiektywnie nie będzie możliwe uzyskanie zgody na nabycie nieruchomości rolnej (np. konieczne będzie złożenie przez syndyka odwołania lub skargi do sądu administracyjnego). Prowadzenie przez syndyka postępowania administracyjnego przed prezesem ANR służy realizowaniu celu postępowania upadłościowego przez doprowadzenie do zaspokojenia wierzycieli w najwyższym stopniu (art. 2 ust. 1 pr. up.). Należy rozstrzygnąć, jakie skutki wiążą się z nieuzyskaniem w 4-miesięcznym terminie zgody na nabycie nieruchomości rolnej. P. Zimmerman przyjmuje[28], że jeśli nie dojdzie do zawarcia umowy w 4-miesięcznym terminie z przyczyn innych niż leżące po stronie oferenta, umowa może być zawarta po tym terminie. Nieco odmienny pogląd w tym zakresie wyraża S. Gurgul[29], który wskazuje, że niezależnie od

[27] Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 29 października 2003 r., K 53/03, http://otk.trybunal.gov.pl/orzeczenia/, wskazał, że: „Trybunał konsekwentnie reprezentuje stanowisko, że z wyrażonej w art. 2 Konstytucji zasady państwa prawnego wynika nakaz przestrzegania przez ustawodawcę zasad poprawnej legislacji. Nakaz ten jest funkcjonalnie związany z zasadami pewności i bezpieczeństwa prawnego oraz ochrony zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa. Zasady te nakazują, aby przepisy prawa były formułowane w sposób precyzyjny i jasny oraz poprawny pod względem językowym. Wymóg jasności oznacza obowiązek tworzenia przepisów klarownych i zrozumiałych dla ich adresatów, którzy od racjonalnego ustawodawcy oczekiwać mogą stanowienia norm prawnych niebudzących wątpliwości co do treści nakładanych obowiązków i przyznawanych praw. Związana z jasnością precyzja przepisu winna przejawiać się w konkretności nakładanych obowiązków i przyznawanych praw tak, by ich treść była oczywista i pozwalała na ich wyegzekwowanie. Przestrzeganie zasad poprawnej legislacji – jak stwierdził Trybunał w sprawie K 33/00 – ma szczególnie doniosłe znaczenie w sferze praw i wolności. (...) Przekroczenie pewnego poziomu niejasności przepisów prawnych stanowić może samoistną przesłankę stwierdzenia ich niezgodności z wyrażoną w art. 2 Konstytucji zasadą państwa prawnego, z której wywodzony jest nakaz należytej określoności stanowionych przepisów".

[28] Zimmerman P., „Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz", Warszawa 2016 r., s. 624.

[29] Gurgul S., „Prawo upadłościowe. Komentarz", Warszawa 2016 r., system Legalis.

tego, czy uchybienie terminowi następuje z winy oferenta, zawarcie umowy sprzedaży po terminie nie powoduje jej nieważności, chyba że umowa zostanie zawarta już po wydaniu przez sędziego-komisarza postanowienia o ogłoszeniu nowego przetargu lub aukcji. Uważam, że umowa sprzedaży zawarta po upływie 4-miesięcznego terminu liczonego od uprawomocnienia się postanowienia o zatwierdzeniu oferenta będzie ważna.

NABYCIE NIERUCHOMOŚCI ROLNEJ PRZEZ ANR (ART. 2A UST. 6 U.K.U.R.)

Niewyrażenie zgody na nabycie nieruchomości rolnej przekreśla cel postępowania upadłościowego, które jest prowadzone po to, aby zaspokoić wierzycieli w jak największym stopniu. W takiej sytuacji brak jest możliwości przeprowadzenia pełnej likwidacji, w tym również wykreślenia podmiotu z rejestru. Ustawodawca przewidział mechanizm łagodzący restrykcyjne założenia ustawy nowelizującej. Wydanie przez prezesa ANR decyzji o odmowie wyrażenia zgody na nabycie nieruchomości rolnej aktualizuje obowiązek[30] (nie uprawnienie) nabycia nieruchomości przez ANR (art. 2a ust. 6 u.k.u.r.). Nabycie przez ANR nieruchomości rolnej następuje za zapłatą równowartości pieniężnej odpowiadającej jej wartości rynkowej przy zastosowaniu sposobów ustalania wartości nieruchomości przewidzianych w przepisach o gospodarce nieruchomościami. W razie sporu co do wartości rynkowej nieruchomości zbywca może domagać się ustalenia tej kwoty przez sąd. Nabycie nieruchomości rolnej przez ANR może być alternatywnym sposobem spieniężenia masy upadłości w celu zaspokojenia wierzycieli, który łagodzi rygorystyczne konsekwencje ustawy nowelizującej.

Obowiązek nabycia przez ANR nieruchomości rolnej aktualizuje się wraz z wydaniem ostatecznej[31] decyzji o niewyrażeniu zgody na nabycie. Prezes ANR wyda decyzję o niewyrażeniu zgody na nabycie nieruchomości rolnej, jeśli nie zostaną spełnione ustawowe wymogi. Należy rozważyć, czy prezes ANR wyda decyzję o niewyrażeniu zgody, jeśli syndyk we wniosku ograniczy się wyłącznie do zgłoszenia żądania wydania decyzji. Uważam, że złożenie wniosku zawierającego wyłącznie żądanie wydania decyzji o wyrażeniu zgody na nabycie nie uprawnia organu do wydania postanowienia o odmowie wszczęcia postępowania ze względu na brak możliwości jego wszczęcia (art. 61a § 1 k.p.a.[32]) lub umorzenia postępowania jako bezprzedmiotowego (art. 105 § 1 k.p.a.). W takiej sytuacji organ ma obowiązek załatwienia sprawy w formie decyzji administracyjnej. Jeśli decyzja administracyjna nie będzie zgodna z żądaniem syndyka, otwiera się możliwość doprowadzenia przez syndyka do nabycia nieruchomości rolnej przez ANR.

[30] Słusznie jednak wyrażane są obawy dotyczące skutków wykonania tego obowiązku przez ANR dla budżetu państwa (tak Maj K., *Zmiany w ustawie o kształtowaniu ustroju rolnego obowiązujące od dnia 30 kwietnia 2016 r.*, „Krakowski Przegląd Notarialny", nr 2, 2016 r., s. 86).

[31] Decyzje, od których nie służy odwołanie w administracyjnym toku instancji lub wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy, są ostateczne (art. 16 § 1 k.p.a.).

[32] Ustawa z 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego, tekst jednolity Dz. U. z 2016 r., poz. 23 z późniejszymi zmianami (dalej k.p.a.).

Marcin Kubiczek [1]
Bartosz Sokół [2]

METODYKA BADANIA MAJĄTKOWEJ PRZESŁANKI NIEWYPŁACALNOŚCI W ŚWIETLE JEJ NORMATYWNEJ DEFINICJI

Metodyka badania majątkowej przesłanki niewypłacalności[3] nie może zostać uznana za zagadnienie wyłącznie teoretyczne lub o niewielkim znaczeniu praktycznym. Pomimo dotyczących jej sporów doktrynalnych i interpretacyjnych pozostaje kluczową kwestią w kontekście postępowań o ogłoszenie upadłości. Nie sposób nie docenić jej znaczenia również dla odpowiedzialności zarządczej menedżerów oraz obejmującej ją praktyki orzeczniczej, a istotność tej przesłanki staje się oczywista w świetle postępowania zakazowego (art. 373 Prawa upadłościowego[4]), postępowań o zapłatę toczących się na podstawie art. 21 ust. 3 PU, art. 299 kodeksu spółek handlowych[5], a także art. 116 Ordynacji Podatkowej[6] (w tym m.in. w zakresie podatków lokalnych, ceł, zobowiązań względem Zakładu Ubezpieczeń Społecznych oraz Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych). Metodyka badania przesłanki nadmiernego zadłużenia okazuje się być istotna również dla postępowań karnych z art. 586 KSH lub – pośrednio – art. 286 kodeksu karnego[7] i 300-302 KK. Wśród mniej powszechnych form jej zastosowania wskazać można art. 129 ustawy z 4.03.2005 r. o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej, dotyczący odpowiedzialności za niezłożenie w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki europejskiej.

[1] Doradca restrukturyzacyjny. Ekonomista. Biegły skarbowy, biegły sądowy w obszarze upadłości, restrukturyzacji, wyceny przedsiębiorstw i odpowiedzialności zarządzających na gruncie cywilnym, karnym, karnym skarbowym oraz w postępowaniu podatkowym.

[2] Prawnik. Młodszy partner w biurze doradcy restrukturyzacyjnego Marcina Kubiczka.

[3] Nazywanej również przesłanką nadmiernego zadłużenia.

[4] Ustawa z 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 233), dalej „PU".

[5] Ustawa z.29.08.1997 r. – Ordynacja podatkowa (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 613, ze zm.), dalej „OP".

[6] Ustawa z 15.09.2000 r. – Kodeks spółek handlowych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 1030, ze zm.), dalej „KSH".

[7] Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (tj. Dz. U. nr 88, poz. 553, ze zm.), dalej „KK".

Warto zaznaczyć na wstępie, iż publikowany artykuł dotyczy majątkowej przesłanki niewypłacalności w kontekście przedsiębiorstw, stąd też autorzy ograniczą się wyłącznie do zasygnalizowania w tym miejscu odmienności w zakresie definicji oraz stosowania przesłanki nadmiernego zadłużenia w przypadku banków oraz spółdzielni[8].

DEFINICJA MAJĄTKOWEJ PRZESŁANKI NIEWYPŁACALNOŚCI

Omówienie tytułowej problematyki rozpocząć należy od naświetlenia obowiązującego obecnie brzmienia normatywnej definicji przesłanki majątkowej, uregulowanej w art. 11 ust. 2-5 PU. Warto zaznaczyć, iż od 1.01.2016 r. – na mocy nowelizacji dokonanej ustawą – Prawo restrukturyzacyjne z 15.05.2015 r.[9] – obowiązuje nowa definicja przesłanki majątkowej w następującym brzmieniu: „dłużnik będący osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, jest niewypłacalny także wtedy, gdy jego zobowiązania pieniężne przekraczają wartość jego majątku, a stan ten utrzymuje się przez okres przekraczający dwadzieścia cztery miesiące". Podobnie jak w przypadku przesłanki płynnościowej, uregulowanej w art. 11 ust. 1 PU, ustawodawca zdecydował się na swoiste zawężenie zakresu okoliczności wskazujących na materializację przesłanki majątkowej, bowiem obecnie kluczowy jest nie tylko fakt pojawiania się nadwyżki zobowiązań nad majątkiem, jak było w stanie prawnym obowiązującym do 31.12.2015 r., ale i okres trwania tej okoliczności, zawieszający *de facto* stan niewypłacalności aż do pierwszego dnia 25. miesiąca następującego po momencie powstania przedmiotowej nadwyżki pasywów nad aktywami.

[8] Por. art. 426 ust. 1 PU w związku z art. 158 ustawy – Prawo bankowe z 29.08.1997 r. (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 128), a także art. 130 i dalsze ustawy Prawo spółdzielcze z 16.09.1982 r. (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 21).

[9] Ustawa z 15.05.2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (t.j. Dz. U. 2015 poz. 978), dalej „PrRestr".

Art. 11 ust. 2 PU stanowi zatem swoisty fundament dla rozumienia przesłanki nadmiernego zadłużenia, będąc dookreślanym poprzez sąsiadujące normy prawa upadłościowego. Ustawodawca postanowił, iż do majątku właściwego dla rachunku testowego, o którym w art. 11 ust. 2 PU, nie wlicza się składników niewchodzących w skład masy upadłości (art. 11 ust. 3 PU), natomiast w myśl art. 11 ust. 4 PU do zobowiązań pieniężnych, o których mowa w ust. 2, nie wlicza się zobowiązań przyszłych, w tym zobowiązań pod warunkiem zawieszającym oraz 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 PU[10].

Swoistym *novum* jest normatywne domniemanie prawne, 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). Warto zauważyć, że domniemanie to opiera się wyłącznie na wartościach bilansowych, stąd też pozostaje stosunkowo dostępnym i prostym sposobem badania niewypłacalności. Należy uznać jednak, że pozostaje obalalne każdym dostępnym dowodem. **Na uwagę zasługuje w tym kontekście wyłączenie przez ustawodawcę z rachunku testowego dla domniemania „zobowiązań wobec jednostek powiązanych", gdyż jest to pojęcie szersze niż wyłączenie z właściwego rachunku testowego w myśl art. 11 ust. 4 PU 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 PU.** Stąd też uprawnione jest postawić tezę, iż domniemanie w obszarze zobowiązań jest bardziej liberalne dla dłużnika niż właściwa metodyka badania przesłanki nadmiernego zadłużenia, bowiem wyłącza szerszy katalog długów.

Zespół norm prawnych dotyczących bezpośrednio przesłanki majątkowej zamyka art. 11 ust. 6 PU, stanowiący, iż „sąd może oddalić wniosek o ogłoszenie upadłości, jeżeli nie ma zagrożenia utraty przez dłużnika zdolności do wykonywania jego wymagalnych zobowiązań pieniężnych w niedługim czasie".

Wolą ustawodawcy było niewątpliwie, aby nowa regulacja ograniczyła wątpliwości interpretacyjne związane z przesłanką nadmiernego zadłużenia w brzmieniu obowiązującym do 31.12.2015 r., a także wyeliminowała jej niedostosowanie do realiów obrotu gospodarczego. Jak wskazano w uzasadnieniu projektu nowelizacji, „nowy sposób zdefiniowania stanu niewypłacalności uwzględnia przesłanki ekonomiczne określenia stanu finansów przedsiębiorcy, słuszne postulaty doktryny oraz orzecznictwa"[11]. Mimo to, jak zostanie wykazane, wciąż istnieje przestrzeń dla formułowania postulatów *de lege ferenda*, tym bardziej w świetle pojawiających się już w piśmiennictwie uwag krytycznych.

KRĄG PODMIOTÓW OBJĘTYCH WŁAŚCIWOŚCIĄ PRZESŁANKI MAJĄTKOWEJ

Za jedną z fundamentalnych zmian omawianej nowelizacji uznać należy przeformułowanie zakresu podmiotów objętych właściwością przesłanki nadmiernego zadłużenia. O ile w stanie prawnym obowiązującym do 31.12.2015 r. przesłanka ta znajdowała zastosowanie również w przypadku spółek osobowych, o tyle w ramach nowelizacji *expressis verbis* ograniczono taką możliwość. Art. 11 ust. 7 PU stanowi, iż przepisy regulujące stosowanie przesłanki nadmiernego zadłużenia nie mają zastosowania do spółek osobowych określonych w kodeksie spółek handlowych, w których co najmniej jednym wspólnikiem odpowiadającym za zobowiązania spółki bez ograniczenia całym swoim majątkiem jest osoba fizyczna. Zmiana ta podyktowana została względami celowościowymi, bowiem stosowanie przesłanki majątkowej w stosunku do podmiotów, w których za zobowiązania odpowiada subsydiarnie całym swoim majątkiem osoba fizyczna, nie znajduje uzasadnienia. Celem istnienia przesłanki majątkowej jest przecież zabezpieczenie interesów wierzycieli, polegające na tym, że w razie zakończenia działalności gospodarczej danego podmiotu wierzyciele będą mieć możliwość zaspokojenia swoich należności z majątku dłużnika. Nadwyżka zobowiązań nad majątkiem dłużnika rodzi zatem uprawnione przekonanie, że w razie zakończenia jego działalności wierzyciele nie będą mogli w pełni zaspokoić swoich roszczeń. Ustawodawca słusznie zaznaczył w uzasadnieniu projektu ustawy – Prawo restrukturyzacyjne, iż w przypadku osób fizycznych w ślad za likwidacją majątku nie dochodzi do zakończenia bytu prawnego, a interes wierzycieli nie będzie naruszony, ponieważ osoby fizyczne zachowują zdolność do dalszej pracy zarobkowej oraz do spłaty swoich zobowiązań na dalszych etapach życia[12].

[10] Art. 342 ust. 1 pkt 4 PU kwalifikuje do czwartej kategorii zaspokojenia należności wspólników albo akcjonariuszy z tytułu pożyczki lub innej czynności prawnej o podobnych skutkach, w szczególności dostawy towaru z odroczonym terminem płatności. Przepis ten dodany został na mocy ustawy – Prawo restrukturyzacyjne z 15.05.2015 r., zastępując art. 14 § 3 KSH.

[11] Uzasadnienie projektu ustawy – Prawo restrukturyzacyjne, Druk Sejmu VII kadencji nr 2824, http://sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2824; dostęp wg stanu na 7.07.2016 r., s. 62.

[12] Tamże, s. 63.

Należy przyjąć zatem, iż zakres zastosowania przesłanki nadmiernego zadłużenia ograniczony został do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, spółki akcyjnej oraz spółki komandytowej, w której komplementariuszem jest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością[13]. Zamysł ustawodawcy uznać należy za słuszny, bowiem – jak wskazywał S. Gurgul – pod rządami prawa upadłościowego obowiązującego do 31.12.2015 r. wielkość majątku spółek osobowych nie jest miernikiem ich zdolności do zaspokojenia wierzycieli ze względu na osobistą odpowiedzialność dłużników, a nadto spółki te nie charakteryzują się wymogami co do tzw. kapitałów własnych, inaczej niż spółki kapitałowe[14]. Słusznie zatem ustawodawca ograniczył krąg podmiotów objętych właściwością przesłanki nadmiernego zadłużenia wyłącznie do tych, w których brak subsydiarnej odpowiedzialności osoby fizycznej.

CIĄGŁOŚĆ RACHUNKU TESTOWEGO

W przepisach regulujących przesłankę nadmiernego zadłużenia wskazano *expressis verbis*, że okres 24 miesięcy, po których materializuje się stan niewypłacalności, winien cechować się nieprzerwaną ciągłością. Jak trafnie ujął to R. Adamus, „należy przyjąć, że nawet przejściowy (chwilowy) wzrost wartości majątku dłużnika »przerywa« bieg terminu dwuletniego"[15]. Zarówno zastosowanie wykładni językowej, jak i celowościowej prowadzi do wniosku, iż sformułowanie „stan ten utrzymuje się" dotyczy stanu ciągłego[16]. Każdorazowo materializacja nadwyżki majątku nad zobowiązaniami przerywa bieg 24-miesięcznego terminu, a on sam musi być liczony od nowa. **Mimo niewątpliwej słuszności tej tezy należy wykluczyć możliwość jej instrumentalnego traktowania, polegającego na stosowaniu w celu przerwania biegu terminu pozornych operacji księgowych lub prawnych, nieoddających rzeczywistych zdarzeń gospodarczych ani też faktycznej sytuacji ekonomiczno-finansowej podmiotu. Przerwanie 24-miesięcznego okresu winno mieć rzeczywisty charakter, a nie wyłącznie bilansowy.** Wśród zdarzeń uprawniających do wywodzenia, że bieg ten został przerwany wskazać można wygranie przez dłużnika procesu sądowego o zapłatę względem podmiotu wypłacalnego, determinujące pojawienie się w przedsiębiorstwie nadwyżki majątku nad zobowiązaniami, albo też ziszczenie się pozytywnego ryzyka w postaci większych niż planowano zysków, skutkujące nagromadzeniem wyższej kwoty gotówki lub innego majątku w aktywach. Taki skutek spowodowałoby również podniesienie kapitału przez aport składnika majątku cechującego się wartością zbywczą (pomniejszoną o ewentualne zabezpieczenia ustanowione na przedmiocie aportu na rzecz osób trzecich) i egzekucyjną, a także dokapitalizowanie spółki przez wspólników poprzez podwyższenie kapitału zakładowego w drodze dopłat gotówkowych. Z kolei biegu 24-miesięcznego okresu nie przerwie konwersja zobowiązania na kapitał ze strony dotychczasowego udziałowca, gdyż takie zobowiązanie i tak wyłączone było na korzyść dłużnika z rachunku testowego w myśl art. 11 ust. 4 PU. **Postulowane faktyczność i rzeczywistość przerwania 24-miesięcznego biegu są niezbędnym elementem architektury przesłanki majątkowej, bowiem pozorne i wyłącznie księgowe kreowanie zdarzeń uprawniających do przerwania biegu ustawowego terminu sparaliżowałoby *de facto* możliwość jej efektywnego stosowania.** Słusznie wskazuje zatem P. Filipiak, że „jeżeli przedsiębiorca będzie celowo przewartościowywał swój majątek tylko po to, aby uniknąć zajścia przesłanki zadłużeniowej, to sąd nie powinien zaaprobować takich działań"[17]. Brak jest przy tym wystarczających przesłanek normatywnych do uznania, że istotne znaczenie ma fakt, czy zdarzenia przerywające bieg 24-miesięczego terminu wywołane zostały działaniem dłużnika, czy zaistniały niezależnie od niego. Zasadne jest przyjęcie, że każde obiektywne i rzeczywiste przerwanie biegu 24-miesięcznego okresu, niezależnie od źródeł, przyczyn i determinantów zaistniałych zdarzeń, przerywa bieg terminu[18].

Warto dodać również, iż brak jest podstaw pozwalających przyjąć, iż okres 24 miesięcy winien być liczony od dnia wejścia w życie nowelizacji prawa upadłościowego, tj. od 1.01.2016 r. Należy stanąć na stanowisku, iż *ratio legis* przyjętej nowelizacji wskazuje na konieczność uwzględniania przedmiotowego terminu niejako wstecz, bowiem przyjęcie innej optyki poskutkowałoby wyłączeniem stosowania przesłanki nadmiernego zadłużenia co najmniej do 1.01.2018 r. dla podmiotów, które stały się niewypłacalne przed 1.01.2016 r. Nadto, można by wyobrazić sobie sytuację, w której wobec podmiotu niewypłacalnego, przykładowo przez 5 lat przed 1.01.2016 r., przestałby na okres 2 lat aktualizować się obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Brak jednak jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że taka była wola ustawodawcy.

[13] Głowacki A., [w:] „Postępowanie restrukturyzacyjne. Komentarz praktyczny. Wzory pism i przykłady postępowań restrukturyzacyjnych" (red. A. Głowacki, C. Zalewski), Warszawa 2016, s. 97.

[14] Gurgul S., „Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz", Warszawa 2013, s. 37.

[15] Adamus R., *Przedmiotowe przesłanki otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego*, „Monitor Prawa Bankowego" nr 12 (61), s. 23.

[16] Por. Filipak P., [w:] (red.) A Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz, „System Prawa Handlowego. Tom 6. Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe", Warszawa 2016, s. 698; P. Zimmerman, „Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz", wyd. 4, Warszawa 2016, art. 11.

[17] Filipak P. [w:], (red.) A Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz, „System Prawa Handlowego. Tom 6, Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe", Warszawa 2016, s. 698.

[18] Odmiennie P. Filipiak, tamże.

RODZAJE ZOBOWIĄZAŃ PIENIĘŻNYCH UWZGLĘDNIANYCH W RACHUNKU TESTOWYM

Ustawodawca w ramach nowelizacji dokonanej na mocy ustawy – Prawo restrukturyzacyjne z 15.05.2015 r. zdecydował się doprecyzować rodzaj zobowiązań właściwych dla rachunku testowego (porównawczego) poprzez wskazanie w treści art. 11 ust. 2 PU, iż winno się uwzględniać wyłącznie zobowiązania pieniężne. Z kolei w myśl art. 11 ust. 4 PU do zobowiązań tych nie wlicza się zobowiązań przyszłych, w tym zobowiązań pod warunkiem zawieszającym oraz 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 PU. Warto dodać w tym kontekście, że na mocy ustawy – Prawo restrukturyzacyjne z 15.05.2015 r. uchylono art. 14 ust. 3 KSH, w myśl którego wierzytelność wspólnika albo akcjonariusza z tytułu pożyczki udzielonej spółce kapitałowej uważało się za jego wkład do spółki w przypadku ogłoszenia jej upadłości w terminie 2 lat od dnia zawarcia umowy pożyczki.

Ratio legis przedmiotowych wyłączeń koresponduje z naczelną ideą przesłanki majątkowej, jaką jest konieczność zachowania w przedsiębiorstwie majątku umożliwiającego zaspokojenie należności wierzycieli w razie nagłego zakończenia działalności gospodarczej przez dłużnika. Uzasadnione jest zatem normatywne wyłącznie z rachunku testowego zobowiązań przyszłych, które mogą być uznawane wyłącznie za swoistą możliwość, a nie pewność materializacji prawnego obowiązku świadczenia w przyszłości, wymagającą aktualizacji wskutek określonych zdarzeń zewnętrznych. Równie uzasadnione z punktu widzenia ochrony interesów wierzycielskich i dostosowania przesłanki do obecnych reguł gospodarczych jest wyłączenie z rachunku testowego zobowiązań wspólnika albo akcjonariusza z tytułu pożyczki lub innej czynności prawnej o podobnych skutkach, o których mowa w art. 342 ust. 1 pkt 4 PU, tym bardziej, iż ta kategoria zobowiązań zaspokajana jest w toku postępowania upadłościowego w ostatniej kolejności. Jak trafnie zauważa C. Zalewski, „nie sposób mówić o jakimkolwiek zagrożeniu zaspokojenia wierzyciela, który jednocześnie jest współwłaścicielem danego podmiotu i ma wpływ na decyzje podejmowane przez dłużnika, w tym kierunki prowadzenia działalności gospodarczej i podejmowane ryzyka”[19].

Zobowiązania pozabilansowe a rachunek testowy

Za słuszny należy uznać pogląd, że oprócz wymienionych kategorii długów w rachunku testowym winno uwzględniać się wszystkie zobowiązania pieniężne dłużnika – wymagalne i niewymagalne oraz prywatnoprawne i publicznoprawne[20]. **Szczególne wątpliwości budzić może kwestia uwzględniania w rachunku testowym zobowiązań pozabilansowych, przy czym należy stanąć na stanowisku, że zobowiązania takie nie powinny być uwzględniane. Pomimo tego, że w pewien sposób oddziałują one na całokształt sytuacji ekonomiczno-finansowej dłużnika, to oddziaływanie to nie nosi cech determinujących konieczność uwzględnienia ich w rachunku testowym, dopóki zobowiązanie to nie konwertuje się w klasyczny, skonkretyzowany, bezsporny dług pieniężny, z obowiązkiem jego spełnienia.** Za przykład posłużyć mogą zobowiązania warunkowe, wśród których na pierwszy plan wysuwają się zobowiązania z tytułu poręczenia. Na aprobatę zasługuje stanowisko wyrażone przez B. Merczyńskiego i T. Trockiego, którzy wskazują, iż zobowiązania z tytułu poręczenia nie powinny być brane pod uwagę przy przeprowadzaniu testu tzw. niewypłacalności bilansowej w sytuacji, w której dłużnik główny reguluje swoje zobowiązanie w należyty sposób[21]. Warto zauważyć, że zobowiązanie warunkowe definiowane jest m.in. przez art. 3 ust. 1 p. 28 ustawy o rachunkowości z 29.09.1994 r. jako „obowiązek wykonania świadczeń, których powstanie jest uzależnione od zaistnienia określonych zdarzeń”. Dopóki zatem owe zdarzenia nie zaistnieją, dopóty nie można mówić o skonkretyzowanym zobowiązaniu pieniężnym, mogącym wpływać na wynik rachunku testowego. Czy taka optyka wpływa negatywnie na bezpieczeństwo obrotu gospodarczego lub interes wierzycielski? Nie, a to ze względu na normatywny obowiązek wykazywania zobowiązań warunkowych w informacji dodatkowej załączanej do sprawozdania finansowego[22]. Dzięki temu realizuje się w praktyce podstawowa funkcja informacyjna sprawozdań finansowych, a kontrahent dłużnika może dokonać we własnym zakresie estymacji ryzyka związanego ze współpracą z podmiotem posiadającym określone zobowiązania pozabilansowe.

Zobowiązania sporne i „rezerwy” – uwzględniać czy nie?

Trudno podzielić natomiast kolejną konstatację przywołanych autorów, a mianowicie w zakresie konieczności uwzględnienia w teście na niewypłacalność zobowiązań

[19] Zalewski C., *Zmiany w postępowaniu o ogłoszenie upadłości obowiązujące od 1.1.2016 r.*, „Monitor Prawa Handlowego”, 2015, nr 4, s. 5.

[20] Por. Filipak P., [w:], (red.) A Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz, „System…”, s. 701.

[21] Merczyński B., Trocki T., *Niewypłacalność bilansowa poręczyciela*, „Monitor Prawa Bankowego”, 2011, nr 2, s. 99.

[22] Jak wynika z załącznika nr 1 ustawy o rachunkowości z 29.09.1994 r., dodatkowe informacje i objaśnienia obejmują również „łączną kwotę zobowiązań warunkowych, w tym również udzielonych przez jednostkę gwarancji i poręczeń, także wekslowych, niewykazanych w bilansie, ze wskazaniem zobowiązań zabezpieczonych na majątku jednostki oraz charakteru i formy tych zabezpieczeń; odrębnie należy wykazać informacje dotyczące zobowiązań warunkowych w zakresie emerytur i podobnych świadczeń oraz wobec jednostek powiązanych lub stowarzyszonych”.

z tytułu poręczenia, jeżeli zgodnie z odpowiednimi przepisami prawa bilansowego poręczyciel ma obowiązek ustanowienia w tym zakresie rezerwy. Jak słusznie wskazuje P. Zimmerman, brak jest podstaw, aby uwzględniać w przedmiotowym teście także zobowiązania warunkowe lub sporne – ujmowane w bilansie jako rezerwy[23]. **Do momentu ziszczenia się określonego warunku, a w przypadku poręczenia należy uznać za taki wezwanie poręczyciela do zapłaty, jeśli dłużnik główny nie wykonuje w sposób należyty swojego zobowiązania, nie sposób ustalić nie tylko wartości zobowiązań warunkowych, ale również faktu ich rzeczywistego zaistnienia w przyszłości. Stąd też należy postulować pomijanie rezerw w rachunku testowym.** Odmienne stanowisko przyjął Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z 3.04.2013 r., wskazując w uzasadnieniu, iż „Sąd Apelacyjny nie podziela również poglądu skarżących jakoby do porównania wielkości wymagalnych zobowiązań z wartością majątku dłużnika nie powinno się brać pod uwagę zobowiązań warunkowych lub spornych, ujmowanych w bilansie jako rezerwy"[24]. Stanowisko sądu apelacyjnego nie zostało dodatkowo umotywowane, stąd też trudno ustosunkować się do motywów takiego rozstrzygnięcia. Warto dodać jednak, iż „rezerwy" nie zawierają w sobie zobowiązań istniejących w sensie cywilistycznym, ale stanowią wyłącznie swoistą antycypację potencjalnych i – mimo wszystko – niepewnych zdarzeń, będąc pewnego rodzaju kreacją księgową. Można wszak wyobrazić sobie sytuację, w której to właśnie „rezerwy" determinują niekorzystne wyniki finansowe „zdrowego" podmiotu gospodarczego, sprawiając, że bilans wskazuje formalnie na materializację przesłanki majątkowej. Ogłoszenie upadłości w takiej sytuacji uznać należałoby za przedwczesne.

Omawiana w artykule nowelizacja prawa upadłościowego – co uznać należy za jej istotny mankament – nie rozstrzygnęła *expressis verbis*, czy w rachunku testowym winno się uwzględniać zobowiązania sporne. Kwestia ta budziła wątpliwości już pod rządami prawa upadłościowego obowiązującego do 31.12.2015 r., stąd też zasadne byłoby jej normatywne rozstrzygnięcie. Zdaniem K. Osajdy zarówno wnioskowanie *a contrario*, jak i wykładnia językowa przepisów prawa upadłościowego prowadzą do wniosku, iż zobowiązania sporne winny być uwzględniane w procesie oceny ewentualnej materializacji przesłanki nadmiernego zadłużenia[25]. Odmienne stanowisko – jak już wskazano – przyjmuje P. Zimmerman, podkreślając, że w procesie oceny przesłanki bilansowej po stronie zobowiązań nie wlicza się zobowiązań spornych, które w bilansie są ujęte jako „rezerwy na zobowiązania"[26]. Rację przyznać należy stanowisku P. Zimmermana. **Mimo że art. 12a PU nie dotyczy bezpośrednio rachunku testowego, to jednak stanowi istotną wskazówkę interpretacyjną w zakresie słuszności nieuwzględniania zobowiązań spornych w rachunku testowym.** W treści przywołanej normy prawnej wskazano, iż sąd oddali wniosek o ogłoszenie upadłości złożony przez wierzyciela, jeżeli dłużnik wykaże, że wierzytelność ma w całości charakter sporny, a spór zaistniał między stronami przed złożeniem wniosku o ogłoszenie upadłości. Ustawodawca zapobiegł zatem sytuacji, w której można byłoby ogłosić upadłość dłużnika na podstawie istniejącego zobowiązania spornego, co *per analogiam* rezonować powinno również w kontekście rachunku testowego. **Zobowiązania sporne, o ile spór nie został wykreowany wyłącznie dla potrzeb postępowania upadłościowego lub ma charakter pozorny, należą do kategorii zobowiązań warunkowych, aktualizujących się dopiero w momencie zajścia określonych zdarzeń. Do tego momentu nie powinny być zatem uwzględniane w rachunku porównawczym.** Warto dodać jeszcze, iż jeżeli wskutek określonych zdarzeń ustała sporność zobowiązania, które powstało *de facto* w okresie wcześniejszym niż normatywne 24 miesiące, należy niezwłocznie złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości w terminie określonym w art. 21 ust. 1 PU.

Odpowiedzialność rzeczowa dłużnika w kontekście przesłanki majątkowej

Nieco odmienną kwestią jest uwzględnianie w rachunku testowym zobowiązań rzeczowych wynikających z ustanowionych na majątku dłużnika zabezpieczeń na rzecz osób trzecich, np. hipotek. Warto przypomnieć, iż uchwałą z 6.06.2014 r. w sprawie prowadzonej pod sygn. III CZP 23/14 Sąd Najwyższy przesądził, iż wierzyciel hipoteczny niebędący wierzycielem osobistym dłużnika jest uprawniony do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie jego upadłości. Tezę tę wywiedziono z treści art. 20 ust. 1 PU w brzmieniu obowiązującym do 31.12.2015 r., który nie precyzował, czy wierzycielem uprawnionym do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości jest wyłącznie wierzyciel osobisty, czy również wierzyciel rzeczowy. Od 1.01.2016 r. przepis ten wyraźnie dookreśla, iż legitymacją do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości cechuje się wyłącznie wierzyciel osobisty. Ewentualna możliwość złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości dłużnika przez wierzyciela rzeczowego lub jej brak pozostają jednak irrelewantne dla rozważań w zakresie uwzględniania zobowiązań rzeczowych

[23] Zimmerman P., „Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz", wyd. 4, Warszawa 2016, art. 11.

[24] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi, Wydział I Cywilny z 3.04.2013 r., sygn. I ACa 148/13, publ. LEGALIS nr 1024479.

[25] Osajda K., *Uwagi o pojęciu niewypłacalności w świetle nowelizacji prawa upadłościowego*, „Przegląd Prawa Handlowego", 2016, nr 1, s. 15.

[26] Zimmerman P., „Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz", wyd. 4, Warszawa 2016, art. 11.

w rachunku testowym. **Konsekwentne przyjęcie filozofii zarysowanej metodyki prowadzi do konieczności uznania, że zobowiązania takie winny obniżać wartość aktywów dłużnika w rachunku testowym, ale tylko w sytuacji, gdy wiadomo, że wierzyciel główny nie spłaca swoich zobowiązań lub z prawdopodobieństwem bliskim pewności można założyć, że w najbliższym czasie trwale przestanie je spłacać, a konsekwencją tego jest egzekucja prowadzona przez wierzyciela rzeczowego z zabezpieczonych składników majątku.** Dopiero ziszczenie się tych zdarzeń uprawnia zatem do uwzględnienia zobowiązań rzeczowych w rachunku testowym, jednak – jak już wspomniano – nie po stronie pasywów (gdyż swoista odpowiedzialność powstająca po stronie właściciela zabezpieczonego rzeczowo przedmiotu nie jest zobowiązaniem w rozumieniu art. 11 ust. 2 PU), a właśnie po stronie aktywów. Oczywiście rzecz będzie się miała inaczej w sytuacji, gdy na majątku ustanowiono zabezpieczenia na rzecz własnych wierzycieli dłużnika, ponieważ pozostają one nieistotne z punktu widzenia zasad badania materializacji majątkowej przesłanki niewypłacalności.

Na rzecz przedstawionej optyki przemawia treść art. 236 ust. 3 PU, w myśl którego uprawnienie do zgłaszania wierzytelności w toku postępowania upadłościowego przysługuje również wierzycielowi rzeczowemu, „jeżeli upadły nie jest dłużnikiem osobistym, a wierzyciel chce w postępowaniu upadłościowym dochodzić swoich roszczeń z przedmiotu zabezpieczenia". Wierzyciel rzeczowy nie może zatem zaspokajać się z całego majątku upadłego w toku postępowania upadłościowego, jednak w tej części, w której pozostaje zabezpieczony na majątku upadłego, będzie mógł zaspokoić się z niego z pierwszeństwem w stosunku do wierzycieli osobistych dłużnika. Taki stan rzecz przemawia za koniecznością wyłączenia tych składników majątku z rachunku testowego w sytuacji, w której oczywiste jest, iż wierzyciel rzeczowy podejmuje działania mające na celu zaspokojenie się z nich.

MAJĄTEK OBEJMOWANY WŁAŚCIWOŚCIĄ RACHUNKU TESTOWEGO

Na wstępie zaznaczyć należy, iż w procesie badawczym winno się uwzględniać cały majątek dłużnika, a nie wyłącznie aktywa ujęte w bilansie. Zasada ta nie jest jednak bezwzględna, istnieją bowiem zarówno normatywne, jak i pozanormatywne racje dla zawężenia kategorii składników majątku mogących uczestniczyć w rachunku testowym. Normatywny wyjątek konstytuuje art. 11 ust. 3 PU, w myśl którego do rachunku porównawczego nie zalicza się takich aktywów, które nie wchodzą z mocy prawa do masy upadłości. Kwantyfikowanie ich wartości byłoby w sposób oczywisty niecelowe, nie pozwala bowiem na wymierną ocenę możliwości zaspokojenia wierzytelności w toku ewentualnego postępowania upadłościowego. Skoro dany składnik majątku nie wchodzi do masy upadłości, to nie może być postrzegany również w kategoriach potencjalnego źródła zaspokojenia wierzycieli. Enumeratywny wykaz składników majątku, które nie wchodzą do masy upadłości, zawiera właściwe normy prawa upadłościowego, tj. art. 63, 64, 65a, 66, 67 oraz 67a PU, a zatem to na ich podstawie powinno się wykluczać określone tam składniki majątku z rachunku testowego.

Istotność zdolności zbywczej oraz egzekucyjnej składników majątku

Powyższe uwagi pozwalają zauważyć, że ustawodawca przykłada wagę do potencjału zbywczego określonych składników majątku, bowiem tylko wtedy mogą stanowić one dla wierzycieli swoisty wentyl bezpieczeństwa, będąc potencjalnym i dostępnym źródłem zaspokojenia. **Skoro tak, zasadne jest przyjęcie, że składniki majątku niecechujące się zdolnością zbywczą oraz zdolnością egzekucyjną winny być wyłączone z rachunku testowego, o którym w art. 11 ust. 2 PU.** Zdolność do egzekucji również pozostaje istotnym czynnikiem oceny przydatności danego składnika majątku dla rachunku testowego, bowiem te składniki majątku, które nie dają się zbyć ze względu na wyłączenie z egzekucji, nie mogą stanowić dla wierzycieli potencjalnego źródła zaspokojenia. Okoliczności te są kluczowe dla ustalenia poprawnej metodyki badania przesłanki nadmiernego zadłużenia, bowiem określają nadrzędną regułę, wobec której winno się oceniać właściwość danego składnika majątku dla celów rachunku testowego. **Zatem to nie bilansowy lub pozabilansowy charakter składnika majątku przedsiębiorcy stanowić winien o możliwości uwzględnienia go w rachunku testowym, ale właśnie wartość zbywcza i zdolność egzekucyjna.** Jeżeli dany składnik majątku nie daje się spieniężyć w toku egzekucji singularnej lub uniwersalnej, to brak podstaw do ujęcia go w rachunku testowym, służącym przecież wykazaniu, że w razie nagłego zakończenia działalności gospodarczej przez dłużnika jego potencjał majątkowy zagwarantuje zaspokojenie wierzycieli w możliwie najwyższy sposób. Wartość zbywcza i zdolność egzekucyjna determinują zatem ocenę przydatności określonych składników majątku dla celów rachunku testowego i to w ich świetle winno się podejmować decyzję o ich uwzględnieniu lub wykluczeniu z rachunku porównawczego.

Zastosowanie tej reguły prowadzi przykładowo do konieczności uznania, iż w rachunku testowym winno się pominąć wartości ujawnione w bilansie dłużnika w pozycji

rozliczenia międzyokresowe, tj. zarówno po aktywnej, jak i pasywnej stronie bilansu, ponieważ wartości te w żaden sposób w większości przypadków nie charakteryzują faktycznego majątku (rozliczenia międzyokresowe po stronie aktywów) ani też rzeczywistych zobowiązań (rozliczenia międzyokresowe po pasywnej stronie bilansu).

Pozabilansowe składniki majątku a rachunek testowy

Wśród pozabilansowych składników majątku, które winny zostać uwzględnione w rachunku testowym, wskazuje się w piśmiennictwie np. oznaczenie przedsiębiorstwa, wycenione wierzytelności o charakterze niepieniężnym lub wierzytelności pieniężne jeszcze przed wystawieniem dokumentu księgowego[27]. O ile takie ujęcie tematu odpowiada intuicji domagającej się uwzględnienia całokształtu majątku dłużnika, o tyle należy obostrzyć je zastrzeżeniami. Po pierwsze, przywołane, pozabilansowe składniki majątku dłużnika winny cechować się wartością zbywczą i zdolnością egzekucyjną. W zdecydowanej większości przypadków będzie oznaczać to istnienie określonego, sprecyzowanego tytułu, legitymizującego istniejącą wartość niematerialną lub prawną. Przykładowo, znak towarowy winien zostać zarejestrowany i objęty ochroną prawną, aby można było kwantyfikować jego wartość w ramach rachunku testowego. **Nie można dopuścić do sytuacji, w której wartości niematerialne i prawne, istniejące wyłącznie w subiektywnym przekonaniu dłużnika i niepoddające się w żaden sposób potencjalnej egzekucji, decydować będą o nadwyżce majątku nad zobowiązaniami w dłużnym przedsiębiorstwie.** Po drugie, należy unikać również mechanicznego i uniwersalnego przyjęcia, iż każda spodziewana wierzytelność pieniężna przed wystawieniem dokumentu księgowego powinna być uwzględniana w rachunku porównawczym. **Spodziewane korzyści winny być traktowane w ramach rachunku testowego symetrycznie do zobowiązań spornych, istnieje bowiem zasadnicza różnica pomiędzy spodziewaną korzyścią wskutek określonych decyzji inwestycyjnych a skonkretyzowaną wierzytelnością pieniężną, mogącą stanowić źródło potencjalnego zaspokojenia wierzycieli.** Przedmiotowa problematyka uzewnętrzni się szczególnie w przedsiębiorstwach wykonujących usługi budowlane, a to z powodu znacznej przestrzeni czasowej, w której dokonuje się konwersja zapowiedzi przyszłej korzyści ekonomicznej w realny majątek, tj. powstanie realnej wierzytelności pieniężnej. **Roboty w toku nie będą uprawniać do kwantyfikowania w rachunku testowym wartości spodziewanej korzyści, gdy brak protokołów odbioru oraz nieskończony front robót dają podstawę do twierdzenia, iż nie mamy wciąż do czynienia z realną wierzytelnością pieniężną, tj. realnym majątkiem w sensie cywilistycznym, a jedynie ze spodziewaną korzyścią ekonomiczną, irrelewantną z punktu widzenia zdolności egzekucyjnej w danej chwili, a tym samym potencjału zaspokojenia wierzycieli.** W praktyce często zdarza się tak, że podwykonawcy zlecają wykonanie robót budowlanych innym podwykonawcom, nie posiadają realnego (rzeczowego) majątku, ale już realne zobowiązania. W takiej sytuacji po upływie 24 miesięcy uznać należy, że mamy do czynienia z materializacją przesłanki nadmiernego zadłużenia. Analogiczne stanowisko przyjąć należy wobec „rozliczeń międzyokresowych", jak już zasygnalizowano.

Konieczność interpretacji wartości bilansowych dla celów rachunku testowego

W świetle powyższego wyraźnie widać, iż nie wszystkie wartości bilansowe winny znajdować symetryczne odzwierciedlenie w rachunku testowym. Księgi rachunkowe oraz sporządzone na ich podstawie dokumenty stanowią co prawda materiał wyjściowy przy poszukiwaniu daty niewypłacalności, ale materiał ostatecznie w wielu stanach faktycznych nierozstrzygający i niezupełny. **Każdą pozycję bilansową winno poddawać się uprzedniej ocenie w świetle jej wartości zbywczej oraz zdolności egzekucyjnej, a dopiero po pozytywnej weryfikacji w tym zakresie kwalifikować do rachunku testowego.**

Wracając do tematyki przedsiębiorstw świadczących usługi budowlane, warto podkreślić – jak już częściowo wskazano – iż nie wszystkie pozycje bilansowe takich przedsiębiorstw winny być mechanicznie uwzględniane w rachunku porównawczym. Dla przykładu, półprodukty i produkty w toku stanowią w bilansie wartość kosztów, poniesionych przez dłużną spółkę budowlaną, a dotyczących realizacji krótkoterminowych kontraktów budowlanych, dotąd niezafakturowanych. Z nielicznymi wyjątkami, nie stanowią one zatem majątku w sensie cywilistycznym, który można byłoby w przypadku upadłości upłynnić celem spłaty zaciągniętych zobowiązań pieniężnych. W przywołanej pozycji bilansu ujawniona wartość aktywów stanowi niejako zapowiedź zwrotu w postaci realnej wierzytelności, tj. środków pieniężnych przysługujących dłużnikowi od zamawiającego roboty budowlane w kwocie co najmniej równej poniesionym kosztom, o ile warunki umowy nie limitują wysokości przyszłej wierzytelności. Jednak dopiero konwersja zapowiedzi przyszłej korzyści ekonomicznej w realny majątek, czyli powstanie rzeczywistej wierzytelności pieniężnej, daje podstawę do uwzględnienia tych aktywów w teście na potwierdzenie lub zaprzeczenie stanu niewypłacalności w myśl art. 11 ust. 2 PU, o ile taka wierzytelność

[27] Filipak P., [w:] (red.) A Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz, „System…", s. 699.

nie jest kwestionowana przez zamawiającego. Kwestia ta prowadzi bezpośrednio do największej bodaj kontrowersji związanej z metodyką kwantyfikacji przesłanki majątkowej, czyli właściwej metody wyceny składników majątku dłużnika.

METODA WYCENY SKŁADNIKÓW MAJĄTKU DŁUŻNIKA

W znowelizowanym prawie upadłościowym ustawodawca nie wskazał wprost właściwego modelu wyceny składników majątku dłużnika, stąd też wątpliwości istniejące pod rządami prawa upadłościowego obowiązującego do 31.12.2015 r. nie straciły swojej intensywności. Nadal brak powszechnej zgody co do optymalnej metody wyceny składników majątku na potrzeby przesłanki majątkowej, bowiem zarówno metoda bilansowa, jak i metoda wartości zbywczej (w wariancie kontynuacji działalności lub w wariancie wymuszonej sprzedaży) wydają się nieść ze sobą określone korzyści. Z pewnością za nazbyt optymistyczną należy uznać uwagę S. Gurgula, wskazującą, iż „panuje zgoda co do tego, że przy ustalaniu wartości majątku należącego do podmiotów wymienionych w treści ust. 2 należy stosować przepisy ustawy o rachunkowości (...)"[28]. Szeroko reprezentowany jest pogląd, według którego majątek dłużnika winien być wyceniany według wartości zbywczej na danym rynku, przy czym przyjmuje się adekwatność wariantu wymuszonej sprzedaży[29] lub też – przeciwnie – wariantu kontynuacji działalności[30]. Nie brak również przedstawicieli przeciwstawnej koncepcji, według której wycenę majątku dłużnika powinno się przeprowadzać metodą księgową (bilansową)[31]. Szeroką analizę konsekwencji przyjęcia jednej lub drugiej metody zaprezentowali T. Biel oraz A. Cybulska, dochodząc do wniosku, iż w obowiązującym stanie prawnym oraz 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"[32].

Mając na względzie te rozbieżności, trudno uniknąć wrażenia, że kwestia właściwej metody wyceny majątku dłużnika dla celów przesłanki majątkowej winna znaleźć swoje rozstrzygnięcie na poziomie aksjologii prawa upadłościowego i wyrażonych przez ustawodawcę metawartości, pozwalających na przyznanie pierwszeństwa określonym korzyściom. Nie można pominąć w tym kontekście uzasadnienia nowelizacji prawa upadłościowego, dokonanego ustawą – Prawo restrukturyzacyjne z 15.05.2015 r., w którym stwierdzono, iż „wartość majątku nie powinna być oceniana na podstawie wartości bilansowej, lecz na podstawie wartości rzeczywistej (zbywczej) przy założeniu kontynuacji prowadzenia działalności"[33]. Dodano przy tym, iż „dla wierzycieli istotne jest to, że ewentualne zbycie składników majątkowych wystarczy na zaspokojenie wszystkich zobowiązań dłużnika".

Trudno nie dostrzec pewnej niekonsekwencji ustawodawcy, który z jednej strony postuluje wycenę majątku dłużnika na podstawie wartości zbywczej przy założeniu kontynuacji prowadzonej działalności, a z drugiej strony podkreśla, iż faktyczne znaczenie przesłanki nadmiernego zadłużenia zasadza się na badaniu, czy ewentualne zbycie składników majątkowych wystarczy na zaspokojenie „wszystkich zobowiązań dłużnika". Ta drobna nieścisłość wpływa jednak bezpośrednio na optymalizację metody wyceny składników majątku dłużnika dla celów rachunku testowego. Jeśli bowiem dłużnik winien utrzymywać majątek pozwalający na zaspokojenie „wszystkich" swoich zobowiązań w toku ewentualnej egzekucji uniwersalnej, to jedyną dopuszczalną w tej sytuacji metodą wyceny byłaby wycena wg wartości zbywczej w wariancie wymuszonej sprzedaży. **Mimo że prawo upadłościowe w art. 368 ust. 2 PU przewiduje sytuację zaspokojenia wszystkich wierzycieli w toku postępowania upadłościowego, to jednak brak jest normatywnych przesłanek pozwalających bronić tezy, iż dłużnik zobowiązany jest do utrzymywania takiej struktury majątku, która pozwoliłaby na zaspokojenie wszystkich wierzycieli w toku egzekucji generalnej w całości.** Jak słusznie wskazują T. Biel oraz A. Cybulska, „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"[34]. Dodać można, iż już kluczowa zasada optymalizacji, wyrażona w art. 2 ust. 1 PU, wskazuje, iż postępowanie upadłościowe nale-

[28] Gurgul S., „Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz", Warszawa 2016, art. 11.

[29] Filipak P., [w:] (red.) A Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz, „System...", s. 700; Zimmerman P., „Prawo upadłościowe..., art. 11"; Zalewski C., „Zmiany w postępowaniu...", s. 5; Adamus R., *Tendencje reformatorskie w zakresie pojęcia niewypłacalności przedsiębiorcy w prawie upadłościowym*, [w:] (red.) J. Olszewski, „Tendencje reformatorskie w prawie handlowym", Warszawa 2015, s. 81.

[30] Osajda K., „Uwagi o pojęciu...", s. 15.

[31] Gurgul S., „Prawo upadłościowe...", art. 11.

[32] Biel T., Cybulska A., *Metoda wyceny majątku przedsiębiorcy w kontekście nowego brzmienia przesłanki niewypłacalności wynikającej z nadmiernego zadłużenia*, „Doradca Restrukturyzacyjny", 2015, nr 2, s. 87.

[33] Uzasadnienie projektu ustawy Prawo restrukturyzacyjne, Druk Sejmu VII kadencji nr 2824, http://sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2824; dostęp wg stanu na 07.07.2016 r., s. 63.

[34] Biel T., Cybulska A., *Metoda wyceny...*, s. 76.

ży prowadzić tak, aby roszczenia wierzycieli mogły zostać zaspokojone w jak najwyższym stopniu. Ustawodawca nie wskazuje zatem, że dłużnik powinien zostać zaspokojony w całości, ale raczej „w jak najwyższym stopniu". Aksjologia prawa upadłościowego świadomie dopuszcza możliwość powstania deficytu uniemożliwiającego pełne zaspokojenie wierzycieli w toku egzekucji uniwersalnej, a już sama natura niewypłacalności świadczy o obiektywnie istniejących niedoborach środków pieniężnych. **Dłużnik nie ma obowiązku utrzymywania takiej struktury majątkowej, która dawałaby wierzycielom szansę zaspokojenia się w pełnej wysokości w razie otwarcia postępowania upadłościowego, tzn. nie ma obowiązku uwzględniania w rachunku testowym prognozowanych kosztów postępowania lub dyskonta z tytułu wymuszonej sprzedaży w toku uniwersalnej egzekucji.** Tym samym, *ipso facto* koszty dyskonta wynikającego z nagłego charakteru sprzedaży, gdy syndyk działa pod presją czasu, obciążają wierzycieli. Są jednak uzasadnione i wkalkulowane w mechanizm aksjologiczny prawa upadłościowego, bowiem umożliwiają wierzycielom odzyskanie przynajmniej części przysługujących im środków pieniężnych w możliwie najkrótszym czasie. Niesłuszne jest suponowanie przy tym, iż powoływanie się na ochronę interesów wierzycielskich prowadzi do konieczności wiązania wyceny majątku wg wartości zbywczych z wariantem sprzedaży wymuszonej[35]. Optyka uwalniająca mechanizmy prawa upadłościowego od iluzorycznego oczekiwania na zaspokojenie wierzycieli w całości w toku postępowania upadłościowego pozwala przyjąć również, że to nie wariant wymuszonej sprzedaży będzie właściwy dla wyceny majątku dla rachunku testowego.

W związku z tym rację należy przyznać stanowisku postulującemu wycenę majątku – dla potrzeb weryfikacji przesłanki majątkowej – na podstawie wartości zbywczej, ale przy założeniu kontynuacji działalności. Co prawda, w toku postępowania upadłościowego majątek dłużnika zbywany będzie wg wartości zbywczej w wariancie wymuszonej sprzedaży, jednakże należy zdecydowanie odróżnić cele i etapy prawno-faktyczne obu wycen i zaakceptować fakt ich odmienności. Trzeba zgodzić się z K. Osajdą, który postulując – w kontekście art. 11 ust. 2 PU – wycenę rynkową w wariancie kontynuacji działalności wskazuje, iż „oceniając, czy przedsiębiorca jest niewypłacalny, nie można jego niewypłacalności zakładać *a priori*, a przecież sprzedaż wymuszona miałaby miejsce właśnie w razie niewypłacalności, a co najmniej niemożności zaspokojenia roszczenia dochodzonego przez konkretnego wierzyciela"[36].

Nie ulega przy tym wątpliwości, iż wariant wymuszonej sprzedaży pozostaje odpowiedni dla właściwego postępowania upadłościowego (a nie postępowania przygotowawczego, którym jest postępowanie o ogłoszenie upadłości), zakładając konieczność zachęcenia rynku do składania ofert w najbliższym możliwym czasie, bowiem z naturalnych przyczyn czas trwania postępowania upadłościowego w negatywny sposób oddziałuje na stopień zaspokojenia wierzycieli z masy upadłości i otoczenie gospodarcze. Konstatacja ta jest słuszna tym bardziej w świetle zmodyfikowanego brzmienia art. 308 PU, wskazującego w ust. 2, iż syndyk jest obowiązany do podejmowania działań umożliwiających zakończenie likwidacji masy upadłości w ciągu 6 miesięcy od dnia ogłoszenia upadłości. Mimo że termin ten należy uznawać za instrukcyjny, to w sposób oczywisty wpływa on na konieczność stosowania wyceny w wariancie wymuszonej sprzedaży.

Wracając do problematyki rachunku testowego, warto zastanowić się nad pytaniem: dlaczego przyjmować metodę wyceny wg wartości zbywczej, a nie wyłącznie bilansowej? Uzasadnienia dla takiej konstatacji należy poszukiwać przede wszystkim w warstwie aksjologicznej prawa upadłościowego, która podstawowego celu prawa insolwencyjnego upatruje właśnie w funkcji windykacyjnej[37], będącej szczególnie istotną dla wierzycieli upadłego, tj. głównych beneficjentów korzyści płynących z sanacji uniwersalnej. Przypomnieć należy, że jedną z pierwszą czynności syndyka masy upadłości po objęciu majątku upadłego jest sporządzenie spisu i oszacowania majątku wchodzącego w skład masy upadłości, zaś czynność ta stanowi element przygotowania masy do jej likwidacji. Bezpośrednim celem likwidacji majątku upadłego jest jego spieniężenie, a następnie dystrybucja pozyskanych w taki sposób środków pieniężnych na rzecz uprawnionych wierzycieli. Skoro likwidacja masy upadłości odbywa się zasadniczo poprzez sprzedaż majątku[38], to sprzedaż taka odbywać się musi po cenach zbywczych, ale z możliwością zastosowania dyskonta z tytułu egzekucyjnego charakteru czynności syndyka, nie zaś po wartościach bilansowych, w wielu wypadkach abstrahujących od wartości rynkowych. Cena zbywcza winna wynikać natomiast z rynkowej wyceny poszczególnych składników majątku dokonanej metodą skorygowanych aktywów netto, zaliczaną do rodziny

[35] Por. Biel T., Cybulska A., *Metoda wyceny…*, s. 74.
[36] Osajda K., *Uwagi o pojęciu…*, s. 16.

[37] Art. 2 ust. 1 PU stanowi, iż postępowanie upadłościowe należy prowadzić w taki sposób, by roszczenia wierzycieli mogły zostać zaspokojone w jak najwyższym stopniu.

[38] W myśl art. 311 ust. 1-2 PU likwidacja wierzytelności upadłego następuje przez ich zbycie albo ściągnięcie, przy czym wybór sposobu likwidacji należy poprzedzić oceną, który z nich umożliwia zaspokojenie wierzycieli w jak największym stopniu przy uwzględnieniu kosztów i ryzyka niepowodzenia ściągnięcia wierzytelności upadłego oraz konieczności zaspokojenia zobowiązań, o których mowa w art. 230 PU, związanych z przedłużeniem postępowania upadłościowego.

majątkowych metod wyceny, lub metodą dochodową w przypadku zbywania przez syndyka przedsiębiorstwa upadłego w całości lub jego zorganizowanych części, oczywiście przy założeniu, iż przedsiębiorstwo to generuje dodatnie przepływy pieniężne. Wartości bilansowe, ujawnione w księgach rachunkowych dłużnika, powinny odgrywać w tej sytuacji wyłącznie pomocniczą rolę.

Nie ulega przy tym wątpliwości, iż przyjęcie za właściwą metody bilansowej niosłoby ze sobą określone i istotne korzyści. Do jej zalet zaliczamy wszak bezsprzecznie prostotę i łatwość zrozumienia przyjętej metodyki przez odbiorców wyceny, oczywiście przy założeniu, że bilans, na którym oparł się wyceniający, powstał zgodnie ze sztuką prawa rachunkowego i prezentuje rzetelne, prawdziwe dane. W świetle aksjologii prawa upadłościowego, a w szczególności w kontekście zasady optymalizacji, trudno zlekceważyć natomiast fakt, że wartości ujawnione w sporządzonym bilansie nie odzwierciedlają zazwyczaj wartości rynkowych, stąd też mogą powstać nawet bardzo istotne odchylenia pomiędzy wartością ujawnioną w księgach rachunkowych jednostki gospodarczej a wartością rynkową poszczególnych aktywów i pasywów na dzień wyceny. Jak słusznie zauważa P. Zimmerman, metoda księgowa „dotknięta jest w myśl obowiązującego prawa, zwłaszcza podatkowego, znacznym oderwaniem od rzeczywistej wartości ekonomicznej”[39]. **Nie ulega zatem wątpliwości, że wycena aktywów metodą bilansową na potrzeby czynności likwidacyjnych (sprzedażowych) majątku dłużnika jest nieadekwatna do celu wyceny, a tym samym w żaden sposób nie koresponduje z nadrzędną funkcją przesłanki nadmiernego zadłużenia, jaką jest zapewnienie bezpieczeństwa wierzycieli poprzez podtrzymywanie stanu istnienia w majątku dłużnika potencjału zaspokojenia wierzytelności pieniężnych w możliwie najwyższym stopniu.**

W piśmiennictwie wskazuje się również, iż zaletą wyceny wg wartości bilansowej byłaby „możliwość ujęcia w majątku m.in. wartości aktywów w praktyce niezbywalnych, produkcji w toku, niezrealizowanych inwestycji, należności z niedokończonych jeszcze umów długoterminowych”[40]. Abstrahując od tego, że tak szerokie ujęcie majątku dłużnika wydaje się domagać – w celu legitymizacji – interwencji ustawodawcy, należy podkreślić, że w świetle dokonanej nowelizacji prawa upadłościowego doprowadziłoby do powstania swoistej asymetrii między interesami dłużnika a interesami wierzycielskimi. Szereg nowych normatywnych regulacji przesłanki majątkowej doprowadziło do faktycznej jej liberalizacji dla dłużników, łącznie z subsydiarnym charakterem względem przesłanki płynnościowej. Z rachunku testowego wyłączono szereg kategorii zobowiązań i radykalnie wydłużono okres, po którym materializuje się obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Możliwość ujęcia w rachunku testowym jeszcze takich wartości, jak: aktywa w praktyce niezbywalne, produkcja w toku, niezrealizowane inwestycje i należności z niedokończonych jeszcze umów długoterminowych, doprowadzić mogłaby w ocenie autorów artykułu do zaburzenia nieodzownej równowagi pomiędzy interesem dłużnika a interesami wierzycielskimi, stąd też choćby z tej przyczyny nie można się z taką propozycją zgodzić.

Powyższe rozważania prowadzą więc do konieczności skonstatowania, iż optymalnym, racjonalnym i zgodnym z aksjologią prawa upadłościowego modelem wyceny majątku dłużnika dla celów rachunku testowego jest wycena według wartości zbywczej, w szczególności biorąc pod uwagę ograniczenia i szanse na danym rynku, z założeniem kontynuacji działalności.

UWAGI DOTYCZĄCE MOŻLIWOŚCI ODDALENIA WNIOSKU O OGŁOSZENIE UPADŁOŚCI MIMO MATERIALIZACJI PRZESŁANKI MAJĄTKOWEJ

Art. 11 ust. 6 PU stanowi, iż „sąd może oddalić wniosek o ogłoszenie upadłości, jeżeli nie ma zagrożenia utraty przez dłużnika zdolności do wykonywania jego wymagalnych zobowiązań pieniężnych w niedługim czasie”. Przedmiotową regulację należy rozpatrywać wyłącznie w kontekście przesłanki nadmiernego zadłużenia, bowiem oczywista jest obiektywna niemożność jednoczesnego występowania braku „zagrożenia utraty przez dłużnika zdolności do wykonywania jego wymagalnych zobowiązań pieniężnych w niedługim czasie” i „utraty zdolności do wykonywania wymagalnych zobowiązań pieniężnych” (przesłanka płynnościowa). Nadto o fakcie przynależenia art. 11 ust. 6 PU do właściwości przesłanki majątkowej świadczy również art. 11 ust. 7 PU, zaliczający art. 11 ust. 6 PU do grona przepisów regulujących przesłankę nadmiernego zadłużenia. Znaczenie omawianej normy jest niebagatelne, bowiem sprowadza przesłankę majątkową do roli pomocniczej i względnej, uzależnionej *de facto* od finansowej płynności przedsiębiorstwa. Jak wskazał ustawodawca, „nadmierne zadłużenie stanowi istotny problem dla sytuacji rynkowej dopiero wtedy, gdy prowadzi do zaburzenia zdolności płatniczej przedsiębiorcy”[41]. A skoro tak, jak słusznie zauważają T. Biel i A. Cybulska, celem przesłanki nadmiernego zadłużenia jest „eliminacja

[39] Zimmerman P., „Prawo upadłościowe…”, art. 11.
[40] Biel T., Cybulska A., *Metoda wyceny…*, s. 80.
[41] Uzasadnienie projektu ustawy Prawo restrukturyzacyjne, Druk Sejmu VII kadencji nr 2824, http://sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2824; dostęp wg stanu na 07.07.2016 r., s. 66.

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"[42].

Ustawodawca słusznie przyjął, iż w niektórych stanach faktycznych przesłanka nadmiernego zadłużenia nie tylko nie odzwierciedlałaby rzeczywistości w zakresie niewypłacalności ekonomicznej, ale i jej zastosowanie prowadziłoby do zgoła nieprawdziwych wniosków. **A przecież niewypłacalność prawna winna być wyłącznie potwierdzeniem zdarzeń ekonomicznych i stanu faktycznego, polegającego na faktycznej niewypłacalności ekonomicznej dłużnego podmiotu. Nie powinno się tego porządku przyczynowo-skutkowego zaburzać, a już na pewno odwracać.** Brak jest jakichkolwiek racji dla sztucznego otwierania procesu upadłościowego dla podmiotów wypłacalnych tylko dlatego, że z określonych przyczyn wypełniają znamiona niewypłacalności prawnej.

Art. 11 ust. 6 PU znajdzie zastosowanie przede wszystkim w sytuacji spółek celowych, powołanych do realizacji konkretnych celów inwestycyjnych, których wymiar biznesowy odłożony jest w czasie. Inwestorzy oraz wierzyciele takich podmiotów zgadzają się wtedy na istnienie stanu nadwyżki pasywów nad aktywami, o której w art. 11 ust. 2 PU, jednak sami podejmują ryzyko współpracy, wierząc w szanse powodzenia realizowanej inwestycji. Słusznie wskazuje C. Zalewski, iż „inwestorzy, wierzyciele skłonni są wielokrotnie podejmować duże ryzyko i angażować się w nowe przedsięwzięcia, które w początkowym okresie z założenia będą generowały straty, a stan, w którym zobowiązania będą większe od majątku, będzie utrzymywał się aż do chwili, gdy dane przedsięwzięcie dojdzie do etapu finalnego"[43].

Pewne wątpliwości budzić może użyte przez ustawodawcę sformułowanie „w niedługim czasie", jednak jego nieostrość uznać należy za zaletę, a nie wadę tej regulacji. Mnogość istniejących stanów faktycznych uzasadnia użycie klauzuli generalnej, która składowi orzekającemu w sprawie o ogłoszenie upadłości pozwoli na indywidualizację subsumcji. Trudno zatem przyznać słuszność stanowisku S. Gurgula, który za „niedługi czas" uznaje 3 miesiące[44]. Jak trafnie zauważa P. Filipiak, przesądzanie abstrakcyjnie, czy niedługi czas oznacza 1, 3 czy 5 miesięcy, nie jest zasadne, a każdy przypadek powinien być oceniany indywidualnie[45].

PRZYKŁAD HIPOTETYCZNY

W celu zobrazowania prowadzonych rozważań poniżej przedstawiony zostanie przykład hipotetyczny w czterech różnych wariantach (w zależności od stopnia ustanowionych zabezpieczeń na majątku dłużnika), wskazujący na właściwą metodykę kwantyfikacji rachunku testowego dla celów przesłanki nadmiernego zadłużenia, przy założeniu, iż bilansowe wartości składników majątku odpowiadają wartościom zbywczym w warunkach kontynuacji.

I wariant

Stan faktyczny w zakresie zabezpieczeń: brak zabezpieczeń na majątku dłużnika.

DŁUŻNIK ABC SP. Z O.O. – **WARIANT I**							
SYMBOL	AKTYWA	WARTOŚĆ ZBYWCZA [PLN]	WARTOŚĆ UWZGLĘDNIONA W RACHUNKU TESTOWYM	SYMBOL	PASYWA	WARTOŚĆ ZBYWCZA [PLN]	WARTOŚĆ UWZGLĘDNIONA W RACHUNKU TESTOWYM
A1	ruchomości	5 000 000,00	5 000 000,00	P1	kapitały własne	1 000 000,00	0,00
A2	nieruchomość	5 000 000,00	5 000 000,00	P2	rezerwy długoterminowe	1 000 000,00	0,00
A3	rozliczenia międzyokresowe	2 000 000,00	0,00	P3	zobowiązania długoterminowe pieniężne	2 000 000,00	2 000 000,00
				P4	zobowiązanie krótkoterminowe pieniężne	7 000 000,00	7 000 000,00
				P5	rozliczenia międzyokresowe	1 000 000,00	0,00
SUMA:		12 000 000,00	**10 000 000,00**	SUMA:		12 000 000,00	**9 000 000,00**
RACHUNEK TESTOWY:							
10 000 000,00 PLN > 9 000 000,00 PLN							
A>P = brak materializacji majątkowej przesłanki niewypłacalności							

[42] Biel T., Cybulska A., *Metoda wyceny...*, s. 74.

[43] Zalewski C., *Zmiany w postępowaniu...*, s. 4-5.

[44] Gurgul S., „Prawo upadłościowe...", art. 11.

[45] Filipak P., [w:] (red.) A Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz, „System...", s. 704.

DŁUŻNIK ABC SP. Z O.O. – **WARIANT II**							
SYMBOL	AKTYWA	WARTOŚĆ ZBYWCZA [PLN]	WARTOŚĆ UWZGLĘDNIONA W RACHUNKU TESTOWYM	SYMBOL	PASYWA	WARTOŚĆ ZBYWCZA [PLN]	WARTOŚĆ UWZGLĘDNIONA W RACHUNKU TESTOWYM
A1	ruchomości	5 000 000,00	5 000 000,00	P1	kapitały własne	1 000 000,00	0,00
A2	nieruchomość	5 000 000,00	5 000 000,00	P2	rezerwy długoterminowe	1 000 000,00	0,00
A3	rozliczenia międzyokresowe	2 000 000,00	0,00	P3	zobowiązania długoterminowe pieniężne	2 000 000,00	2 000 000,00
				P4	zobowiązanie krótkoterminowe pieniężne	7 000 000,00	7 000 000,00
				P5	rozliczenia międzyokresowe	1 000 000,00	0,00
SUMA:		12 000 000,00	**10 000 000,00**	SUMA:		12 000 000,00	**9 000 000,00**
RACHUNEK TESTOWY:							
10 000 000,00 PLN > 9 000 000,00 PLN							
A>P = brak materializacji majątkowej przesłanki niewypłacalności							

DŁUŻNIK ABC SP. Z O.O. – **WARIANT III**							
SYMBOL	AKTYWA	WARTOŚĆ ZBYWCZA [PLN]	WARTOŚĆ UWZGLĘDNIONA W RACHUNKU TESTOWYM	SYMBOL	PASYWA	WARTOŚĆ ZBYWCZA [PLN]	WARTOŚĆ UWZGLĘDNIONA W RACHUNKU TESTOWYM
A1	ruchomości	5 000 000,00	5 000 000,00	P1	kapitały własne	1 000 000,00	0,00
A2	nieruchomość	5 000 000,00	0,00	P2	rezerwy długoterminowe	1 000 000,00	0,00
A3	rozliczenia międzyokresowe	2 000 000,00	0,00	P3	zobowiązania długoterminowe pieniężne	2 000 000,00	2 000 000,00
				P4	zobowiązanie krótkoterminowe pieniężne	7 000 000,00	7 000 000,00
				P5	rozliczenia międzyokresowe	1 000 000,00	0,00
SUMA:		12 000 000,00	**5 000 000,00**	SUMA:		12 000 000,00	**9 000 000,00**
RACHUNEK TESTOWY:							
5 000 000,00 PLN < **9 000 000,00 PLN**							
A<P = materializacja majątkowej przesłanki niewypłacalności							

DŁUŻNIK ABC SP. Z O.O. – **WARIANT IV**							
SYMBOL	AKTYWA	WARTOŚĆ ZBYWCZA [PLN]	WARTOŚĆ UWZGLĘDNIONA W RACHUNKU TESTOWYM	SYMBOL	PASYWA	WARTOŚĆ ZBYWCZA [PLN]	WARTOŚĆ UWZGLĘDNIONA W RACHUNKU TESTOWYM
A1	ruchomości	5 000 000,00	5 000 000,00	P1	kapitały własne	1 000 000,00	0,00
A2	nieruchomość	5 000 000,00	5 000 000,00	P2	rezerwy długoterminowe	1 000 000,00	0,00
A3	rozliczenia międzyokresowe	2 000 000,00	0,00	P3	zobowiązania długoterminowe pieniężne	2 000 000,00	2 000 000,00
				P4	zobowiązanie krótkoterminowe pieniężne	7 000 000,00	7 000 000,00
				P5	rozliczenia międzyokresowe	1 000 000,00	0,00
SUMA:		12 000 000,00	**10 000 000,00**	SUMA:		12 000 000,00	**9 000 000,00**
RACHUNEK TESTOWY:							
10 000 000,00 PLN > 9 000 000,00 PLN							
A>P = brak materializacji majątkowej przesłanki niewypłacalności							

Wyjaśnienie w zakresie poszczególnych pozycji aktywów i pasywów:

- A1 – ruchomości **wchodzą** w całości do rachunku testowego,
- A2 – nieruchomość **wchodzi** w całości do rachunku testowego,
- A3 – rozliczenia międzyokresowe **nie wchodzą** do rachunku testowego, nie obrazują bowiem faktycznego majątku dłużnika,
- P1 – kapitały własne **nie wchodzą** do rachunku testowego, stanowią bowiem wyłącznie wartość wynikową, nie stanowiąc długu obcego ani majątku,
- P2 – rezerwy **nie wchodzą** do rachunku testowego, nie powinny być bowiem uwzględniane do momentu ziszczenia się określonych zdarzeń,
- P3 – zobowiązania długoterminowe pieniężne **wchodzą** do rachunku testowego,
- P4 – zobowiązania krótkoterminowe pieniężne **wchodzą** do rachunku testowego,
- P5 – rozliczenia międzyokresowe **nie wchodzą** do rachunku testowego, nie stanowią bowiem zobowiązań w sensie cywilistycznym.

II wariant

Stan faktyczny w zakresie zabezpieczeń: nieruchomość objęta w całości hipoteką, zabezpieczającą zobowiązanie własne. Wierzytelność istnieje i jest prawidłowo obsługiwana.

W związku z faktem, iż ustanowiona na nieruchomości hipoteka zabezpiecza zobowiązanie własne, wartość nieruchomości winna znaleźć odzwierciedlenie w rachunku testowym w całości.

III wariant

Stan faktyczny w zakresie zabezpieczeń: nieruchomość objęta w całości hipoteką na rzecz osoby trzeciej, zabezpieczającą zobowiązanie obce. Wierzytelność istnieje, ale nie jest już obsługiwana przez dłużnika głównego i brak jest podstaw do twierdzenia, iż stan ten ulegnie zmianie.

W związku z tym, iż zobowiązanie obce, które zabezpieczono na nieruchomości dłużnika, nie jest obsługiwane przez dłużnika głównego, nieruchomość winna zostać wykluczona z rachunku testowego, tj. nie powinna powiększać poziomu aktywów dłużnika.

IV wariant

Stan faktyczny w zakresie zabezpieczeń: nieruchomość objęta w całości hipoteką na rzecz osoby trzeciej, zabezpieczającą zobowiązanie obce. Wierzytelność istnieje i jest prawidłowo obsługiwana przez dłużnika głównego.

W związku z tym, iż zobowiązanie obce, które zabezpieczono na nieruchomości dłużnika, jest na bieżąco obsługiwane przez dłużnika głównego, wartość nieruchomości winna zostać uwzględniona w rachunku testowym.

PODSUMOWANIE

Metodyka badania przesłanki nadmiernego zadłużenia ściśle związana jest z aksjologią prawa upadłościowego i funkcją windykacyjną egzekucji uniwersalnej. To w jej świetle winno się rozumieć normatywną regulację przesłanki majątkowej oraz zakresy zobowiązań i składników majątku właściwe dla rachunku testowego. Również dobór odpowiedniej metody wyceny majątku uzależniony jest bezpośrednio od doszacowania znaczenia funkcji windykacyjnej postępowania upadłościowego, co prowadzi do konkluzji, iż właściwa jest metoda wg wartości zbywczej w wariancie kontynuacji działalności.

Zdaniem autorów artykułu do zobowiązań w rachunku testowym nie powinno się wliczać zobowiązań warunkowych (w tym poręczeń), aż do momentu zaistnienia określonych zdarzeń zewnętrznych. Podobnie zobowiązania sporne oraz zobowiązania bilansowe pod pozycją „rezerwy" nie powinny wpływać na wynik kwantyfikacji rachunku porównawczego. Z kolei wśród składników majątku dłużnika wartością dla rachunku testowego cechują się wyłącznie takie składniki majątku, które posiadają zdolność zbywczą i egzekucyjną. Wartości bilansowe powinny występować w tej sytuacji w roli pomocniczej, przy czym nie wszystkie winny znaleźć odzwierciedlenie w rachunku testowym (np. roboty w toku i rozliczenia międzyokresowe po stronie aktywów nie są majątkiem w sensie cywilistycznym i jako takie nie posiadają zdolności zbywczej i egzekucyjnej). Zobowiązania rzeczowe wynikające z zabezpieczeń na majątku dłużnika ustanowionych na rzecz osób trzecich, w sytuacji gdy wierzyciel rzeczowy prowadzi już egzekucję ze składników majątku należących do dłużnika rzeczowego lub z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością można uznać, że wkrótce będzie ją prowadził, powinny wpłynąć na odpowiednie obniżenie w rachunku testowym wartości składników majątku dłużnika.

Z racji ograniczonego rozmiaru tego artykułu autorzy nie wyczerpali wszystkich zagadnień związanych z metodyką kwantyfikacji przesłanki majątkowej, niemniej jednak żywią nadzieję, że publikacja stanie się przyczynkiem do pogłębienia merytorycznej dyskusji w kręgu teoretyków i praktyków prawa upadłościowego.

Maciej Geromin [1]

POMOC PUBLICZNA W USTAWIE Z 15 MAJA 2015 R. – PRAWO RESTRUKTURYZACYJNE. ZAGADNIENIA WSTĘPNE

Wraz z wejściem w życie ustawy z 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne[2] przed wszystkimi uczestnikami postępowań na wypadek niewypłacalności pojawiły się nowe trudności i wyzwania. Jednym z nich jest z pewnością zagadnienie tzw. pomocy publicznej w postępowaniach restrukturyzacyjnych[3]. Obowiązujące zasady udzielania pomocy publicznej nie uległy zasadniczej zmianie[4]. Jednak z uwagi na ujęcie ich w ramy ustawy, a także wobec zmiany sytuacji podmiotów publicznoprawnych w postępowaniu upadłościowym (nowy art. 342 p.u.), pojawia się konieczność podjęcia prób uporządkowania pojęć i instytucji w ramach postępowań restrukturyzacyjnych, związanych z pomocą publiczną, i zarysowania ogólnej pragmatyki działania organów postępowania restrukturyzacyjnego w związku z możliwością udzielania pomocy publicznej. Celem artykułu jest odpowiedź na te zagadnienia[5].

Gospodarka UE opiera się na zasadzie zachowania konkurencji między przedsiębiorcami Państw Członkowskich. Tym samym realizuje zasady gospodarki rynkowej i zrównoważonego rozwoju (art. 3 TFUE[6]). Indywidualna ingerencja Państw Członkowskich w zasady funkcjonowania własnej gospodarki wpływa na konkurencję rynku wewnętrznego i zewnętrznego UE[7]. Stąd udzielanie przez UE i Państwa Członkowskie wsparcia, będącego pomocą publiczną, kierowanego do przedsiębiorców, które zakłóca rynek jest, co do zasady, niezgodne z TFUE. Istnieje przy tym możliwość uznania danej formy pomocy publicznej za zgodną z prawem UE. Może to mieć miejsce w formie programu pomocowego albo indywidualnej decyzji o zgodzie na udzielenie pomocy publicznej. Kompetencje do decydowania o zgodzie na udzielenie pomocy publicznej są zastrzeżone wyłącznie dla organów UE[8]. Zasady udzielania pomocy publicznej bez czynnego udziału organów UE mogą zostać „implementowane" do prawodawstwa krajowego. Przepisy p.r. stanowią przykład tego rodzaju implementacji wymagań UE. Nie zmieniają one jednak przepisów o charakterze „procesowym", odnoszących się do zasad kontroli i wyliczania udzielanej pomocy publicznej[9].

---

[1] Adwokat, associate w kancelarii Dentons, członek Sekcji Prawa Upadłościowego Instytutu Allerhanda w Krakowie.

[2] Ustawa z 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U. z 2015 r. poz. 978); dalej jako „p.r.". „P.r." wraz z wejściem w życie 1 stycznia 2016 r. zmienia tytuł ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze na Prawo upadłościowe. Z tej przyczyny ilekroć w dalszej części artykułu pojawiać się będzie skrót „p.u.", oznaczał będzie powołanie przepisów ustawy – Prawo upadłościowe obowiązującej od 1 stycznia 2016 r. Skrót „**p.u.n.**" oznaczał będzie powołanie przepisów ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze obowiązującej do 1 stycznia 2016 r.

[3] Na ten temat porównaj: Gnys A., [w:] A. Machowska (red.), „Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe. Zagadnienia praktyczne", Warszawa 2016, Adamus R., „Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz". Warszawa 2015, Zimmerman P., „Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz", Warszawa 2016, Gurgul S., „Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz", Warszawa 2016, Geromin M., [w:] A. Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz (red.), „Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe. System Prawa Handlowego", Warszawa 2016, Karpiński K., Pawełczyk M., [w:] A. Torbus, A.J. Witosz, A. Witosz, „Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz", Warszawa 2016, Werner A., *Zasady udzielania pomocy publicznej w prawie restrukturyzacyjnym*, [w:] „Monitor Prawa Bankowego". 12/2015, Marek M., *Restrukturyzacja przedsiębiorstwa a pomoc publiczna*, [w:] „Feniks" 1/16.

[4] Pierwsze zobowiązania Rzeczypospolitej Polskiej dotyczące pomocy publicznej znajdowały się już w Układzie Europejskim ustanawiającym stowarzyszenie między Rzeczpospolitą Polską z jednej strony a Wspólnotami Europejskimi i ich Państwami Członkowskimi z drugiej strony, sporządzony w Brukseli 16 grudnia 1991 r. (Dz. U. z 1994 r., nr 11, poz. 38), w którym Polska zobowiązała się do uznawania za niezgodną z właściwą realizacją układu wszelką pomoc publiczną, która „zniekształca lub grozi zniekształceniem konkurencji przez faworyzowanie niektórych przedsiębiorstw lub produkcji niektórych towarów", gdy działania te mogły mieć negatywny wpływ na wymianę między Polską a Wspólnotą Europejską. Na temat historii obowiązywania regulacji dotyczącej pomocy publicznej por. Pawełczyk M., [w:] R. Hauser i in. (red.), „Publiczne prawo gospodarcze. System Prawa Administracyjnego", tom 8B, Warszawa 2013.

[5] Należy wskazać, że wyczerpujące i metodologicznie poprawne omówienie zagadnienia pomocy publicznej w postępowania restrukturyzacyjnych (w szczególności w ujęciu praktycznym) w ramach jednego artykułu jest utrudnione. Autor na potrzeby kondensacji informacji celowo przyjmuje systematykę artykułu, która na początku przedstawia definicje, wynikające z przepisów „o pomocy publicznej w restrukturyzacji", następnie praktyczny sposób ich zastosowania, a dopiero w podsumowaniu dokonuje syntezy, wskazując na cele i funkcje omawianych przepisów.

[6] Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej z 30 kwietnia 2004 r. (Dz. U. UE L 2014.182.1 ze zm.) – dalej „TFUE" – obowiązujący na mocy oświadczenia rządowego z 21 kwietnia 2004 r. w sprawie mocy obowiązującej traktatu dotyczącego przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej, podpisanego w Atenach 16 kwietnia 2003 r. (Dz. U. z 30 kwietnia 2004 r.) oraz zgody uchwalonej w referendum ogólnokrajowym w sprawie wyrażenia zgody na ratyfikację traktatu dotyczącego przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej, wyznaczonym na 8 czerwca 2003 r. (Dz. U. z 2003 r., nr 126, poz. 1170).

[7] Pawełczyk M., [w:] R. Hauser i in. (red.), „Publiczne prawo gospodarcze. System Prawa Administracyjnego", tom 8B, Warszawa 2013.

[8] Por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 30 lipca 2013 r. II GSK 552/12, Legalis nr 764682.

[9] Por. Ustawa z 20 kwietnia 2004 r. o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej (Dz. U. z 2007 r., nr 59, poz. 404 – j.t.) oraz rozporządzenie Rady Ministrów z 11 sierpnia 2004 r. w sprawie szczegółowego sposobu obliczania wartości pomocy publicznej udzielanej w różnych formach (Dz. U. z 2004 r., nr 194, poz. 1983).

KILKA PODSTAWOWYCH DEFINICJI

Wsparcie

Zgodnie z art. 107 ust. 1 TFUE **pomocą publiczną** jest, z zastrzeżeniem innych postanowień przewidzianych w traktatach, wszelka pomoc przyznawana przez Państwo Członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych w jakiejkolwiek formie, która zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji poprzez sprzyjanie niektórym przedsiębiorcom lub produkcji niektórych towarów, jeżeli wpływa na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi.

Należy wskazać, że pojęcie „wsparcie" jest kategorią nadrzędną wobec pojęcia „pomocy publicznej". Pomocą publiczną jest więc kwalifikowana forma wsparcia, która spełnia wszystkie kryteria przewidziane w art. 107 ust. 1 TFUE. Stanowi o tym art. 140 p.r., który wskazuje, że jeżeli w postępowaniu restrukturyzacyjnym może dojść do udzielenia przedsiębiorcy przez państwo lub przy użyciu zasobów państwowych wsparcia w jakiejkolwiek formie, plan restrukturyzacyjny dodatkowo zawiera test prywatnego wierzyciela lub test prywatnego inwestora, stanowiący ocenę, czy wsparcie udzielone w postępowaniu restrukturyzacyjnym i w trakcie wykonywania układu będzie stanowiło pomoc publiczną. Innymi słowy, pomocą publiczną jest tylko takie wsparcie, które nie spełnia testu prywatnego wierzyciela ani testu prywatnego inwestora.

W postępowaniach restrukturyzacyjnych za wsparcie należy uznać takie zachowanie (działanie lub zaniechania) podmiotu publicznego albo podmiotu, który wykorzystuje zasoby państwowe, które prowadzi do: odroczenia płatności, redukcji wierzytelności (głównej lub ubocznej), konwersji wierzytelności lub dokapitalizowania dłużnika. W jeszcze prostszym ujęciu, wsparciem jest świadczenie na rzecz przedsiębiorstwa, które zwiększa wydatki albo zmniejsza wpływy państwa. W postępowaniach restrukturyzacyjnych będzie to miało miejsce zazwyczaj poprzez zawarcie układu, ewentualnie udzielenie nowego finansowania w ramach planu restrukturyzacyjnego.

Pomoc publiczna

Pomocą publiczną jest taka forma wsparcia, która zakłóci lub grozi zakłóceniem konkurencji, ma charakter selektywny i negatywnie oddziałuje na wymianę handlową pomiędzy krajami członkowskimi UE[10]. W innym ujęciu, pomocą publiczną jest wsparcie udzielane przez państwo lub przy użyciu zasobów państwowych, które prowadzi do występowania selektywnej korzyści, które wpływa na handel między Państwami Członkowskimi[11] i zakłóca lub zagraża zakłóceniu konkurencji[12].

Po pierwsze, istotne jest, czy świadczenie jest udzielone przez państwo lub przy użyciu zasobów państwowych. Przykładowo, wsparcie udzielane bezpośrednio to takie, które pochodzi od jednostki samorządu terytorialnego (gminy, powiatu, województwa) lub jednostki administracji rządowej (naczelnika urzędu skarbowego, dyrektora ZUS). Pośrednio wsparcia mogą udzielać spółki Skarbu Państwa lub z udziałem Skarbu Państwa, fundusze i agencje państwowe.

Po drugie, przez korzyść należy rozumieć przyznanie gospodarczej korzyści (przysporzenie środków, umniejszenie długów) podmiotowi gospodarczemu. W praktyce, jeśli dana gmina jest wierzycielem dłużnika z tytułu niezapłaconego podatku od nieruchomości oraz z tytułu niezapłaconego czynszu najmu lokalu należącego do gminy, to odraczając w ramach układu termin zapłaty którejkolwiek z tych należności, będzie przyznawała korzyść dłużnikowi.

Po trzecie, przez selektywność należy rozumieć takie skierowanie wsparcia, które powoduje, że jego adresatem będzie jeden podmiot albo tylko grupa podmiotów. Przykładowo, naczelnik urzędu skarbowego, udzielający w ramach zawartego układu zgody na odroczenie terminu płatności dłużnika, działa zawsze selektywnie.

Po czwarte, przez oddziaływanie danego środka wsparcia na rynek wewnątrzunijny i unijną konkurencję rozumie się sytuację, w której wsparcie wzmacnia pozycję danego przedsiębiorstwa lub grupy przedsiębiorstw i prowadzi do zakłócenia lub możliwości zakłócenia konkurencji na tym rynku[13].

Pomoc publiczna *de minimis*

Jak już wspomniano, nie każda forma pomocy publicznej uznawana jest za niezgodną z rynkiem UE, a przez to niedopuszczalną. Zgodną z regułami wspólnego rynku jest pomoc publiczna, której udzielano przedsiębiorcy w okresie 3 kolejnych lat poniżej określonej kwoty (albo

[10] Gurgul S., „Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz". Warszawa 2016, s. 1096 i n.

[11] Kurcz B., [w:] K. Kowalik-Bańczyk, M. Szwarc-Kuczer (red.), „Traktat o funkcjonowaniu, komentarz do art. 107 TFUE", Lex/el 2016.

[12] Wyrok sądu I instancji z 22 lutego 2006 r., T-34/02 Le Levant 001 i in. v. Komisja Wspólnot Europejskich, Legalis.

[13] Geromin M., [w:] A. Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz (red.), „Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe System Prawa Handlowego", Warszawa 2016 – przy czym wskazać należy, że nawet oddziaływanie środka wsparcia wyłącznie na pozaunijne rynki (np.: wsparcie eksportu polskich ciągników na terenie Afryki) może doprowadzić do osłabienia rynku wewnątrzunijnego poprzez wpływanie na eksport ciągników przez inne Państwa Członkowskie UE.

równowartości kwoty) – tzw. pomoc publiczna *de minimis*[14], której wartość zależy od sektora gospodarki, w jakim funkcjonuje przedsiębiorca:

1. w sektorze transportu drogowego jest to kwota 100 tys. euro (art. 3 ust. 2 rozporządzenia nr 1407/2013);
2. w sektorze rolnym – 15 tys. euro[15];
3. w sektorze przedsiębiorstw świadczących usługi w ogólnym interesie gospodarczym – 500 tys. euro[16];
4. dla pozostałych przedsiębiorców – 200 tys. euro (art. 3 ust. 2 rozporządzenia Komisji nr 1407/2013).

Pomoc Państwa Członkowskiego w wysokości, która nie przekracza poziomu pomocy publicznej *de minimis*, nie narusza zasad konkurencji i wymiany handlowej między państwami UE, jest bowiem nieznaczna i „bagatelna". W celu określenia daty przyznania i kwoty pomocy publicznej należy sięgnąć do przepisów krajowych, w tym wypadku ustawy z 20 kwietnia 2004 r. o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej.

Test prywatnego wierzyciela i test prywatnego inwestora

Podkreślić należy, że nie każdy rodzaj wsparcia udzielonego przez państwo lub przy użyciu zasobów państwowych stanowi pomoc publiczną. Wsparcie udzielone przedsiębiorcy, jeżeli spełnia test prywatnego wierzyciela albo prywatnego inwestora, nie narusza wspólnotowej zasady uczciwej konkurencji i nie stanowi pomocy publicznej. Jeżeli, ogólnie rzecz ujmując, „państwo" zachowuje się w ten sam sposób, jak zachowaliby się (albo zachowują się) inwestorzy albo wierzyciele w warunkach rynkowych, to nie można mówić o korzyści udzielanej dla danego przedsiębiorcy (dłużnika).

Zgodnie z przepisem art. 140 ust. 2 p.r. przez test prywatnego wierzyciela należy rozumieć ocenę działań wierzyciela publicznego planowanych w postępowaniu restrukturyzacyjnym i w jego trakcie oraz w ramach wykonywania układu, dokonywaną w celu stwierdzenia, czy wierzyciel publiczny zachowuje się w danym przypadku jak prywatny wierzyciel, działający w normalnych warunkach rynkowych. W szczególności: czy prywatny wierzyciel zaakceptowałby przewidziane w propozycjach układowych warunki spłaty zobowiązań. Szczegółowe elementy testu prywatnego wierzyciela opisane są w przepisie art. 140 ust. 3 p.r., przy czym zbiorczo można je potraktować jako obowiązek zbadania, czy wierzytelności wierzyciela publicznoprawnego będą zaspokojone w większym stopniu w przypadku zawarcia i wykonania układu, czy w postępowaniu upadłościowym.

Zgodnie z przepisem art. 140 ust. 4 przez test prywatnego inwestora należy rozumieć ocenę działań podejmowanych przez podmiot finansujący dokonywaną w celu stwierdzenia, czy wsparcie nie stanowi pomocy publicznej. Wsparcie nie stanowi pomocy publicznej w przypadku, gdy jest dokonywane na warunkach akceptowalnych również dla inwestora prywatnego. Innymi słowy, chodzi o porównanie tego, czy „państwo", udzielając nowego finansowania, zachowuje się jak prywatny inwestor. W celu zweryfikowania, czy test prywatnego inwestora jest spełniony, należy w nim uwzględnić informacje o:

1. przewidywanym poziomie zwrotu z zaangażowanego kapitału;
2. średnim poziomie zwrotu z zaangażowanego kapitału porównywalnych inwestycji;
3. przewidywanym poziomie ryzyka towarzyszącego inwestycji;
4. średnim poziomie ryzyka porównywalnych inwestycji (art. 140 ust. 5 p.r.).

Określenie, czy dane wsparcie (dany sposób restrukturyzacji zobowiązania) spełnia test prywatnego inwestora, czy wierzyciela ma charakter obiektywny. Oznacza to brak możliwości stosowania innych przesłanek niż rynkowe (czyli np. kwestii społecznych – bezrobocia na danym rynku). Oznacza to również, że dany rodzaj wsparcia zawsze będzie spełniał albo test prywatnego wierzyciela, albo test prywatnego inwestora, albo nie będzie spełniał żadnego z tych testów. Nie jest możliwe, aby dany rodzaj wsparcia (np. udzielenie kredytu dłużnikowi) mógł spełniać test prywatnego wierzyciela. Może spełnić wyłącznie test prywatnego inwestora, albowiem dłużnik otrzymuje nowe środki. Zasadniczo bowiem test prywatnego wierzyciela odnosi się do wierzytelności, które już powstały (objęte układem), zaś test prywatnego inwestora dotyczy wierzytelności, które dopiero mogą powstać, np. poprzez udzielenie nowego finansowania.

W świetle tego w uproszczeniu można powiedzieć, że kwestia pomocy publicznej w postępowaniach restrukturyzacyjnych pojawia się wtedy, gdy którakolwiek

[14] Rozporządzenie Komisji (UE) nr 1407/2013 z 18 grudnia 2013 r. w sprawie stosowania art. 107 i 108 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do pomocy *de minimis* (Dz. Urz. UE L nr 352, s. 1).

[15] Art. 3 ust. 2 rozporządzenia Komisji (UE) nr 1408/2013 z 18 grudnia 2013 r. w sprawie stosowania art. 107 i 108 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do pomocy *de minimis* w sektorze rolnym (Dz. Urz. UE L nr 352, s. 9).

[16] Art. 2 ust. 2 rozporządzenia Komisji (UE) nr 360/2012 z 25 kwietnia 2012 r. w sprawie stosowania art. 107 i 108 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do pomocy *de minimis* przyznawanej przedsiębiorstwom wykonującym usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym (Dz. Urz. UE L nr 114, s. 8 ze zm.).

z form wsparcia (a więc restrukturyzacji wierzytelności „państwowej", która ma zostać objęta układem) nie spełnia testu prywatnego wierzyciela albo nowe finansowanie podmiotu nie spełnia testu prywatnego inwestora. Wtedy tylko wsparcie przybiera kwalifikowaną formę pomocy publicznej.

W ramach postępowań restrukturyzacyjnych, gdzie dochodzi do udzielenia pomocy publicznej, najtrudniejsza jest sytuacja, w której łączna wartość wsparcia, które ma być udzielone w ramach układu, stanowi pomoc publiczną (tj. ani nie spełnia testu prywatnego wierzyciela, ani testu prywatnego inwestora) i nie mieści się w progu pomocy publicznej *de minimis*. Wtedy niezbędne jest uzyskanie indywidualnej, uprzedniej zgody Komisji Europejskiej na udzielenie pomocy publicznej. Z uwagi na fakt, iż procedura uzyskania takiej decyzji zajmuje około 15 miesięcy[17], postępowania restrukturyzacyjne, gdzie mogłoby dojść do udzielania „notyfikowanej" pomocy publicznej, byłyby instytucjami martwymi. Zawarcie układu, w którym dochodziłoby do udzielenia pomocy publicznej, która nie zostałaby zaakceptowana w drodze decyzji Komisji Europejskiej, jest bowiem niedopuszczalne jako sprzeczne z prawem (art. 165 ust. 1 p.r.).

Przepisy art. 141-149 P.R.

W celu usprawnienia udzielania pomocy publicznej ustawodawca zdecydował się na implementowanie do p.r. Komunikatu Komisji Europejskiej z 31 lipca 2014 roku, zawierającego wytyczne dotyczące pomocy państwa na ratowanie i restrukturyzację przedsiębiorstw niefinansowych znajdujących się w trudnej sytuacji[18]. Tym samym, zgodnie z przepisem art. 149 p.r. i art. 148 p.r., pomoc publiczna na restrukturyzację nie podlega notyfikacji, jeżeli Komisja Europejska wyda decyzję o zatwierdzeniu przepisów art. 141-148 p.r. jako programu pomocowego[19], a w danym postępowaniu konkretny dłużnik spełni kryteria określone w przepisie art. 148 p.r. Innymi słowy, jeżeli Komisja Europejska wyda jedną decyzję (zatwierdzającą przepisy art. 141-148 p.r. jako program pomocowy), zaś dłużnik restrukturyzowany spełni przesłanki określone w przepisach art. 141-148 p.r., będzie mógł uzyskać pomoc publiczną na zasadach określonych w tych przepisach, bez konieczności uzyskiwania indywidualnej decyzji.

ZASADY OKREŚLANIA UDZIELANIA POMOCY PUBLICZNEJ

W celu usprawnienia postępowania restrukturyzacyjnego, w którym może dojść do udzielenia wsparcia, zasadne wydaje się przyjęcie następującej pragmatyki działania. Po pierwsze, nadzorca sądowy wraz z dłużnikiem albo zarządca wraz z dłużnikiem powinni zgromadzić dokumenty dotyczące udzielanego przed otwarciem postępowania restrukturyzacyjnego wsparcia i kwalifikowanej formy wsparcia – czyli pomocy publicznej. Po drugie, posiadając taką wiedzę, a także wiedzę co do wierzytelności objętych układem, powinni zaprojektować wysokość udzielonego przez „państwo" w ramach postępowania restrukturyzacyjnego wsparcia – dzieje się to poprzez przedstawienie propozycji układowych i planu restrukturyzacyjnego. Po trzecie, w kolejnym etapie należy zweryfikować, czy w ramach proponowanego układu może dojść do udzielenia wsparcia i kwalifikowanej jego formy w postaci pomocy publicznej i czy dane wsparcie pochodzące od państwa spełnia test prywatnego inwestora albo prywatnego wierzyciela w ramach proponowanych propozycji układowych. Jeżeli po tak dokonanym teście w stosunku do wierzytelności „państwa" żadne wsparcie nie zostanie zakwalifikowane jako niespełniające testu prywatnego inwestora albo wierzyciela, tj. nie jest pomocą publiczną, w postępowaniu restrukturyzacyjnym nie zostanie udzielona pomoc publiczna. Jeżeli natomiast po przeprowadzeniu testów prywatnego wierzyciela i prywatnego inwestora okaże się, że w postępowaniu dojdzie do udzielenia pomocy publicznej, konieczne jest zweryfikowanie, czy w ramach układu zostanie przekroczony poziom pomocy publicznej *de minimis*, czy nie. Jeżeli zostanie przekroczony ten poziom, w grę wchodzi zmiana propozycji układowych poprzez ich dostosowanie do poziomu poniżej *de minimis*. W innym wypadku konieczne jest uprzednie uzyskanie indywidualnej decyzji Komisji Europejskiej co do dopuszczalności udzielenia przedsiębiorcy pomocy publicznej.

Powyższa sytuacja ulega zmianie, gdy będzie obowiązywała decyzja Komisji Europejskiej, o której mowa w art. 149 p.r. Wtedy, nawet w sytuacji gdy kwota pomocy publicznej będzie powyżej progu *de minimis*, nie będzie dochodziło do udzielenia niedozwolonej pomocy publicznej, jeżeli przedsiębiorca ten w ramach restrukturyzacji spełni warunki określone w art. 141-148 p.r. W konsekwencji, w czasie obowiązywania decyzji Komi-

[17] Na temat tej procedury por. Karpiński K., Pawełczyk M., [w:] A. Torbus, A.J. Witosz, A. Witosz, „Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz", Warszawa 2016.

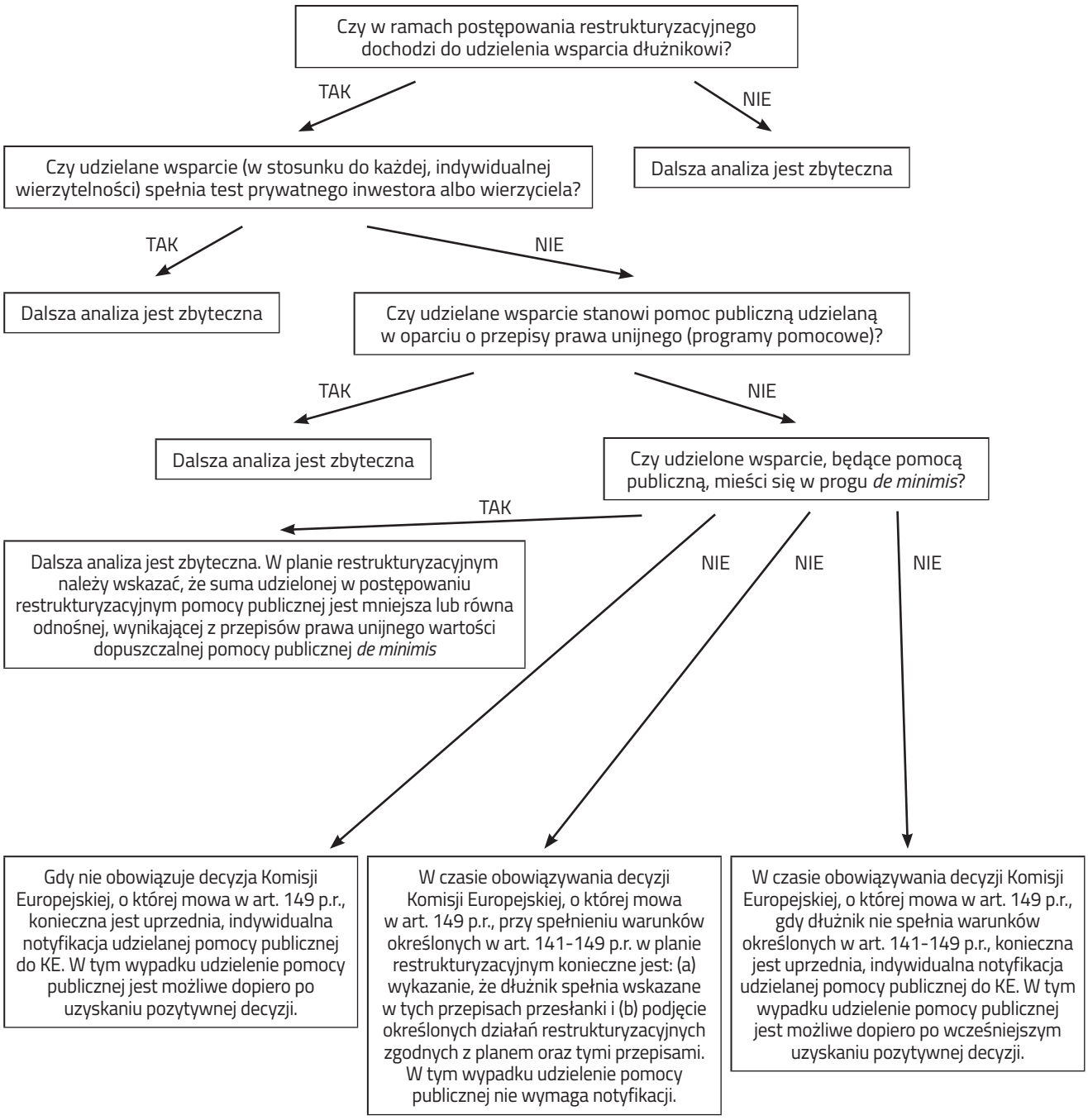
[18] Komunikat Komisji Europejskiej z 31 lipca 2014 roku, zawierający wytyczne dotyczące pomocy państwa na ratowanie i restrukturyzację przedsiębiorstw niefinansowych znajdujących się w trudnej sytuacji (2014/C 249/01) – dalej jako „Komunikat".

[19] W art. 149 p.r. ustawodawca odwołuje się do obowiązującego na dzień uchwalania p.r. (15 maja 2015 r.) rozporządzenia Rady (WE) nr 659/1999 z 22 marca 1999 r. ustanawiającego szczegółowe zasady stosowania art. 108 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE L 83 z 27.03.1999, str. 1, z późn. zm.), przy czym nie ulega wątpliwości, że obecnie chodzi o decyzję wydaną na podstawie rozporządzenia Rady (UE) nr 2015/1589 z 13 lipca 2015 r. ustanawiającą szczegółowe zasady stosowania art. 108 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012 r., s. 47), które 14 października 2015 r. zastąpiło wskazane w art. 149 p.r. rozporządzenie.

sji Europejskiej, o której mowa w art. 149 p.r., uprzednie uzyskanie indywidualnej decyzji Komisji Europejskiej będzie konieczne, tylko jeżeli przedsiębiorca (*a contrario* z art. 148 p.r.):

1. nie spełni warunków określonych w art. 141-147 p.r. lub,
2. nie jest małym lub średnim przedsiębiorcą lub,
3. całkowita wielkość udzielonej i wnioskowanej pomocy publicznej na restrukturyzację wraz z pomocą publiczną na ratowanie lub tymczasową pomocą publiczną na restrukturyzację, udzieloną w ramach tego samego procesu restrukturyzacji, przekracza równowartości 10 000 000 euro według średniego kursu walut obcych w Narodowym Banku Polskim z dnia złożenia planu restrukturyzacyjnego[20].

Powyższe zasady można dla ułatwienia zaprezentować w formie prostego algorytmu[21]:



[20] Geromin M., [w:] A. Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz (red.), „Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe. System Prawa Handlowego", Warszawa 2016.

[21] Opracowanie własne, por. również: Werner A., *Zasady udzielania pomocy publicznej w prawie restrukturyzacyjnym*, [w:] „Monitor Prawa Bankowego", 12/2015.

INNE ZAGADNIENIA PRAKTYCZNE

Czy można wykluczyć udzielenie pomocy publicznej na zasadach określonych w art. 141-148 P.R. w innym postępowaniu niż postępowanie sanacyjne?

W postępowaniach restrukturyzacyjnych udzielenie wsparcia i pomocy publicznej poniżej progu *de minimis* jest możliwe zawsze. Konieczne jest tylko uwzględnienie, w ramach uzasadnienia układu, że mamy do czynienia wyłącznie ze wsparciem niestanowiącym pomocy publicznej (tj. spełniającym test prywatnego wierzyciela albo inwestora) albo pomoc publiczna udzielana jest w dopuszczalnej kwocie nie wyższej niż kwota *de minimis*.

Zasadniczo rozstrzygnąć należy, czy w sytuacji gdy będzie obowiązywała decyzja Komisji Europejskiej, o której mowa w art. 149 p.r., pomoc publiczna na zasadach określonych w art. 141-148 p.r. będzie mogła być udzielona w każdym postępowaniu restrukturyzacyjnym.

Zgodnie z przepisem art. 142 ust. 3 pkt 1 p.r. udzielenie pomocy publicznej na zasadach określonych w art. 141-148 p.r. wymaga podjęcia innych działań niż tylko restrukturyzacja zobowiązań. Dodatkowo, zgodnie z art. 3 ust. 5 i 6 p.r. tylko w postępowaniu sanacyjnym zakłada się możliwość przeprowadzenia działań sanacyjnych, jakimi są czynności prawne i faktyczne, które zmierzają do poprawy sytuacji ekonomicznej dłużnika i mają na celu przywrócenie dłużnikowi zdolności do wykonywania zobowiązań, przy jednoczesnej ochronie przed egzekucją. W pewnym uproszczeniu, działania sanacyjne z natury mają dążyć nie tylko do restrukturyzacji zobowiązań dłużnika, ale także restrukturyzacji jego majątku i zatrudnienia w jego przedsiębiorstwie. Zarządca (nadzorca sądowy) został zaopatrzony w tym celu w uprawnienia do rozwiązania lub ograniczenia wiążących dłużnika z kontrahentami umów. Mogłoby się wydawać, że z uwagi na możliwość podejmowania działań sanacyjnych pomoc publiczna na zasadach określonych w art. 141-148 p.r. będzie mogła być udzielona tylko w postępowaniu sanacyjnym.

Nie można jednak wykluczyć, że propozycje układowe złożone przez dłużnika będą również zmierzały do faktycznej restrukturyzacji majątku i przedsiębiorstwa, a więc zostanie spełniona przesłanka określona w art. 142 ust. 3 pkt 1 p.r. W tym jednak wypadku możliwość udzielenia pomocy publicznej uzależniona jest w całości od treści propozycji układowych oraz zgody wierzycieli dłużnika.

Obowiązki sądu restrukturyzacyjnego

Należy wyrazić pogląd, że przepisy p.r. w zakresie udzielania wsparcia (czy też szerzej – pomocy publicznej) stanowią również o wyrażonych wprost normach adresowanych do sądu restrukturyzacyjnego. Sąd restrukturyzacyjny ma obowiązek niezatwierdzenia układu, jeżeli narusza on prawo, w szczególności jeżeli przewiduje udzielenie pomocy publicznej niezgodnie z przepisami. O ile bowiem przed wejściem w życie p.r. sąd dokonywał oceny propozycji układowych wyłącznie w oparciu o przepisy TFUE oraz rozporządzeń UE ustanawiających poziom pomocy publicznej *de minimis*, o tyle po 1 stycznia 2016 roku pojawia się również obowiązek zbadania, czy przepisy p.r. w zakresie udzielania wsparcia nie są naruszone. Chodzi tutaj przede wszystkim o zweryfikowanie, czy w ramach postępowania restrukturyzacyjnego prawidłowo zakwalifikowano wsparcie jako spełniające test prywatnego wierzyciela albo inwestora.

Zatwierdzenie układu przy błędnej kwalifikacji wsparcia jako spełniającego test prywatnego wierzyciela albo inwestora może być jednoznaczne z udzieleniem niedozwolonej pomocy publicznej i obowiązkiem jej zwrotu. W konsekwencji, może to oddziaływać na płynność dłużnika i możliwość wykonania układu – taki obowiązek zwrotu pomocy publicznej kwalifikowany będzie jak należność bieżąca, nieobjęta układem. W takim wypadku brak spełniania bieżących świadczeń przez dłużnika w restrukturyzacji może spowodować uchylenie układu i w dalszej kolejności ogłoszenie upadłości dłużnika.

Jednocześnie należy wyrazić pogląd, że następcze stwierdzenie, że w ramach postępowania restrukturyzacyjnego doszło do udzielenia niedozwolonej pomocy publicznej, samo w sobie nie stanowi przesłanki do umorzenia postępowania restrukturyzacyjnego.

Obowiązek sądu restrukturyzacyjnego badania poprawności co do zakwalifikowania wsparcia, które jest albo nie jest pomocą publiczną, działa jednak w dwie strony. Sąd ma obowiązek zatwierdzić układ w sytuacji, gdy w ramach postępowania udzielone jest wsparcie niebędące pomocą publiczną (albo pomoc publiczna do progu *de minimis*). Można wyobrazić sobie również akademicki przypadek, w którym wierzyciel publiczny chce uzyskać wyższy stopień zaspokojenia w ramach układu i wskazuje na konieczność zmian propozycji układowych. Może się tak dziać, jeśli propozycje układowe zakładają redukcję lub odroczenie płatności zobowiązania i wiadomo, że wierzyciel publicznoprawny zostanie przegłosowany przez innych wierzycieli. W taki wypadku istnieje pokusa

wykazywania w celu zmiany propozycji układowych, że redukcja lub odroczenie płatności stanowi o udzieleniu niedopuszczalnej pomocy publicznej, mimo że tak naprawdę doszłoby do udzielenia wsparcia niebędącego pomocą publiczną, z uwagi na spełnienie testu prywatnego wierzyciela albo inwestora. W takim wypadku ostateczną decyzję o zakwalifikowaniu danego wsparcia jako pomocy publicznej podejmuje sąd restrukturyzacyjny w postanowieniu w przedmiocie zatwierdzenia układu. Jeżeli sąd restrukturyzacyjny przychyli się do stanowiska wierzyciela publicznoprawnego, powinien odmówić zatwierdzenia układu. W sytuacji gdy uzna, że wierzyciel publicznoprawny błędnie kwalifikuje wsparcie jako niedozwoloną pomoc publiczną, powinien (przy spełnieniu wszystkich innych przesłanek) zatwierdzić układ.

Zagadnienia intertemporalne

W praktyce może się pojawić pytanie o zastosowanie przepisów art. 140-149 p.r. do postępowań zbliżonych do postępowań restrukturyzacyjnych. Chodzi tutaj przede wszystkim o postępowanie naprawcze i postępowanie upadłościowe z możliwością zawarcia układu prowadzone na podstawie p.u.n. Zgodnie z art. 449 p.r. obowiązki procesowe wynikające z p.r. powinny mieć zastosowanie do spraw restrukturyzacyjnych, a więc tych określonych w art. 2 p.r.

Charakter przepisów art. 140-149 p.r. wskazuje jednak na konieczność ich autonomicznego stosowania oraz zakwalifikowania ich jako przepisów o charakterze materialnym. Za wyjątkiem przepisu art. 140 p.r., przepisy te warunkowo regulują dopuszczalność udzielenia pomocy publicznej powyżej progu *de minimis* (pod warunkiem obowiązywania decyzji Komisji Europejskiej). Zgodnie zaś z przepisem art. 448 p.r. 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.

W konsekwencji należy wyrazić pogląd, że wraz z wydaniem przez Komisję Europejską decyzji, o której mowa w art. 149 p.r., do restrukturyzacji przedsiębiorstw w ramach postępowania upadłościowego z możliwością zawarcia układu czy postępowania naprawczego, prowadzonych na podstawie przepisów p.u.n. (oraz ewentualnie postępowań układowych toczących się na podstawie przepisów rozporządzenia prezydenta Rzeczypospolitej z 24 października 1934 r. – Prawo o postępowaniu układowym[22]), będą miały zastosowanie przepisy 140-149 p.r. Oznacza to, że jeśli w ramach postępowania układowego lub naprawczego miałoby dojść do udzielenia pomocy publicznej powyżej progu *de minimis*, przy spełnieniu przesłanek określonych w przepisach art. 140-149 p.r. i w czasie obowiązywania decyzji Komisji Europejskiej, o której mowa w art. 149 p.r., będzie możliwe udzielenie pomocy publicznej do kwoty 10 mln euro, bez konieczności uzyskania uprzedniej zgody Komisji Europejskiej.

Trwałość regulacji

Przepisy art. 141-149 p.r. spowodują, że w czasie obowiązywania decyzji Komisji Europejskiej wskazanej w art. 149 p.r. organy postępowania restrukturyzacyjnego i organy państwowe, występujące w charakterze wierzyciela, będą zwolnione z obowiązku notyfikowania Komisji Europejskiej udzielania pomocy publicznej i tym samym uzależnienia udzielania pomocy publicznej na restrukturyzację od wydania pozytywnej, indywidualnej decyzji przez Komisję Europejską co do dopuszczalności udzielenia pomocy publicznej na restrukturyzację. Oznacza to, że decyzja Komisji Europejskiej, o której mowa w art. 149 p.r., będzie miała charakter czasowy i ogólny. Z perspektywy uczestników postępowania, w tym przede wszystkim wierzycieli, istotna jest więc potrzeba prawidłowego zidentyfikowania okresu, w którym przepisy art. 141-149 p.r. będą miały zastosowanie. Z punktu widzenia praktyki istotny jest też fakt, iż na dzień oddania tego artykułu do druku przedmiotowa decyzja nie została wydana. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wystąpił do Komisji Europejskiej z wnioskiem o uznanie programu pomocowego w postaci przepisów p.r. za zgodne z przepisami prawa subwencyjnego wnioskiem „Program pomocowy przewidujący udzielanie pomocy w celu ratowania i restrukturyzacji małych i średnich przedsiębiorców" 15 listopada 2015 r. (sygn. SA. 43594)[23]. Wniosek ten nie został dotychczas pozytywnie rozpoznany.

Dodatkowo, zwrócić należy uwagę, że przepisy art. 141-149 p.r. w dużej mierze stanowią transponowanie treści komunikatu do polskiego porządku prawnego. Z punktu widzenia praktyki oznacza to, że zmiana treści komunikatu bądź wydanie nowego komunikatu może spowodować obowiązek zmiany przepisów prawa krajowego w celu dostosowania ich treści do treści nowego komunikatu ustalającego zasady udzielania pomocy publicznej.

Pamiętać przy tym należy, że rządowy projekt ustawy – Prawo restrukturyzacyjne na etapie skierowania go do konsultacji społecznych i uzgodnień międzynarodo-

[22] Rozporządzenie prezydenta Rzeczypospolitej z 24 października 1934 r. – Prawo o postępowaniu układowym (Dz. U. z 1934 r., nr 93, poz. 836 ze zm.).

[23] Przy czym data wejścia w życie przepisu art. 149 – wskazującego na możliwość złożenia wniosku do KE – to 1 września 2015 r. (art. 456 pkt 2 p.r.).

wych[24] w art. 11 ust. 2 i 3 ustanawiał delegację Rady Ministrów do wydania szczegółowych rozporządzeń ws. zasad sporządzania testu prywatnego wierzyciela lub testu prywatnego inwestora w postępowaniu restrukturyzacyjnym, biorąc pod uwagę konieczność zapewnienia zgodności udzielonego wsparcia z prawem unijnym, oraz zasad udzielania pomocy publicznej w postępowaniu restrukturyzacyjnym, biorąc pod uwagę warunki udzielania pomocy publicznej wynikające z odrębnych przepisów (program pomocowy). Takie stanowisko zostało wyrażone zarówno przez projektodawcę, jak i zespół ministra sprawiedliwości ds. nowelizacji prawa upadłościowego i naprawczego przygotowujący i opiniujący projekt. Oczywiste było bowiem to, że zmiana treści komunikatu może wymuszać konieczność zmiany treści przepisów art. 141-149 p.r. Chodzi o zapewnienie możliwości elastycznego i szybkiego zmieniania zapisów dotyczących pomocy publicznej w razie zmiany stanowiska Komisji Europejskiej. Ostatecznie z p.r. usunięto tę delegację i zastąpiono ją przepisami art. 140-149 p.r.

Rozwiązanie takie należy uznać za niewłaściwe. W sytuacji, w której Komisja Europejska nie wydała uprzedniej, pozytywnej decyzji w sprawie notyfikowania przepisów art. 141-148 p.r. jako programu pomocowego, wydanie tej decyzji może być uzależnione od konieczności modyfikacji tych przepisów (a więc nowelizacji w drodze pełnej procedury ustawodawczej), nawet przy najmniejszej, pomijalnej rozbieżności.

De lege ferenda należy postulować, że w razie zmiany p.r. konieczne jest powierzenie kompetencji do definiowania programu pomocowego podlegającego notyfikacji Komisji Europejskiej władzy wykonawczej w drodze rozporządzenia, zamiast uregulowania tej kwestii w ustawie.

CEL I FUNKCJE REGULACJI – PODSUMOWANIE

Tytułem podsumowania można dokonać analizy funkcji przepisów art. 140-149 p.r.

Po pierwsze, przepisy te ułatwiają identyfikację i kwalifikację wsparcia udzielanego przy użyciu zasobów państwowych jako pomoc publiczną. Z jednej strony przepisy p.r. pozwalają na jasne zakwalifikowanie wsparcia, które nie jest pomocą publiczną, albowiem spełnia ono test prywatnego wierzyciela albo inwestora. Z drugiej strony, przepisy te pozwalają zarówno sądowym, jak i pozasądowym organom postępowania restrukturyzacyjnego oraz wierzycielowi publicznoprawnemu na udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy przyjęcie danych propozycji układowych prowadzi do udzielenia pomocy publicznej.

Po drugie, w zakresie zastosowania art. 149 p.r. przepisy art. 141-148 p.r. pozwalają, na podstawie Rozporządzenia Rady (UE) 2015/1589 z 13 lipca 2015 roku, ustanawiającego szczegółowe zasady stosowania art. 108 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012 r., s. 47), na uznanie środków udzielanych w ramach pomocy publicznej na restrukturyzację, udzielonych na zasadach i w granicach określonych w art. 141-148 p.r., za zgodne z rynkiem wewnętrznym. Oznacza to, że przepisy te dają możliwość (pod warunkiem wydania przez Komisję Europejską pozytywnej decyzji, o której mowa w art. 149 p.r.) na rozszerzenie zakresu pomocy publicznej, która jest możliwa do uzyskania, bez konieczności indywidualnej notyfikacji do Komisji Europejskiej i oczekiwania na zgodę na udzielenie pomocy publicznej.

Konsekwencją takiego rozwiązania będzie ułatwienie uzyskiwania pomocy publicznej zgodnej z rynkiem wewnętrznym UE przez małych i średnich przedsiębiorców poprzez wyeliminowanie bariery czasowej – oczekiwania na uzyskanie indywidualnej, uprzedniej zgody Komisji Europejskiej na udzielenie danemu dłużnikowi w restrukturyzacji pomocy publicznej. Podkreślić należy, że w samym uzasadnieniu do projektu p.r. wskazywano, że procedura uzyskiwania pozytywnej decyzji wynosiła około 15 miesięcy[25]. Tak długi czas oczekiwania na zatwierdzenie warunków udzielenia pomocy publicznej w postępowaniach restrukturyzacyjnych sprawiał, że w praktyce oznaczało to, że możliwość udzielenia pomocy publicznej na restrukturyzację podmiotom znajdującym się w ciężkiej sytuacji finansowej była iluzoryczna.

Po trzecie, konkludując, można stwierdzić, że przepisy art. 140-149 p.r. stanowią znaczące ułatwienie dla procedury kwalifikowania środków wsparcia jako pomocy publicznej i stanowią w istocie „instrukcję obsługi" dla sądowych i pozasądowych organów postępowania restrukturyzacyjnego oraz wierzycieli, którzy mogą udzielić takiej pomocy. Instrukcja ta sprowadza się do zastosowania prostego algorytmu pytań i odpowiedzi, co pozwala zbadać, czy w ramach postępowania nie dochodzi do udzielenia niedozwolonej pomocy publicznej.

[24] Projekt w wersji z 9 maja 2014 r. (http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/218343/218352/218353/dokument111265.pdf, pobranie 29 czerwca 2016 r.).

[25] Uzasadnienie rządowego projektu ustawy – Prawo restrukturyzacyjne, druk sejmowy Sejmu VII kadencji nr 2824 (www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2824, data pobrania 29 czerwca 2016 r.).

Paweł Kuśmierek [1]

ZDOLNOŚĆ RESTRUKTURYZACYJNA SAMODZIELNYCH PUBLICZNYCH ZAKŁADÓW OPIEKI ZDROWOTNEJ

Tematyka restrukturyzacji, biorąc pod uwagę przepisy prawne obowiązujące od 1 stycznia 2016 roku, wydaje się zagadnieniem nowym, niemniej jest już elementem trwale wpisanym w gospodarkę każdego kraju i każdego – choćby najmniejszego – przedsiębiorcy. Ustawodawca, formułując nowe prawo, chciał wyposażyć przedsiębiorców w narzędzia ułatwiające funkcjonowanie w okresie dekoniunktury i w czasie przejściowych trudności podczas prowadzenia biznesu. To, czy skutek będzie osiągnięty, zostanie z pewnością zweryfikowane przez rynek. Zależeć to będzie od tego, czy możliwość użycia tych narzędzi będzie dla przedsiębiorców korzystna, prosta oraz opłacalna. W przeciwnym razie profesjonaliści nie skorzystają z nowej ustawy i znajdą inny sposób na poradzenie sobie z kłopotami.

Istotne znaczenie restrukturyzacji jest niezmiernie ciekawe w połączeniu z bardzo ważnym społecznie zagadnieniem związanym z opieką zdrowotną w Polsce. Powszechnie dostępna jest wiedza na temat olbrzymich wydatków państwa na ten cel, powszechnie znane są również nieefektywność sposobu wydatkowania i zadłużenie największych państwowych czy samorządowych placówek opieki zdrowotnej. Szczególnie znamienne jest to dla podmiotów działających jako samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej. Jest wiele przykładów powierzania przez organy stanowiące samorządów terytorialnych sporządzenia planów naprawczych zewnętrznym firmom doradczym czy zlecania restrukturyzacji menedżerom zewnętrznym – i przykłady te potwierdzają brak efektywności tych planów oraz działań restrukturyzacyjnych. Skoro koncepcje menedżerskie nie spełniają oczekiwań i nie doprowadzają do funkcjonowania publicznych placówek opieki zdrowotnej bez nadmiernego zadłużenia, należy zweryfikować, czy przy zastosowaniu narzędzi Prawa restrukturyzacyjnego możliwe jest osiągnięcie odmiennych skutków restrukturyzacji.

SAMODZIELNY PUBLICZNY ZAKŁAD OPIEKI ZDROWOTNEJ JAKO PODMIOT PRAWA

Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej (dalej SPZOZ) jest podmiotem ukształtowanym w Ustawie z 30 sierpnia 1991 roku o zakładach opieki zdrowotnej[2]. Mógł być utworzony wyłącznie przez ministra lub centralny organ rządowy, wojewodę, jednostkę samorządu terytorialnego oraz publiczną uczelnię medyczną lub publiczną uczelnię prowadzącą działalność dydaktyczną i badawczą w dziedzinie nauk medycznych. Organy te miały również wyłączne uprawnienie do likwidacji i połączenia SPZOZ-ów. Działalność tych jednostek opieki zdrowotnej wedle nieobowiązującej już ustawy sprowadzała się do udzielania świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych, a szczegółowe zasady ich funkcjonowania określał statut nadany przez podmiot tworzący. SPZOZ posiadał osobowość prawną i podlegał wpisowi do Krajowego Rejestru Sądowego. Tak ukształtowany charakter prawny stanowił pewne novum w systemie opieki zdrowotnej powstałym w Polsce po 1989 roku, gdyż SPZOZ posiadał samodzielność organizacyjną i miał zdolność do bycia podmiotem stosunków cywilnoprawnych. Jednocześnie należy zaznaczyć, iż ze względu na cel utworzenia SPZOZ-ów, tj. wypełnianie istotnych funkcji o charakterze publicznym ważnym dla ogółu społeczeństwa, podkreśla się silne powiązanie funkcjonalne, organizacyjne oraz majątkowe z ich organami założycielskimi.

Charakterystycznym elementem dotyczącym SPZOZ-ów jest również ich autonomiczność finansowa. Wartość

[1] Radca prawny i doradca restrukturyzacyjny, prowadzi kancelarię radcy prawnego i biuro doradcy restrukturyzacyjnego w Łodzi. Praktyk prawa medycznego.

[2] Dz. U. 2007 nr 14, poz. 89 – utrata mocy obowiązującej 1 lipca 2011 roku.

majątku w tych podmiotach określają fundusze: założycielski i zakładu. Ten pierwszy obejmuje składniki majątku wydzielone z mienia państwowego lub samorządowego i jest zwiększany poprzez dotacje przeznaczone na remonty, inwestycje czy zakup sprzętu medycznego. Fundusz zakładu stanowi zaś wartość majątku pozostałego po odliczeniu funduszu założycielskiego. Istotne jest zaliczenie SPZOZ-ów do jednostek sektora finansów publicznych. Powoduje to konieczność wydatkowania w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania jak najlepszych efektów z danych nakładów, w sposób umożliwiający terminową realizację zadań, w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań[3].

W obowiązującej od 1 lipca 2011 roku ustawie o działalności leczniczej[4] (dalej u.d.l.) nie przewidziano możliwości tworzenia nowych SPZOZ-ów. Niemniej wszystkie opisane uwagi pozostają w zakresie dotychczas działających SPZOZ-ów jak najbardziej aktualne. Mimo nietworzenia nowych tego typu podmiotów w Polsce funkcjonuje obecnie ok. 900 samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej działających i prowadzących działalność jako szpitale. Przepisy przejściowe w u.d.l. w art. 204 ust. 2 wskazały, iż dotychczas istniejące SPZOZ-y stają się wraz z dniem wejścia w życie u.d.l. podmiotami leczniczymi niebędącymi przedsiębiorcami. Pomimo zakazu tworzenia nowych tego typu podmiotów ich funkcjonowanie w praktyce nie jest możliwe do wyeliminowania. Wpływa na to przede wszystkim na ogół duży obszar działania tych placówek (obszar województwa lub kilku powiatów) oraz fakt pozostawania na rynku medycznym od co najmniej kilkunastu lat, a także względy polityczne podyktowane dużym zainteresowaniem prowadzeniem placówek opieki zdrowotnej przez włodarzy jednostek samorządów terytorialnych. W znowelizowanej ustawie o działalności leczniczej, począwszy od 15 lipca 2016 roku, zlikwidowano zakaz tworzenia nowych SPZOZ-ów. Możliwe więc, że ta forma prowadzenia działalności leczniczej zostanie powiększona o nowe placówki medyczne.

Ustawa o działalności leczniczej wprowadziła szereg nowych pojęć i konstrukcji prawnych odnoszących się do funkcjonowania rynku opieki zdrowotnej w Polsce. Z zakładów opieki zdrowotnej dzielących się na publiczne i niepubliczne, co nie zawsze odpowiadało literalnemu znaczeniu tych słów, utworzono podmioty lecznicze. Wskazano, iż są to podmioty wykonujące działalność leczniczą, która polega na udzielaniu świadczeń zdrowotnych oraz może polegać na promocji zdrowia lub realizacji zadań dydaktycznych i badawczych w powiązaniu z udzielaniem świadczeń zdrowotnych i promocją zdrowia, w tym wdrażaniem nowych technologii medycznych oraz metod leczenia. Nowe prawo zaliczyło SPZOZ-y do tzw. podmiotów leczniczych niebędących przedsiębiorcami. Do grona takich podmiotów zaliczono ponadto jednostki budżetowe, w tym jednostki tworzone i nadzorowane przez określonych ministrów, oraz jednostki wojskowe.

ZDOLNOŚĆ RESTRUKTURYZACYJNA

Zdolnością restrukturyzacyjną określa się, najogólniej rzecz ujmując, zdolność do bycia podmiotem praw i obowiązków wynikających z przepisów ustawy – Prawo restrukturyzacyjne[5] (dalej Pr. restr.). Ten zakres przepisy tej ustawy w art. 4 ust. 1 wymieniają wyczerpująco, wskazując na: przedsiębiorców w rozumieniu ustawy – Kodeks cywilny, spółki kapitałowe nieprowadzące działalności gospodarczej, wspólników osobowych spółek handlowych ponoszących odpowiedzialność za zobowiązania spółki bez ograniczeń całym swoim majątkiem oraz wspólników spółki partnerskiej. Ustawa oprócz katalogu pozytywnego obejmuje również katalog podmiotowy negatywny, dotyczący tych podmiotów prawa, które z restrukturyzacji nie mogą skorzystać, a mianowicie: Skarb Państwa i jednostki samorządu terytorialnego, banki państwowe, banki hipoteczne, zakłady ubezpieczeń i zakłady reasekuracji oraz fundusze inwestycyjne.

Zdolność restrukturyzacyjną należy rozpatrywać w kontekście celu ustawy Pr. restr. ukierunkowanego na 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. Z tak formułowanego przez ustawodawcę celu postępowania restrukturyzacyjnego można by wywnioskować, że zdolność restrukturyzacyjną posiadają podmioty, które jednocześnie mają zdolność upadłościową. Uniknięcie upadłości możliwe jest bowiem, jeśli w ogóle może do niej dojść. Przedstawionego, literalnego brzmienia ustawy nie można jednak rozpatrywać bez pozostałych funkcji, jakie ma pełnić Prawo restrukturyzacyjne, oraz bez sięgnięcia do zdolności upadłościowej. Gdyby prawodawca zechciał zrównać zakres podmiotowy zdolności upadłościowej z restrukturyzacyjną, mógłby to w dość łatwy sposób uczynić.

[3] Zemke-Górecka A., „Status prawny samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej i jego prywatyzacja", Oficyna 2010, rozdział 7.

[4] Ustawa z 15 kwietnia 2011 roku (Dz. U. 2015, poz. 618).

[5] Ustawa z 15 maja 2015 roku (Dz. U. 2015, poz. 978) – obowiązująca od 1 stycznia 2016 roku.

W ustawie – Prawo upadłościowe[6] (dalej Pr. upadł.) wprowadzono identyczny z katalogiem restrukturyzacyjnym katalog pozytywny podmiotów, które mają zdolność upadłościową, Niemniej Pr. upadł. zawiera odmienny katalog wyłączeń podmiotowych, gdyż poza podmiotami, które wskazane są w Pr. restr., upadłości nie można ogłosić wobec: publicznych samodzielnych zakładów opieki zdrowotnej; instytucji i osób prawnych utworzonych w drodze ustawy, chyba że ustawa stanowi inaczej, oraz utworzonych w wykonaniu obowiązku nałożonego ustawą; osób fizycznych prowadzących gospodarstwo rolne, które nie prowadzą innej działalności gospodarczej lub zawodowej, oraz wobec uczelni. Tych podmiotów Prawo restrukturyzacyjne nie wymienia, czego nie należy rozpatrywać w kategorii przypadku, ale celowego działania ustawodawcy.

W literaturze zauważalne są rozbieżności co do zdolności restrukturyzacyjnej podmiotów nieposiadających zdolności upadłościowej. W jednej z opinii prawnych do rządowego projektu ustawy prawo restrukturyzacyjne wskazano następujące wnioski: „Katalog potencjalnych uczestników postępowania restrukturyzacyjnego jest szerszy niż katalog potencjalnych uczestników postępowania upadłościowego. Zdolność restrukturyzacyjna przyznana została m.in. publicznym samodzielnym zakładom opieki zdrowotnej (…), choć wskazane podmioty nie mają zdolności upadłościowej. Możliwość skorzystania z postępowania restrukturyzacyjnego w celu poprawienia sytuacji gospodarczej wymienionych podmiotów jest dla nich niewątpliwie rozwiązaniem korzystnym, biorąc zwłaszcza pod uwagę, że postępowanie restrukturyzacyjne wszczynane jest na wniosek”[7].

Podobne stanowisko co do zdolności restrukturyzacyjnej SPZOZ-ów przedstawia P. Zimmerman, wskazując, iż brak zdolności upadłościowej nie jest przeszkodą do przyznania zdolności restrukturyzacyjnej. Dodaje, że przepis art. 3 Pr. restr. ma charakter normy prawnej o charakterze kierunkowym, nie może być jednak interpretowany jako ograniczający zdolność restrukturyzacyjną tylko do podmiotów, którym grozi postępowanie upadłościowe[8].

Odmiennie wywodzi zaś S. Gurgul, zdecydowanie opowiadając się za brakiem zdolności restrukturyzacyjnej SPZOZ-ów, ponieważ nie są przedsiębiorcami i nie działają w formie spółki kapitałowej[9]. O ile autor tej koncepcji nie odnosi się do celów ustawy restrukturyzacyjnej oraz zdolności upadłościowej, to wskazuje na istotny argument, niezauważony przez poprzednich autorów, dotyczący braku możliwości przypisania SPZOZ-om statusu przedsiębiorcy.

W ocenie autora artykułu należy się zdecydowanie przychylić do stanowiska aprobującego zdolność restrukturyzacyjną wobec SPZOZ-ów z uwagi na wykładnię funkcjonalną oraz celowościową ustawy restrukturyzacyjnej, jednocześnie negując pogląd S. Gurgula o braku przymiotu przedsiębiorcy w przypadku tych zakładów opieki zdrowotnej. Pogląd ten z pewnością ogranicza się do nomenklatury używanej w ustawie o działalności leczniczej, która *expresis verbis* stanowi, iż SPZOZ jest podmiotem leczniczym niebędącym przedsiębiorcą. Tak ukształtowana pozycja SPZOZ-u ma znaczenie w przypadku ustawy o działalności leczniczej i jest szeroko krytykowana. Skoro w tej samej ustawie art. 44 stanowi, iż podmiot leczniczy niebędący przedsiębiorcą udziela świadczeń zdrowotnych nieodpłatnie, za częściową odpłatnością lub odpłatnie – to przeczy to całkowicie m.in. definicji przedsiębiorcy zawartej w ustawie o działalności leczniczej. Stanowczo należy opowiedzieć się za stanowiskiem, iż prowadzenie działalności leczniczej przez jednostkę posiadającą osobowość prawną (a taką SPZOZ posiada) w celach zarobkowych, w sposób ciągły i zorganizowany, niezależnie od wybranej formy prawnej – jest działalnością gospodarczą, a podmiot taką działalność wykonujący posiada status przedsiębiorcy[10].

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, iż art. 4 ust. 1 pkt 1 Pr. restr. odnosi się do zdolności restrukturyzacyjnej przedsiębiorców w rozumieniu kodeksu cywilnego[11]. Tam z kolei art. 43^1 stanowi, iż przedsiębiorcą jest m.in. osoba prawna prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową. Tymczasem w zakresie tego, czy SPZOZ prowadzi działalność gospodarczą, czy nie, wiele lat – na bazie ustawy o zakładach opieki zdrowotnej – istniało niejednolite stanowisko zarówno judykatury, jak i sądownictwa powszechnego oraz Sądu Najwyższego. Miało to bowiem istotne znaczenie dla funkcjonowania tego podmiotu prawa, np. w sferze podatków czy uprawnień wynikających z ustawy o działalności gospodarczej. Kwestię tę przesądziła ostatecznie uchwała Sądu Najwyższego z 17 września 2008 roku w sprawie III CZP 82/08, w której wskazano, iż uznanie określonej działalności za gospodarczą wymaga spełnienia kilku przesłanek, takich jak: profesjonalny charakter działalności, podporządkowanie regułom opłacalności i zysku lub zasadzie

[6] Ustawa z 28 lutego 2003 roku (Dz. U. 2015, poz. 233).
[7] Gurgul S., „Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz”. 10 wydanie, Warszawa 2016, s. 981.
[8] Zimmerman P., „Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz”. 4 wydanie, Warszawa 2016, s. 1040.
[9] Gurgul S., „Prawo upadłościowe (…)”, tamże, s. 981.
[10] Grzegorczyk F., „Ustawa o działalności leczniczej. Komentarz”, LexisNexis 2013.
[11] Ustawa z 23 kwietnia 1964 roku (Dz. U. 2016, poz. 380).

racjonalnego gospodarowania, prowadzona na własny rachunek, powinna ją cechować powtarzalność działań oraz uczestnictwo w obrocie gospodarczym. Sąd Najwyższy podkreślił, że skoro zadaniem SPZOZ-u jest udzielanie świadczeń zdrowotnych i promocja zdrowia, to działalność ta jest prowadzona stale, w sposób zawodowy, zorganizowany i planowany. Realizowana jest we własnym imieniu i na własny rachunek. O ile działalność ta nie jest nastawiona na zysk, niemniej jej racjonalizację zapewnia poddanie się zasadom rachunku ekonomicznego, co powinno wystarczać dla przypisania jej cech gospodarczych. SPZOZ uczestniczy w obrocie gospodarczym poprzez realizację odpłatnych, ekwiwalentnych świadczeń wzajemnych, głównie finansowanych ze środków publicznych, które z założenia powinny stanowić należytą zapłatę za prawidłowo wykonane usługi medyczne. Sąd Najwyższy, podsumowując, uznał, iż działalność SPZOZ-ów oceniana według reguł stosowanych w obrocie jest na tyle samodzielna, by uznać ją za działalność gospodarczą.

Przytoczyć należy również uchwałę Sądu Najwyższego z 11 maja 2005 roku w sprawie III CZP 11/05, w której stwierdzono, iż sprawa o zapłatę za sprzęt medyczny, wszczęta przez przedsiębiorcę przeciwko samodzielnemu zakładowi opieki zdrowotnej, jest sprawą gospodarczą.

Odnosząc się do treści aktualnie obowiązującej ustawy o działalności leczniczej, należy z przekonaniem stwierdzić, iż używając nieco „pokrętnego" nazewnictwa oraz przypisując SPZOZ-om status podmiotów, które nie są przedsiębiorcami, wprowadzono do ustawodawstwa zamęt powstały na bazie ustawy o zakładach opieki zdrowotnej. Poprzednio wątpliwy status prawny w sferze cywilnej i gospodarczej niepodważalnie wyjaśniła opisana uchwała Sądu Najwyższego. Ustawodawca, nie zmieniając nic istotnego w strukturze prawnej funkcjonowania SPZOZ-ów w nowych przepisach, znów dopuścił do powstania wątpliwości, które rykoszetem mogą odbić również się na ustawie restrukturyzacyjnej. Tym bardziej, że trudno wytłumaczyć *ratio legis* takiego postępowania prawodawcy.

Warto również przytoczyć przykłady traktowania przez organy władzy centralnej SPZOZ-ów jako przedsiębiorców. Otóż minister skarbu państwa w myśl dyspozycji art. 2 pkt 8a ustawy z 8 sierpnia 1996 roku o zasadach wykonywania uprawnień przysługujących Skarbowi Państwa[12], m.in. ze środków państwowego funduszu celowego w postaci Funduszu Restrukturyzacji Przedsiębiorstw, udziela pomocy w celu ratowania lub restrukturyzacji przedsiębiorców. Pomoc ta często udzielana jest za pośrednictwem Agencji Rozwoju Przemysłu S.A. Ze wskazanego Funduszu ARP S.A. może udzielać pomocy finansowej wyłącznie na rzecz przedsiębiorców. Z raportu Najwyższej Izby Kontroli na temat udzielanej przez ARP S.A. pomocy finansowej w latach 2011-2014[13] wynika, że w tym czasie udzielono jej ośmiu szpitalom działającym w formie SPZOZ-u i kontrola w tym zakresie nie była oceniana negatywnie. Nie było wątpliwości co do przyznania SPZOZ-om przymiotu przedsiębiorcy.

Podsumowując istotne argumenty w sferze zdolności restrukturyzacyjnej SPZOZ-ów, jestem zdecydowanym zwolennikiem przyznania tym podmiotom takiej zdolności. Przemawiają za tym przedstawione przesłanki funkcjonalne, celowościowe i racjonalne, dotyczące ustaw Prawo restrukturyzacyjne oraz Prawo upadłościowe, w końcu również argumenty wynikające z racjonalnego postępowania.

WPŁYW POSTĘPOWANIA SANACYJNEGO NA RESTRUKTURYZACJĘ STRUKTURY ORGANIZACYJNEJ I FINANSOWEJ SPZOZ-u

Postępowania restrukturyzacyjne mają w istocie doprowadzić do zaspokojenia wierzycieli w drodze wykonania zawartego i zatwierdzonego przez sąd układu. Konstrukcje prawne wynikające z dyspozycji poszczególnych postępowań restrukturyzacyjnych mają zapewnić warunki do wynegocjowania realizacji układów, które maksymalnie zaspokoją wierzycieli i jednocześnie maksymalnie ochronią wartość ekonomiczną przedsiębiorstwa dłużnika. Innymi słowy, równie ważny interes wierzyciela jest utożsamiany z interesem utrzymania prowadzenia działalności gospodarczej przez dłużnika.

Najogólniej rzecz ujmując, postępowanie sanacyjne w myśl art. 3 ust. 6 Pr. restr. ma umożliwić dłużnikowi przeprowadzenie działań sanacyjnych oraz zawarcie układu po sporządzeniu i zatwierdzeniu spisu wierzytelności. Działaniami sanacyjnymi określono zaś czynności prawne i faktyczne, które zmierzają do poprawy sytuacji ekonomicznej dłużnika i mają na celu przywrócenie dłużnikowi zdolności do wykonywania zobowiązań, przy jednoczesnej ochronie przed egzekucją. Postępowanie to można wszcząć niezależnie od poziomu spornych wierzytelności.

Istotne i charakterystyczne dla postępowania restrukturyzacyjnego są skutki jego otwarcia – w wielu kwestiach odmienne od pozostałych postępowań restrukturyzacyj-

[12] Dz. U. 2016, poz. 154.

[13] Najwyższa Izba Kontroli, Informacja o wynikach kontroli – KGP-4101-004-00/2014, www.nik.gov.pl.

nych. Z pewnością czytelnicy tego czasopisma doskonale je znają i nie ma potrzeby się w tej kwestii szczegółowo rozwodzić.

Pozwolę sobie przytoczyć – nieodosobnione – założenia realizowanego w części programu naprawczego jednego z SPZOZ-ów w województwie lubelskim, który może stanowić punkt odniesienia do możliwości, jakie dają nam instytucje Prawa restrukturyzacyjnego. Plan ten powstawał w oparciu o wiedzę i doświadczenie menedżera tej jednostki i nie obejmował możliwości prawnych, jakie daje Prawo restrukturyzacyjne obecnie.

PRZYKŁADOWE ZAŁOŻENIA PROGRAMU NAPRAWCZEGO SAMODZIELNEGO PUBLICZNEGO WOJEWÓDZKIEGO SPECJALISTYCZNEGO SZPITALA W WOJ. LUBELSKIM NA LATA 2013-2018

Przedstawione założenia dotyczą szpitala działającego w formie samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej, dla którego organem tworzącym jest zarząd województwa lubelskiego.

Program naprawczy powstał w sierpniu 2013 roku i obejmuje działania przewidziane na lata 2013-2018. Zakłada realizację dwóch podstawowych założeń: restrukturyzację zadłużenia oraz zapewnienie zdolności do osiągania zysku netto w niedługim czasie w wyniku ograniczenia kosztów o charakterze stałym i zwiększania osiąganych przychodów. Plan zakłada restrukturyzację w czterech głównych obszarach: zatrudnienie, zadłużenie, usługi medyczne oraz zarządzanie i organizacja. Zatrudnienie ma być zmniejszone poprzez dostosowanie do zakresu i liczby wykonywanych świadczeń zdrowotnych. Znaczne zmniejszenie zatrudnienia ma być efektem wprowadzenia zasad wynagradzania poprzez system prowizyjno-premiowy. Kwestia obsługi zadłużenia ma zostać rozwiązana za pomocą dodatkowego finansowania pozwalającego na obsługę zadłużenia i zmianę struktury zobowiązań z krótkoterminowych na długoterminowe. Restrukturyzacja usług medycznych ma polegać na rozszerzeniu zakresu świadczeń oraz jednoczesnej dywersyfikacji struktury świadczeń, biorąc pod uwagę demografię i migrację pacjentów. W obszarze zarządczym program zakłada kreowanie dobrej atmosfery sprzyjającej komunikacji, budowanie prawidłowych relacji i wyłanianie liderów czy doskonalenie systemów motywacyjnych.

Realizacja świadczeń medycznych finansowanych ze środków publicznych obejmuje ok. 97% przychodów szpitala. Kontrakt z NFZ-etem w 2013 roku wynosił łącznie ok. 72 mln zł. Szpital ma 22 oddziały, z czego tylko w przypadku 10 przeciętne wykorzystanie łóżka w ciągu roku kształtuje się na poziomie 100%, zaś w pozostałych przypadkach sięga ono niekiedy tylko 50% (oddziały dziecięcy, zakaźny, pulmonologiczny). Istnieje więc dość spory potencjał niewykorzystanych łóżek. Poza oddziałami szpitalnymi w strukturze 34 poradni realizowana jest ambulatoryjna opieka specjalistyczna.

Ogółem zatrudnienie na koniec 2012 roku wynosiło 1024 osoby na 1017 etatach. Ponadto zawarte były 54 umowy cywilno-prawne, głównie z lekarzami. Średnie koszty osobowe stanowiły ponad 65% kosztów ze sprzedaży. Ponad 80 osób spośród salowych i pielęgniarek znajduje się w grupie przedemerytalnej – ochronnej. We wrześniu 2013 roku przeprowadzono proces zwolnień grupowych, który dotyczył ok. 60 pracowników.

Majątek SPZOZ-u stanowią nieruchomości, oddane nieodpłatnie szpitalowi przez województwo lubelskie, oraz majątek ruchomy, stanowiący głównie sprzęt i wyposażenie o przeznaczeniu medycznym. Powierzchnia użytkowa budynków zajmuje ponad 50 tys. m^2, z czego 10% to powierzchnie nieużytkowane.

Strata SPZOZ-u w momencie sporządzania programu naprawczego wynosiła ok. 80 mln zł. W 2012 roku strata z działalności podstawowej wyniosła ok. 12 mln zł. Główny problem finansowy to brak możliwości obsługi długu. Na dzień 30 czerwca 2013 r. szpital zalegał dostawcom wynagrodzenia na poziomie ponad 21 mln zł, 1/4 tego zadłużenia była starsza niż rok. Koszty postępowań sądowych i zajęć komorniczych w 2012 roku pochłonęły kwotę niewiele poniżej 1 mln zł, zaś odsetki za opóźnienie prawie 800 tys. zł. Zatory płatnicze wobec dostawców pozbawiły szpital możliwości negocjacji wysokości cen oraz terminów płatności. W latach 2011-2012 zadłużenie na rzecz ZUS-u wyniosło ponad 6 mln zł i w tym zakresie szpital realizuje umowę spłat ratalnych. Obsługa już zaciągniętych kredytów w 2012 roku pochłonęła kwotę 3,7 mln zł, zaś w 2013 roku prawie 7,3 mln zł. Wskaźnik zadłużenia ogólnego SPZOZ-u w 2010 roku wynosił ok. 30%, natomiast w latach 2013-2015, w każdym roku ponad 137%, a założenia programu wskazują na poziom tego wskaźnika w 2018 roku w wysokości 134%. Wskaźniki płynności bieżącej w latach 2012-2014 wyniosły 0,51, zaś w pozostałych latach – do 2018 roku, oszacowane zostały na 0,43-0,49. Szpital realizuje swoje zobowiązania średnio po upływie 3 miesięcy od dnia wymagalności.

Generalne założenia programu dotyczą uzyskania kredytu na początek na poziomie 15-18 mln zł, aby pozbyć się

zobowiązań krótkoterminowych. Koszty szacowano na poziomie ok. 1,6 mln zł rocznie. Redukcja zatrudnienia i związane z tym odprawy dla ok. 60 osób to koszt ok. 2,5 mln zł. Ponadto plan obejmuje szereg zmian organizacyjnych, m.in. likwidację niektórych jednostek szpitala, zmianę struktury zakupów i wejście do jednej z grup zakupowych celem zmniejszenia wydatków na zakupy czy wprowadzenie na niektórych oddziałach umów kontraktowych zamiast etatów pracowniczych. Program przewidywał również nakłady inwestycyjne w 2014 roku w wysokości ok. 1 mln zł, zaś w 2015 roku – ok. 5,5 mln zł. W 2016 roku w programie przewidziano pierwszy zysk z działalności podstawowej.

Program naprawczy określał także przyczyny trudnej sytuacji finansowej. Jako przyczyny zewnętrzne podano duże ryzyka zmian legislacyjnych, w tym założeń ustawodawcy co do dostosowania placówek medycznych do nowych założeń. Cykl przygotowań jest znacznie dłuższy niż częstotliwość tych zmian. To prowadzi do ryzyka inwestycyjnego oraz uniemożliwia racjonalne długookresowe planowanie o charakterze strategicznym. Do czynników zewnętrznych – z pewnością słusznie – zaliczono również fakt pozyskiwania przychodów od monopolisty na rynku finansowania publicznego (Narodowy Fundusz Zdrowia), co w efekcie niejednokrotnie powodowało zawieranie kontraktów na warunkach nieodpowiadających ponoszonym kosztom świadczenia usług. Dodatkowo występowały braki w płatnościach za nadwykonania nagłe, do których wykonywania szpital był zobowiązany z mocy ustawy. Jako czynniki zewnętrzne w programie wskazano ponadto konkurencję na rynku świadczeń zdrowotnych ze strony mniejszych, lepiej wyposażonych i nowocześniejszych podmiotów leczniczych.

Jako przyczyny wewnętrzne wskazano brak rentowności świadczonych usług – na przestrzeni wielu lat, co doprowadziło do powstania strat w wielkich rozmiarach, a reakcja na ten stan rzeczy jest znacznie opóźniona. Brak reakcji z kolei tłumaczono presją na utrzymanie zatrudnienia i poziomu płac, brakiem woli jakichkolwiek zmian wykazywanym przez organ zarządzający i organ założycielski. Wzrost zadłużenia eliminował nakłady na inwestycje, a to z kolei prowadziło do świadczenia usług na niższym poziomie i skutkowało niemożnością wynegocjowania kontraktów z NFZ-etem na wyższym poziomie. Wobec takiego stanu rzeczy opinia społeczności lokalnej na temat jakości świadczonych w szpitalu usług była negatywna.

Sama treść programu naprawczego nie zawierała szczegółów na temat sposobów osiągnięcia zakładanych celów, zaś założenia finansowe były bardzo trudne do zweryfikowania ze względu na brak podstawowych założeń. W okresie ok. pół roku po rozpoczęciu realizacji planu, tj. w marcu 2014 roku, miały miejsce pierwsze akcje strajkowe personelu szpitala. W czerwcu 2014 roku szpital był trzecią co do wielkości zadłużenia jednostką w województwie lubelskim. W czerwcu 2014 roku odwołano dyrektora szpitala ze względu na brak efektów wynikających z realizacji założeń programu. W wystąpieniu pokontrolnym zarządu województwa lubelskiego z 14 lipca 2015 roku zarzucono mu m.in. wypłatę zawyżonych odpraw (o ok. 100 tys. zł), wypłatę zawyżonych nagród jubileuszowych (o ok. 400 tys. zł), wypłatę zawyżonych odpraw emerytalno-rentowych (o ok. 100 tys. zł). W 2016 roku tylko dwóch dyrektorów z województwa lubelskiego nie otrzymało nagrody za osiągnięte wyniki finansowe, był wśród nich dyrektor tego szpitala. W połowie 2015 roku zarząd województwa lubelskiego opublikował założenia finansowe budżetu województwa, zawierające m.in. Plan Wieloletniej Prognozy 2015-2030, w którym temu samodzielnemu publicznego wojewódzkiemu szpitalowi specjalistycznemu zabezpieczono celem poręczenia na zaciągnięcie kredytu kwotę 57 mln zł.

Odnosząc się do konkretnych uwarunkowań i możliwości zastosowania działań sanacyjnych do przykładowego SPZOZ-u, wobec ujawnionych głównych problemów w programie naprawczym dotyczących: braku możliwości obsługi zadłużenia i kosztów z tym związanych oraz redukcji zatrudnienia – możemy wskazać na kilka „plusów" ustawy Prawo restrukturyzacyjne.

Z charakterystycznych cech przebiegu postępowania sanacyjnego wiemy m.in., iż otwarcie postępowania sanacyjnego powoduje zawieszenie z mocy prawa postępowań egzekucyjnych i niemożność prowadzenia egzekucji wierzytelności objętych układem, tj. powstałych przed otwarciem postępowania, wraz z odsetkami związanymi z tym wierzytelnościami. Zatem pozytywne rozstrzygnięcie wniosku o otwarcie restrukturyzacji sanacyjnej oraz możliwość zwolnienia z zajęcia rachunków bankowych dłużnika może dać w dość szybkim czasie możliwość odzyskania płynności finansowej. Co ważne, płynność finansową dłużnik uzyskuje bez dodatkowych kosztów, które powstają w każdej akcji kredytowej przedsiębiorstwa. W czasie postępowania sanacyjnego znikają również koszty postępowania egzekucyjnego (co do zasady opłata egzekucyjna stanowi 15% ściągniętej należności), a także koszty sądowe. Jak bowiem wiadomo umieszczenie wierzytelności w spisie wierzytelności eliminuje obciążenie dłużnika kosztami postępowania sądowego co do tych wierzytelności.

W planie szpitala zaciąganie zobowiązań długoterminowych było podstawowym założeniem i źródłem podjęcia jakichkolwiek działań restrukturyzacyjnych. Niewątpliwie elementem układu może być uzyskanie dodatkowego finansowania bankowego przez dłużnika, ale koszty i sposób pozyskania kapitału w otwartym postępowaniu sanacyjnym mogą być niższe. Niejednokrotnie w ramach układu to właśnie wierzyciele poniosą koszt sfinansowania spłaty, licząc na wywiązanie się z zobowiązań dłużnika w szybszym terminie, ale na niższym poziomie. W mojej ocenie w kontekście powstającej w systemie polskiego prawa bankowego Białej Księgi „Zasad przeprowadzania projektów restrukturyzacyjnych", w której założeniach podkreśla się równouprawnienie wierzycieli, finansowanie bankowe restrukturyzacji zyska na znaczeniu, a nawet może się stać głównym źródłem procesów restrukturyzacyjnych. Jest to na razie o tyle trudne, że nowe prawo restrukturyzacyjne nie stworzyło ku temu kompleksowych rozwiązań[14].

Należy zwrócić uwagę także na pewną przewagę skutków wszczęcia postępowania sanacyjnego nad restrukturyzacją „indywidualną", polegającą np. na umowie typu *standstill*, gdyż skutki dotyczące egzekwowania określonych wierzytelności w postępowaniu według Prawa restrukturyzacyjnego powstają z mocy prawa – bez wpływu na to którejkolwiek ze stron. Poza kwestią spłat wierzytelności, postępowanie sanacyjne wprowadza skuteczne i tańsze rozwiązanie odnośnie do prawa pracy – zrównując skutki i możliwości w tym zakresie z postępowaniem upadłościowym. Szybkość i skuteczność działań możliwych do podjęcia, brak borykania się z koniecznością porozumiewania się z organizacjami związkowymi stanowi niewątpliwą zaletę sanacji pod nadzorem sądu.

Prawo restrukturyzacyjne daje zarządcy dodatkowe możliwości w zakresie odstępowania od wybranych umów wzajemnych, w tym np. umów konkursowych na udzielanie świadczeń zdrowotnych zawieranych na ogół na okres dłuższy niż jeden rok – w trybie art. 26 ustawy o działalności leczniczej. Weryfikacja warunków tego typu umów w kontekście dogłębnej analizy kosztów osobowych i możliwość rozpisania nowych konkursów na świadczenia medyczne może dać również nowe perspektywy optymalizacji kosztów działalności, które jako pozaustawowe programy naprawcze mogą być osiągnięte wyłącznie w trybie dwustronnych negocjacji ugodowych.

W postępowaniu restrukturyzacyjnym, w tym sanacyjnym, istotnym udogodnieniem dla dłużnika jest konstrukcja układu częściowego. W działalności SPZOZ-ów co do zasady występuje wielość wierzycieli i nie inaczej przedstawiała się sytuacja SPZOZ-u, o którym była mowa. Stąd może zaistnieć potrzeba odrębnego załatwienia sprawy układu z niektórymi wierzycielami, tak aby kwestia pozostałych wierzycieli mogła być załatwiona później. W myśl art. 192 Pr. restr. w toku postępowania sanacyjnego możliwe jest złożenie wniosku o zatwierdzenie układu częściowego lub wniosku o otwarcie przyspieszonego postępowania, na którym ma być przyjęty układ częściowy, pod warunkiem, że wierzyciele objęci częściowym układem są wierzycielami nieobjętymi układem z mocy prawa oraz nie wyrazili w postępowaniu sanacyjnym zgody na objęcie ich układem. Znamienne jest to, że po raz pierwszy w polskim systemie prawnym możliwe jest objęcie wierzytelności zabezpieczonej rzeczowo bez zgody wierzyciela, w przypadku wierzytelności zabezpieczonych hipoteką (w tym hipoteką morską), zastawem (w tym rejestrowym i skarbowym) oraz przeniesieniem na wierzyciela własności rzeczy, wierzytelności lub innego prawa. Może to nastąpić, jeśli układ przewiduje pełne zabezpieczenie – co jest oczywiste – ale również wtedy, gdy dłużnik wykaże, że w drodze układu wierzyciel uzyska należności nie niższe, niż gdyby nastąpiło to w drodze egzekucji. Dłużnik może w prosty sposób uzyskać wydłużenie spłaty zobowiązania bez ponoszenia dodatkowych kosztów, poza należnymi odsetkami przysługującymi w ramach istniejącej wierzytelności. Niewątpliwie więc układ częściowy w sanacji realizuje funkcję umożliwiającą odzyskanie płynności finansowej dla wierzytelności zabezpieczonych rzeczowo (na ogół kredyty hipoteczne), nawet w sytuacji kiedy na objęcie układem tej wierzytelności nie wyrażono zgody.

Ogólnie ujmując wpływ instytucji sanacyjnych wynikających z Prawa restrukturyzacyjnego, należy wskazać na zalety ukształtowanego systemu prawnego, wzbogacające możliwości prawne naprawy podmiotów, jakimi są samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej. Konstrukcje prawne same w sobie, bez prawidłowej analizy zarządczej, ukierunkowanej na zaplanowanie działań w oparciu o prognozy, wyliczenia i prawidłowe analizy historyczne przedsiębiorstwa, oczywiście nie doprowadzą do osiągnięcia pożądanych skutków odbudowy przedsiębiorstwa. Niemniej zaplanowanie działań restrukturyzacyjnych, opartych na wykorzystaniu skutków wskazanych w powszechnie obowiązujących przepisach prawnych, może uprościć działania sanacyjne, przyspieszyć je lub ograniczyć koszty restrukturyzacji. To z kolei okazać się może decydujące dla powodzenia procesu uzdrowienia podmiotu gospodarczego.

[14] Masiukiewicz P., *Ekonomika i organizacja przedsiębiorstwa*, nr 1 styczeń 2016, Instytut Organizacji i Zarządzania w Przemyśle „ORGMASZ".

UWAGI KOŃCOWE

Zagadnienie restrukturyzacji publicznych zakładów opieki zdrowotnej ma wiele charakterystycznych elementów, wyróżniających te placówki w drodze restrukturyzacji spośród innych podmiotów prawnych funkcjonujących w ramach ogólnie pojętej ekonomii gospodarczej.

Publiczny zakład opieki zdrowotnej jest specyficzną jednostką pełniącą szczególną rolę, zaspokaja bowiem potrzeby ogółu ludności. Dysponuje zasobami o skomplikowanym i różnorodnym charakterze, zarówno osobowym, jak i materialnym. Ich należyte i celowe wykorzystanie powoduje mnóstwo komplikacji o charakterze społecznym, gospodarczym i finansowym. Celowe wykorzystanie zasobów winno prowadzić – w wielkim uproszczeniu – do postawienia prawidłowej diagnozy oraz wyleczenia pacjenta, a także sprzedaży usług po cenach wyższych niż koszty. Niezwykle istotne jest to, że samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej bazuje na administrowaniu w sektorze publicznym. Niejednokrotnie więc bywa, że zamiast efektywnego zarządzania – jak to ma miejsce w sektorze prywatnym – mamy do czynienia z pasywnym administrowaniem. Dodatkowo zmieszane są reguły ekonomiczne z politycznymi. Wpływa to na niezwykłe skomplikowanie możliwości skutecznego zarządzania w tym obszarze, zwłaszcza z założeniem, że elementy polityczne nie są możliwe do wyeliminowania.

Wybrane zagadnienie dotyczące SPZOZ-ów ma wyjątkowo istotne znaczenie społeczne. Dotyczy bowiem najważniejszej wartości, jaką jest zdrowie ludzkie. Dotyczy też wciąż nieuleczonej dziedziny finansowania publicznego, borykającego się od dawna z nieefektywnością systemu opieki zdrowotnej, począwszy od sfery makro po sferę indywidualnych niedoskonałości związanych z bezpośrednimi działaniami zarządczymi poszczególnych jednostek. W badaniach przeprowadzonych przez Magellan S.A. w okresie 2008-2014[15] wskazano, że w ponad połowie z funkcjonujących SPZOZ-ów koszty działalności przekraczają przychody, zaś począwszy od 2013 roku, udział zobowiązań wymagalnych stale wzrasta. Restrukturyzacja jest trudna do przeprowadzenia ze względu na brak współpracy na linii NFZ i Ministerstwo Zdrowia, zaś plany likwidacji NFZ-etu, począwszy od 2018 roku, jeszcze bardziej proces restrukturyzacji utrudniają.

Opieka zdrowotna to też dziedzina biznesu z ekstremalnie dużym ryzykiem regulacyjnym, niedającym się przewidzieć nawet w jednym cyklu wyborczym. To stwarza wyjątkową niepewność decyzji podejmowanych w długookresowych planach restrukturyzacyjnych, związanych w szczególności z prawidłową oceną wyboru ścieżki inwestycyjnej. Przykładowo plany dostosowawcze podmiotów leczniczych w zakresie konieczności posiadania lądowiska (dla podmiotów ze szpitalnymi oddziałami ratunkowymi i izbą przyjęć) oraz procesów informatyzacji leczenia (elektroniczna dokumentacja medyczna) zmieniają się w ostatnich czterech latach co roku i polegają na ich przesuwaniu. To spowodowało, że placówki podejmowały bardzo kosztowne inwestycje, licząc na zwiększone finansowanie, podczas gdy inwestycje te okazały się nie tak aktualne czasowo, jakby to wynikało z pierwotnych założeń, przez co placówki źle inwestowały środki. Lokowano środki bez możliwości zwrotu inwestycji w założonym okresie.

Opieka zdrowotna to też – o czym wspomniano – sfera wpływów politycznych, bardzo często wynikająca z partykularnych interesów, zupełnie pomijających organizację i zarządzenia podmiotu SPZOZ-u.

Biorąc pod uwagę przedstawione ogólnie środowisko, w którym SPZOZ-y funkcjonują, zasadne jest sięgnięcie po instrumenty prawne. Po pierwsze, umożliwiają one przeprowadzenie procesów naprawczych przez uprawnione osoby posiadające licencję doradcy restrukturyzacyjnego, a zatem takie, które powinny posiadać konkretną wiedzę prawną, doświadczenie zawodowe i niejednokrotnie niezależne od wpływów regionalnego środowiska politycznego. Po drugie, podjęcie określonych działań prowadzi do skutków prawnych, z którymi nie da się dyskutować – są bowiem powszechnie obowiązujące. Proces ten nadzorowany jest przed sąd oraz wierzycieli, którym w warunkach rynkowych winno najbardziej zależeć na dobrej kondycji finansowej swojego kontrahenta, zwłaszcza kontrahenta, który jest dłużnikiem.

Ogromne długi i związane z nimi koszty obsługi dotyczą kilkuset placówek funkcjonujących jako samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej. W większości przypadków plany restrukturyzacyjne nie skutkują odzyskaniem płynności ani też poprawą infrastruktury leczniczej oraz opieki nad pacjentem. Z moich obserwacji skutków tych planów dokonywanych na bieżąco wynika, że z różnych względów mają one charakter doraźny, wynikający z nacisków na zmiany ze strony organów tworzących te placówki czy też z powodów politycznych oraz ambicji poszczególnych menedżerów.

[15] www.magellansa.pl – Sytuacja finansowa szpitali w Polsce. Edycja 2014.

Przede wszystkim należy zareagować pozytywnie na stwierdzenie, że samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej posiadają zdolność restrukturyzacyjną. Widzę możliwość pewnych rozbieżności natury teoretycznej w tej kwestii, niemniej przedstawione argumenty „za" z pewnością przemawiają za wykładnią funkcjonalną i celowościową przepisów restrukturyzacyjnych. Rozstrzygnięcia sądowe pozytywne w tym przedmiocie – o ile zaistnieją – mogą być szalenie istotne dla rozwoju opcji naprawy SPZOZ-ów.

Nie jest absolutnie prawdopodobne, że ustawa – Prawo restrukturyzacyjne jest w stanie uzdrowić czy zrewolucjonizować system opieki zdrowotnej w Polsce. Zależy to bowiem przede wszystkim od ludzi. Niemniej warto spróbować skorzystać z narzędzi, jakie daje nowe prawo, podejmując wyzwanie nowego podejścia do rozwiązań prawnych z zaangażowaniem wiedzy zarządczej, doświadczenia menedżerskiego i zasad ekonomii społecznej, która w tej dziedzinie życia publicznego jest szalenie istotna.

Piotr Paweł Wydrzyński[1]

O PSYCHOLOGICZNYCH ASPEKTACH WYKONYWANIA ZAWODU DORADCY RESTRUKTURYZACYJNEGO

Na wykonywanie jakiegokolwiek zawodu należy patrzeć jednocześnie w trzech wymiarach. Po pierwsze – w wymiarze *stricte* zawodowym, który obejmuje kompetencje specjalistyczne i specyficzne dla danego zawodu. Po drugie – w wymiarze społecznym, który obejmuje umiejętność życia wśród ludzi i współpracy z nimi. Po trzecie wreszcie – w wymiarze psychologicznym, który obejmuje szereg kompetencji zbudowanych na fundamencie wiedzy psychologicznej.

Wiele osób nie zdaje sobie sprawy z konieczności takiego spojrzenia na wykonywaną przez siebie pracę zawodową. Niejednokrotnie można spotkać się z opiniami podającymi w wątpliwość sens zajmowania się zagadnieniami z obszaru społecznego czy psychologicznego, a wręcz ze stwierdzeniami, że takowe w wykonywaniu jakiegoś konkretnego zawodu w ogóle nie mają racji bytu. Dobitnie wyraził to przed laty jeden z przedsiębiorców w rozmowie z autorem, gdy stwierdził, że „cała firma na mojej głowie, nie mam czasu na te psychologiczne wymysły!".

Podobny sposób myślenia jest niestety powszechny. Niezależnie od tego, czy mówimy o prowadzeniu biznesu, podejmowaniu się roli lidera, byciu prezesem, dyrektorem, menedżerem, szefem, czy mówimy o wykonywaniu zawodu lekarza, architekta, inżyniera, prawnika – psychologia często traktowana jest jako swoista ideologia przeznaczona dla osób, które nie radzą sobie w sferze zawodowej, społecznej i osobistej, lub dla osób, które nie umieją „twardo stąpać po ziemi". Sukces zawodowy musi być – zdaniem większości – mierzalny. Miarą sukcesu jest w związku z tym zysk, wygrana w sądzie, zdobyte nagrody, wysoka pozycja w branżowych rankingach, a te wyniki są możliwe – także zdaniem większości – wyłącznie dzięki wiedzy merytorycznej i umiejętnościom specjalistycznym. Brak jest świadomości, że wynik to jednak wypadkowa – z jednej strony – wiedzy merytorycznej i umiejętności specjalistycznych oraz – z drugiej strony – kompetencji społecznych i psychologicznych. A mówiąc o „wyniku", powinniśmy mieć na myśli zarówno sukces, jak i porażkę.

Istotną rolę oraz właściwe miejsce psychologii w prowadzeniu biznesu lub wykonywaniu jakiegokolwiek zawodu najlepiej uwidacznia porażka. Utrata pracy lub upadek firmy pozwalają spojrzeć na porażkę z odpowiedniej perspektywy i zmuszają do szukania jej przyczyn. Przeprowadzone analizy i badania pozwalają zauważyć i zrozumieć właściwą rolę wiedzy, umiejętności i kompetencji psychologicznych w skutecznej aktywności zawodowej i biznesowej. Wskazuje się, dla przykładu, że przyczyną szybkiego upadku początkujących małych firm są nie tylko niekontrolowany wzrost, fatalna rachunkowość, brak zabezpieczenia gotówkowego, ale w szczególności osobowość właściciela[2]. Kluczowe w przypadku właściciela firmy okazują się empatia, umiejętności komunikowania się i współpracy z ludźmi, delegowania i kontrolowania zleconych zadań[3]. Wskazuje się także m.in., że przyczyną upadku firmy może być koncentrowanie się na sprzedaży produktów, usług lub cech zamiast sprzedaży korzyści. Klienci kupują bowiem nie towar czy usługę, ale racjonalne i emocjonalne korzyści związane z konkretnym produktem, usługą lub cechą. Tymczasem można znacznie zwiększyć szanse na przetrwanie biznesu dzięki poznaniu kluczowych pojęć z psychologii osobowości człowieka (co pozwala zrozumieć siebie i innych), zasad komunikacji interpersonalnej (co może okazać się przydatne

[1] Z wykształcenia psycholog, prawnik, magister inżynier; z zawodu doradca restrukturyzacyjny, terapeuta, rzecznik patentowy; zawód syndyka wykonuje od blisko 15 lat; prowadzi także gabinet pomocy psychologicznej m.in. dla osób wykonujących wolne zawody prawnicze.

[2] Zob. www.biztok.pl/akademia-biznesu/10-najwazniejszych-przyczyn-kleski-poczatkujacej-firmy_a83.

[3] Zob. www.conquestacademy.pl/przyczyny-upadku-przedsiebiorstw.

w relacjach ze współpracownikami) oraz dzięki zdobyciu podstawowej wiedzy z psychologii osobowości, psychologii motywacji i psychologii zachowań konsumenckich (co pozwoli zrozumieć psychikę i zachowania klienta).

Cała sztuka prowadzenia biznesu lub wykonywania jakiegokolwiek zawodu polega więc na tym, aby – zanim zderzymy się z twardą rzeczywistością zawodowej porażki – zrozumieć konieczność zwiększania własnych psychologicznych profesjonalnych kompetencji.

Brak właściwego rozumienia roli psychologii w biznesie potwierdzają ponadto spostrzeżenia naukowców. Zdaniem A. Falkowskiego nie wszyscy doceniają to, że biznes opiera się na zasadach psychologicznych, a działanie w biznesie bez znajomości psychologii jest po prostu niemożliwe[4]. Psychologia dotyczy kwestii rekrutacji, motywowania, szkoleń, zarządzania, przywództwa, analizy zachowań i oczekiwań klienta, procesów podejmowania decyzji czy też oceny ryzyka. Wiedza psychologiczna potrzebna jest menedżerom, przedsiębiorcom, pracownikom działów reklamy i marketingu, a także – co jest istotne z punktu widzenia celu tego opracowania – osobom wykonującym wolne zawody, w szczególności prawnicze.

Brak właściwego rozumienia roli psychologii w wykonywaniu zawodów prawniczych jest także – niestety – powszechne. Prawie 70 lat temu Z. Papierkowski stwierdził, że „najrealniejszą, najbliższą prawdy i najbardziej życiową koncepcją na temat źródeł prawa jest teoria psychologiczna, w myśl której prawo jest produktem prądów nurtujących zbiorową duszę społeczeństwa. Toteż traktowanie prawa w oderwaniu od psychologii, tj. tej właśnie nauki, która informuje nas na temat psychologii społecznej, nie jest ani uczciwym prawoznawstwem, ani należytym wymiarem sprawiedliwości, lecz bezdusznym paragrafizmem przechodzącym łatwo w błyskotliwe żonglerstwo prawnicze"[5]. Dziesiątki lat nawoływania, aby prawnicy starali się nie tylko poszerzać swoją wiedzę *stricte* prawniczą, ale i rozwijać ją także w zakresie psychologii nie przyniosło skutków i pozostaje nadal w sferze postulatu[6].

Warto zauważyć także, że problem niewłaściwego przygotowania do wykonywania jakiegokolwiek zawodu w zakresie wiedzy oraz kompetencji społecznych i psychologicznych pojawia się już na etapie edukacji podstawowej. Brak jest w programach nauczania podstawowego przedmiotów dotykających kwestii społecznych i psychologicznych w należyty sposób. Ćwiczenia psychologiczne natomiast, w szczególności w zakresie przekazywania informacji zwrotnych, umiejętności decentracji i wykrywania stereotypizacji myślenia, powinny być obowiązkowym elementem godzin wychowawczych już w szkole podstawowej[7].

Późniejsza konieczność wieloletniej niejednokrotnie edukacji zmierzającej do zdobycia zawodu, skoncentrowanej wyłącznie na aspektach specyficznych dla konkretnej specjalizacji, nie pozostawia także miejsca i czasu na zdobywanie umiejętności społecznych i psychologicznych. Rzadko kiedy w programach studiów licencjackich i magisterskich znajdują się przedmioty obejmujące swoim zakresem te zagadnienia. Rzadko kiedy absolwenci podejmują dalszą edukację w tym zakresie, koncentrując się na zdobywaniu wiedzy i doskonaleniu umiejętności merytorycznych, traktując kwestie społeczne i psychologiczne jako dodatkowe, nieobowiązkowe, drugorzędne. Nauka psychologii tymczasem to sposobność do rozwijania ważnych kompetencji osobistych. W szczególności dla osób wykonujących wolne zawody prawnicze, bowiem wiedza psychologiczna sprzyja świadomemu i pogłębionemu rozumieniu zasad, norm i przepisów prawa. Pozwala spojrzeć na prawo przez pryzmat jego społecznej użyteczności i zauważyć jego „ludzki" wymiar. Dzięki wiedzy psychologicznej profesjonalny pełnomocnik i doradca potrafią właściwie komunikować się z klientem, pozostałymi uczestnikami postępowania i innymi profesjonalistami. Nie bez znaczenia jest także fakt, iż dzięki umiejętnościom psychologicznym pełnomocnik i doradca budują społeczny autorytet i zaufanie do instytucji prawa, a także są odporni na techniki wpływu społecznego oraz próby manipulacji i perswazji stosowane niekiedy przez osoby, z którymi mają do czynienia przy wykonywaniu czynności zawodowych.

Wiedza i umiejętności psychologiczne pozwalają ponadto lepiej poznać i zrozumieć samego siebie, co bez wątpienia jest potrzebne w trudnej, odpowiedzialnej i obciążającej emocjonalnie pracy w obszarze szeroko rozumianych instytucji prawnych. Poznanie psychologicznych i fizjologicznych przyczyn stresu oraz mechanizmu wypalenia zawodowego pozwala natomiast znaleźć sposób na uniknięcie lub znaczące ograniczenie negatywnych skutków tych zjawisk. Wiedza, umiejętności i kompetencje psychologiczne wzmacniają więc profesjonalne

[4] Falkowski A., *Po co komu psychologia biznesu*, zob. http://kariera.pb.pl/2187294,74120,po-co-komu-psychologia-biznesu.

[5] Papierkowski Z., *Co prawo karne zawdzięcza psychologii?*, z. 22, Lublin 1947, [za:] Gruza E., „Psychologia sądowa dla prawników", Wolters Kluwer Polska sp. z o.o., Warszawa 2009.

[6] Gruza E., „Psychologia sądowa dla prawników", Wolters Kluwer Polska sp. z o.o., Warszawa 2009.

[7] Wieczorkowska-Wierzbicka G., „Psychologiczne ograniczenia", Wyd. Naukowe Wydz. Zarządzania UW, Warszawa 2011.

przygotowanie do wykonywania zawodu prawniczego oraz korzystnie wpływają na satysfakcję z pracy, zdrowie i ogólne zadowolenie z życia.

DORADCA RESTRUKTURYZACYJNY – PSYCHOLOGICZNA CHARAKTERYSTYKA ZAWODU

Przegląd przepisów regulujących wykonywanie zawodu

Doradcą restrukturyzacyjnym nazywamy osobę fizyczną, która posiada licencję doradcy restrukturyzacyjnego, przyznaną zgodnie z przepisami ustawy z 15 czerwca 2007 r. o licencji doradcy restrukturyzacyjnego[8].

Zgodnie z art. 3. ust 1 wymienionej ustawy licencję doradcy restrukturyzacyjnego może uzyskać osoba fizyczna, która w szczególności złożyła z pozytywnym wynikiem odpowiedni egzamin, sprawdzający wiedzę i umiejętności kandydata z zakresu prawa, ekonomii i finansów oraz zarządzania, ze szczególnym uwzględnieniem specyfiki postępowań upadłościowego i restrukturyzacyjnego.

Ponadto zgodnie z art. 2 ustawy licencja doradcy restrukturyzacyjnego uprawnia do wykonywania czynności syndyka (na podstawie ustawy z 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe[9]), nadzorcy i zarządcy (na podstawie ustawy z 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne[10]), zarządcy w egzekucji przez zarząd przymusowy (na podstawie ustawy z 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego[11]), a także do wykonywania czynności doradztwa restrukturyzacyjnego, polegającego na udzielaniu porad, opinii i wyjaśnień oraz świadczeniu innych usług z zakresu restrukturyzacji i upadłości. Zakres czynności i obowiązków nałożonych na osoby powołane do pełnienia funkcji w postępowaniach upadłościowych, restrukturyzacyjnych lub egzekucyjnych określają natomiast stosowne przepisy szczególne, zawarte w przywołanych ustawach[12].

Niezależnie od wiedzy i umiejętności, które wymagane są od osób ubiegających się o uzyskanie uprawnień, osoba fizyczna posiadająca już licencję doradcy restrukturyzacyjnego zobowiązana jest do kształcenia ustawicznego w celu podnoszenia kwalifikacji i umiejętności zawodowych[13].

[8] Dz. U. 2007 nr 123, poz. 850.
[9] Dz. U. z 2015 r. poz. 233 i 978.
[10] Dz. U. z 2015 r. poz. 978.
[11] Dz. U. z 2014 r. poz. 101, z późn. zm.
[12] W tej kwestii należy zapoznać się z odpowiednimi przepisami ustawy z 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe, ustawy z 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne, ustawy z 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego. Szczegółowe omówienie odpowiednich przepisów wykracza poza zakres niniejszego artykułu.
[13] Art. 2 ust. 5 Ustawy o licencji doradcy restrukturyzacyjnego.

Dokonując szczegółowej analizy przywołanych przepisów, trudno w nich znaleźć jakiekolwiek literalne odwołania do obowiązku lub konieczności posiadania przez doradców restrukturyzacyjnych kompetencji psychologicznych. Trudno znaleźć nawet sugestie ustawodawcy, że wiedza psychologiczna jest doradcy restrukturyzacyjnemu potrzebna do pełnienia funkcji w którymkolwiek z postępowań: upadłościowym, restrukturyzacyjnym lub egzekucyjnym.

Przyjrzyjmy się więc pracy syndyka, nadzorcy, zarządcy, zarządcy w egzekucji i doradcy restrukturyzacyjnego. Zastanówmy się, na czym ta praca polega i czy aspekty psychologiczne w tej pracy występują, czy są istotne i czy kompetencje psychologiczne są w ogóle potrzebne.

Syndyk

W postępowaniu upadłościowym powoływany jest syndyk masy upadłości, którego jedną z podstawowych funkcji jest zarządzanie majątkiem upadłego przedsiębiorstwa lub osoby. Jeżeli racjonalne względy na to pozwolą, obowiązkiem syndyka jest zachować przedsiębiorstwo dłużnika i prowadzić je dalej po to, aby mogło być one sprzedane jako całość[14]. W tym celu syndyk dokonuje czynności zwykłego zarządu, zarządza majątkiem masy upadłości, często całym przedsiębiorstwem upadłego podmiotu w odpowiedni sposób. Z tych obowiązków i uprawnień wynika, że musi być specjalistą w zarządzaniu podmiotami gospodarczymi. Zarządzanie podmiotami gospodarczymi związane jest natomiast z posiadaniem szeregu kompetencji.

Czym jest zarządzanie? Zgodnie z definicją zarządzania sformułowaną przez A.K. Koźmińskiego: „zarządzanie to wędrówka przez chaos, której istotą jest panowanie nad różnorodnością i przekształcenie potencjalnego konfliktu we współpracę"[15]. Nie wchodząc nawet zbyt głęboko w merytoryczną i psychologiczną analizę tej definicji, łatwo stwierdzić, iż samo odniesienie do „chaosu" i „konfliktu" w procesie zarządzania wskazuje jednoznacznie, że osobiste, psychologiczne i społeczne kompetencje zarządzającego mogą być (a nawet na pewno są) istotne dla skuteczności zarządzania.

Wniosek ten potwierdzają przeprowadzone przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości badania dotyczące kompetencji, których posiadanie jest konieczne, aby przedsiębiorstwo było konkurencyjne[16]. Kompetencje

[14] Art. 312 i 316 Prawa upadłościowego.
[15] Koźmiński A.K., *Zarządzanie*, [w:] A.K. Koźmiński, W. Piotrowski (red.): „Zarządzanie. Teoria i praktyka", Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2002.
[16] Zob. https://badania.parp.gov.pl/kompetencje-przyszlosci.

– na potrzeby badania – rozumiane były jako kwalifikacje zawodowe zdobyte nie tylko w oficjalnym systemie kształcenia, ale także te zdobyte w wyniku doświadczenia. Na kompetencje składają się więc dodatkowo wiedza i umiejętności niezwiązane bezpośrednio z wykonywaną specjalnością, a także predyspozycje i postawy pracownika, w szczególności kadry zarządzającej.

Badania wskazują jednoznacznie, iż wiedza czysto merytoryczna, specjalistyczna i specjalna nie są wystarczające dla przetrwania przedsiębiorstwa na rynku. Badani pracownicy, a w szczególności kadra kierownicza (zarządzająca) wskazywali, że istotne (a nawet kluczowe) w zarządzaniu przedsiębiorstwem są kompetencje osobiste, poznawcze i społeczne. Wskazywali, że ważna jest umiejętność współpracy z przełożonym i współpracownikami, z instytucjami zewnętrznymi, precyzyjnego wyrażania własnych pomysłów, wytrwałość i upór w dążeniu do celu, umiejętność radzenia sobie w sytuacjach stresowych, posiadanie odwagi kierowniczej, umiejętność diagnozowania potrzeb klienta, kultura osobista i zdolności przywódcze.

Trudno w sformułowanych kompetencjach doszukać się odniesień do wiedzy *stricte* prawniczej, ekonomicznej, finansowej czy zarządczej (której wymaga ustawodawca w stosunku do osób pełniących funkcje syndyków w postępowaniach upadłościowych). Skoro jednak ustawodawca oczekuje od syndyków umiejętności zarządzania przedsiębiorstwem, zasadne wydaje się wnioskowanie, że (oprócz wiedzy i umiejętności z zakresu prawa, ekonomii i finansów oraz zarządzania) powinni oni posiadać stosowną wiedzę i umiejętności psychologiczne (w tym osobiste i poznawcze) oraz społeczne.

Szczególną rolę pełni syndyk w konsumenckim postępowaniu upadłościowym, szczegółowo uregulowanym przepisami ujętymi w tytule V części trzeciej Prawa upadłościowego[17]. Syndyk masy upadłości osoby fizycznej nieprowadzącej działalności gospodarczej jest tym organem postępowania upadłościowego, z którym upadły konsument ma w toku postępowania najczęściej do czynienia. To w zasadzie od postawy syndyka zależy, jak uciążliwy, dotkliwy i czasochłonny będzie dla upadłego konsumenta przebieg całego postępowania upadłościowego. Z dniem ogłoszenia upadłości konsumenckiej syndyk przejmuje bowiem od upadłego konsumenta zarząd całym jego majątkiem, który wchodzi w skład masy upadłości, i przystępuje do jego likwidacji. Syndyk – z konieczności wynikającej z przepisów prawa upadłościowego – wchodzi we wszystkie obszary życia konsumenta.

[17] Art. 491[1] i nast. Praw upadłościowego.

Upadły konsument funkcjonuje niejako w „dwóch światach". Z jednej strony jest „upadłym konsumentem", więc dotykają go skutki i konsekwencje wynikające z toczącego się postępowania upadłościowego, z drugiej strony – nadal jest po prostu człowiekiem, funkcjonującym w rodzinie, w relacjach zawodowych, w społeczeństwie, pośród innych ludzi, występującym samodzielnie w obrocie gospodarczym i mającym – niestety – spore trudności w codziennym życiu.

Syndyk ustanowiony w upadłości konsumenckiej powinien liczyć się z tym, że będzie miał do czynienia niejednokrotnie z upadłym doświadczającym chorób i zaburzeń psychicznych, chorym somatycznie, uwikłanym w konflikty rodzinne, żyjącym z poczuciem przegranej, z „piętnem porażki", upokorzonym, bezradnym, winnym i zawstydzonym. Niejednokrotnie syndyk może być także świadkiem rozpadu rodziny.

Ze wszystkimi tymi problemami i bezsilnością musi zmierzyć się syndyk, gdyż postrzegany jest jako ten, który „zabiera" wypłatę, mieszkanie i rzeczy, a bez jego pomocy nie da się podjąć pieniędzy z banku lub dokonać rozliczenia z dostawcą energii elektrycznej. Poza tym, syndyk często pełni rolę powiernika, ponieważ zdarza się, że nawet rodzina nie wie o problemach prawnych, finansowych i psychicznych upadłego[18].

Nie ulega więc chyba wątpliwości, że ze wskazanych powodów podnoszenie kwalifikacji i umiejętności zawodowych syndyka powinno obejmować wiedzę i umiejętności w zakresie szeroko rozumianych psychologicznych aspektów wykonywania tego trudnego i odpowiedzialnego zawodu.

Nadzorca, zarządca

Przyglądając się natomiast pracy nadzorcy i zarządcy, należy zauważyć, że zgodnie z oczekiwaniem ustawodawcy[19] nadzorca lub zarządca ustanowiony w postępowaniu restrukturyzacyjnym powinien być specjalistą (profesjonalistą), wspierającym swoją wiedzą i zaangażowaniem proces naprawczy w przedsiębiorstwie, które znalazło się w kryzysie. Jego głównym zadaniem jest przeprowadzenie procedury restrukturyzacyjnej w granicach uregulowanych stosownymi przepisami Prawa restrukturyzacyjnego w celu zapobieżenia upadłości przedsiębiorstwa

[18] Szerzej o roli syndyka w konsumenckim postępowaniu upadłościowym w artykule Wydrzyński P.P., *Upadłość konsumencka – postępowanie nie tylko oddłużeniowe – nowe wyzwania dla syndyków*, [w:] A. Hrycaj, P. Filipiak, M. Geromin, B. Groele, (red.), „Restrukturyzacja i upadłość przedsiębiorstw 2.0", Wyd. C.H. Beck, Warszawa 2016.

[19] Zob. Uzasadnienie do projektu ustawy – Prawo restrukturyzacyjne, druk sejmowy Sejmu VII kadencji nr 2824.

i w konsekwencji jego uratowania. Można uznać, że ma być dla chorej firmy niczym lekarz[20]. Nadzorca lub zarządca ma kontrolować działalność zadłużonego przedsiębiorcy, doradzać mu w zarządzaniu, wspomagać proces negocjacji i zawierania układu z wierzycielami. Ma także czuwać nad procesem realizacji zatwierdzonego przez sąd układu.

Zarządcze kompetencje nadzorcy i zarządcy wydają się w kontekście tych uwag oczywiste. Przedstawione dotychczas argumenty dotyczące konieczności posiadania kompetencji zarządczych, w tym psychologicznych, przez syndyków są więc właściwe i aktualne także w stosunku do nadzorców i zarządców. Można jedynie dodatkowo zacytować opinię Petera F. Druckera – uważanego za jednego z najwybitniejszych myślicieli i teoretyków zarządzania XX wieku – który stwierdził, że „zarządzanie dotyczy przede wszystkim ludzi"[21], a to w sposób jednoznaczny także wskazuje na ścisłe związki zarządzania i psychologii.

Należy także zauważyć, iż kompetencje psychologiczne, w tym w szczególności osobiste oraz społeczne, mogą mieć kluczowe znaczenie przy powoływaniu osób posiadających licencję doradcy restrukturyzacyjnego do pełnienia funkcji nadzorcy lub zarządcy w postępowaniach restrukturyzacyjnych. O wyborze nadzorcy lub zarządcy nie decyduje bowiem wyłącznie sąd, ale duży wpływ na jego powołanie mają wierzyciele i dłużnik[22]. To opinia wierzycieli i dłużnika o kandydacie do pełnienia odpowiedniej funkcji w postępowaniu będzie decydowała o zgłoszeniu jego kandydatury, a sąd będzie brał pod uwagę, czy wskazana przez wierzycieli i dłużnika osoba daje rękojmię należytego wykonywania obowiązków. Posiadanie kompetencji nie tylko merytorycznych, ale także psychologicznych i społecznych może więc mieć znaczenie.

Doradca

Jak już zostało wskazane, doradca restrukturyzacyjny (osoba posiadająca licencję doradcy restrukturyzacyjnego) może także wykonywać czynności doradztwa restrukturyzacyjnego, polegające na udzielaniu porad, opinii i wyjaśnień oraz świadczeniu innych usług z zakresu restrukturyzacji i upadłości. Może także, zgodnie z brzmieniem art. 87 § 1 kodeksu postępowania cywilnego, być w sprawach restrukturyzacji i upadłości pełnomocnikiem strony w postępowaniu sądowym[23]. Te uprawnienia powodują, że można uznać doradców restrukturyzacyjnych za osoby wykonujące wolny zawód, podobny w swojej istocie w szczególności do zawodów adwokata, radcy prawnego i rzecznika patentowego. W konsekwencji, poszukując odpowiedzi na pytanie: jakie kompetencje zawodowe powinni posiadać doradcy restrukturyzacyjni oraz adwokaci, radcowie prawni czy też rzecznicy patentowi, nietrudno zauważyć ścisłe powiązanie wykonywania tych zawodów z koniecznością posiadania wiedzy i umiejętności psychologicznych.

Dla przykładu, zastanawiając się nad kompetencjami rzecznika patentowego, można stwierdzić, iż powinien charakteryzować się rzetelnością i przestrzeganiem zasad etyki oraz terminowością, cierpliwością i życzliwością. Powinien ponadto bez wątpienia mieć wiedzę prawną, wiedzę o własności przemysłowej oraz wiedzę techniczną. Powinien także posiadać umiejętności prowadzenia poszukiwań w bazach danych dotyczących własności przemysłowej, analizy danych, wnioskowania oraz umiejętności komunikacyjne[24]. Te cechy można podzielić na te, które są kompetencjami merytorycznymi (ściśle zawodowymi, specjalizacyjnymi i specjalnymi), oraz te, które dotyczą wymiaru społecznego i psychologicznego. Rzetelność, przestrzeganie zasad etyki, terminowość, cierpliwość, życzliwość oraz umiejętności komunikacyjne należą do tego wymiaru i są związane z osobistymi cechami człowieka oraz z umiejętnościami nabytymi. Powiązanie wykonywania zawodu rzecznika patentowego z kompetencjami psychologicznymi wydaje się więc oczywiste[25].

Kompetencje zawodowe osoby posiadającej licencję doradcy restrukturyzacyjnego

Jakie kompetencje, w związku z tym, powinna posiadać osoba, która będzie pełnić obowiązki syndyka, zarządcy, nadzorcy i doradcy? Jaką powinna posiadać wiedzę, umiejętności, doświadczenie, praktykę? Jakim powinna być człowiekiem, aby wykonywanie zawodu było efektywne dla wszystkich uczestników postępowań upadłościowych, restrukturyzacyjnych i egzekucyjnych oraz aby było satysfakcjonujące i bezpieczne dla tej osoby?

Podsumowując dotychczasowe rozważania, można stwierdzić, że osoba posiadająca licencję doradcy restrukturyzacyjnego powinna wykazywać się:

[20] Takiego porównania użył Sierakowski B. w artykule: *Doradca restrukturyzacyjny, czyli lekarz chorego przedsiębiorstwa*, http://biznes.gazetaprawna.pl/artykuly/886581,doradca-restrukturyzacyjny-czyli-lekarz-chorego-przedsiebiorstwa.html.

[21] Drucker P.F., „Skuteczne zarządzanie", PWN, Warszawa 1976.

[22] Art. 23, 38 i 51 Prawa restrukturyzacyjnego.

[23] Art. 87 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego.

[24] Z wykładu dr. P. Koczorowskiego pt. *Czy rzecznika patentowego można opatentować?*, Aplikacja rzecznikowska 2012-2015, niepubl.

[25] Autor prowadził zajęcia pt. *Psychologiczne aspekty wykonywania zawodu rzecznika patentowego,* Aplikacja rzecznikowska 2012-2015.

- wiedzą w zakresie prawa;
- wiedzą w zakresie ekonomii i finansów;
- wiedzą w zakresie zarządzania

oraz:

- wiedzą i umiejętnościami psychologicznymi w zakresie niezbędnym do wykonywania zawodu;

a w szczególności:

- odpowiedzialnością, rzetelnością, terminowością;
- cierpliwością, życzliwością, wrażliwością, empatią;
- przestrzeganiem zasad etyki wykonywania zawodu;
- chęcią i zaangażowaniem w ciągłe podnoszenie kwalifikacji i umiejętności zawodowych we wszystkich wymiarach wykonywania zawodu, tj. w wymiarach *stricte* zawodowym, społecznym i psychologicznym.

W dalszej części artykułu przedstawiona zostanie systematyka psychologicznych aspektów wykonywania zawodu doradcy restrukturyzacyjnego oraz omówione zostaną konkretne aspekty, w zakresie których wiedza, umiejętności i kompetencje są niezbędne dla właściwego jego wykonywania.

SYSTEMATYKA PSYCHOLOGICZNYCH ASPEKTÓW WYKONYWANIA ZAWODU DORADCY RESTRUKTURYZACYJNEGO

Psychologiczne aspekty wykonywania zawodu doradcy restrukturyzacyjnego możemy podzielić na trzy obszary zagadnień:

- Wprowadzenie do psychologii;
- Klasyczne umiejętności psychologiczne, na które składają się kompetencje w zakresie:
  - komunikacji interpersonalnej;
  - sztuki retoryki, argumentacji i dyskusji;
  - rozpoznawania perswazji i manipulacji;
  - rozumienia mowy ciała, czytania mikroekspresji, znajomości podstaw psychologii kłamstwa;
  - sztuki zadawania pytań, prowadzenia wywiadu i przesłuchań;
  - mediacji i negocjacji;
  - budowania zespołu i pracy w zespole.
- Negatywne skutki wykonywania zawodu, czyli umiejętność rozpoznawania i przeciwdziałania skutkom:
  - stresu;
  - wypalenia zawodowego;
  - uzależnień;
  - konfliktu ról „praca a rodzina" i „rodzina a praca".

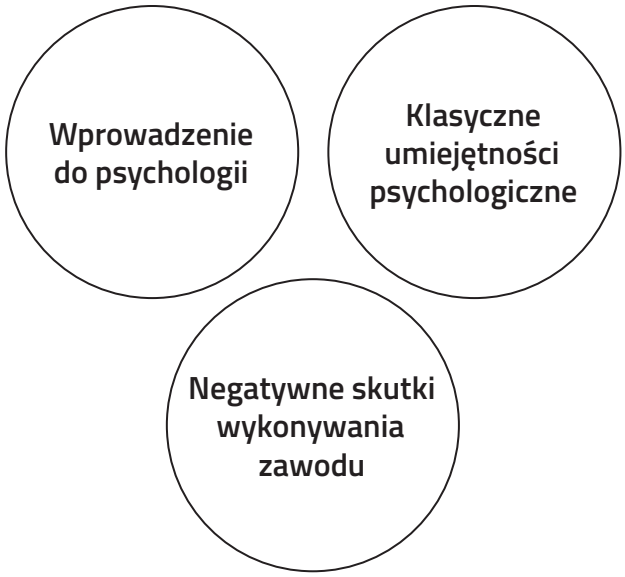


Diagram 1. Systematyka psychologicznych aspektów wykonywania zawodu doradcy restrukturyzacyjnego (opracowanie własne).

Zaproponowana systematyka wynika ze specyfiki omawianych zagadnień oraz z doświadczeń, analiz i badań własnych autora. I tak, **wprowadzenie do psychologii**[26] pozwala uzyskać wiedzę z podstaw psychologii, zapoznać się z zakresem zainteresowań psychologii oraz z podstawowymi pojęciami i kategoriami w psychologii występującymi. Pozwala ponadto poznać, rozumieć i używać specyficznego języka oraz nomenklatury psychologicznej, dzięki czemu późniejsze uzyskiwanie kompetencji w zakresie pozostałych obszarów zagadnień, w tym w szczególności w zakresie **klasycznych umiejętności psychologicznych**[27], jest łatwiejsze, a wręcz w ogóle możliwe.

Negatywne skutki wykonywania zawodu obejmują natomiast ten obszar zagadnień, który nie mieści się w obszarze umiejętności klasycznych (a na pewno nie w wystarczającym stopniu) oraz któremu to zagadnieniu rzadko poświęcana jest należyta uwaga. Kompetencje w tym zakresie pozwalają rozpoznawać wczesne symptomy stresu, wypalenia zawodowego, nieuświadomionych uzależnień i konfliktów ról, jakie przyszło nam odgrywać w codziennym życiu. Wszystko po to, aby uniknąć poważniejszych konsekwencji. Dla przykładu – co wydaje się chyba oczywiste – działanie w stresie może mieć negatywny wpływ na relacje z wierzycielami, dłużnikami, klientami, współpracownikami i innymi uczestnikami postępowań oraz na jakość, szybkość i profesjonalizm podejmowanych decyzji.

[26] W wielu dziedzinach nauki konieczne jest rozpoczęcie edukacji od zapoznania się z podstawami przedmiotu, np. wprowadzenie do prawoznawstwa, podstawy zarządzania, wprowadzenie do zarządzania finansami przedsiębiorstwa.

[27] Klasyczne umiejętności psychologiczne nazywane są często w literaturze kompetencjami miękkimi – dla odróżnienia od tzw. kompetencji twardych, obejmujących wiedzę i umiejętności *stricte* zawodowe.

PRZEGLĄD ASPEKTÓW

Wprowadzenie do psychologii

Wprowadzenie do psychologii to sposobność do uzyskania podstawowej wiedzy o psychologii oraz podstawowych pojęciach i kategoriach psychologicznych. Psychologia, jako nauka badająca prawa, mechanizmy i reguły rządzące zachowaniem oraz psychiką człowieka, pozwala zrozumieć istotę zjawisk psychologicznych oraz ich wpływ na interakcje „człowiek – człowiek" oraz „człowiek – otoczenie". Poznanie oraz zrozumienie takich pojęć, jak osobowość, temperament, charakter, inteligencja, style myślenia, style poznawcze, emocje, motywacja, potrzeby oraz uświadomienie sobie relacji i zależności pomiędzy dziedzicznością i środowiskiem (w którym przyszło nam np. spędzić dzieciństwo) pozwala nam zrozumieć siebie oraz zauważyć ludzki wymiar codziennej pracy doradcy. Podstawowa nawet wiedza psychologiczna pozwala zauważyć i zrozumieć, dlaczego ta sama osoba w różnych sytuacjach zachowuje się podobnie (w sposób po części przewidywalny), a różni ludzie w tej samej sytuacji reagują i zachowują się odmiennie. Podobnie, podstawowa znajomość i rozumienie takich pojęć, jak introwersja i ekstrawersja, pozwala uzyskać chociażby odpowiedź na pytanie, kto – ekstrawertyk czy introwertyk – będzie lepszym menedżerem na kierowniczym stanowisku lub – odwracając pytanie – jakie warunki należy stworzyć, aby ekstrawertyk lub introwertyk był efektywnym liderem.

Komunikacja interpersonalna

Czy słuchanie jest procesem fizjologicznym, czy psychologicznym? Czy metoda przekazywania wiadomości wpływa na sposób, w jaki jest ona interpretowana? Czy czas, miejsce, charakter relacji, role uczestników i cele mają jakikolwiek wpływ na efektywność komunikacji? Czy emocjonalna samoświadomość pozwala zapobiec załamaniu się komunikacji? Czy okazywanie szacunku innym jest częścią dobrej komunikacji? I wreszcie, czy dobra komunikacja to umiejętność, której można się nauczyć?[28]

Poznanie reguł rządzących komunikacją interpersonalną pozwala znaleźć odpowiedzi na te pytania. W codziennej pracy doradcy przydatna może okazać się także wiedza na temat siły przekazu interpersonalnego, na temat reprezentacji sensorycznej oraz barier komunikacyjnych (zwłaszcza w zakresie ich unikania). Przydatna może być ponadto kompetencja w zakresie np. *small-talk* oraz rozpoznawania zależności pomiędzy myśleniem, odczuwaniem i zachowaniem.

Sztuka retoryki, argumentacji i dyskusji

Jak podaje J. Bralczyk, jednym z najstarszych zaleceń retoryki było stwierdzenie, iż „największą sztuką w sztuce mówienia jest ukrycie tej sztuki"[29]. Zalecenie to oznaczało, że ci, którzy potrafią bardzo dobrze mówić, nie powinni pokazywać, że mówią bardzo dobrze. Pokazywanie tego przypomina bowiem popisywanie się. Jeżeli dostrzegamy u kogoś, kto mówi, znacznie rozbudowaną świadomość sztuki mówienia, jesteśmy skłonni intuicyjnie dawać mniej ucha temu, co mówi[30]. Już retoryka rzymska zauważała – jak wskazuje dalej J. Bralczyk – że mówienie dobrze zawierało z reguły pewien element mniejszej wiarygodności.

Poznanie sztuki retoryki, argumentacji i dyskusji pozwala więc uniknąć pułapki ulegania perswazyjnemu przekonywaniu oraz zwiększyć szansę na przekazanie własnych myśli w sposób właściwy, przekonujący, a co za tym idzie – skuteczny.

Perswazja i manipulacja

Szukając odpowiedzi na pytanie, czym różni się perswazja od manipulacji, musimy wiedzieć, że kluczowa okazuje się pozycja, z której będziemy dokonywać analizy pojęć. Patrząc bowiem z pozycji osoby poddawanej perswazji lub manipulacji, zauważymy, że manipulacja zdecydowanie zaszkodzi tej osobie w przyszłości. Perswazja natomiast ma za cel przekonanie osoby do racji drugiej strony. Niemniej, jak wskazuje K. Maj, perswazja to nic innego jak „uległość na własne życzenie"[31]. Znajomość mechanizmów perswazji, manipulacji, a także psychomanipulacji i reguł wpływu społecznego może okazać się więc przydatna, aby uniknąć negatywnych skutków ich stosowania.

Szczególnie istotna może okazać się wiedza w zakresie reguł rządzących wywieraniem wpływu na ludzi (tzw. wpływem społecznym). Jak wskazuje R. Cialdini, uleganie wpływowi społecznemu to zmiana własnego zachowania spowodowana prawdziwym lub wyobrażonym naciskiem ze strony innych osób[32]. Poznanie zasady wzajemności,

[28] Waitley D., „Psychologia sukcesu. Zbiór technik i narzędzi dla doradców oraz prowadzących szkolenia", Wolters Kluwer Polska sp. z o.o., Warszawa 2011.

[29] Bralczyk J. i in., „Wymowa prawnicza", Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2010.

[30] Tamże.

[31] Maj K., „Wykłady z psychologii wpływu społecznego", SWPS, Warszawa 2012, niepubl.

[32] Cialdini R.B., „Wywieranie wpływu na ludzi. Teoria i praktyka", GWP, Gdańsk 2009.

zaangażowania i konsekwencji, społecznego dowodu słuszności, lubienia i sympatii, działania autorytetu i niedostępności może pomóc w obronie przed naciskiem i ochronić w szczególności własne emocjonalne zasoby.

Mikroekspresja, mowa ciała, psychologia kłamstwa

Mikroekspresję (mikromimikę) odkrył P. Eckman. Wnikliwie obserwował nagraną na filmie kobietę – pacjentkę szpitala psychiatrycznego – która przebywała w nim po kolejnej próbie samobójczej. Przekonywała swojego lekarza psychiatrę, że powinna dostać przepustkę na weekendowy pobyt w domu. Twierdziła, że jej depresja minęła i nie ma już zamiaru popełnić samobójstwa. Kobieta uśmiechała się i sprawiała wrażenie szczęśliwej. Na filmie oglądanym w zwolnionym tempie Eckman odkrył jednak, że tuż przed uśmiechem na jej twarzy pojawiał się wyraz smutku, charakterystyczny dla przeżywanej depresji. W jej głosie, gestykulacji i mimice znalazł oznaki skrywanych emocji, zauważył subtelny gest wzruszenia ramionami, którego wymowa nie była zgodna z treścią wypowiadanych słów, zauważył krótkotrwały mimiczny wyraz rozpaczy, szybko zastąpiony uśmiechem[33] (pacjentka z przepustki nie skorzystała, wyjaśniając, że poprzednio skłamała; miała zamiar w czasie weekendu powtórzyć próbę odebrania sobie życia).

Dzisiaj wiadomo, że mikroekspresja, mowa ciała i kłamstwo dotyczą właściwie wszystkich ludzi. Wiadomo, że niosą ze sobą szereg informacji o „prawdziwych" intencjach i emocjach przeżywanych przez ludzi. Bez zbędnych słów i bez szczególnej praktyki każdy praktycznie rozpozna emocję strachu, radości, smutku, zaskoczenia, obrzydzenia czy też gniewu. Po odpowiednim przeszkoleniu i praktyce można natomiast nauczyć się znacznie lepiej rozumieć gesty, mimikę i zachowania rozmówcy.

Sztuka zadawania pytań, wywiad, zeznania świadków

Wynikiem prawidłowo przeprowadzonej rozmowy, prawidłowego wywiadu lub przesłuchania jest uzyskanie prawdziwej, rzetelnej i w pełni wartościowej relacji osoby wysłuchiwanej. Rozmowa, wywiad lub przesłuchanie to proces komunikacji interpersonalnej, w którym istotne są zarówno werbalne (mowa, pismo, rysunek), jak i niewerbalne (mikroekspresje, mimika, mowa ciała) kanały komunikacji.

Szczególne znaczenie dla uzyskania prawdziwej, rzetelnej i w pełni wartościowej informacji w procesie wywiadu i przesłuchania ma umiejętność zadawania pytań. Jak wskazują K. Stemplewska-Żakowicz oraz K. Krejtz, „ogromna większość wypowiedzi osoby prowadzącej wywiad ma postać pytań. Jest to oczywiste, skoro głównym celem wywiadu jest zdobycie informacji. Zrozumiałe jest więc, że sposób, w jaki pytania są formułowane, oraz ich układ w całości wywiadu mają podstawowe znaczenie dla jakości uzyskanych informacji"[34]. Z tego też powodu znajomość zasad konstruowania pytań *sensu stricto*, pytań rozbudowanych, otwartych i zamkniętych, wprost i uwikłanych, sugerujących, odroczonych i przejściowych może być przydatna w codziennej pracy doradcy restrukturyzacyjnego – zarówno na sali sądowej, jak i w codziennej pracy z upadłym, dłużnikiem, wierzycielami i innymi uczestnikami postępowań.

Mediacje i negocjacje

Posiadanie umiejętności negocjacyjnych i mediacyjnych przez doradców restrukturyzacyjnych, w szczególności nadzorców i zarządców, wydaje się oczywiste. Od kompetencji w tym zakresie może niejednokrotnie zależeć sukces lub porażka w rozmowach z wierzycielami. W konsekwencji, od umiejętności negocjacyjnych i mediacyjnych może zależeć, czy w szczególności restrukturyzacja w ogóle będzie skuteczna.

Negocjacje różnią się od mediacji brakiem ingerencji neutralnej wobec stron osoby trzeciej, ponieważ stanowią one partnerskie rokowania między stronami konfliktu, co do których również nie wprowadzono żadnych reguł ograniczających swobodę stron. Negocjacje mogą być prowadzone przez strony osobiście albo przez przedstawicieli stron, których zadaniem jest wypracowanie kompromisu.

Powołując się na opinię Christophera W. Moore'a, można stwierdzić, że z uwagi na fakt, że „mediacja stanowi rozszerzenie procesu negocjacji, a tak naprawdę jest zbiorem technik pozwalających na skuteczniejsze ich prowadzenie, zrozumienie procesu mediacji może być niezwykle pomocne dla osób bezpośrednio związanych z negocjacjami. Mediacja może nauczyć negocjatorów, jak starać się rozwiązywać spory w sposób kooperatywny, nierywalizacyjny oraz jak osiągnąć rezultaty typu »wygrany – wygrany«, zamiast »wygrany – przegrany«. Zrozumienie zasad mediacji może również okazać się przydatne dla negocjatorów przy podejmowaniu decyzji dotyczących konieczności zwrócenia się o pomoc do osoby trzeciej oraz aby zorientować się, czego można oczekiwać od ewentualnego interwenienta"[35].

[33] Ekman P., „Kłamstwo i jego wykrywanie w biznesie, polityce i małżeństwie", Wyd. PWN, Warszawa 2012.

[34] Stemplewska-Żakowicz K., Krejtz K. (red.), „Wywiad psychologiczny t. 1", Wyd. PTP, Warszawa 2009.

[35] Moore Christopher W., „Mediacje", Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2009.

Budowanie zespołu i praca w zespole

Skuteczne i efektywne zarządzanie przedsiębiorstwem w kryzysie oparte jest w dużej mierze na właściwie dobranym zespole współpracowników, specjalistów i doradców. Zespoły rzadko jednak powstają samoistnie i spontanicznie. Regułą natomiast jest konieczność zbudowania zespołu, który to proces wymaga wielu starań i wysiłków. Wymaga także szczególnych kompetencji w zakresie znajomości etapów budowania zespołu, na które składają się:

- formowanie zespołu;
- okres burzy i konfliktów;
- normalizacja relacji;
- właściwe działanie[36];

a potem często:

- rozwiązanie zespołu;
- budowa nowego.

Zbudowanie kompetentnego zespołu, a następnie praca w takim zespole wpływają jednoznacznie korzystnie na osiągnięcie celów oczekiwanych przez wszystkich uczestników postępowań upadłościowych, restrukturyzacyjnych i egzekucyjnych.

Stres

Stres to efekt interakcji pomiędzy zasobami sytuacyjnymi, zasobami osobistymi i wymaganiami związanymi z pracą[37]. Innymi słowy, stres jest aktywną reakcją organizmu na stawiane mu wymagania[38]. Wymagania określamy mianem stresorów, a podzielić je możemy na te, które wynikają z warunków fizycznych, w których pracujemy (hałas, temperatura, np. zmęczenie prowadzeniem samochodu, głód lub pragnienie), te, które związane są z naszą sferą relacji społecznych (konflikt i chaos w miejscu pracy, narzucona rola, z którą się nie identyfikujemy, brak wsparcia w zespole), oraz te, które dotykają naszej sfery psychicznej (obawa, że się nie sprosta zadaniu, nadmierna stymulacja, nadmiar zadań, brak samodzielności, niewystarczający czas, pośpiech).

Stres kojarzy się nam zwykle z czymś negatywnym, nieprzyjemnym i destrukcyjnym. Ale czy rzeczywiście stres ma tylko jeden wymiar? Czy istnieje może stres związany z pozytywnymi wydarzeniami? Czy próby wyeliminowania stresu z naszego życia są działaniem właściwym? Poznanie mechanizmów rządzących powstawaniem stresu pozwoli znaleźć odpowiedzi na te pytania i wykorzystać stres jako naszego sprzymierzeńca, a nie tylko wroga.

Wypalenie zawodowe

Jak wykazuje H Freudenberger, chroniczne przeciążenie pracą i przedłużający się stres o dużej sile mogą doprowadzić do syndromu wypalenia zawodowego[39]. Mamy wówczas do czynienia z psychologicznym zespołem wyczerpania emocjonalnego, depersonalizacją i obniżeniem poczucia osobistych dokonań[40].

Wypalenie zawodowe jest związane w szczególności z pracą polegającą na pomaganiu, wspieraniu i doradzaniu innym osobom. E. Aronson określa wypalenie jako rezultat długotrwałego lub powtarzającego się obciążenia w wyniku długoletniej intensywnej pracy dla innych ludzi. Dodatkowo stwierdza, że wypalenie jest bolesnym uświadomieniem sobie, że nie jest się w stanie już więcej komukolwiek pomóc, że nie można dać z siebie nic więcej i że całkowicie zużyło się swoje siły[41].

Wypalenie zawodowe ma ogromny wpływ na życie zawodowe, relacje z otoczeniem, związki partnerskie i funkcjonowanie w rodzinie. Wypaleniu często towarzyszą depresja, awersja oraz myśli i zachowania ucieczkowe, niejednokrotnie przybierające formę uzależnień.

Możliwe jest jednak podejmowanie działań profilaktycznych w zakresie zapobiegania wypaleniu zawodowemu. Aby było to możliwe, ważna jest świadomość, iż takie zagrożenie w ogóle istnieje. Konieczne są także: posiadanie umiejętności wczesnego rozpoznawania objawów oraz zdecydowana wola i postawa, aby wypaleniu przeciwdziałać.

Uzależnienia

Uzależnienia, jako poważny problem społeczny, psychologiczny i prawny, są od dawna przedmiotem studiów psychologicznych, biologicznych i socjologicznych. Wśród osób zajmujących się tym zagadnieniem istnieje zgodność, że jest to problem bardzo złożony, o wielu źródłach pochodzenia.

[36] Krok E., „Zarządzanie zespołami," Wyd. Onepress.pl, Gliwice 2008.
[37] Chmiel N., „Psychologia pracy i organizacji", GWP, Gdański 2002.
[38] Litzke S.M., Schuh H., „Stres, mobbing i wypalenie zawodowe", GWP, Gdańsk 2006.
[39] Schroder J.P., „Wypalenie zawodowe – drogi wyjścia", BC Edukacja, Warszawa 2008.
[40] Sęk H. (red.), „Wypalenie zawodowe – przyczyny i zapobieganie", Wyd. PWN, Warszawa 2004.
[41] Aronson E., „Człowiek, istota społeczna", Wyd. PWN, Warszawa 2009.

Człowiek może uzależnić się praktycznie od wszystkiego: od substancji psychoaktywnych (w szczególności alkoholizm), gier hazardowych, pracy (pracoholizm), seksu (seksoholizm) czy zakupów (zakupoholizm). Oprócz tych klasycznych już w dzisiejszych czasach uzależnień wyróżnia się też praktycznie niemożliwe do zliczenia uzależnienia wchodzące w skład tzw. uzależnień behawioralnych. Znane są przypadki uzależnienia np. od kłamania, jedzenia szkła lub zbieractwa. Rozbieżności w tym, co uzależnia różne osoby, są ogromne. Ale mechanizm zawsze pozostaje ten sam.

Podobnie jak w przypadku wypalenia zawodowego, podstawowa wiedza z zakresu mechanizmów powstawania uzależnień oraz umiejętność rozpoznawania ich objawów mogą być pomocne w uwolnieniu się od każdego uzależnienia.

Konflikt ról „praca a rodzina" i „rodzina a praca"

Greenhaus i Beutell zdefiniowali konflikty związane z pełnieniem ról w pracy i rodzinie jako niespójne wymagania w pracy i rodzinie, polegające na tym, że wymagania jednej roli utrudniają pełnienie drugiej[42]. Wyróżnili konflikt „praca a rodzina", z którym mamy do czynienia, gdy wymagania w pracy utrudniają udział w życiu rodzinnym, oraz konflikt „rodzina a praca", który zachodzi wtedy, gdy obowiązki rodzinne utrudniają pełnienie roli zawodowej.

W latach 2010-2012 przeprowadzone zostały badania na próbie osób wykonujących zawody prawnicze, które wykazały istnienie w tej próbie zależności pomiędzy występowaniem konfliktów ról a osobowością, temperamentem, samooceną, przekonaniem o własnej wartości i stanem zdrowia. Badania wykazały również związki pomiędzy cechami osobowości i samooceną a stanem zdrowia psychicznego. Potwierdziły również tezę, że cechy temperamentu mają wpływ na zdrowie psychiczne[43].

Wybór próby poddanej badaniom oraz przedmiotu badań wynikał z przygotowania zawodowego oraz zainteresowań badawczych autorów, w szczególności z przekonania, iż osoby wykonujące zawody prawnicze pełnią szczególną rolę w społeczeństwie. Decyzje podejmowane przez sędziów, adwokatów, radców prawnych, syndyków czy rzeczników patentowych mają duży wpływ na sytuację osobistą i majątkową wielu osób. Stąd też ważne jest, aby osoby wykonujące zawody prawnicze były w jak najmniejszym stopniu narażone na skutki konfliktów ról „praca a rodzina" i „rodzina a praca". Konflikty te w sposób oczywisty przekładają się bowiem na jakość wykonywanych funkcji społecznych, a skutki niewłaściwych decyzji mogą mieć charakter nieodwracalny. Specyfika zawodów prawniczych wynika z konieczności posiadania przez osoby wykonujące te zawody określonych umiejętności i kompetencji. Należą do nich: wysokie kwalifikacje i kompetencje zawodowe poparte praktyką, umiejętność nawiązywania szczególnej więzi, często o charakterze osobistym, z odbiorcą świadczonej usługi (opartej na zaufaniu, a nie tylko na wiedzy i kompetencjach), samodzielność i niezależność w podejmowaniu decyzji, świadomość specyfiki przedmiotu czynności zawodowych, wykonywania tego zawodu jako zawodu wolnego, konieczności etycznego działania, poczucie odpowiedzialności (cywilnej, karnej, etycznej i moralnej) za skutki podejmowanych czynności.

Praktyczną stroną przeprowadzonych badań było opracowanie technik terapeutycznych, dzięki którym możliwe jest świadczenie pomocy psychologicznej osobom wykonującym zawody prawnicze, a doświadczającym konfliktu ról „praca a rodzina" i „rodzina a praca".

PODSUMOWANIE

Bez wątpienia wykonywanie zawodu doradcy restrukturyzacyjnego wymaga posiadania kompetencji *stricte* zawodowych, specjalnych i specjalizacyjnych, jednak nie są

	Mężczyźni		Kobiety		Cała próba	
Zawód	liczebność [n]	procent [%]	liczebność [n]	procent [%]	liczebność [n]	procent [%]
sędzia	6	12,8	8	17,0	19	16,2
radca prawny	18	38,3	9	19,1	29	24,8
adwokat	11	23,4	8	17,0	20	17,1
syndyk	1	2,1	1	2,1	13	11,1
rzecznik patentowy	11	23,4	21	44,7	36	30,8
ogółem	47	100	47	100	117	100

Tabela 1. Charakterystyka badanej próby.

[42] Zalewska A., *Konflikty praca-rodzina – ich uwarunkowania i konsekwencje. Pomiar konfliktów*, [w:] L. Golińska i B. Dudek (red.), „Rodzina i praca z perspektywy wyzwań i zagrożeń", Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2008.

[43] Wydrzyńska W., Wydrzyński P.P., *Badania własne*, Seminarium magisterskie w SWPS w Warszawie, 2010-2012.

one wystarczające dla wykonywania tego zawodu. Kompetencje *stricte* zawodowe, tzn. wiedza oraz umiejętności w zakresie prawa, ekonomii, finansów i zarządzania, powinny być uzupełnione wiedzą i umiejętnościami psychologicznymi, które są ściśle powiązane z szeroko rozumianym stosowaniem prawa (w ramach którego działa doradca), z zarządzaniem majątkiem upadłego lub restrukturyzowanego podmiotu oraz z faktem, że praca doradcy polega na pracy „z człowiekiem i dla człowieka". Posiadanie wiedzy, umiejętności i kompetencji psychologicznych przez doradcę jest więc niezbędne, aby mógł on wykonywać swój zawód profesjonalnie, efektywnie i bezpiecznie.

Kompetencje psychologiczne obejmują swoim zakresem posiadanie podstawowej wiedzy w zakresie znajomości i rozumienia kluczowych pojęć psychologicznych, umiejętności w zakresie komunikacji interpersonalnej, umiejętności dyskusji i argumentowania, obrony przed manipulacją i perswazją, rozumienia mowy ciała, rozpoznawania mikroekspresji oraz znajomości podstaw psychologii kłamstwa. Obejmują także umiejętności w zakresie konstruowania i zadawania pytań, prowadzenia wywiadu i przesłuchań, a także znajomość zasad mediacji i negocjacji oraz budowania zespołu i pracy w zespole. Kompetencje psychologiczne to ponadto umiejętność rozpoznawania objawów i przyczyn stresu, wypalenia zawodowego oraz konfliktu ról „praca a rodzina" i „rodzina a praca". Istotne jest także radzenie sobie z uzależnieniami, które mogą pojawić się jako konsekwencja nadmiernego obciążenia obowiązkami zawodowymi i jako efekt konfliktu ról i niezadowolenia z życia.

Dopiero całościowe, kompletne i w pełni profesjonalne przygotowanie do wykonywania zawodu doradcy restrukturyzacyjnego daje gwarancję efektywności pracy wykonywanej przez doradcę niezależnie, czy będziemy mówić o pełnieniu funkcji syndyka, nadzorcy, zarządcy lub świadczeniu usług doradczych. Całościowe, kompletne i profesjonalne przygotowanie korzystnie wpływa ponadto na satysfakcję z pracy (jako profesjonalisty) oraz na zdrowie i ogólne zadowolenie z życia (jako po prostu człowieka).

Wojciech Piłat [1]

NOWE PROCEDURY PRZYMUSOWEJ RESTRUKTURYZACJI I UPORZĄDKOWANEJ LIKWIDACJI INSTYTUCJI BANKOWYCH *(RESOLUTION REGIME)*

10 czerwca 2016 r. uchwalona została ustawa o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji[2]. Ustawa ta implementuje do naszego systemu prawnego ramowe zasady prowadzenia działań naprawczych oraz przymusowej restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji w odniesieniu do instytucji kredytowych oraz domów maklerskich (procedury te określane są także mianem *resolution* lub *resolution regime*). Na dzień pisania artykułu ustawa czeka na podpis prezydenta RP. Po jej podpisaniu zawarte w niej uregulowania wejdą w życie po upływie trzymiesięcznego *vacatio legis*.

Z uwagi na bliski okres wejścia w życie warto zastanowić się, jak nowe instrumenty prawnej restrukturyzacji instytucji kredytowych będą funkcjonować w praktyce, a w szczególności: jak będzie kształtować się relacja procedur uregulowanych w omawianej ustawie i procedur restrukturyzacyjnych oraz upadłościowych uregulowanych odpowiednio w ustawie z 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne[3] oraz ustawie z 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe[4].

POJĘCIE *RESOLUTION REGIME*

Większych wątpliwości nie budzi fakt, iż działalność banków i podobnych instytucji finansowych stanowi jeden z kluczowych elementów funkcjonowania systemu gospodarczego. Branża bankowa – jak zresztą każda inna – posiada swoją indywidualną specyfikę. Jednym z jej przejawów jest okoliczność, iż niewypłacalność banku niesie każdorazowo groźbę wystąpienia negatywnych konsekwencji o skali znacznie przekraczającej krąg jego klientów.

Od strony *stricte* kapitałowej instytucje bankowe cechuje wysoce niesymetryczna struktura bilansu. Przejawia się to w tym, że źródła finansowania banków (pasywa) są rozproszone, krótkoterminowe i mogą być wymagalne na żądanie (jak np. depozyty); podczas gdy aktywa (np. kredyty) mają co do zasady charakter długoterminowy i często są trudne do upłynnienia. Kolejną charakterystyczną dla banków cechą jest niski udział kapitału własnego w relacji do aktywów (tzw. wysoka dźwignia finansowa). Powoduje to, że w przypadku wzmożenia wypłat depozytów oraz wyprzedaży aktywów po zaniżonej cenie możliwa jest szybka erozja kapitałów. Banki cechuje także bardzo niski udział aktywów trwałych w bilansie.

Ta swoista delikatna konstrukcja utrzymywana jest w ryzach poprzez zaufanie klientów do danego banku oraz do całego systemu bankowego. Na zaufaniu klientów (wierzycieli) opiera się stabilność banku. Naruszenie go wiąże się z ryzykiem masowego i gwałtownego wycofywania z banków poszczególnych form finansowania ich działalności (wypłatę depozytów). Jako że banki z powodu takiej konstrukcji kapitałowej nie są w stanie dokonać w krótkim czasie stosownych wypłat, powstała w ten sposób panika może doprowadzić do poważnych zaburzeń w systemie bankowym, a w konsekwencji w całej gospodarce.

Z uwagi na potencjalnie ulotny charakter zaufania klientów w przypadku banków poza „typowym" ryzykiem związanym z działalnością prowadzoną przez określone rodzaje podmiotów rynku finansowego, ponoszonym zasadniczo przez akcjonariuszy i wierzycieli

[1] Adwokat i doradca restrukturyzacyjny, partner w Kancelarii Adwokatów i Radców Prawnych Piłat i Partnerzy w Warszawie oraz Międzynarodowej Kancelarii Prawniczej Piłat, Borsuk i Partnerzy we Lwowie.
[2] Druk sejmowy nr 215.
[3] Dz. U. 2015, poz. 978, dalej PrRest.
[4] T.j. Dz. U. 2015, poz. 233, dalej PrUp.

danego podmiotu, występuje również ryzyko w wymiarze szerszym – makroekonomicznym[5]. Ryzyko makroekonomiczne ma charakter ryzyka systemowego (*systemic risk*) i przejawia się w prawdopodobieństwie wystąpienia zakłóceń pomiędzy znaczną ilością lub wręcz wszystkimi podmiotami tworzącymi łącznie rynek finansowy[6]. Wynika to z faktu, iż niewypłacalność jednego banku może skutkować – i zazwyczaj będzie skutkować – utratą zaufania do wszystkich instytucji bankowych. Ryzyka systemowe podlegają zasadzie tzw. szybkiego zarażania, co oznacza, że ów efekt rozprzestrzenia się szybciej, dotyka większej liczby podmiotów, powoduje więcej upadłości oraz generuje większe straty dla wierzycieli[7]. Ryzyko systemowe stanowi poważne zagrożenie dla funkcjonowania systemu finansowego jako całości i może być przyczyną jego całkowitego załamania.

Z uwagi na groźbę katastrofy całego systemu bankowego w toku ostatniego kryzysu finansowego rządy poszczególnych krajów stanęły w obliczu konieczności podjęcia działań ratujących banki, które popadły w stan niewypłacalności. Działania te polegały na udzielaniu im wsparcia o charakterze kapitałowym lub dokonywaniu nacjonalizacji. Do stosowania wskazanych rozwiązań zmuszała obawa przed konsekwencjami, jakie upadłość banków miałaby dla systemu finansowego, a w konsekwencji dla systemu gospodarczego, społecznego i politycznego danego kraju. Działania te wiązały się ze znacznymi kosztami w kontekście następujących zasadniczych problemów. Po pierwsze, działania pomocowe dla banków były postrzegane przez znaczną część społeczeństwa jako rażąco niesprawiedliwe. Budżet państwa ponosił koszt wcześniejszych działań postrzeganych jako błędy, a nierzadko wręcz nadużycia dokonane przez osoby zarządzające bankami. Nie można pominąć faktu, iż te osoby zarządzające, mając świadomość unikalnej pozycji banków w systemie gospodarczym, często świadomie podejmowały działania o wysokim stopniu ryzyka, licząc, iż w razie ich niepowodzenia dokonany zostanie tzw. *bailout*. Czynnik ten zwiększał ryzyko wystąpienia kryzysu w sektorze bankowym. Po drugie, zaangażowanie kapitałowe ze strony Skarbu Państwa stawiało banki stosujące wcześniej niedozwolone praktyki w sytuacji nieuzasadnionej przewagi konkurencyjnej.

W większości państw banki znajdujące się w trudnej sytuacji finansowej są obejmowane zwykłym trybem postępowania upadłościowego, które pozwala – alternatywnie – albo na reorganizację przedsiębiorstwa wiążącą się z uzgodnioną z wierzycielami redukcją długów, albo na jego likwidację i podział strat pomiędzy wierzycieli. W żadnym z tych przypadków roszczenia wierzycieli i akcjonariuszy nie zostają zaspokojone w całości. Z dotychczasowego doświadczenia wynika jednak, że przepisy prawa upadłościowego rzadko kiedy umożliwiają skuteczne postępowanie w przypadku upadłości instytucji finansowych. „Zwykłe" tryby upadłościowe nie uwzględniają w dostatecznym zakresie potrzeby unikania zagrożeń dla stabilności finansowej, ciągłości świadczenia określonych usług oraz ochrony interesów deponentów. Tradycyjne postępowanie upadłościowe, zakładające udział sądu upadłościowego, nie pozwala na podjęcie działań na etapie na tyle wczesnym, by dana instytucja nie stała się niewypłacalna w sensie księgowym. Ogłoszenie upadłości banku dopiero na etapie niewypłacalności „księgowej"[8] skutkuje wcześniejszym rażącym stopniem utraty zaufania do banku i może powodować gwałtowną erozję jego wartości[9]. Jednocześnie postępowania upadłościowe mają charakter długotrwały, a ich wynik rzadko kiedy satysfakcjonuje grono wierzycieli (klientów) banków.

Z kolei inne stosowane rozwiązanie, tj. nacjonalizacja, umożliwia szybkie ograniczenie zagrożeń dla całości systemu bankowego, jednak wiążą się z nim wysokie koszty dla budżetu państwa oraz istotne niezadowolenie społeczne. Natomiast nieuporządkowane bankructwo (wystąpienie niewypłacalności bez wdrożenia procedury upadłościowej) wiąże się z ryzykiem wystąpienia efektu domina.

Konsekwencją ryzyka systemowego niewypłacalności banków była konieczność „wybierania mniejszego zła", tj. ratowania tych instytucji za pomocą publicznych środków finansowych. Rozwiązanie to, mimo swoich niewątpliwych wad, uznawano za lepsze od potencjalnych rezultatów jego niezastosowania, w szczególności w związku z obawami powtórzenia się skutków kryzysu z roku 2007 i lat następnych. Jednakże, również wskutek wspomnianego kryzysu, powstał silny społeczny opór przed ratowaniem banków przy użyciu środków

[5] Zapadka P., *Nauka o pieniądzu i funkcje banku centralnego*, [w:] A. Nowak-Far (red.), „Finanse publiczne i prawo finansowe", C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 115.

[6] Szczepańska O., *Podstawowe przesłanki, założenia i struktura sieci bezpieczeństwa finansowego w świetle teorii i doświadczeń międzynarodowych*, „Bezpieczny Bank" 2005, nr 1, s. 22.

[7] Kaufman G., *Bank Failures, Systemic Risk and Bank Regulation*, "The Cato Journal" 2006, nr 1, s. 21.

[8] Np. w wyniku wystąpienia przesłanki majątkowej z art. 11 ust. 1 ustawy z 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe.

[9] W ocenie Banku Światowego polskie regulacje w zakresie upadłości są relatywnie nowoczesne, jednak nie są one adekwatne w stosunku do niewypłacalności banków z uwagi na złożoność przewidzianej prawem procedury. Nieadekwatność tych regulacji rozciąga się na kwestie związane z transakcjami płatniczymi mającymi znaczenie systemowe. Tak Pollner J., Pruski J. (red.), *The Polish Bank Insolvency Regime – Issues and Assumption Paper for the Design of an Upgraded Bank Resolution Framework*, „World Bank" 2012, s. 4.

publicznych. Pojawiło się także silne niezadowolenie ze strony znacznej części społeczeństwa, odczuwającego negatywne i chroniczne skutki recesji. Niezadowolenie to wyrażano w stosunku do planów pomocy dla banków, w szczególności zaś ich pracowników i właścicieli, których często postrzegano jako nieodpowiedzialnych, nadmiernie zamożnych i nieponoszących konsekwencji swoich działań.

Z uwagi na to pojawił się postulat stworzenia elementów instytucjonalnych, które zapewnią stabilność finansową całego systemu w przypadku bankructwa i/lub upadłości jednego z tworzących je podmiotów[10]. Integralną część tego systemu powinny stanowić odpowiednie regulacje prawne w zakresie niewypłacalności banków i podobnych im instytucji. Dostrzegając powyższe, zarówno w krajowych systemach prawnych poszczególnych krajów Europy Zachodniej, jak i w regulacjach szeroko rozumianego prawa unijnego zapoczątkowano działania zmierzające do wypracowania instytucjonalnych rozwiązań prawnych, których celem jest przeciwdziałanie, względnie minimalizacja negatywnych skutków upadłości banku lub innej instytucji o podobnym charakterze. Wspólnym celem tych rozwiązań jest dążenie do zminimalizowania ryzyka systemowego przy jednoczesnym maksymalnie ograniczonym angażowaniu środków publicznych. Rozwiązania te określa się zbiorczo mianem *resolution regime.* Jak wynika z dotychczasowych rozważań, rozwiązania z zakresu *resolution regime* stanowią działanie wzmacniające stabilność sektora bankowego, a restrukturyzowanie lub likwidację instytucji finansowych w sposób uporządkowany na podstawie określonych procedur uznaje się za szybsze i *per saldo* tańsze[11].

Resolution regime definiuje się jako określony sposób postępowania władz w stosunku do danej instytucji finansowej, która jest zagrożona niewypłacalnością, tj.:

- krytycznie niedokapitalizowanej;
- niemogącej pozyskać niezbędnych kapitałów bądź mającej problemy z płynnością;
- prowadzącej działalność zbyt ryzykowną lub niezgodną z prawem[12].

Zasadniczym założeniem *resolution regime* jest przeprowadzenie restrukturyzacji bądź kontrolowanej likwidacji banku bez zaangażowania środków publicznych i przy jednoczesnym uniknięciu ryzyka wystąpienia zaburzeń w systemie bankowym. *Resolution regime* ma umożliwić przesunięcie kosztów całej operacji na akcjonariuszy, mieć pozytywny wpływ na dyscyplinę na rynku, a jednocześnie zapewnić utrzymanie obsługi klientów danej instytucji bankowej[13].

Przez pojęcie restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji winno się rozumieć jedynie te instytucje (reżimy) prawne, które pozwalają przeprowadzić jednocześnie zmiany o charakterze właścicielskim oraz w strukturze organizacyjnej i prawnej danego przedsiębiorstwa. Należy także co do zasady odróżnić przymusową restrukturyzację i uporządkowaną likwidację od postępowania naprawczego (restrukturyzacyjnego). Postępowanie naprawcze jest procedurą zmierzającą do zachowania przedsiębiorstwa bankowego wraz z jego strukturą właścicielską. Natomiast, jak podano powyżej, przymusowa restrukturyzacja i uporządkowana likwidacja umożliwiają przeprowadzenie nie tylko zmian w strukturze organizacyjnej oraz prawnej danego przedsiębiorstwa, ale także zmian o charakterze właścicielskim.

Działania podejmowane w ramach procedury *resolution* powinny zawsze pozostawać w zgodzie z zasadą, iż stopień zaspokojenia wierzycieli ma odpowiadać co najmniej takiemu, jaki uzyskaliby oni w wyniku upłynnienia aktywów banku i dystrybucji uzyskanych w ten sposób środków („klasycznej" upadłości)[14].

DYREKTYWA PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY Z 15 MAJA 2014 R.

Dla rozwiązań z zakresu *resolution regime* zasadnicze znaczenie ma Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/59/UE z 15 maja 2014 r. ustanawiająca ramy na potrzeby prowadzenia działań naprawczych oraz restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji w odniesieniu do instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych[15] (dalej: Dyrektywa).

W ocenie prawodawcy unijnego kryzys finansowy z 2008 r. pokazał, że na szczeblu unijnym występuje niedobór instrumentów instytucjonalnych, które umożliwiałyby efektywne działanie w odniesieniu do instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych, mających problemy finansowe lub będących na progu upadłości. Omawiana Dyrektywa jest wyrazem woli stworzenia systemu

[10] Zapadka P., *Nauka o pieniądzu i funkcje banku centralnego*, [w:] A. Nowak-Far (red.), „Finanse publiczne i prawo finansowe", C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 115.
[11] Janusz A., *Resolution jako nowy obszar działań Bankowego Funduszu Gwarancyjnego*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska" vol. XLVII, 3, Lublin 2013, s. 230-231.
[12] *Ibidem.*
[13] Pruski J., *Problemy architektury sieci stabilności finansowej na tle doświadczeń globalnego kryzysu*, „Bezpieczny Bank" 2010, nr 3 (42), s. 14.
[14] *Ibidem*, s. 5.
[15] Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z 12.06.2014 r., L 173/190.

takich instrumentów. W zamyśle prawodawcy unijnego system interwencji powinien zapewniać, by w pierwszej kolejności straty wynikające z problemów banku ponosili akcjonariusze, a wierzyciele w dalszej kolejności i jedynie pod warunkiem, że żaden z wierzycieli nie poniesie strat większych niż te, które poniósłby w sytuacji, gdyby dana instytucja została zlikwidowana w ramach zwyczajnego postępowania upadłościowego (zasada niepogarszania sytuacji wierzycieli). Nowe uprawnienia powinny umożliwić zachowanie nieprzerwanego dostępu do depozytów i transakcji płatniczych, sprzedaż (w uzasadnionych przypadkach) rentownych części danego podmiotu oraz podział strat w sposób, który byłby sprawiedliwy i przewidywalny.

Restrukturyzacja instytucji, która zakłada kontynuację jej działalności, może obejmować rządowe instrumenty stabilizacji finansowej, w tym tymczasową własność publiczną. Jednakże działania takie winny następować jedynie w ostateczności. Wiąże się z tym potrzeba uporządkowania uprawnień w zakresie restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji oraz mechanizmów finansowania tych postępowań w taki sposób, by podatnicy odnosili korzyści z jakiejkolwiek nadwyżki pochodzącej z restrukturyzacji instytucji, którą organy publiczne doprowadzą do bezpiecznej kondycji, o ile restrukturyzacja odbywa się przy wykorzystaniu pieniędzy podatników. Logika Dyrektywy zakłada nagradzanie zachowań odpowiedzialnych i przyjmowania ryzyka.

Dyrektywa przewiduje wprowadzenie tak zwanych „środków wczesnej interwencji". Zgodnie z art. 27 tego aktu prawnego, jeżeli instytucja narusza lub – ze względu na, między innymi, gwałtownie pogarszającą się sytuację finansową – prawdopodobnie w bliskiej przyszłości naruszy określone wymogi *standingu* finansowego, państwa członkowskie mają zapewnić, aby odpowiednie organy dysponowały co najmniej następującymi środkami prawnymi:

- możliwością zobowiązania zarządu danej instytucji do wdrożenia jednego lub większej liczby uzgodnień czy środków określonych w planie naprawy lub do aktualizacji takiego planu naprawy;
- możliwością zobowiązania zarządu danej instytucji do zbadania sytuacji, określenia środków pozwalających rozwiązać stwierdzone problemy oraz sporządzenia programu działania w celu rozwiązania tych problemów i harmonogramu jego wdrażania;
- możliwością zobowiązania zarządu danej instytucji do zwołania zgromadzenia akcjonariuszy lub bezpośredniego zwołania zgromadzenia akcjonariuszy danej instytucji, w obu przypadkach z możliwością określenia porządku obrad i nałożenia wymogu rozpatrzenia ewentualności przyjęcia określonych decyzji przez akcjonariuszy;
- możliwością żądania odwołania lub zastąpienia jednego członka lub większej liczby członków zarządu, lub kadry kierowniczej wyższego szczebla, jeżeli zostaną one uznane za niezdolne do wypełniania powierzonych im obowiązków;
- możliwością zobowiązania zarządu danej instytucji do sporządzenia, a następnie negocjacji planu w sprawie restrukturyzacji długu z niektórymi lub wszystkimi wierzycielami tej instytucji;
- możliwością zobowiązania do wprowadzenia zmian w strategii biznesowej instytucji;
- możliwością zobowiązania do wprowadzenia zmian w strukturze prawnej i/lub strukturze operacyjnej instytucji;
- możliwością uzyskania i przekazania organowi ds. restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji wszystkich informacji niezbędnych do aktualizacji planu restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji w celu przygotowania ewentualnej restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji danej instytucji oraz oszacowania wartości aktywów i zobowiązań instytucji.

Ponadto państwa członkowskie mają zapewnić, aby właściwe organy bezzwłocznie powiadomiły organy ds. restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji o powzięciu informacji, iż dany bank spełnia przesłanki do poddania go przymusowej restrukturyzacji i/lub uporządkowanej likwidacji.

W myśl art. 31 Dyrektywy, wykonując swoje uprawnienia, organy ds. restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji mają na uwadze cele restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji oraz wybierają te instrumenty i uprawnienia, które najlepiej umożliwiają osiągnięcie celów istotnych w danym przypadku. Cele restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji obrazuje tabela 1.

Tabela 1. Cele restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji.

Cele makroekonomiczne	Cele mikroekonomiczne
uniknięcie znaczących negatywnych skutków dla stabilności finansowej, w szczególności przez zapobiegnięcie efektowi domina, w tym w infrastrukturach rynkowych, oraz przez utrzymanie dyscypliny rynkowej	ochrona określonych deponentów
ochrona finansów publicznych przez ograniczenie do minimum polegania na nadzwyczajnym publicznym wsparciu finansowym	ochrona środków finansowych i aktywów należących do klientów
zapewnienie ciągłości funkcji krytycznych	zapewnienie ciągłości funkcji krytycznych[16]

Źródło: opracowanie własne

Realizując wskazane cele, organ ds. restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji dąży do zminimalizowania kosztów restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji oraz do uniknięcia spadku wartości banku, chyba że spadek wartości jest niezbędny do osiągnięcia omawianych celów. Zgodnie z art. 32 Dyrektywy państwa członkowskie mają zapewnić, by organy ds. restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji podjęły działanie w stosunku do odpowiednich instytucji tylko wtedy, gdy organ ds. restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji uważa, że spełnione są wszystkie następujące warunki:

- właściwy organ po konsultacjach z organem ds. restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji lub sam organ ds. restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji stwierdził, że instytucja jest na progu upadłości lub że jest zagrożona upadłością;
- biorąc pod uwagę ograniczenia czasowe i inne istotne okoliczności, nie istnieje rozsądne prawdopodobieństwo, by jakiekolwiek alternatywne środki sektora prywatnego, w tym środki w ramach systemów gwarancji depozytów lub instytucjonalnego systemu ochrony, lub środki organów nadzoru, w tym środki wczesnej interwencji lub obniżenie wartości, lub konwersja odpowiednich instrumentów kapitałowych podjęte w stosunku do instytucji, mogły w rozsądnym czasie zapobiec upadłości instytucji;
- działanie w ramach restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji jest konieczne w interesie publicznym.

Jak widać, charakterystyczną cechą systemową *resolution regime* jest istnienie obok siebie organu nadzoru finansowego oraz organu posiadającego kompetencje w zakresie wdrażania przymusowej restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji. W Polsce będą to, odpowiednio, Komisja Nadzoru Finansowego (KNF) oraz Bankowy Fundusz Gwarancyjny (BFG). Organy te winny ze sobą ściśle współpracować, a w szczególności organ nadzoru winien niezwłocznie przekazywać organowi ds. restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji wszelkie istotne informacje, jakich ten ostatni organ zażąda w celu przeprowadzenia oceny *standingu* danego banku.

W myśl art. 32 ust. 4 Dyrektywy uznaje się, że instytucja jest na progu upadłości lub jest zagrożona upadłością, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

a) instytucja narusza wymogi będące warunkiem utrzymania zezwolenia w sposób, który uzasadniałby cofnięcie zezwolenia przez właściwy organ, lub istnieją obiektywne przesłanki pozwalające stwierdzić, że w najbliższej przyszłości instytucja naruszy te wymogi, w szczególności dlatego, że poniosła straty, które doprowadzą do wyczerpania całości lub znacznej kwoty jej funduszy własnych, bądź prawdopodobne jest poniesienie przez nią takich strat;
b) wartość aktywów instytucji jest niższa od wartości jej zobowiązań lub istnieją obiektywne przesłanki pozwalające stwierdzić, że w najbliższej przyszłości wartość aktywów instytucji będzie niższa od wartości jej zobowiązań;
c) instytucja jest niezdolna do spłaty swojego zadłużenia lub innych zobowiązań w terminie ich wymagalności lub istnieją obiektywne przesłanki pozwalające stwierdzić, że w bliskiej przyszłości będzie niezdolna do spłaty swojego zadłużenia lub innych zobowiązań w terminie wymagalności;

[16] Przez „funkcje krytyczne banku" należy rozumieć taki rodzaj działalności pełnionej przez daną instytucję na rzecz strony trzeciej, która jest istotna dla funkcjonowania sfery realnej gospodarki i dla utrzymania stabilności finansowej, a nagły brak lub zaburzenie w dostępności tej funkcji może mieć znaczący negatywny wpływ na strony trzecie, a także być źródłem spadku ogólnego zaufania uczestników rynku. Co do zasady, funkcje krytyczne banku to w szczególności przyjmowanie depozytów, udzielanie kredytów, zarządzanie ryzykiem, prowadzenie rozliczeń w systemach płatniczych. Należy zwrócić uwagę, że owa istotność funkcji może wynikać z rozmiaru banku, jego udziału i roli w rynku, powiązań z innymi podmiotami, złożoności i transgranicznej działalności (por.: Szczepańska O., Dobrzańska A., Zdanowicz B., „Resolution, czyli nowe podejście do banków zagrożonych upadłością", NBP, Warszawa 2015, s. 23 i nast.). W zależności od rozmiaru banku omawiany cel zachowania ciągłości funkcji krytycznych może mieć wymiar mikro- lub makroekonomiczny.

d) wymagane jest nadzwyczajne publiczne wsparcie finansowe w dowolnej z form:
– gwarancji rządowej w celu zabezpieczenia instrumentów wsparcia płynności udostępnionych przez banki centralne na ich warunkach,
– gwarancji rządowej dotyczącej nowo wyemitowanych zobowiązań,
– zasilenia funduszy własnych lub nabycia instrumentów kapitałowych po cenach i na warunkach, które nie dają przewagi danej instytucji, jeżeli w chwili przyznania publicznego wsparcia nie zachodzą określone okoliczności.

Zgodnie z art. 34 Dyrektywy państwa członkowskie zapewniają, aby organy ds. restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji, stosując instrumenty restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji oraz wykonując uprawnienia w zakresie prowadzenia restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji, podejmowały wszystkie stosowne środki celem zagwarantowania, że działanie w ramach restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji jest podejmowane zgodnie z następującymi zasadami:

– w pierwszej kolejności straty ponoszą akcjonariusze instytucji objętej restrukturyzacją i uporządkowaną likwidacją;
– po akcjonariuszach straty ponoszą wierzyciele instytucji objętej restrukturyzacją i uporządkowaną likwidacją zgodnie z kolejnością zaspokajania roszczeń na mocy standardowego postępowania upadłościowego;
– następuje wymiana zarządu i kadry kierowniczej wyższego stopnia instytucji objętej restrukturyzacją i uporządkowaną likwidacją, poza tymi przypadkami, gdy utrzymanie całości lub części zarządu i kadry kierowniczej wyższego stopnia uznaje się za konieczne do osiągnięcia celów restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji;
– zarząd i kadra kierownicza wyższego stopnia instytucji objętej restrukturyzacją i uporządkowaną likwidacją zapewniają wszelką pomoc niezbędną do osiągnięcia celów restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji;
– osoby fizyczne i prawne ponoszą na mocy prawa państwa członkowskiego i zgodnie z przepisami prawa cywilnego lub karnego osobistą odpowiedzialność za upadłość instytucji;
– wierzyciele należący do tej samej kategorii są traktowani w ten sam sposób;
– żaden z wierzycieli nie ponosi strat większych niż te, które poniósłby w sytuacji, gdyby dana instytucja została zlikwidowana w ramach standardowego postępowania upadłościowego;
– depozyty gwarantowane są w pełni chronione.

Dyrektywa nakłada na państwa członkowskie obowiązek wdrożenia prawnych regulacji nadających odpowiednim organom uprawnienia do prowadzenia postępowania przymusowej restrukturyzacji poprzez zastosowanie czterech podstawowych instrumentów:

– przejęcia przedsiębiorstwa,
– utworzenia instytucji pomostowej,
– wydzielenia aktywów,
– umorzenia lub konwersji długów[17].

Uchwalenie Dyrektywy docelowo ma prowadzić do harmonizacji narodowych regulacji oraz utworzenia europejskiego systemu restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji banków (SRM). Jednolity mechanizm ma zagwarantować, że restrukturyzacja i uporządkowana likwidacja banków na progu upadłości będą przeprowadzane przy minimalnych kosztach dla podatników i gospodarki nie tylko poszczególnych krajów członkowskich, ale także na poziomie unijnym. Gdy przepisy dotyczące mechanizmu w całości wejdą w życie, będą miały zastosowanie do banków w państwach członkowskich strefy euro i w tych krajach UE, które zdecydują się dołączyć do unii bankowej. Mechanizm *resolution regime* jest jednym z kluczowych elementów europejskiej unii bankowej. W jego instytucjonalny skład wchodzą: organ na poziomie unijnym – Jednolita Rada ds. Restrukturyzacji i Uporządkowanej Likwidacji oraz wspólny fundusz na cele restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji finansowany przez sektor bankowy. Jednolita Rada ds. Restrukturyzacji i Uporządkowanej Likwidacji, będąc głównym organem decyzyjnym jednolitego mechanizmu restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji, decyduje o programach restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji banków na progu upadłości, bezpośrednio odpowiada za fazy planowania oraz restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji transgranicznych i dużych banków unii bankowej, które są bezpośrednio nadzorowane przez Europejski Bank Centralny, jest odpowiedzialna za wykorzystywanie środków jednolitego funduszu oraz ostatecznie odpowiada za wszystkie banki unii bankowej, w związku z czym może w każdym momencie korzystać ze swoich uprawnień względem każdego z nich[18].

[17] Źródło: Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji, Rządowe Centrum Legislacji, http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/161376/161412/161413/dokument200504.pdf, s. 3, wizyta: 21.04.2016. Z punktu widzenia prawa unijnego na uwagę zasługuje także Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 806/2014 z 15 lipca 2014 r. ustanawiające jednolite zasady i jednolitą procedurę restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji instytucji kredytowych i niektórych firm inwestycyjnych w ramach jednolitego mechanizmu restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji oraz jednolitego funduszu restrukturyzacyjnego restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji. Omówienie tego rozporządzenia wymagałoby odrębnej, obszernej publikacji.

[18] Źródło: www.consilium.europa.eu/pl/policies/banking-union/single-resolution-mechanism, wizyta z 28 kwietnia 2016 r.

IMPLEMENTACJA PRAWNYCH ROZWIĄZAŃ Z ZAKRESU *RESOLUTION REGIME* DO SYSTEMU PRAWNEGO RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Świeżo uchwalona ustawa z 10 czerwca 2016 r. o Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji (dalej: „ustawa o BFG" lub „Ustawa") stanowi efekt kilkuletnich prac rozpoczętych przez grupę roboczą powołaną przez Komitet Stabilności Finansowej (KSF) w 2011 roku. Przyjęcie odpowiedniej regulacji na gruncie krajowym jest nie tylko pochodną wprowadzenia określonych regulacji unijnych, tj. omówionej Dyrektywy, ale wynika również z potrzeby stworzenia skutecznych mechanizmów zapobiegania i zarządzania sytuacją kryzysową w bankach bez konieczności sięgania po środki pochodzące z budżetu państwa[19].

Ustawa reguluje cel działalności, zadania oraz organizację Bankowego Funduszu Gwarancyjnego (BFG). Do zadań BFG zaliczać się będą stosowanie procedur umorzenia lub konwersji instrumentów kapitałowych oraz przygotowywanie i przeprowadzanie przymusowej restrukturyzacji. Działania z zakresu przymusowej restrukturyzacji będą mogły być stosowane wobec banków, spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych (SKOK-ów) oraz domów maklerskich (określanych w ustawie mianem „firm inwestycyjnych"). Działania te wdrażane są kilkuetapowo. Pierwszym etapem jest opracowanie przez banki i inne instytucje finansowe planów przymusowej restrukturyzacji i grupowych planów przymusowej restrukturyzacji. W ramach planów przymusowej restrukturyzacji określa się także minimalny poziom funduszów własnych i zobowiązań podlegających umorzeniu lub konwersji. Szerzej o planach przymusowej restrukturyzacji będzie mowa poniżej. Kolejnym etapem jest możliwość umorzenia lub konwersji instrumentów kapitałowych podmiotu znajdującego się w trudnej sytuacji. Wreszcie ostatnim, najbardziej „inwazyjnym" etapem jest otwarcie i przeprowadzenie przymusowej restrukturyzacji danego podmiotu. „Właściwa" przymusowa restrukturyzacja może zostać przeprowadzona poprzez zastosowanie wymienionych w Dyrektywie czterech podstawowych instrumentów: przejęcia przedsiębiorstwa, utworzenia instytucji pomostowej, wydzielenia aktywów, wreszcie umorzenia lub konwersji zobowiązań podmiotu.

BFG jest zobligowany do wydania decyzji o wszczęciu postępowania przymusowej restrukturyzacji albo o umorzeniu lub konwersji instrumentów kapitałowych, gdy spełnione są następujące warunki: podmiot krajowy jest zagrożony upadłością; brak jest przesłanek wskazujących, że możliwe działania nadzorcze lub działania podmiotu krajowego pozwolą we właściwym czasie usunąć zagrożenie upadłością; a także działania wobec podmiotu krajowego konieczne są w interesie publicznym. Powyższe przesłanki muszą zostać spełnione łącznie.

Umorzenie lub konwersja instrumentów kapitałowych (art. 70 i nast. ustawy o BFG) jest tym środkiem restrukturyzacji, który w pewnych okolicznościach może zostać zastosowany bez wydania decyzji administracyjnej o wszczęciu postępowania przymusowej restrukturyzacji. Te okoliczności to sytuacja, w której podmiot jest zagrożony upadłością w rozumieniu ustawy o BFG, a działania wobec tego podmiotu są konieczne w interesie publicznym. Do umorzenia lub konwersji instrumentów kapitałowych może także dojść w ramach przymusowej restrukturyzacji, łącznie z jednym lub kilkoma pozostałymi instrumentami restrukturyzacji (np. utworzeniem instytucji pomostowej). Zasady umorzenia lub konwersji określone są w art. 72 ustawy.

Umorzeniu (konwersji) mogą podlegać instrumenty spełniające warunki zaliczenia do kapitału podstawowego, kapitału dodatkowego lub kapitału uzupełniającego, zgodnie z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 575/2013 z 26 czerwca 2013 r. w sprawie wymogów ostrożnościowych dla instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych[20]. Kwotami granicznymi umorzenia (konwersji) są – w zależności od rodzaju instrumentu – wysokość strat podmiotu w restrukturyzacji, kwota niezbędna do spełnienia warunków prowadzenia działalności lub kwota niezbędna do osiągnięcia celów przymusowej restrukturyzacji.

Ustawa rozróżnia dwa etapy, na których BFG może skorzystać z tego uprawnienia – w ramach postępowania przymusowej restrukturyzacji lub niezależnie od niego. Dla drugiego przypadku ustawodawca określił niezależne przesłanki, w przypadku których instrumenty kapitałowe powinny podlegać umorzeniu lub konwersji. Może to nastąpić jeżeli: zaistniały okoliczności wskazujące na zagrożenie dla wypłacalności podmiotu (lub podmiotu dominującego); bez stosownego umorzenia lub konwersji podmiot będzie zagrożony upadłością i brak jest alternatywnych działań umożliwiających usunięcie tego zagrożenia; ze względu na pogarszającą się sytuację i zagrożenie dla stabilności finansowej konieczne będzie udzielenie podmiotowi pomocy ze środków publicznych.

Jak wspomniano, BFG może dokonać umorzenia lub konwersji instrumentów kapitałowych bez podejmowania

[19] Szczepańska O., Dobrzańska A., Zdanowicz B., *Resolution, czyli nowe podejście do banków zagrożonych upadłością*, NBP, Warszawa 2015, s. 6.

[20] Dziennik Urzędowy UE z 27.6.2013 r., L 176/1.

decyzji o rozpoczęciu postępowania przymusowej restrukturyzacji albo po podjęciu takiej decyzji wraz z co najmniej jednym innym instrumentem przymusowej restrukturyzacji. Celem wprowadzenia dwuszczeblowego uregulowania możliwości zastosowania umorzenia lub konwersji instrumentów kapitałowych jest zwiększenie efektywności działań podejmowanych jeszcze przed zapadnięciem decyzji o rozpoczęciu postępowania przymusowej restrukturyzacji. Określenie dwóch możliwości zastosowania umorzenia lub konwersji umożliwia jego aplikację w sytuacji, gdy wzmocnienie w ten sposób struktury kapitałowej pozwoli uniknąć postępowania przymusowej restrukturyzacji lub upadłości podmiotu. Natomiast dokonanie umorzenia lub konwersji instrumentów kapitałowych jest obligatoryjne w przypadku zastosowania innych instrumentów przymusowej restrukturyzacji, aby realizować podstawową zasadę tego postępowania, tj. pokrywanie strat podmiotu w restrukturyzacji w pierwszej kolejności przez jego właścicieli i wierzycieli.

Zastosowanie innych instrumentów restrukturyzacji, tj. przejęcia przedsiębiorstwa, utworzenia instytucji pomostowej i/lub wydzielenia aktywów, wymaga już **wszczęcia postępowania przymusowej restrukturyzacji**. Decyzję o wszczęciu przymusowej restrukturyzacji BFG podejmuje w formie decyzji administracyjnej. Do decyzji tych będą miały co do zasady zastosowanie przepisy ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego.

Ustawa nadaje BFG status organu przymusowej restrukturyzacji. Wskazanie BFG jako organu przymusowej restrukturyzacji (organu podejmującego decyzję o rozpoczęciu procesu przymusowej restrukturyzacji) wypełnia warunek unikania konfliktu interesów pomiędzy organem posiadającym kompetencje do podjęcia decyzji o wszczęciu restrukturyzacji a organem zarządzającym danym podmiotem. Konflikt ten prowadzi do wystąpienia ryzyka zaniechania (*risk of forbearance*) polegającego na odsuwaniu w czasie decyzji o wszczęciu postępowania przymusowej restrukturyzacji np. z uwagi na interesy właścicieli-akcjonariuszy podmiotu. Postępowanie przymusowej restrukturyzacji, którego jednym z podstawowych celów jest utrzymanie realizacji funkcji krytycznych (w tym dostępu do środków zgromadzonych na rachunkach) oraz ochrona depozytów gwarantowanych, stanowi jednocześnie działanie o charakterze substytucyjnym w stosunku do ciążącego na BFG obowiązku wypłaty środków gwarantowanych.

Ustawa określa zasady procesu decyzyjnego mogącego skutkować podjęciem przez BFG **decyzji o rozpoczęciu postępowania przymusowej restrukturyzacji lub o umorzeniu czy konwersji instrumentów kapitałowych**. Proces decyzyjny inicjuje otrzymanie przez BFG od KNF stosownej informacji odnośnie do trudnej sytuacji danego banku lub kasy. Po otrzymaniu informacji BFG bada, czy podjęcie działań z zakresu przymusowej restrukturyzacji jest konieczne w interesie publicznym, a osiągnięcie celów postępowania nie jest możliwe w ramach sprawowanego nadzoru lub postępowania upadłościowego. W przypadkach gdzie nie występuje potrzeba ochrony interesu publicznego, właściwą formą wykluczenia zagrożonego podmiotu z rynku jest standardowa procedura likwidacyjna lub upadłościowa. W razie pozytywnej weryfikacji spełnienia przesłanki dotyczącej interesu publicznego BFG podejmuje decyzję o wszczęciu postępowania przymusowej restrukturyzacji. W przypadku negatywnej weryfikacji koniecznej przesłanki działania w interesie publicznym BFG jest zobligowany do poinformowania o tym KNF, która powinna podjąć dalsze działania wobec podmiotu. W ustawie określono także przypadki, w których zaangażowanie środków publicznych nie wypełnia przesłanek wszczęcia postępowania przymusowej restrukturyzacji.

Stroną w postępowaniu przymusowej restrukturyzacji jest wyłącznie podmiot, którego decyzja dotyczy. Podmiot ten jest uprawniony do zaskarżenia decyzji BFG bezpośrednio do sądu administracyjnego. Termin na wniesienie skargi został skrócony i wynosi 7 dni od dnia doręczenia uzasadnienia decyzji. Organem strony uprawnionym do wniesienia skargi jest rada nadzorcza podmiotu w restrukturyzacji. Ustawa przewiduje skrócone terminy przekazania skargi wraz z dokumentacją sprawy do sądu administracyjnego, rozpoznania skargi przez sąd administracyjny oraz rozpoznania skargi kasacyjnej przez Naczelny Sąd Administracyjny.

Przepis ustawy ustanawia szczególne rozstrzygnięcie sądu administracyjnego w razie uwzględnienia skargi na decyzję w przedmiocie wszczęcia postępowania przymusowej restrukturyzacji. W takim przypadku sąd administracyjny stwierdza wydanie decyzji z naruszeniem prawa. Sąd administracyjny jest zobowiązany wydać takie rozstrzygnięcie w przypadku zaistnienia wad decyzji, które obligowałyby sąd do zastosowania art. 145 p.p.s.a.

Dodatkowo uwzględnienie skargi nie wpływa na ważność czynności prawnych dokonanych na jej podstawie i nie stanowi przeszkody do podejmowania dalszych działań przez BFG w przypadku, gdy wstrzymanie tych działań stwarzałoby zagrożenie dla wartości przedsiębiorstwa podmiotu, ciągłości wykonywania zobowiązań, których ochrona jest celem postępowania przymusowej restruk-

turyzacji, stabilności finansowej lub nabytych w dobrej wierze praw osób trzecich, w szczególności osób, które nabyły prawa majątkowe lub przejęły zobowiązania w wyniku decyzji funduszu o zastosowaniu instrumentów przymusowej restrukturyzacji.

Postępowanie przymusowej restrukturyzacji zostaje wszczęte z dniem doręczenia podmiotowi decyzji BFG. Od tego dnia decyzja wywołuje skutki prawne w odniesieniu do podmiotu – adresata decyzji. Po opublikowaniu informacji o wszczęciu postępowania przyjmuje się, że informacja ta jest znana wierzycielom, a zatem w konsekwencji od tej chwili nie mogą się oni powoływać na brak wiedzy dotyczącej wszczęcia postępowania przymusowej restrukturyzacji.

Usprawnienie i przyspieszenie procesów decyzyjnych związanych z postępowaniem przymusowej restrukturyzacji motywowane jest przez ustawodawcę realizacją zasadniczego celu Dyrektywy, tj. stworzenia ram prawnych umożliwiających wczesną i szybką interwencję wobec instytucji znajdujących się w trudnej sytuacji finansowej. Brak wszczęcia postępowania przymusowej restrukturyzacji w odpowiednim terminie mógłby uniemożliwić lub istotnie utrudnić osiągnięcie jego podstawowych celów, takich jak utrzymanie stabilności finansowej, ochrona zaufania do sektora finansowego i zapewnienie dyscypliny rynkowej. W związku z tym, na podstawie art. 3 ust. 8 Dyrektywy państwa członkowskie są zobowiązane zapewnić m.in. aby każdy organ do spraw restrukturyzacji był w stanie wykonywać przysługujące mu uprawnienia z zachowaniem szybkości i elastyczności niezbędnych do osiągnięcia celów restrukturyzacji. Obowiązek ten dotyczy nie tylko decyzji o wszczęciu postępowania przymusowej restrukturyzacji, ale również wszelkich innych działań w ramach przymusowej restrukturyzacji.

Wszczęcie postępowania przymusowej restrukturyzacji wywołuje rozliczne skutki prawne o charakterze bezwzględnie obowiązującym. Wiele z nich jest ściśle wzorowane na odpowiednich regulacjach prawa upadłościowego i prawa restrukturyzacyjnego. Jak wskazuje ustawodawca, mają one na celu stabilizację sytuacji prawnej i ochronę majątku podmiotu w restrukturyzacji, co jest niezbędne do skutecznego przeprowadzenia postępowania przymusowej restrukturyzacji.

W stosunku do podmiotu w restrukturyzacji nie wszczyna się postępowania egzekucyjnego, a wszczęte podlegają umorzeniu z mocy prawa. Wyjątkiem od tej zasady jest brak wpływu umorzenia wszczętego postępowania egzekucyjnego na skuteczność przysądzenia własności nieruchomości, analogiczny do regulacji art. 146 ust. 1 *in fine* PrUp. Sumy uzyskane w egzekucji nie są wypłacane wierzycielom, lecz przekazywane do podmiotu w restrukturyzacji. Upadają także zabezpieczenia udzielone przeciwko podmiotowi w restrukturyzacji.

Postanowienia umowy, której stroną jest podmiot w restrukturyzacji, uniemożliwiające osiągnięcie celów przymusowej restrukturyzacji w całości lub w części, są bezskuteczne w stosunku do podmiotu w restrukturyzacji.

BFG może rozwiązać, bez zachowania terminu wypowiedzenia i bez odszkodowania, umowy: zlecenia lub komisu, w których podmiot w restrukturyzacji był przyjmującym zlecenie lub komisantem; agencyjne, w których podmiot w restrukturyzacji był agentem; użyczenia; pożyczki lub kredytu, jeżeli przedmiot pożyczki lub kredytu nie został oddany do dyspozycji pożyczkobiorcy lub kredytobiorcy; o udostępnienie skrytek sejfowych lub umowy przechowania; rachunku bankowego, rachunku papierów wartościowych, o prowadzenie rachunku zbiorczego lub umowy ubezpieczenia majątkowego; leasingu, w których podmiot w restrukturyzacji jest korzystającym z rzeczy; najmu lub dzierżawy nieruchomości, jeżeli przedmiot umowy nie został wydany, a pod pewnymi warunkami również gdy przedmiot umowy został wydany. Wypowiedzenie może nastąpić także w przypadku, gdy wypowiedzenie umowy przez podmiot w restrukturyzacji byłoby niedopuszczalne.

BFG może, w drodze decyzji, dokonać zmiany warunków umowy, której stroną jest podmiot w restrukturyzacji, w tym dokonać rozliczenia umowy, przeniesienia praw z umowy na osobę trzecią lub wstąpić w miejsce strony umowy.

Natomiast regulacje art. 166-173 ustawy o BFG implementują do postępowania przymusowej restrukturyzacji regulacje art. 127-132 Prawa upadłościowego, dotyczące bezskuteczności czynności prawnych wobec masy upadłości.

Zasadniczym instrumentem przymusowej restrukturyzacji jest **przejęcie przedsiębiorstwa**. Celem tego instrumentu jest przeniesienie działalności podmiotu w restrukturyzacji na podmiot, który dokona przejęcia na zasadach rynkowych. Podmiot przejmujący powinien dawać rękojmię kontynuacji funkcjonowania podmiotu w restrukturyzacji oraz zapewniać ciągłość świadczenia usług na rzecz klientów podmiotu w restrukturyzacji.

Wybór podmiotu przejmującego następuje w drodze decyzji BFG, z zachowaniem kryteriów: otwartości, transparentności, równego traktowania potencjalnych podmio-

tów przejmujących, braku konfliktu interesów, szybkości postępowania, wreszcie oceny warunków przejęcia zaproponowanych przez oferenta. Przed podjęciem decyzji BFG może skierować zapytania o ofertę do wybranych podmiotów, które ze względu na zakres i skalę prowadzonej działalności, ocenę bezpieczeństwa i stabilności prowadzonej przez nie działalności mogłyby dokonać przejęcia działalności podmiotu w restrukturyzacji, realizując jednocześnie cele postępowania.

Innym instrumentem możliwym do zastosowania w toku przymusowej restrukturyzacji jest **utworzenie instytucji pomostowej**. Instytucja pomostowa winna działać w formie spółki kapitałowej. BFG wnosi kapitał założycielski instytucji pomostowej, posługując się środkami z funduszy przymusowej restrukturyzacji. W celu utworzenia instytucji pomostowej BFG może także nabyć akcje lub udziały banku prowadzącego działalność w formie spółki akcyjnej albo domu maklerskiego, w liczbie zapewniającej uzyskanie statusu podmiotu dominującego. BFG pokrywa także z funduszy przymusowej restrukturyzacji koszty działalności instytucji pomostowej, jeżeli ta nie osiąga wystarczających przychodów z zarządzania lub nie zarządza żadnymi przeniesionymi prawami majątkowymi.

Na mocy decyzji BFG na instytucję pomostową mogą zostać przeniesione prawa udziałowe w podmiocie w restrukturyzacji; przedsiębiorstwo lub jego zorganizowana część, a także wybrane prawa majątkowe lub zobowiązania podmiotu w restrukturyzacji. Z chwilą przeniesienia tych praw instytucja pomostowa rozpoczyna działalność. Działalność instytucji pomostowej podlega nadzorowi KNF.

Z dniem przeniesienia praw, o którym mowa, instytucja pomostowa wstępuje w miejsce podmiotu w restrukturyzacji w zakresie przejętych praw majątkowych i związanych z nimi zobowiązań, w tym także do postępowań sądowych. Przechodzą na nią także zezwolenia, koncesje oraz ulgi, które zostały przyznane podmiotowi w restrukturyzacji. Instytucja pomostowa nie odpowiada jednak za zobowiązania podatkowe podmiotu w restrukturyzacji, także te powstałe po wszczęciu przymusowej restrukturyzacji.

Działalność instytucji pomostowej nie powinna przekroczyć dwóch lat od daty rozpoczęcia działalności. Termin ten decyzją BFG może zostać przedłużony o kolejny rok, po dokonaniu oceny warunków rynkowych, o ile jest to konieczne do zrealizowania celów przymusowej restrukturyzacji. Decyzja o przedłużeniu może być ponawiana wielokrotnie. Zakończenie działalności instytucji pomostowej następuje, alternatywnie, z dniem zbycia przedsiębiorstwa instytucji pomostowej lub wszystkich praw majątkowych związanych z prowadzeniem działalności i przejęciem przez osobę trzecią wszystkich zobowiązań innych niż zobowiązania wobec BFG albo też z dniem otwarcia likwidacji. Decyzja o otwarciu likwidacji winna zostać wydana przez BFG po upływie wspomnianego dwuletniego okresu, chyba że doszło do jego formalnego przedłużenia.

BFG zbywa prawa udziałowe w instytucji pomostowej na zasadach analogicznych jak w przypadku przejęcia przedsiębiorstwa restrukturyzowanego podmiotu. Na takich samych zasadach może sama zbyć swoje przedsiębiorstwo lub przynależne jej prawa majątkowe.

Restrukturyzacja może także nastąpić poprzez **wydzielenie aktywów** restrukturyzowanego podmiotu. Może to nastąpić w przypadku, gdy likwidacja praw majątkowych mogłaby mieć istotny niekorzystny wpływ na sytuację na rynku, w szczególności na ceny takich praw majątkowych; przeniesienie praw majątkowych do podmiotu zarządzającego aktywami jest konieczne dla kontynuowania działalności podmiotu w restrukturyzacji lub instytucji pomostowej lub przeniesienie praw majątkowych do podmiotu zarządzającego aktywami zwiększy przychody z tych praw.

Fundusz może utworzyć podmiot lub większą liczbę podmiotów zarządzających aktywami w formie spółki kapitałowej. Przedmiotem działalności podmiotu zarządzającego aktywami jest zarządzanie przeniesionymi do niego prawami majątkowymi i zobowiązaniami z jednego albo kilku podmiotów w restrukturyzacji lub instytucji pomostowej, w tym ich zbycie. Podmiot zarządzający aktywami może także świadczyć usługi zarządzania innymi prawami majątkowymi na rzecz BFG, na podstawie umowy. BFG wnosi kapitał założycielski podmiotu zarządzającego aktywami z funduszów przymusowej restrukturyzacji. Pokrywa także z funduszy przymusowej restrukturyzacji, w niezbędnym zakresie, koszty działalności podmiotu zarządzającego aktywami, jeżeli nie osiąga on wystarczających przychodów z zarządzania lub nie zarządza przeniesionymi prawami majątkowymi.

Przeniesienie praw majątkowych i zobowiązań następuje na podstawie decyzji funduszu. Przeniesienie nie wymaga uzyskania zgody właścicieli, dłużników oraz wierzycieli podmiotu w restrukturyzacji albo instytucji pomostowej. Właścicielom, dłużnikom i wierzycielom podmiotu w restrukturyzacji nie przysługują w związku z dokonanym przeniesieniem praw majątkowych lub zarządzaniem aktywami roszczenia do podmiotu zarządzającego aktywami, jego majątku i członków jego organów.

Wreszcie czwartym podstawowym instrumentem przymusowej restrukturyzacji jest **umorzenie lub konwersja zobowiązań podmiotu**. Ustawa określa następujące wymogi umożliwiające dokonanie umorzenia (konwersji). Umorzenie (konwersja) może nastąpić jedynie w przypadku, gdy w jej wyniku podmiot w restrukturyzacji spełni określone odrębnymi przepisami warunki prowadzenia działalności oraz istnieją uzasadnione przesłanki, że w wyniku restrukturyzacji podmiot osiągnie długoterminową stabilność finansową.

Umorzenie (konwersja) nie wymaga zgody właścicieli oraz wierzycieli podmiotu w restrukturyzacji. Przed jej dokonaniem BFG, działając na podstawie oszacowania wartości aktywów i pasywów podmiotu, dokonanego przed podjęciem decyzji o wszczęciu przymusowej restrukturyzacji, ustala wielkość strat do pokrycia i kwotę, o jaką powinny wzrosnąć fundusze własne podmiotu w restrukturyzacji, aby spełnić ustawowe warunki do zastosowania tego instrumentu restrukturyzacji, lub kwotę niezbędną do zapewnienia funduszy własnych instytucji pomostowej lub podmiotu zarządzającego aktywami. Dokonując ustalenia wysokości niezbędnych funduszy własnych, fundusz uwzględnia przewidywane potrzeby kapitałowe podmiotu w restrukturyzacji, instytucji pomostowej lub podmiotu zarządzającego aktywami w ciągu co najmniej 12 miesięcy.

Ustawodawca w art. 206 ustawy o BFG wymienia enumeratywnie zobowiązania podmiotu w restrukturyzacji, które nie mogą być przedmiotem umorzenia ani konwersji. Wskazuje także rodzaje zobowiązań, które BFG może w drodze decyzji wyłączyć z umorzenia lub konwersji w całości lub części.

W przypadku gdy w wyniku zastosowania instrumentów przejęcia przedsiębiorstwa, instytucji pomostowej lub wydzielenia praw majątkowych nie doszło do zbycia podmiotu w restrukturyzacji albo zastosowanie tych instrumentów nie było możliwe, podmiot ten podlega likwidacji w drodze postępowania upadłościowego albo likwidacyjnego (**likwidacja podmiotu rezydualnego**).

BFG może wystąpić z wnioskiem o ogłoszenie upadłości banku w restrukturyzacji, jeżeli zostały spełnione przesłanki, o których mowa w art. 158 ust. 1 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe[21]. Natomiast z wnioskiem o ogłoszenie upadłości kasy BFG może wystąpić, jeżeli wobec kasy w restrukturyzacji zostały spełnione przesłanki, o których mowa w art. 74k ust. 1 lub 2 ustawy z 5 listopada 2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych[22]. Jeżeli wobec domu maklerskiego (firmy inwestycyjnej) w restrukturyzacji zostały spełnione przesłanki określone w art. 10 i art. 11 PrUp, BFG może wystąpić z wnioskiem o ogłoszenie upadłości tej firmy inwestycyjnej. Wniosek o ogłoszenie upadłości firmy inwestycyjnej w restrukturyzacji może zgłosić tylko BFG.

W postępowaniu upadłościowym prowadzonym wobec podmiotu rezydualnego do czynności podjętych w ramach przymusowej restrukturyzacji nie stosuje się przepisów prawa upadłościowego o bezskuteczności czynności prawnych w stosunku do masy upadłości.

W innych przypadkach niż powyższe BFG wydaje decyzję o likwidacji podmiotu. Likwidacja podmiotu rezydualnego jest co do zasady prowadzona zgodnie z zasadami obowiązującymi przy likwidacji spółek handlowych lub spółdzielni. Likwidatorów podmiotu rezydualnego powołuje i odwołuje BFG.

BFG wydaje decyzję o likwidacji podmiotu także w przypadku prawomocnego oddalenia jego wniosku o ogłoszenie upadłości na podstawie art. 13 ust. 1 lub 2 PrUp, chyba że sąd, oddalając wniosek o ogłoszenie upadłości, ustalił, że materiał zgromadzony w sprawie daje podstawę do rozwiązania podmiotu wpisanego do Krajowego Rejestru Sądowego bez przeprowadzania postępowania likwidacyjnego.

PLANY PRZYMUSOWEJ RESTRUKTURYZACJI ORAZ FINANSOWANIE POSTĘPOWAŃ PRZYMUSOWEJ RESTRUKTURYZACJI

Aby móc szybko i skutecznie przeprowadzić przymusową restrukturyzację, ustawodawca nałożył na BFG wymóg opracowania, oceny wykonalności i aktualizacji tzw. **planów przymusowej restrukturyzacji**. Określił także zasady postępowania w przypadku stwierdzenia istotnych przeszkód dla realizacji postępowania przymusowej restrukturyzacji, w tym wydawania przez BFG zaleceń do ich usunięcia. Ze względu na prowadzenie postępowania przymusowej restrukturyzacji w krótkim okresie jego skuteczność zależy od właściwego przygotowania działań realizujących skutecznie cele postępowania, w tym także wcześniejszych działań, które usuną lub ograniczą przeszkody w ich realizacji. Zaplanowanie przymusowej restrukturyzacji jest zasadniczym środkiem dla skutecznego i efektywnego przeprowadzenia postępowania. Tworząc plan, BFG dokonuje analizy skutków zastosowania poszczególnych instrumentów oraz uprawnień nadawanych ustawą i wybiera je, kierując się kryterium

[21] T.j. Dz. U. 2015, poz. 128. W artykule omówiono przepisy tej ustawy w treści zmodyfikowanej przez ustawę o BFG.

[22] Dz. U. 2013, poz. 1450.

skuteczności w realizacji celów postępowania przymusowej restrukturyzacji w okolicznościach konkretnego przypadku, a w następnej kolejności stosuje kryterium efektywności kosztowej.

BFG powinien opracować plan przymusowej restrukturyzacji dla każdego podmiotu krajowego, który nie wchodzi w skład grupy objętej nadzorem skonsolidowanym w innym państwie członkowskim. Plan przymusowej restrukturyzacji przygotowywany jest przez BFG po zasięgnięciu opinii Komisji Nadzoru Finansowego (KNF). Jeżeli podmiot mający siedzibę w naszym kraju jest podmiotem dominującym dla grupy kapitałowej, BFG zostanie objęty obowiązkiem przygotowania planu przymusowej restrukturyzacji dla grupy (tzw. grupowy plan przymusowej restrukturyzacji). Plan ten BFG opracowuje we współpracy z organami przymusowej restrukturyzacji z państw członkowskich, w których podmioty zależne od podmiotu krajowego prowadzą działalność, oraz po konsultacji z organami przymusowej restrukturyzacji z państw trzecich, w których podmiot krajowy prowadzi działalność za pośrednictwem istotnego oddziału. Plan winien uwzględniać także potencjalny wpływ możliwych działań z zakresu przymusowej restrukturyzacji na stabilność finansową innych państw, w których podmioty wchodzące w skład grupy prowadzą działalność.

Ustawa określa elementy, jakie powinien zawierać plan przymusowej restrukturyzacji, wskazując jednocześnie na konieczność uwzględnienia w planie analizy możliwości pozyskania wsparcia płynnościowego z Narodowego Banku Polskiego. Plan przymusowej restrukturyzacji i grupowy plan przymusowej restrukturyzacji mogą zakładać likwidację podmiotu bądź podmiotów wchodzących w skład grupy w ramach standardowego postępowania upadłościowego.

Przygotowanie przez BFG planu przymusowej restrukturyzacji, w tym wybór instrumentów, których zastosowanie pozwoli osiągnąć cele postępowania, wymaga pełnej znajomości zakresu usług, struktury organizacyjnej i prawnej, profilu ryzyka oraz powiązań podmiotu, dla którego tworzony jest plan. W związku z tym kluczowym zagadnieniem jest zapewnienie BFG dostępu do wszystkich informacji potrzebnych do przeprowadzenia analizy podmiotu i jego działalności oraz opracowania planu. BFG jest uprawniony do nałożenia na podmiot krajowy obowiązku pomocy w zakresie opracowania i aktualizacji planu przymusowej restrukturyzacji. W przypadku niewywiązania się przez podmiot z obowiązku BFG może w formie decyzji nałożyć na taki podmiot karę pieniężną w wysokości do 10% przychodu wykazanego w ostatnim zbadanym sprawozdaniu finansowym, a w przypadku braku takiego sprawozdania – karę pieniężną w wysokości do 10% prognozowanego przychodu określonego na podstawie sytuacji ekonomiczno-finansowej podmiotu, nie większą jednak niż 10 000 000 zł.

Ustawa nakłada także na podmioty krajowe obowiązek prowadzenia rejestru instrumentów finansowych. Szczegółowe wymogi w tym zakresie określi w drodze rozporządzenia minister właściwy do spraw instytucji finansowych, po zasięgnięciu opinii BFG. Powyższa regulacja ma na celu zapewnienie skutecznej realizacji m.in. instrumentu umorzenia lub konwersji zobowiązań, uprawnień do zawieszenia przez BFG prawa do realizacji zabezpieczeń z majątku podmiotu w restrukturyzacji oraz prawa do jednostronnego rozwiązywania umów zawartych z podmiotem w restrukturyzacji. Ponadto ustanowienie obowiązku prowadzenia rejestru i obowiązku informacyjnego związanego z prowadzeniem przedmiotowego rejestru wynika z rosnącej roli działalności handlowej i zabezpieczającej ryzyko działalności podmiotów. Podmioty objęte zakresem podmiotowym regulacji są stronami wielu transakcji na rynkach finansowych i ich właściwa identyfikacja jest niezbędna, aby prowadzić przymusową restrukturyzację w sposób ograniczający jej negatywny wpływ na działania tych rynków, w szczególności by uniknąć efektu zarażenia (domina).

Opracowane i zaakceptowane plany przymusowej restrukturyzacji oraz grupowe plany przymusowej restrukturyzacji BFG przekazuje KNF. Zawartość planu ujawnia się także podmiotowi, którego on dotyczy.

W celu realizacji przymusowej restrukturyzacji tworzy się następujące **fundusze przymusowej restrukturyzacji**: fundusz przymusowej restrukturyzacji banków (środki którego mają być przeznaczane na działania z zakresu przymusowej restrukturyzacji banków, domów maklerskich i oddziałów banków zagranicznych) oraz fundusz przymusowej restrukturyzacji kas. Środki zgromadzone na funduszach będą pochodzić ze składek, odpowiednio, banków, domów maklerskich i oddziałów banków zagranicznych oraz kas. Składki będą wnoszone co najmniej raz do roku. Fundusz przymusowej restrukturyzacji banków zasilą także środki znajdujące się obecnie na funduszu stabilizacyjnym oraz funduszu zapasowym BFG oraz kwoty uzyskane przez fundusz z mas upadłości domów maklerskich. Minimalny poziom środków na finansowanie przymusowej restrukturyzacji banków i domów maklerskich określono na 1% kwoty środków gwarantowanych w bankach, domach maklerskich i oddziałach ban-

ków zagranicznych, zaś docelowy poziom – na poziomie 1,2% kwoty środków gwarantowanych.

Osobno tworzy się także fundusz restrukturyzacji banków spółdzielczych, którego środki mają być przeznaczone na cele określone w art. 35 ust. 3 i 4 ustawy o funkcjonowaniu banków spółdzielczych.

Mając na względzie przyjęty w Dyrektywie model wczesnej interwencji i postępowania przymusowej restrukturyzacji oraz konieczność klarownego podziału zadań pomiędzy organy zaangażowane w proces zarządzania kryzysowego na różnych etapach dla uniknięcia konfliktów kompetencyjnych, projekt ustawy wprowadza zmiany do ustawy – Prawo bankowe i ustawy o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych, celem których jest odstąpienie od możliwości przejęcia banku lub kasy na podstawie decyzji administracyjnej KNF. Rozwiązanie to zostało zastąpione narzędziami przymusowej restrukturyzacji przysługującymi obecnie BFG. Jak wspomniano, jednym z takich narzędzi jest przejęcie niewypłacalnego banku przez inny podmiot.

Dodatkowo ustawodawca zrezygnował z możliwości udzielania przez BFG zwrotnej pomocy finansowej podmiotom zagrożonym niewypłacalnością oraz nabywania ich wierzytelności poza postępowaniem przymusowej restrukturyzacji. Dotychczas obowiązujące regulacje zostały zastąpione przepisami umożliwiającymi BFG udzielanie wsparcia podmiotom przejmującym w postępowaniu przymusowej restrukturyzacji. Zlikwidowano jednocześnie fundusz stabilizacyjny, natomiast zgromadzone w nim środki mają zasilić fundusz przymusowej restrukturyzacji banków.

Komisja Europejska uznaje pomoc udzielaną instytucjom finansowym za rozwiązanie wyjątkowe, dopuszczalne w warunkach kryzysowych zagrożenia stabilności finansowej[23]. Rozwiązania w zakresie wsparcia kapitałowego w sytuacji zagrożenia kryzysowego określa się w przepisach o rządowych instrumentach stabilizacyjnych. Zgodnie z Dyrektywą jedną z przesłanek przymusowej restrukturyzacji jest konieczność udzielenia zagrożonemu podmiotowi wsparcia publicznego. Pomoc i wsparcie udzielane przez BFG są traktowane jako wsparcie publiczne. Udzielanie takiej pomocy i wsparcia poza postępowaniem restrukturyzacyjnym prowadziłoby do spełnienia przesłanki dla takiego postępowania. Dyrektywa czyni wyjątek dla udzielania wsparcia kapitałowego tylko w sytuacji, gdy konieczność udzielenia wsparcia wynika z przeprowadzonych na poziomie europejskim lub lokalnym stress testów lub przeglądu jakości aktywów, wsparcie udzielane jest podmiotowi wypłacalnemu i w żadnym przypadku nie może być udzielone na pokrycie skutków poniesionych strat. Instrumentem dedykowanym takiemu wsparciu jest gwarancja rekapitalizacyjna udzielana na zasadach określonych w ustawie o rekapitalizacji niektórych instrumentów kapitałowych.

Ustawa z 12 lutego 2010 r. o rekapitalizacji niektórych instytucji finansowych[24] przewiduje możliwość udzielenia przez ministra właściwego ds. instytucji finansowych gwarancji rekapitalizacyjnej i w jej wykonaniu obejmowania akcji lub instrumentów finansowych zaliczanych do funduszy własnych beneficjenta gwarancji. Oddziaływanie takiego instrumentu jest natychmiastowe i bezpośrednie. Skala wymaganych środków do zaangażowania dla osiągnięcia tego samego celu jest przy obecnym poziomie stóp procentowych od 7 do 10 razy niższa niż w przypadku dotychczasowego instrumentu pomocowego – pożyczki. Instrument wspiera wykorzystanie środków prywatnych, ponieważ może zmienić postrzeganie inwestorów prywatnych podmiotu, potencjalnie wspieranego kapitałowo ze środków publicznych.

Przeniesienie środków restrukturyzacji zagrożonych banków na etap przymusowej restrukturyzacji ma za zadanie zmniejszyć pokusę nadużycia wynikającą z przekonania o istnieniu instrumentów pomocowych już na etapie wczesnej interwencji i wzmocnić dyscyplinę rynkową.

Wykorzystanie środków zgromadzonych w funduszach przymusowej restrukturyzacji (*financial arrangements*) możliwe jest tylko w zakresie zamkniętego katalogu celów. Obejmuje on wyłącznie finansowanie działań w zakresie postępowania przymusowej restrukturyzacji (środki te nie mogą być wykorzystane na wcześniejszych etapach, np. wczesnej interwencji). Zgodnie z Dyrektywą w projektowanych rozwiązaniach beneficjentami wsparcia ze środków BFG nie będą dotychczasowi właściciele banków odpowiadający za ich trudną sytuację finansową.

Reasumując, ze względu na konstrukcję rozwiązań zawartych w ustawie możemy wyodrębnić: rozwiązania nadające BFG nowe uprawnienia; rozwiązania nakładające na BFG nowe obowiązki; uregulowania dotyczące poszczególnych trybów postępowań zmierzających do restrukturyzacji podmiotu oraz uregulowania tworzące nowe instytucje prawne służące realizacji założeń Dyrektywy omówionej w rozdziale poprzedzającym.

[23] Por. Komunikat Komisji w sprawie stosowania od 1 sierpnia 2013 r. reguł pomocy państwa w odniesieniu do środków wsparcia na rzecz banków w kontekście kryzysu finansowego, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z 2013 r. C 216/01, pkt 6.

[24] Dz. U. 2010, nr 40, poz. 226.

Tabela 2. Zasadnicze rozwiązania przewidziane w projekcie ustawy o Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji.

Nowe uprawnienia BFG	a) dokonywanie umorzenia lub konwersji instrumentów kapitałowych; b) wydawanie decyzji w przedmiocie wszczęcia postępowania przymusowej restrukturyzacji oraz prowadzenia postępowania, w tym utworzenia podmiotu zarządzającego aktywami, oraz instytucji pomostowej; c) zawieszanie w postępowaniu przymusowej restrukturyzacji działalności banku lub kasy bądź możliwości prowadzenia działalności maklerskiej przez dom maklerski; d) nakładanie na podmioty objęte zakresem podmiotowym regulacji obowiązku utrzymywania odpowiedniego poziomu zobowiązań podlegających umorzeniu lub konwersji
Nowe obowiązki BFG	a) powierzenie roli organu przymusowej restrukturyzacji; b) tworzenie planów przymusowej restrukturyzacji, oceny ich wykonalności oraz uprawnień do wydawania zaleceń instytucjom finansowym objętym zakresem podmiotowym regulacji w zakresie usunięcia stwierdzonych przeszkód w zakresie skutecznej realizacji postępowania przymusowej restrukturyzacji
Uregulowane tryby postępowania	a) określenie zasad prowadzenia postępowania przymusowej restrukturyzacji podmiotów prowadzących działalność transgraniczną i współpracy BFG z innymi podmiotami w przedmiotowym zakresie; b) określenie zasad uznawania zagranicznych postępowań przymusowej restrukturyzacji; c) określenie zasad dotyczących rozliczeń z tytułu postępowania przymusowej restrukturyzacji; d) określenie zasad dotyczących postępowania odszkodowawczego w stosunku do wierzycieli i akcjonariuszy likwidowanego podmiotu w przypadku pogorszenia ich sytuacji w stosunku do hipotetycznego postępowania upadłościowego; e) określenie przesłanek, na podstawie których KNF stwierdza zagrożenie upadłością podmiotu na potrzeby decyzji o wszczęciu postępowania przymusowej restrukturyzacji
Nowe instytucje systemowe	a) utworzenie funduszu przymusowej restrukturyzacji, określenie zasad jego zasilania i sposobu finansowania postępowania przymusowej restrukturyzacji; b) wprowadzenie przepisów regulujących zasady stosowania narzędzi przymusowej restrukturyzacji: – przejęcia przedsiębiorstwa, – instytucji pomostowej, – umorzenia lub konwersji zobowiązań, – wydzielenia praw majątkowych

Źródło: opracowanie własne

Ponadto ustawa:

- określa przesłanki, na podstawie których stwierdza się, iż dany podmiot jest zagrożony upadłością, co jest asumptem do wszczęcia postępowania przymusowej restrukturyzacji (o czym będzie mowa w dalszej części artykułu);
- nakłada na określone podmioty bankowe obowiązek opracowania planów postępowania przymusowej restrukturyzacji oraz informowania BFG o zaistnieniu zdarzeń istotnie zmieniających strukturę organizacyjną lub prawną, a także sytuację finansową podmiotu;
- określa zasady współpracy BFG z organami przymusowej restrukturyzacji z innych państw członkowskich i państw trzecich, Europejskim Urzędem Nadzoru Bankowego oraz innymi organami zaangażowanymi w postępowanie przymusowej restrukturyzacji;
- wprowadza zmiany w zakresie organizacji i gospodarki finansowej BFG będące następstwem rozszerzenia zakresu zadań.

Ustawa reguluje **obowiązki informowania BFG przez KNF o zagrożeniu upadłością podmiotu krajowego** oraz wymienia szczegółowe okoliczności, w których ten obowiązek informacyjny powinien być realizowany. Obowiązek ten ma absolutnie kluczowe znaczenie dla powodzenia i sensu wszczęcia przymusowej restrukturyzacji. KNF ma obowiązek informować BFG o spełnieniu określonych w ustawie warunków wskazujących na wystąpienie zagrożenia upadłością oraz braku wiarygodnych przesłanek wskazujących na możliwość usunięcia tego zagrożenia poprzez działania nadzorcze lub podejmo-

wane przez podmiot w sprawach dotyczących podmiotu krajowego lub podmiotu, wobec którego KNF sprawuje nadzór skonsolidowany. Analogiczna zasada dotyczy także oddziału banku zagranicznego. KNF niezwłocznie informuje BFG o zaprzestaniu spełniania przez taki oddział warunków uzyskania zezwolenia na prowadzenie działalności, zaprzestaniu regulowania zobowiązań lub wszczęciu przez organy państwa trzeciego postępowania przymusowej restrukturyzacji.

Przepisy ustawy transponują do polskiego porządku prawnego dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/59/UE z 15 maja 2014 r. ustanawiającą ramy na potrzeby prowadzenia działań naprawczych oraz restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji w odniesieniu do instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych oraz dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/49/UE z 16 kwietnia 2014 r. w sprawie systemów gwarancji depozytów. Ich wdrożenie ma przyczynić się do wzmocnienia stabilności systemu bankowego i ochrony deponentów, minimalizując ryzyko zaangażowania pieniędzy podatników w sytuacji zagrożenia upadłością podmiotów sektora bankowego. Ma to szczególne znaczenie z uwagi na fakt, iż Polska nie jest członkiem unii bankowej obowiązującej na terenie strefy euro, a tym samym nie będzie objęta europejskim systemem gwarantowania depozytów[25].

PROCEDURA RESTRUKTURYZACJI BANKÓW W PRAWIE RESTRUKTURYZACYJNYM

De lege lata procedura restrukturyzacji banków znajdujących się w trudnej sytuacji znajduje już swoje uregulowanie w dziale III ustawy z 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne. Zgodnie z art. 368 PrRest restrukturyzację przeprowadza się wyłącznie w postępowaniu układowym. Wniosek o otwarcie postępowania układowego wobec banku może zgłosić wyłącznie Komisja Nadzoru Finansowego. Ustawodawca odstąpił zatem od zasady dobrowolności, tj. otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego wyłącznie na wniosek dłużnika.

Analizując przedmiotowe regulacje, należy jednak zwrócić uwagę, iż regulacje dotyczące postępowań restrukturyzacyjnych wobec banków i spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych zawierają postanowienia sprzeczne z logiką i celami postępowania restrukturyzacyjnego. Przypomnieć należy, iż celem każdego postępowania restrukturyzacyjnego jest uniknięcie ogłoszenia upadłości dłużnika przez umożliwienie mu restrukturyzacji w drodze zawarcia układu z wierzycielami (art. 3 PrRest). Natomiast wprowadzone przez ustawodawcę rozwiązania w niektórych sytuacjach wręcz uniemożliwiają przeprowadzenie restrukturyzacji zobowiązań banku w drodze układu z wierzycielami.

Zgodnie z art. 369 ust. 1 PrRest z dniem otwarcia postępowania układowego automatycznemu rozwiązaniu ulegają umowy rachunku bankowego, kredytu i pożyczki (jeżeli do dnia otwarcia postępowania układowego nie nastąpiło oddanie środków pieniężnych do dyspozycji kredytobiorcy lub pożyczkobiorcy) oraz poręczenia, gwarancji bankowych i akredytyw (jeżeli do dnia otwarcia postępowania układowego bank nie otrzymał prowizji z tytułu tych czynności). W kontekście powyższego pojawia się pytanie, z jakich źródeł bank będzie uzyskiwał dochody umożliwiające choćby pokrycie kosztów postępowania restrukturyzacyjnego. Przypomnieć należy, iż zgodnie z art. 208 ust. 1 PrRest koszty postępowania restrukturyzacyjnego ponosi dłużnik, a utrata zdolności do ich ponoszenia jest przesłanką umorzenia postępowania (art. 326 PrRest). Należy także wskazać, że automatyczne rozwiązanie umów rachunku bankowego stwarza potencjalne zagrożenia dla klientów banku, przejawiające się w braku dostępu do środków mogących wpływać na te rachunki w okresie po otwarciu postępowania restrukturyzacyjnego (np. wskutek wpłat dokonywanych przez kontrahentów deponenta). W skrajnym przypadku rozwiązanie np. umowy jedynego rachunku firmowego może skutkować utratą przez deponenta płynności finansowej.

Kolejna wada ma charakter systemowy. Jak wskazano powyżej, restrukturyzacja zobowiązań banku winna nastąpić przez układ zawarty z wierzycielami. Należy jednak pamiętać, iż deponenci (wierzyciele) banku mają gwarancje BFG. W konsekwencji nie mają oni żadnego interesu w zawarciu układu z bankiem, ponieważ propozycje układowe – w odróżnieniu od gwarancji BFG w zakresie równowartości 100 000 euro – będą zapewne przewidywać redukcję długów. Trudno zatem wyobrazić sobie w praktyce sposób realizacji najważniejszego celu postępowania restrukturyzacyjnego.

Poważne wątpliwości budzi także regulacja art. 426 ust. 1 PrUp, wprowadzająca nową przesłankę upadłościową dla instytucji bankowych. Zgodnie z tym przepisem bank jest niewypłacalny również wówczas, gdy według bilansu sporządzonego na koniec okresu sprawozdawczego jego aktywa nie wystarczają na zaspokojenie zobowiązań. Niewątpliwie z uwagi na specyfikę działalności bankowej takie sytuacje mogą się przejściowo zdarzać i niekoniecznie muszą się wiązać z zagroże-

[25] Źródło: http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk8.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=215, wizyta z 26 kwietnia 2016 r.

niem niewypłacalności. Ustawodawca dostrzegł zresztą problem związany z występowaniem omawianych sytuacji i określił stosowne zasady postępowania w art. 158 prawa bankowego. Wspomniany przepis przewiduje, iż stosowne kompetencje do działania ma wówczas KNF. Natomiast w obecnym stanie prawnym KNF jest *de facto* ubezwłasnowolniony pod względem decyzyjnym i zmuszony do skierowania wniosku o ogłoszenie upadłości banku, co rodzi niebezpieczeństwa o trudnych do oszacowania stopniu i skutkach. Trzeba zaznaczyć, że powyższe wyliczenie nie wyczerpuje całości uwag i wątpliwości wynikających z nowo wprowadzonych przepisów.

Reasumując, całościowa ocena regulacji dotyczących postępowań restrukturyzacyjnych wobec banków i spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych jest zdecydowanie krytyczna. Przepisy te nie uwzględniają unikalnej specyfiki działalności banków i innych instytucji kredytowych, a co za tym idzie, nie doprowadzą do realizacji w stosunku do instytucji bankowych celów przewidzianych przez ustawodawcę dla ustawy – Prawo restrukturyzacyjne.

RELACJA POMIĘDZY INSTYTUCJAMI WPROWADZONYMI W NOWEJ USTAWIE O BFG A REGULACJAMI ZAWARTYMI W PRAWIE BANKOWYM, RESTRUKTURYZACYJNYM I UPADŁOŚCIOWYM

W kontekście przytoczonych zastrzeżeń odnoszących się do ustawy – Prawo restrukturyzacyjne zasadniczego znaczenia nabiera kwestia relacji pomiędzy instytucjami wprowadzonymi w nowej ustawie z 10 czerwca 2016 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji a regulacjami zawartymi w Prawie restrukturyzacyjnym i Prawie upadłościowym.

Regulacje art. 10 i 11 prawa upadłościowego określają przesłanki ogłoszenia upadłości każdego przedsiębiorcy. Zgodnie z art. 10 PrUp upadłość ogłasza się wobec dłużnika, który stał się niewypłacalny. Stan niewypłacalności może wynikać z zaistnienia przesłanki płynnościowej bądź przesłanki kapitałowej. Wystąpienie co najmniej jednej z nich jest równoznaczne z popadnięciem przedsiębiorcy w stan niewypłacalności w rozumieniu prawa upadłościowego, a co a tym idzie – konstytuuje obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Dodatkową przesłankę upadłościową dla instytucji bankowych określa także art. 426 ust. 1 PrUp, zgodnie z którym bank jest niewypłacalny również wówczas, gdy według bilansu sporządzonego na koniec okresu sprawozdawczego aktywa nie wystarczają na zaspokojenie jego zobowiązań. Przesłanki ogłoszenia upadłości banku reguluje także art. 158 prawa bankowego. Zgodnie z powołanym przepisem KNF zobowiązany jest złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości, jeżeli według bilansu sporządzonego na koniec okresu sprawozdawczego aktywa banku nie wystarczają na zaspokojenie jego zobowiązań bądź jeżeli z powodów związanych bezpośrednio z sytuacją finansową banku nie reguluje on swoich zobowiązań w zakresie wypłaty środków objętych obowiązkowym systemem gwarantowania depozytów wobec deponentów uprawnionych do otrzymania tych środków. Co istotne, KNF nie może skierować wniosku o ogłoszenie upadłości banku, jeżeli BFG wydał wcześniej decyzję o wszczęciu przymusowej restrukturyzacji.

Godzi się w tym miejscu odnotować, że ustawa o BFG wprowadza zmianę w treści art. 426 ust. 2 i art. 441a ust. 1 PrUp, które w nowym brzmieniu stanowić będą, że wniosek o ogłoszenie upadłości banku bądź SKOK-u może zgłosić nie tylko Komisja Nadzoru Finansowego, ale także Bankowy Fundusz Gwarancyjny.

Z kolei w nowo uchwalonej ustawie o BFG ustawodawca posługuje się sformułowaniem „podmiot zagrożony upadłością". Zgodnie z art. 101 ust. 3 ustawy o BFG podmiot uznaje się za zagrożony upadłością w przypadku wystąpienia co najmniej jednej z następujących okoliczności: gdy występują przesłanki do uznania, że nie będzie on spełniał warunków prowadzenia działalności w stopniu uzasadniającym uchylenie albo cofnięcie zezwolenia na utworzenie banku albo prowadzenie działalności maklerskiej przez dom maklerski; gdy aktywa podmiotu nie wystarczają na zaspokojenie jego zobowiązań albo występują przesłanki uznania, że aktywa podmiotu nie wystarczą na zaspokojenie jego zobowiązań; gdy podmiot nie reguluje swoich wymagalnych zobowiązań albo występują przesłanki uznania, że nie będzie ich regulował; wreszcie gdy kontynuacja działalności podmiotu wymaga zaangażowania nadzwyczajnych środków publicznych.

Podmiotem odpowiedzialnym za nadzór nad instytucjami bankowymi, także pod kątem ewentualnego wystąpienia przesłanek do ogłoszenia upadłości instytucji tego rodzaju, jest KNF działający na podstawie przepisów ustawy z 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym. Stosownie do art. 101 ust. 1 ustawy o BFG o „zagrożeniu banku upadłością" Komisja Nadzoru Finansowego jest zobowiązana niezwłocznie poinformować BFG. Analogiczny obowiązek nakłada na KNF również przepis art. 157f ust. 1 Prawa bankowego[26].

[26] Jest to zatem ewidentny przypadek *superfluum*.

Przesłanka „zagrożenia upadłością" ma istotne znaczenie z punktu widzenia wszczęcia postępowania przymusowej restrukturyzacji. BFG jest zobligowany do wydania decyzji o wszczęciu postępowania przymusowej restrukturyzacji albo decyzji o umorzeniu lub konwersji instrumentów kapitałowych, gdy spełnione są następujące warunki: podmiot krajowy jest zagrożony upadłością; brak jest przesłanek wskazujących, że możliwe działania nadzorcze lub działania podmiotu krajowego pozwolą we właściwym czasie usunąć zagrożenie upadłością; a także działania wobec podmiotu krajowego konieczne są w interesie publicznym. Przesłanki te muszą zostać spełnione łącznie.

Ustawa o BFG wprowadza natomiast zasadniczą zmianę odnośnie do zakresu stosowania ustawy – Prawo restrukturyzacyjne. Artykuł 4 ust. 2 PrRest w nowym brzmieniu stanowi, że przepisów ustawy nie stosuje się m.in. do: banków krajowych; Banku Gospodarstwa Krajowego; oddziałów banków zagranicznych; spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych; funduszów inwestycyjnych oraz instytucji finansowych w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 26 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 575/2013 z 26 czerwca 2013 r. Uchylony zostaje jednocześnie w całości dział III Tytułu IV ustawy, regulujący odrębny tryb postępowania restrukturyzacyjnego wobec banków i SKOK-ów. Oznacza to, że nowa ustawa o BFG wyłączy w całości banki, kasy i inne instytucje bankowe spod reżimu ustawy – Prawo restrukturyzacyjne, a jedynym ustawowym aktem prawnym regulującym postępowanie restrukturyzacyjne tych podmiotów stanie się nowa ustawa o BFG.

Wreszcie, należy pamiętać, iż zgodnie z art. 81 ust. 3 ustawy o BFG istotnym elementem planu przymusowej restrukturyzacji może być założenie o przeprowadzeniu postępowania upadłościowego podmiotu. Również w trakcie postępowania restrukturyzacyjnego BFG może wystąpić z wnioskiem o ogłoszenie upadłości banku w restrukturyzacji, jeżeli wobec tego banku zostały spełnione przesłanki, o których mowa w art. 158 ust. 1 prawa bankowego. Dodatkowo w przypadku całkowitego bądź częściowego niepowodzenia przymusowej restrukturyzacji wobec podmiotu restrukturyzowanego bądź pozostałego po jego restrukturyzacji podmiotu rezydualnego BFG podejmuje działania kończące byt prawny tego podmiotu w trybie likwidacji bądź postępowania upadłościowego.

Zestawienie omawianych sformułowań języka prawnego, tj. upadłości „podmiotu niewypłacalnego" (w rozumieniu prawa upadłościowego) oraz popadnięcia w stan „podmiotu zagrożonego upadłością", nasuwa spostrzeżenie, iż za podmiot zagrożony upadłością ustawodawca uznaje „podmiot zagrożony popadnięciem w stan niewypłacalności". Wniosek ten jest tym bardziej zasadny, że ustawa o BFG nie definiuje w żaden sposób stanu niewypłacalności podmiotu, zatem definicja tego stanu zawarta w prawie upadłościowym pozostaje jedyną definicją legalną. Pojęciem „podmiotu zagrożonego niewypłacalnością" posługuje się natomiast ustawa – Prawo restrukturyzacyjne (art. 6 ust. 1 PrRest), nie definiując jednak tego statusu, a jedynie odwołując się do definicji niewypłacalności zawartej w prawie upadłościowym.

Nasuwa się w tym miejscu wniosek, iż wszystkie omawiane ustawy, tj. Prawo upadłościowe, ustawa o BFG, Prawo bankowe oraz Prawo restrukturyzacyjne, zachowują jedną siatkę pojęciową, z zastrzeżeniem, iż sformułowania „podmiot zagrożony upadłością" oraz „podmiot zagrożony niewypłacalnością" posiadają w istocie jeden i ten sam desygnat pojęciowy.

O ile wniosek ten *sui generis* jest uzasadniony, o tyle twierdzenia, iż sformułowania „podmiot zagrożony upadłością" oraz „podmiot zagrożony niewypłacalnością" są w istocie równoznaczne, nie da się uzasadnić w świetle treści art. 101 ust. 3 ustawy o BFG. Regulacja ta stanowi, iż za zagrożony upadłością uznaje się m.in. podmiot, którego aktywa nie wystarczają na zaspokojenie jego zobowiązań lub który nie reguluje swoich wymagalnych zobowiązań. Nie wchodząc w szczegółową analizę relacji poszczególnych ustawowych przesłanek upadłości banku określonych w art. 11 PrUp i art. 158 Prawa bankowego, trzeba zauważyć, że podmiot, którego aktywa nie wystarczają na zaspokojenie jego zobowiązań lub który nie reguluje swoich wymagalnych zobowiązań, już osiągnął stan niewypłacalności w rozumieniu prawa upadłościowego, nie można zatem uznać, że jest on jedynie zagrożony popadnięciem w ten stan. Użyte w ustawie o BFG pojęcie „podmiotu zagrożonego upadłością" ma zatem szerszy zakres znaczeniowy niż pojęcie „podmiotu zagrożonego niewypłacalnością" zawarte w ustawie – Prawo restrukturyzacyjne. Podmiotem zagrożonym upadłością w rozumieniu ustawy o BFG jest zarówno podmiot zagrożony popadnięciem w stan niewypłacalności, jak i podmiot, który już ten stan osiągnął.

Zestawienie wymienionych regulacji prowadzi również do wniosku, iż ustawodawca przyjął w związku z uchwaleniem ustawy o BFG następujące założenia systemowe:

– wobec instytucji bankowych nie mają zastosowania instrumenty restrukturyzacji sądowej uregulowane w ustawie z 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne;

– podmiot, który w rozumieniu ustawy o BFG jest „zagrożony upadłością", może (choć nie musi) kwalifikować się jednocześnie do ogłoszenia upadłości w rozumieniu przepisów prawa upadłościowego i/lub prawa bankowego;
– zarówno względem banków zagrożonych upadłością w rozumieniu ustawy o BFG, jak i banków spełniających przesłanki do ogłoszenia upadłości w rozumieniu ustawy prawo upadłościowe i/lub ustawy prawo bankowe, winny zostać w pierwszej kolejności zastosowane instrumenty przymusowej restrukturyzacji uregulowane w nowej ustawie o BFG (*resolution regime*);
– „klasyczna" upadłość pozostaje nadal trybem *ultima ratio*, który znajduje zastosowanie jedynie w przypadkach, gdy zawiodły lub nie są możliwe do zastosowania instrumenty przymusowej restrukturyzacji zawarte w ustawie o BFG.

PODSUMOWANIE

Dotychczasowe krajowe regulacje w przedmiocie upadłości banków były nieadekwatne i niewystarczające. Wynikało to, jak się zdaje, z dwóch zasadniczych przyczyn.

Pierwszą z nich jest okoliczność, iż w Polsce, w przeciwieństwie do Europy Zachodniej i Stanów Zjednoczonych, kryzys w sektorze bankowym w zasadzie nie wystąpił, wskutek czego nie pojawił się impuls dla reformy prawa upadłościowego w zakresie niewypłacalności banków. Niewystąpienie kryzysu sektora bankowego nie oznacza jednak braku potrzeby wprowadzenia odpowiednich zmian w polskim porządku prawnym.

Drugą z przyczyn jest postrzeganie regulacji z zakresu *resolution regime* jako swoistego nieuprawnionego uprzywilejowania banków i podobnych instytucji. Jest to problem istotny w kontekście faktu, iż instytucja upadłości – przede wszystkim przedsiębiorców, ale także konsumentów – w zasadzie od początku transformacji ustrojowej zmaga się w naszym kraju z problemem negatywnego odium ciążącego na podmiocie, którego upadłość została ogłoszona. Przyznanie instytucjom bankowym prawa do wszczęcia i przeprowadzenia procedur restrukturyzacji i/lub likwidacji na unikalnych zasadach będzie musiało z przyczyn oczywistych zmierzyć się z oporem opinii publicznej wynikającym z zauważalnej nieufności i niechęci znacznej części obywateli do instytucji bankowych oraz osób nimi zarządzających. Z problemem tym wiązała się niechęć ustawodawcy do wdrożenia stosownych rozwiązań prawnych, połączona z obawą utraty kapitału politycznego i poparcia wyborców.

Tego podejścia ustawodawcy nie sposób jednak było określić inaczej niż jako „chowanie głowy w piasek". Bezspornie tak w obrocie gospodarczym *sensu largo*, jak i w ramach rynku kapitałowego od zawsze występowały i będą nadal występować sytuacje kryzysowe o różnym stopniu natężenia. Występowanie omawianych sytuacji jest ściśle związane z fluktuacjami koniunktury gospodarczej (cyklami koniunkturalnymi), które również stanowią nieodłączną część obrotu gospodarczego. Jednocześnie pozycja banków, jako instytucji zapewniających dostęp do kapitału koniecznego do prowadzenia działalności gospodarczej, zawsze będzie miała charakter unikalny. Co za tym idzie, zawsze istnieć będzie zagrożenie, iż ewentualne skutki związane z trudną sytuacją instytucji bankowych będą odczuwalne przez znacznie szerszy krąg podmiotów niż w przypadku upadłości przedsiębiorstwa prowadzącego działalność w innej branży.

Nasuwa się zatem oczywisty wniosek, iż problemom wynikającym z popadnięcia przez bank w trudną sytuację finansową lepiej zapobiegać, niż być zmuszonym likwidować ich skutki. Zapobieganie może w tym przypadku przybrać formę interwencji stosownych instytucji na etapie na tyle wczesnym, by skutki te zminimalizować. Przedmiotem debaty winny być ewentualnie forma i zakres stosownych możliwości i działań odpowiednich organów, a nie sama konieczność wprowadzenia stosownych regulacji *resolution regime.*

W tym kontekście obszerne zmiany w systemie prawa upadłościowego, wprowadzone swego czasu ustawą z 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne, należy ocenić jako nie tylko utraconą szansę na wprowadzenie stosownych regulacji, ale także niewykorzystaną szansę na wywołanie takiej debaty. Reforma prawa upadłościowego związana z uchwaleniem prawa restrukturyzacyjnego nie uwzględnia bowiem wniosków wysnutych ze skutków kryzysu finansowego z 2008 r.

Trzeba podkreślić, iż wprowadzenie regulacji *resolution regime* nie ma nic wspólnego z nieuzasadnionym uprzywilejowaniem banków czy ochroną osób nimi zarządzających. Kwestia ta jest istotna z uwagi na okoliczność, iż kryzys finansowy z roku 2007 i lat następnych wynikł w znacznej mierze z nieodpowiedzialnych i ryzykownych działań osób zarządzających instytucjami bankowymi i podobnymi. Celem trybów uporządkowanej likwidacji jest minimalizacja negatywnych skutków zjawiska, co nie stoi na przeszkodzie podejmowaniu wszelkich działań zmierzających do egzekwowania odpowiedzialności od osób odpowiedzialnych za zachowania nieetyczne, wykraczające poza dopuszczalny zakres ryzyka biznesowego, lub wręcz

wypełniające znamiona przestępstw w rozumieniu prawa karnego. Wszelkie nadużycia tego rodzaju winny być stanowczo piętnowane i karane, a sankcje za wspomniane działania – zarówno o charakterze majątkowym, jak i karnoprawnym – winny stanowić konieczne dopełnienie regulacji *resolution regime*.

Omówiona ustawa z 10 czerwca 2016 r. wydaje się być krokiem we właściwą stronę. Jest to jednak także krok w nieznane. Krajowe doświadczenia w zakresie *resolution regime* banków są mniej niż skromne, a diabeł – jak zawsze – tkwi w szczegółach. Na dziś trudno ocenić, czy rozwiązania zawarte w ustawie sprawdzą się w praktyce. Obszerność omawianego aktu prawnego wyklucza szczegółowe poruszenie poszczególnych instytucji przymusowej restrukturyzacji w ramach tego artykułu, a co za tym idzie, ich pełną ocenę merytoryczną. Już na obecnym etapie można natomiast zasygnalizować, iż kwestią absolutnie kluczową dla funkcjonowania ustawy jest prawidłowa i stała współpraca pomiędzy organem nadzoru, tj. KNF, i organem przymusowej restrukturyzacji, tj. BFG. Konieczność współpracy przejawia się w szczególności w następujących aspektach:

a) do wdrożenia instrumentów przymusowej restrukturyzacji na odpowiednio wczesnym etapie konieczny jest czynny nadzór banków i podmiotów pokrewnych przez KNF. Wynika to z samej specyfiki *resolution regime*, wymuszającej ciągłe monitorowanie działalności banków, kas i innych instytucji finansowych. Nadzór ten może się z kolei opierać jedynie na czynnym i ustawicznym współdziałaniu BFG, KNF oraz osób zarządzających tymi instytucjami. Bez takiego systemu monitorowania uregulowania zawarte w ustawie nie będą mogły zostać zastosowane w praktyce, a co za tym idzie – również i nowo uchwalona ustawa nie spełni celów, jakie postawił ustawodawca;
b) z kwestią nadzoru ściśle związane pozostaje zagadnienie współpracy oraz wymiany informacji na linii KNF i BFG. Pomimo zachowania postulowanego przez Dyrektywę podziału na organ nadzorczy (KNF) i organ przymusowej restrukturyzacji (BFG) kompetencje obu instytucji częściowo się krzyżują. Kluczowe będzie zatem wypracowanie odpowiednich procedur roboczych w zakresie bieżącego monitorowania sytuacji banków i przekazywania stosownych informacji bez zbędnej zwłoki;
c) nieprecyzyjnie określona jest relacja pomiędzy przesłankami stosowania instrumentów przymusowej restrukturyzacji uregulowanymi w ustawie o BFG a przesłankami stosowania środków wczesnej interwencji uregulowanymi w art. 141m i nast. prawa bankowego, takimi jak wdrażanie planu naprawy i udzielanie wsparcia finansowego. Zarówno środki wczesnej interwencji, jak i przymusowa restrukturyzacja mają za zadanie przeciwdziałać upadłości banku. Środki wczesnej interwencji wdrażane są przez KNF, natomiast środki przymusowej restrukturyzacji przez BFG. Ponownie zatem należy podkreślić kluczowy aspekt współpracy tych dwóch instytucji celem uniknięcia sytuacji, w której w stosunku do jednego podmiotu podejmować się będzie czynności z zakresu dwóch różnych procedur restrukturyzacyjnych;
d) jak opisano, przesłanki przymusowej restrukturyzacji i upadłości krzyżują się. Mamy także dwie instytucje (KNF i BFG), które władne są skierować do właściwego sądu wniosek o ogłoszenie upadłości banku. W praktyce wystąpić może zatem konieczność podjęcia w krótkim czasie decyzji odnośnie do, alternatywnie, wszczęcia przymusowej restrukturyzacji albo kierowania wniosku o ogłoszenie upadłości. Jak się wydaje, w takim procesie decyzyjnym winny uczestniczyć i współpracować ze sobą zarówno KNF, jak i BFG.

DORADCA
restrukturyzacyjny

ISSN 2450-1956