



PRAWO UPADŁOŚCIOWE I MEDIACJE – WYBRANE ZAGADNIENIA

W związku z powstaniem Centrum Mediacji przy Krajowej Izbie Doradców Restrukturyzacyjnych konieczne wydaje się podjęcie próby wskazania, w jakich obszarach związanych z prawem restrukturyzacyjnym i upadłościowym możliwe jest skorzystanie z zalet mediacji jako procesu rozwiązywania sporów.

W ramach publikowanego opracowania zbadane zostaną możliwości stosowania mediacji, ale tylko w obszarze związanym z prawem upadłościowym, pozostawiając obszar związany z prawem restrukturyzacyjnym na odrębne opracowanie, które – mam nadzieję – wkrótce również ukaże się w tym czasopiśmie. Taki „dualizm” w metodzie badawczej jest uzasadniony nie tylko względami praktycznymi związanymi z ewentualną objętością opracowania, ale również normatywnym kształtem prawa restrukturyzacyjnego i upadłościowego. O ile bowiem należy się zgodzić, że prawo restrukturyzacyjne i prawo upadłościowe tworzą kompleksową regulację prawną, mającą za przedmiot relacje pomiędzy niewypłacalnym lub zagrożonym niewypłacalnością dłużnikiem a jego wierzycielami², o tyle te dwa rodzaje postępowania stanowią wyraz powrotu do założeń, w których postępowania restrukturyzacyjne i upadłościowe były odrębnie uregulowane i proceduralnie rozłączne³.

Mediacja w postępowaniu cywilnym jest uregulowana w art. 183¹-183¹⁵ i stanowi realizację postulatów wyrażonych w dyrektywie UE 2008/52/EC o niektórych aspektach mediacji w sprawach cywilnych i handlowych.

Niezależnie od poglądu na temat miejsca prawa upadłościowego w systemie prawa⁴ niewątpliwie postępowanie upadłościowe (a także postępowanie restrukturyzacyjne) należy zakwalifikować jako rodzaj postępowania cywilnego, sądowego⁵.

W literaturze podnosi się, że z uwagi na to, iż prawo upadłościowe nie reguluje w sposób zupełny wszystkich zagadnień związanych z postępowaniem, ustawodawca odesłał do kodeksu postępowania cywilnego zarówno jeżeli chodzi o postępowanie w przedmiocie ogłoszenia upadłości, jak i postępowanie po ogłoszeniu upadłości⁶. Jeżeli bowiem dane zagadnienie nie jest uregulowane w prawie upadłościowym lub jest uregulowane w sposób fragmentaryczny, to możliwe jest zastosowanie przepisów księgi pierwszej części pierwszej kodeksu postępowania cywilnego, z wyjątkiem przepisów o zawieszeniu i wznowieniu postępowania⁷.

Jak zostanie szczegółowo uargumentowane, w moim przekonaniu oznacza to, że z uwagi na umiejscowienie w kodeksie postępowania cywilnego regulacji dotyczących mediacji w postępowaniu cywilnym oraz biorąc pod uwagę jej relację do przepisów prawa upadłościowego, może ona być zastosowana zarówno na etapie postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości (art. 35 pr. up.), jak i po nim (art. 229 pr. up.). Oczywiście skoro w art. 35 i 229 pr. up. mowa o „odpowiednim” stosowaniu przepisów kodeksu postępowania cywilnego, przeciwnicy prezentowanego poglądu mogą podnosić, że odpowiednie stosowanie może oznaczać, iż w postępowaniu

¹ Stały mediator sądowy, doradca restrukturyzacyjny, prezes Centrum Mediacji przy Krajowej Izbie Doradców Restrukturyzacyjnych, członek prezydium i sekretarz sekcji naukowej INSO – Sekcja Prawa Upadłościowego i Restrukturyzacyjnego w Instytucie Allerhanda.

² Por. Hrycaj A., Filipiak P., *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 19.

³ Por. Witosz A.J., [w:] A.J. Witosz (red.), *Prawo upadłościowe. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 40.

⁴ Szerzej na ten temat por. Adamus R., *Prawo upadłościowe, Komentarz*, Warszawa 2019, komentarz do art. 1, nb. 14.

⁵ Por. Janda P., *Ochrona osób trzecich w postępowaniu upadłościowym obejmującym likwidację majątku upadłego przedsiębiorcy*, Warszawa 2011, s. 16 i n.

⁶ Tak Adamus R., *Miejsce Prawa upadłościowego i naprawczego w systemie prawa*, „PUG” 2011, nr 1, s. 19.

⁷ Tak Jakubecki A., Zedler F., *Prawo upadłościowe i naprawcze...*, s. 89.

niu upadłościowym nie powinny być w ogóle stosowane przepisy kodeksu postępowania cywilnego o mediacji.

Bezsporne jest, że „nauka – zarówno ogólna teoria prawa, jak i prawo cywilne wypracowały już w tym względzie zgodne stanowisko, w myśl którego odpowiednie stosowanie przepisów prawa polega na uprzednim uporządkowaniu tych przepisów w trzy dość istotnie różne grupy. Do pierwszej grupy należą przypadki, w których odnośne przepisy prawa bez żadnych zmian mają być stosowane do odnoszonych stosunków czy instytucji. Do drugiej grupy natomiast należą przypadki, w których odnośne przepisy stosowane są z pewnymi zmianami. Do trzeciej grupy wreszcie należą te przepisy, które w ogóle nie mogą być stosowane do określonych stosunków czy instytucji, 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”⁸.

Warto tu również podkreślić, iż „1) jeśli przepis nie jest sprzeczny z istotą danej instytucji, to zalicza się go do pierwszej grupy, 2) jeśli przepis powodowałby taką sprzeczność, ale da się przez jego korektę owej sprzeczności uniknąć – należy do grupy drugiej, 3) jeśli przepis powodowałby sprzeczność radykalną, tj. niedającą się zlikwidować nawet przez odpowiednią korektę, należy do grupy trzeciej”⁹. Dodatkowo „należy również zaznaczyć, że pojęcie «odpowiedniego stosowania» odniesionych przepisów dotyczy całego zbioru tych przepisów, przez co dopiero pośrednio przenosi się na odpowiedniość poszczególnych przepisów; to cały zbiór stosuje się odpowiednio, co w konsekwencji przekłada się na to, że niektóre elementy tego zbioru (te, które spełniają kryterium 1) stosuje się bez zmian, inne (te z grupy 2) stosuje się ze zmianami, a jeszcze inne (te z grupy 3) nie są stosowane w ogóle”¹⁰.

Analizując mediację pod kątem jej odpowiedniego stosowania w postępowaniu upadłościowym, należy zatem każdorazowo zastanowić się, czy nie jest ona sprzeczna z jego zasadami, w szczególności z ogólną zasadą optymalizacji, o której mowa w art. 2 pr. up.

MEDIACJA JAKO SZANSA NA ZWIĘKSZENIE EFEKTYWNOŚCI POSTĘPOWANIA UPADŁOŚCIOWEGO

Uzasadniając swój wysiłek w poszukiwaniu możliwości stosowania mediacji w postępowaniu upadłościowym,

⁸ Tak Radwański M., Zieliński M., [w:] M. Safjan (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 1, Warszawa 2012, s. 423.

⁹ Tamże, s. 424.

¹⁰ Tamże.

warto przypomnieć, że jest on inspirowany ideą drugiej szansy, którą w czasach niepewności i niestabilności gospodarki, jakie mamy obecnie, proponuje również S. Morawska. Model ten charakteryzuje się licznymi opcjami restrukturyzacyjnymi oraz dużym luzem decyzyjnym sędziego, który przy ogłaszaniu upadłości przedsiębiorstwa powinien kierować się względami ekonomicznymi.

Zdaniem tej autorki sędzia powinien zatem odstąpić od automatyzmu prawnego na rzecz rozszerzonej i bardziej elastycznej analizy ekonomicznej konkretnego przypadku, uwzględniając również ewentualne skutki ekonomiczne lub społeczne związane z upadłością danego przedsiębiorcy. W celu zapewnienia wdrożenia do praktyki sądowej takiego modelu należy koniecznie „zapewnić sądowi możliwość skierowania sprawy w pierwszej kolejności do mediacji w celu uzgodnienia kompromisu między dłużnikiem a wierzycielami co do spłaty zobowiązań”¹¹.

Niestety w chwili obecnej taki model jest w Polsce tylko modelem życzeniowym, bowiem jedyne znane mi przypadki, gdzie sędzia-komisarza skierował do mediacji, dotyczą spraw o wyłączenia z masy upadłości, o których mowa w art. 74 pr. up.¹² W zakresie upadłości konsumenta W. Szpringer zauważa, że mamy do czynienia z dwoma modelami: angloamerykańskim (*fresh start*) oraz kontynentalno-europejskim (*earned fresh start*)¹³. Wspólnym mianownikiem tych modeli jest „badanie moralności płatniczej i utrudnianie dostępu do upadłości konsumenckiej”¹⁴.

Propozycja tego autora polegająca na wprowadzeniu modelu dwuetapowego (faza pozasądowa i sądowa) w postaci próby sanacji i układu z wierzycielami, a następnie etapu sądowego wydaje się słuszna. Do takiego rodzaju modelu wydaje się predestynowane postępowanie o zawarciu układu na zgromadzeniu wierzycieli przez osobę fizyczną nieprowadzącą działalności gospodarczej, które polski ustawodawca dodał do prawa upadłościowego ustawą z 30 sierpnia 2019 r. (Dz. U. poz. 1802), która weszła w życie 24 marca 2020 r. Z uwagi na to w literaturze

¹¹ Tak Morawska S., *Mediacja jako alternatywa dla postępowań upadłościowych*, www.tnp.edu.pl/files/miadiacje%20jako%20alternatywa%20dla%20postepowan%20upadlosciowych.pdf.

¹² Por. Krzanicka A., *Mediacja w postępowaniu upadłościowym – przyczyny niekierowania spraw do mediacji w ramach postępowań upadłościowych, jej potencjał oraz możliwości zastosowania*, [w:] J. Czapska, M. Szelaąg (red.), *Mediacje w prawie*, Kraków 2014, s. 169.

¹³ Termin *fresh start* odnosi się do uwolnienia osoby od długu jak najszybszym i najprostszym sposobem. W europejskich systemach termin ten oznacza uwolnienie od długu, które powinno być częścią procedury upadłościowej i niekoniecznie powinno przebiegać w jak najłatwiejszy sposób. Por. też Szymańska A., *Upadłość konsumenta w Polsce na tle doświadczeń innych krajów Unii Europejskiej*, Warszawa 2014, s. 97; Podczaszy J., *Quo vadis homo debitor – rozważania na temat prawnego uregulowania upadłości konsumenckiej*, „Edukacja Prawnicza” 2014, nr 11, s. 22.

¹⁴ Tak Szpringer W., *Spoleczna odpowiedzialność banków: między ochroną konsumenta a osłoną socjalną*, Warszawa 2009, s. 278.

formułuje się tezę, że krystalizują się dwa systemy przeprowadzenia upadłości konsumenckiej: o charakterze sądowym i pozasądowym¹⁵.

Mimo że procedura pozasądowa jest znacznie tańsza i cechuje się większą elastycznością (m.in. z uwagi na możliwość dopasowania planu spłaty dłużnika do jego indywidualnych potrzeb), to większość europejskich systemów prawnych preferuje model mieszany. Taka preferencja podyktowana jest faktem, że niektóre przypadki wymagają zastosowania procedury sądowej. Niemniej jednak większość państw europejskich przewiduje możliwość stosowania obu trybów. Warto tu wspomnieć nie tylko o systemie prawnym w Luksemburgu i we Francji¹⁶, ale także w Belgii¹⁷ oraz Grecji, gdzie mediacja jest stosowana w postępowaniu upadłościowym, aby uniknąć likwidacji przedsiębiorstwa dłużnika¹⁸.

Zauważyć należy, że o ile w zasadzie procedury pozasądowe danego państwa są do siebie bardzo zbliżone, o tyle postępowania sądowe w poszczególnych systemach prawnych mogą się od siebie różnić (m.in. z uwagi na czas trwania planu spłaty, zakres warunków, które musi spełnić dłużnik, czy warunki uwolnienia od zadłużenia)¹⁹. Na potrzeby tego opracowania warto jedynie wskazać na fakt, że propozycje układowe opierają się w swojej strukturze na mediacji z kodeksu postępowania cywilnego. Możliwość prowadzenia mediacji w postępowaniu upadłościowym stanowi znakomity zabieg, dzięki któremu dłużnik ma nie tylko większą szansę zawięzania układu z wierzycielami, ale też może się to przyczynić do zwiększenia efektywności postępowania upadłościowego. Jak już wskazywano, taki zabieg został wprowadzony do prawa upadłościowego w ramach upadłości

konsumenckich (art. 491²⁵ i n. pr. up.) i wymaga od doradcy restrukturyzacyjnego szczególnych umiejętności koncyliacyjnych oraz organizacyjnych w procesie dochodzenia bądź wypracowywania propozycji układowych.

W dalszej części opracowania będę szczególnie odnosił się do sytuacji, kiedy mediacja może być zastosowana w postępowaniu upadłościowym, natomiast już tutaj intuicyjnie nietrudno wyobrazić sobie, że zamiast długoletniego sporu sądowego w sprawie roszczeń spornych dla efektywności postępowania upadłościowego będzie o wiele bardziej korzystne zawrzeć stosowną ugodę za zgodą rady wierzycieli (art. 206 ust. 1 pkt 6 pr. up.).

Już na wstępie zatem można zaryzykować twierdzenie, że mediacja może być wykorzystywana w postępowaniu upadłościowym i przyczynić się do zwiększenia jej efektywności pod warunkiem, iż nie będzie miała na celu opóźnienia procesu upadłościowego.

W moim przekonaniu może się tak stać, jeżeli przedmiotem mediacji jest spór skazany na długoletnie postępowanie sądowe lub nieobejmujący pojedynczego wierzyciela (np. grupy wierzycieli wyodrębnione do różnych kategorii) oraz pod warunkiem, że następuje z poszanowaniem sprawnego przepływu informacji na linii wierzyciele, dłużnik, doradca restrukturyzacyjny i sąd. Mediacja była wykorzystywana np. w upadłości fabryki FagorMastercook, gdzie mediator starał się pomóc w konflikcie pomiędzy syndykiem i związkami zawodowymi. Oczywiście każda sprawa powinna być rozpatrywana indywidualnie, uwzględniać ekonomikę procesową i szybkość postępowania upadłościowego przy zachowaniu poszanowania praw wierzycieli, natomiast również z analizy prawnoporównawczej wypływają wnioski potwierdzające moją tezę.

Użycie mediacji w celu zwiększenia efektywności postępowania upadłościowego jest tendencją, która jest widoczna nie tylko w takich państwach, jak Francja, Belgia i Grecja, ale również w Holandii, gdzie od 2012 r. funkcjonuje program mediacji w sprawach upadłościowych i likwidacyjnych²⁰.

Warto tu w szczególności odnieść się również do Stanów Zjednoczonych, gdzie mediacja jest wykorzystywana przez sądy upadłościowe jako narzędzie, które skraca proces upadłościowy²¹.

¹⁵ Tak Wolska-Bagińska A., *Ekonomiczno-prawne aspekty upadłości konsumenckiej*, „Przegląd Prawno-Ekonomiczny” 2018, nr 42, s. 150.

¹⁶ W tych państwach możliwe jest zastosowanie obu trybów. Por. Horosz P., *Upadłość konsumencka w prawie polskim*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Bankowej” w Poznaniu 2013, z. 15, s. 197; Adamus R., Witosz A.J., Witosz A., *Upadłość konsumencka. Komentarz praktyczny*, Warszawa 2009, s. 9.

¹⁷ W Belgii mediacja jest obowiązkowa na pierwszym etapie procedury pozasądowej. Jest ona swoistym prejudykatem do postępowania sądowego, które może być inicjowane dopiero wówczas, kiedy mediacja zawiedzie. Por. Kilborn J., *Continuity, change and innovation in emerging consumer bankruptcy systems: Belgium and Luxembourg*, ABI Law Review, Spring 2006, s. 80-83.

¹⁸ Zgodnie z informacjami dostępnymi na stronie: https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-el-pl.do?member=1, na podstawie art. 99 i n. greckiego kodeksu postępowania upadłościowego mediatora można wyznaczyć do celów postępowania dotyczącego transakcji na wniosek osoby fizycznej lub prawnej złożony w sądzie ds. upadłości (πρωτεύουκό δικαστήριο). Sąd ds. upadłości stwierdza ważność wniosku i może wyznaczyć mediatora wybranego z listy biegłych. Zadaniem mediatora jest doprowadzenie do zawarcia ugody pomiędzy dłużnikiem a (określoną prawnie) większością wierzycieli w celu zapewnienia dalszego funkcjonowania spółki dłużnika. Mediator może zwrócić się do instytucji kredytowej lub finansowej o wszelkie informacje dotyczące działalności gospodarczej dłużnika, co może przyczynić się do tego, że postępowanie mediacyjne zakończy się powodzeniem. Jeżeli zawarcie ugody jest niemożliwe, mediator niezwłocznie informuje o tym prezesa sądu, który wszczyna postępowanie w sądzie ds. upadłości. Rola mediatora kończy się na tym etapie.

¹⁹ Por. Szymańska A., *Upadłość konsumencka w Polsce na tle doświadczeń innych krajów Unii Europejskiej*, Warszawa 2014, s. 98.

²⁰ W ramach programu pilotażowego, co do którego niestety nie ma udośćepnionej ewaluacji wyników. Szerzej na ten temat por. Wessels B., *Mediation in Restructuring and Insolvency*, Eurofenix, Spring 2016, s. 2.

²¹ Por. przyjęty przez Kongres Amerykański w 1998 r. The Alternative Dispute Resolution Act, który zobowiązywał każdy federalny sąd okręgowy do stosowania alternatywnych metod rozwiązywania sporów w sporach cywilnych, włączając w nie spory upadłościowe (28 U.S.C. §§ 651 (b)).

Rozpowszechnienie mediacji w procesie upadłościowym²² jest zasługą prof. F.E.A. Sandera z Harvard School of Law, który jako pierwszy wypowiadał się o konieczności wykorzystywania alternatywnych metod rozwiązywania sporów w celu odciążenia federalnego systemu sądownictwa²³. W Stanach Zjednoczonych mediacja jest np. wykorzystywana w sprzeciwach do listy wierzytelności, mediator może również uczestniczyć w zebraniach rady wierzycieli oraz wspomagać w uzyskaniu konsensusu w skomplikowanych i licznych roszczeniach²⁴.

Znakomitym przykładem wykorzystania mediacji w procesie upadłościowym jest *casus* Lehman Brothers, gdzie należało rozwiązać setki sporów bezpośrednio związanych z upadłością tego wielkiego przedsiębiorstwa. Mimo że na wniosek Lehman Brothers sąd upadłościowy zarządził przeprowadzenie szeregu procedur mediacyjnych²⁵, wiele stron sporu podnosiło w swoich sprzeciwach, iż nie może on zarządzić postępowań typu ADR (*Alternative Dispute Resolution*)²⁶, tym bardziej że ADR powinno być stosowane tylko w postępowaniu kontradyktoryjnym. Dodatkowo podnoszono, iż proces mediacji nie jest kompatybilny z procesem upadłościowym²⁷. W zasadzie jednak sąd upadłościowy unieważnił sprzeciw i rozpoczął się proces przypominający obowiązkowe mediacje we Włoszech, zgodnie z którymi uczestnictwo strony w mediacji jest obowiązkowe, jednak bez konieczności zawarcia ugody. Ze sprawozdania ze stycznia 2016 r. wynika, że z 495 procesów ADR o wartości ponad 3 mld dolarów ponad 85% zostało zakończonych ugodą²⁸.

Warto zatem sięgać do amerykańskiego przykładu, gdzie mediacja jest wykorzystywana nie tylko po to, aby rozwiązywać spory pomiędzy wierzycielami i dłużnikiem, ale również by odciążyć upadłościowy system sądowy²⁹.

²² W przypadku stanu Kalifornia por. program mediacyjny dla sądów upadłościowych: www.cacb.uscourts.gov/mediation-program.

²³ Sander F.E.A., *Varieties of Dispute Processing. The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*, American Bar Association 1976.

²⁴ Por. Wessels B., *Mediation in Restructuring and Insolvency*, Eurofenix, Spring 2016, s. 1.

²⁵ Podstawą do przeprowadzenia postępowań mediacyjnych była sekcja 105(a) Bankruptcy Code oraz zarządzenie Nowojorskiego Sądu Upadłościowego (Southern District of New York).

²⁶ Alternatywne metody rozwiązywania sporów, dalej: ADR.

²⁷ Szerzej na ten temat por. Olejnik A.J., *Lehman Brother's ADR Procedures for Resolving its Derivative Contracts in Bankruptcy*, „The Bankruptcy Strategist” 2012, vol. 29, nr 8.

²⁸ “From a January 2016 report it follows that 495 ADR processes have resulted in a sum above the \$3b mark for the various Lehman estates. Settlements have been achieved in 424 ADR matters involving 541 counter-parties. Until 13 January 2016, 245 ADR matters have reached the mediation stage and have been concluded, 232 have been settled in or subsequent to mediation; only 13 mediations have terminated but remain unsettled”. Por. Letter to Honorable Shelley C. Chapman Regarding Seventy-third ADR Status Report, <http://dm.epiq11.com/LBH/Document/GetDocument/2717939>.

²⁹ Szerzej na temat zdolności mediacyjnych w sporach upadłościowych zob. Hartwell S., Bermant G., *Alternative Dispute Resolution in a Bankruptcy Court: The Mediation Program in the Southern District of California*, Federal Judicial Center 1988.

MEDIACJA W POSTĘPOWANIU W PRZEDMIOCIE OGŁOSZENIA UPADŁOŚCI

Możliwość praktycznego zastosowania mediacji w rozwiązywaniu sporów na przedpolu upadłości wymaga w pierwszej kolejności identyfikacji podmiotów zgłaszających wnioski o jej ogłoszenie.

Na potrzeby tego opracowania będę się skupiał jedynie na treści art. 20 ust. 1 pr. up., zgodnie z którym wniosek o ogłoszenie upadłości może zgłosić dłużnik lub każdy z jego wierzycieli osobistych. Nie będę więc analizował wniosków innych podmiotów, które mają legitymację do złożenia wniosku (art. 20 ust. 2 pr. up.), ani odmiennej regulacji dotyczącej upadłości osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej (art. 491² ust. 3 pr. up.), upadłości wobec zmarłych osób fizycznych (art. 418 pr. up.), upadłości banków oraz spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych (art. 426 ust. 2 oraz art. 441a ust. 1 pr. up.) i upadłości zakładu ubezpieczeń lub zakładu reasekuracji (art. 471 ust. 1 pr. up.).

Aby wierzyciel mógł wszcząć postępowanie w sprawie ogłoszenia upadłości, musi posiadać zdolność sądową i procesową (art. 64 i 65 k.p.c.) oraz wymagalne roszczenia względem dłużnika³⁰. Charakter (pieniężny lub niepieniężny) danej wierzytelności nie ma wpływu na uprawnienie wierzyciela do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości, niemniej jednak musi ono dotyczyć sytuacji, gdzie dłużnik zaprzestał wykonywania swoich zobowiązań pieniężnych³¹. Wierzytelność uprawniająca do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości musi być uprawdopodobniona (art. 24 pr. up.) i bezsporna, bowiem zgodnie z art. 12a pr. up. 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.

Prowadzenie postępowania mediacyjnego i zawarcie ugody pomiędzy dłużnikiem a wierzycielem składającym wniosek o ogłoszenie upadłości oznacza, że w praktyce postępowanie w przedmiocie ogłoszenia upadłości może się zakończyć albo z powodu oddalenia wniosku przez sąd upadłościowy, albo poprzez umorzenie postępowania.

Z pierwszym przypadkiem (oddalenie wniosku) będziemy mieli do czynienia, kiedy w wyniku ugody wierzytelność uprawniająca do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości staje się niewymagalna, a zatem występuje brak legitymacji czynnej wierzyciela do złożenia takiego wniosku.

³⁰ Por. Jakubecki A., Zedler F., *Prawo upadłościowe i naprawcze...*, s. 36.

³¹ Tamże.

sku. Z drugim przypadkiem (umorzenie postępowania) będziemy mieli do czynienia, kiedy wnioskodawca cofnie przedmiotowy wniosek z uwagi na fakt, iż w wyniku ugody jego wiarygodność nie jest już wymagalna. O ile formalnie prowadzenie mediacji we wskazanym zakresie nie jest wykluczone, o tyle warto tu przypomnieć o innej podstawie otwarcia postępowania, a mianowicie posiadaniu więcej niż jednego wierzyciela. Okoliczność taka uzasadnia bowiem, że jeżeli cofnięcie wniosku o ogłoszenie upadłości prowadziłyby do pokrzywdzenia wierzycieli, sąd może uznać to za niedopuszczalne (art. 29a ust. 1 pr. up.). Dodatkowo zgodnie z art. 29a ust. 2 pr. up. wykonanie przez dłużnika zobowiązań wobec wnioskodawcy po złożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości nie ma wpływu na dalszy bieg postępowania.

Omawiany art. 29a pr. up. jest w mojej opinii *lex specialis* w stosunku do ogólnej zasady, że sąd może uznać za niedopuszczalne cofnięcie pozwu, zrzeczenie się lub ograniczenie roszczenia tylko wtedy, gdy okoliczności sprawy wskazują, iż wymienione czynności są sprzeczne z prawem lub zasadami współżycia społecznego albo zmierzają do obejścia prawa (art. 203 § 4 k.p.c.). Oznacza to, że jedyną podstawą, aby uznać cofnięcie wniosku o ogłoszenie upadłości za niedopuszczalne, może być pokrzywdzenie wierzycieli³². Nie zmienia to jednak faktu, iż zgodnie z art. 184 zdanie drugie k.p.c. sąd jest zobowiązany do uznania ugody za niedopuszczalną, jeżeli jej treść jest niezgodna z prawem lub zasadami współżycia społecznego albo zmierza do obejścia prawa oraz że w stosunku do ugody zawsze można podnieść zarzut nieważności z uwagi na zaistnienie okoliczności określonych w art. 58 k.c.³³

Zgodnie z uzasadnieniem projektu ustawy – Prawo restrukturyzacyjne³⁴ art. 29a pr. up. „rozwiązuje doniosły problem składania przez wierzycieli wniosków o charakterze wyłącznie windykacyjnym, mających na celu przymuszenie dłużnika do spełnienia zobowiązania, które na dodatek czasami jest sporne. Po uzyskaniu zaspokojenia wierzyciel z reguły cofa wniosek, a nawet jeżeli tego nie robi, to sąd wniosek oddala z uwagi na brak legitymacji wnioskodawcy do dalszego popierania wniosku. Taka praktyka krzywdzi pozostałych wierzycieli”.

Nie oznacza to jednak, że wierzyciel nie może cofnąć wniosku o ogłoszenie upadłości po wykonaniu przez dłużnika zobowiązań, bowiem taka okoliczność jest wprost ure-

gulowana w art. 32 ust. 2 pr. up., zgodnie z którym, jeżeli wierzyciel cofnął wniosek o ogłoszenie upadłości po wykonaniu przez dłużnika zobowiązań, o których mowa w art. 11, kosztami sądowymi obciąża się dłużnika.

W moim przekonaniu wnioskodawca ma możliwość cofnięcia wniosku o ogłoszenie upadłości do czasu ogłoszenia upadłości³⁵, a ewentualne zastosowanie art. 29a ust. 1 pr. up. może być uzasadnione tylko wówczas, kiedy ugoda może krzywdzić pozostałych wierzycieli.

Niewątpliwie z taką sytuacją możemy mieć do czynienia, kiedy na skutek ugody nie dojdzie do przywrócenia stanu wypłacalności dłużnika, niemniej jednak nie można *a priori* wykluczać odmiennej sytuacji. Nietrudno bowiem wyobrazić sobie przypadek, gdy w wyniku ugody z wierzycielami dłużnik będzie w stanie uzyskać zdolność do wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych, o których mowa w art. 11 pr. up. Sytuacja taka doskonale wpisuje się w politykę stosowania mediacji w postępowaniu upadłościowym jako idea drugiej szansy, o która już była mowa.

Jeżeli natomiast sąd dojdzie do przekonania, że cofnięcie wniosku zagraża interesowi wierzycieli, to może uznać takie cofnięcie za niedopuszczalne i zgodnie z art. 29a ust. 2 pr. up. sprawa zostaje rozpoznana w oparciu o stan wiarygodności przed ugodą (tj. według daty wniosku o ogłoszenie upadłości). W literaturze podnosi się bowiem, iż „udowodnienie, że wierzycielowi służyła wiarygodność w chwili składania wniosku, jest wystarczające do ogłoszenia upadłości dłużnika”³⁶.

Kolejnym zagadnieniem w ramach możliwości stosowania mediacji w postępowaniu w przedmiocie ogłoszenia upadłości jest odpowiedź na pytanie, czy można mediuwać z wierzycielami niebędącymi uczestnikami w takim postępowaniu. Zgodnie z art. 26 ust. 1 pr. up. uczestnikiem postępowania o ogłoszenie upadłości jest każdy, kto złożył wniosek o ogłoszenie upadłości, oraz dłużnik. Z uwagi na szybkość i skuteczność postępowania krąg uczestników w postępowaniu w przedmiocie ogłoszenia upadłości jest zatem inny niż ten na etapie postępowania po ogłoszeniu upadłości (tzn. właściwego postępowania upadłościowego)³⁷.

³² Por. Kruczałak-Jankowska J., [w:] *System Prawa Handlowego*, t. 6, Warszawa 2016, s. 725.

³³ Ugoda jako umowa może być nieważna w przypadku zaistnienia okoliczności określonych w art. 58 k.c. Por. wyrok SN z 21 lutego 2013 r., IV CNP 36/12, Legalis.

³⁴ Druk nr 2824 Sejmu VII kadencji, s. 69, www.sejm.gov.pl.

³⁵ Por. Flejszar R., *Zasada dyspozycyjności w procesie cywilnym*, Warszawa 2016, s. 175 i n.; co do braku wpływu na dalszy bieg postępowania likwidacyjnego ewentualnego cofnięcia wniosku o ogłoszenie upadłości, dokonanego przez jednego z wierzycieli upadłego po wydaniu postanowienia o ogłoszeniu upadłości, zob. postanowienie SN z 4 listopada 2004 r., II CK 104/04, Legalis.

³⁶ Tak Zimmerman P., *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, wyd. 6, Warszawa 2020, komentarz do art. 29a, nb. 2.

³⁷ Por. Mrówczyński M., *Uczestnicy postępowania upadłościowego*, Warszawa 2019, s. 551.

W mojej ocenie z uwagi na treść art. 342 pr. up. prowadzenie mediacji w stosunku do takich wierzycieli jest zbędne. Konstatacja taka wynika z faktu, że jeżeli istnieją przesłanki do ogłoszenia upadłości tylko w wariantcie likwidacyjnym (tzn. bez możliwości zawarcia układu, o którym mowa w art. 266a i n. pr. up.), zbędne jest szukanie porozumienia z wierzycielami, którzy nie złożyli wniosku o ogłoszenie upadłości. Tacy wierzyciele będą bowiem zaspokajani przez podział funduszy masy upadłości na zasadach proporcjonalności i uprzywilejowania, o jakich mowa w art. 342 pr. up.³⁸

Ostatni problem, który chciałbym przeanalizować, to możliwość stosowania mediacji w trakcie postępowania zabezpieczającego (art. 36-43 pr. up.), w szczególności kiedy sąd ustanawia tymczasowego nadzorcę sądowego (art. 38-38a pr. up.). Umiejscowienie tego zagadnienia w tej części opracowania uzasadniam faktem, że postępowanie zabezpieczające ma charakter pomocniczy w stosunku do postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości. Jego celem jest zachowanie integralności majątku dłużnika w okresie od dnia złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości do czasu uprawomocnienia się rozstrzygnięcia sądu w tym zakresie. Dzięki takiemu postępowaniu można zapewnić, że wszyscy wierzyciele, którzy będą uczestniczyć w postępowaniu upadłościowym, będą mogli się zaspokoić z majątku dłużnika. Zasadne jest więc twierdzenie, że postępowanie zabezpieczające prowadzone w ramach postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości ma na celu zapewnienie efektywności właściwego postępowania upadłościowego³⁹. Nie oznacza to jednak, że należy stosować wprost przepisy dotyczące postępowania po ogłoszeniu upadłości, bowiem na tym etapie nie można przesądzić, czy upadłość w ogóle zostanie ogłoszona, w szczególności, kiedy wniosek o ogłoszenie upadłości został złożony przez wierzyciela działającego w złej wierze.

Zgodnie z art. 38a pr. up. dłużnik po ustanowieniu tymczasowego nadzorcę sądowego jest uprawniony do dokonywania czynności zwykłego zarządu. Na dokonanie czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu wymagana jest zgoda tymczasowego nadzorcę sądowego pod rygorem nieważności. Zgoda może zostać udzielona również po dokonaniu czynności w terminie 30 dni od jej dokonania. Konstrukcja tego przepisu jest podobna do art. 63 k.c., z tym że w art. 38a pr. up. brak zgody tymczasowego nadzorcę sądowego skutkuje nieważnością czynności prawnej i może uzasadnić inne sposoby za-

bezpieczenia, w tym także zabezpieczenie przez ustanowienie zarządu przymusowego nad majątkiem dłużnika (art. 40 pr. up.).

Istotne znaczenie w sprawie ewentualnych działań mediacyjnych ma zatem zakres, w jakim można twierdzić, że mediacja dotyczy spraw, które dłużnik może samodzielnie dokonać w ramach czynności „zwykłego zarządu”. Definicja zwykłego zarządu zależy od specyfiki danej sytuacji, a zatem dla każdego przedsiębiorcy powinna być określona osobno. Ostatecznie ocena, czy dłużnik przekroczył zwykły zarząd, będzie należeć zatem do sądu upadłościowego. Zgodnie z art. 38 pr. up. do tymczasowego nadzorcę sądowego przepisy art. 157, art. 157a, art. 159-161, art. 166 ust. 6, art. 167 ust. 2, art. 167a, art. 167b, art. 170-172 i art. 178 stosuje się odpowiednio.

Oznacza to, że mimo odpowiedniego stosowania art. 160 pr. up., tymczasowy nadzorca sądowy nie posiada statusu interwenienta ubocznego w postępowaniach sądowych z udziałem dłużnika⁴⁰ ani tym bardziej nie może prowadzić postępowania sądowego i administracyjnego (art. 144 pr. up.). Przyjmuje się, że posiada on kompetencję do wyrażenia zgody na dokonanie czynności procesowej przez dłużnika, o ile ta przekracza zakres zwykłego zarządu⁴¹. Analogicznie w przypadku mediacji warto każdorazowo uwzględnić, czy konieczna jest zgoda tymczasowego nadzorcę sądowego.

Z uwagi na ich umiejscowienie oraz brak wyraźnego ustawowego uregulowania w moim przekonaniu do tymczasowego nadzorcę nie znajdą zastosowania również przepisy dotyczące czynności wymagających zezwolenia rady wierzycieli, w szczególności dotyczące uznania, zrzeczenia się i zawarcia ugody co do roszczeń spornych (art. 206 ust. 1 pkt 6 pr. up.)⁴². Można zatem wnioskować, że w sytuacji kiedy przedmiotem ugody mediacyjnej jest czynność przekraczająca zakres zwykłego zarządu, tymczasowy nadzorca może udzielić takiej zgody.

Z uwagi na brak szczególnej regulacji wydaje się, iż decyzja tymczasowego nadzorcę sądowego co do udzielenia zgody nie podlega zaskarżeniu. W literaturze wskazuje się jednak, że ponosi on m.in. „odpowiedzialność cywilną za swoją decyzję, przy czym będzie to odpowiedzialność zarówno względem dłużnika, jak i – w niektórych sytuacjach – względem kontrahenta dłużnika, jeżeli bezpodstawnie odmówił zgody na dokonanie czynności prawnej

³⁸ Por. Jakubecki A., Zedler F., *Prawo upadłościowe i naprawcze...*, s. 713.

³⁹ Tamże, s. 91-92.

⁴⁰ Tak Adamus R., *Prawo upadłościowe. Komentarz*, Warszawa 2019, komentarz do art. 38a, nb. 3.

⁴¹ Por. tamże, komentarz do art. 38a, nb. 3.

⁴² Odmienne w stosunku do zarządcy przymusowego Zimmerman P., *Prawo upadłościowe...*, komentarz do art. 40, nb. 3.

dłużnikowi”⁴³. Oznacza to, że jeżeli nadzorca bezpodstawnie nie udzieli zgody na zawarcie ugody mediacyjnej mającej za przedmiot czynności przekraczające zakres zwykłego zarządu, to będzie musiał odpowiadać względem strony tej ugody.

Odmierna i przekraczająca ramy tego opracowania jest kwestia, czy czynność prawną dokonaną przez tymczasowego nadzorcę sądowego poza zakresem jego kompetencji należy kwalifikować jako czynność prawną nieważną (art. 58 k.c.) oraz (z uwagi na brak regulacji na wzorowanym na art. 372 pr. up.) z jakimi skutkami wiążą się czynności przez niego dokonane, jeżeli upadłość zostanie lub nie zostanie ogłoszona.

MEDIACJA W POSTĘPOWANIU PO OGŁOSZENIU UPADŁOŚCI

Zgodnie z art. 144 ust. 1 pr. up. po ogłoszeniu upadłości postępowania sądowe, administracyjne lub sądowoadministracyjne dotyczące masy upadłości mogą być wszczęte i prowadzone wyłącznie przez syndyka albo przeciwko niemu. Oznacza to, że o ile upadły jest stroną w tych postępowaniach pod względem materialnym, o tyle w chwili ogłoszenia upadłości traci legitymację pod względem formalnym. Legitymacja formalna jest bowiem ustawowo przewidziana dla syndyka, a jego podstawienie (subrogacja) w miejsce upadłego ma charakter bezwzględny⁴⁴. Jest to konsekwencją faktu, że oprócz wyłączenia przewidzianego w art. 63 pr. up. zgodnie z art. 61 pr. up. z dniem ogłoszenia upadłości majątek upadłego staje się masą upadłości, która służy zaspokojeniu wierzycieli upadłego. Zarząd nad majątkiem upadłego, który staje się masą upadłości, przejmuje syndyk (art. 75 pr. up.), który dokonuje czynności w imieniu własnym na rachunek upadłego (art. 160 ust. 1 pr. up.). W szczególności zgodnie z art. 144 ust. 2 pr. up. postępowania sądowe i administracyjne syndyk prowadzi na rzecz upadłego, lecz w imieniu własnym.

Skutek podstawienia syndyka w miejsce upadłego jest taki, że zgodnie z art. 174 § 1 pkt 4 k.p.c. sąd zawiesza

z urzędu postępowanie dotyczące masy upadłości do czasu wstąpienia syndyka (art. 180 § 1 pkt 5 lit. b k.p.c.). Zatem po ogłoszeniu upadłości tylko on ma legitymację procesową do wszczynania i prowadzenia postępowań dotyczących masy upadłości i związanych z tym zdarzeń, które powstały zarówno przed, jak i po dacie ogłoszenia upadłości. Upadły natomiast nadal posiada legitymację procesową do wszczynania i prowadzenia postępowań nie dotyczących masy upadłości.

Ponieważ – jak wynika z przytoczonych przepisów – prawami materialnymi dysponuje syndyk, jako zastępca⁴⁵, a upadły, jako podmiot zastępowany, jest pozbawiony możliwości dysponowania tymi prawami, w mediacji w sprawach dotyczących masy upadłości bierze udział syndyk, a nie upadły. Zgoda upadłego, jako podmiotu zastępowanego, co do zasady nie jest konieczna do zawarcia ugody. Kwestią dalszą jest ewentualny wymóg zgody innych podmiotów na zawarcie ugody, np. rady wierzycieli, w przypadku działania syndyka.

Na marginesie warto bowiem przypomnieć, że zgodnie z art. 206 ust. 1 pkt 6 pr. up. uznanie, zrzeczenie się i zawarcie ugody co do roszczeń spornych wymaga zezwolenia rady wierzycieli. Jeżeli chodzi natomiast o problematykę związaną z możliwością, aby wierzyciel po ogłoszeniu upadłości mógł wszczynać przeciwko upadłemu lub syndykowi jedno z postępowań, o których mowa w art. 144 pr. up., trzeba rozróżnić sprawy dotyczące wierzytelności, które podlegają procedurze zgłoszenia i uznania w postępowaniu upadłościowym, od innych spraw.

Ogłoszenie upadłości skutkuje bowiem tym, że niedopuszczalne jest wszczynanie przez wierzyciela przeciwko upadłemu lub syndykowi postępowań dotyczących masy upadłości o wierzytelności podlegające procedurze zgłoszenia i uznania w postępowaniu upadłościowym, które powstały przed dniem ogłoszenia upadłości⁴⁶. Jedynym trybem dochodzenia tych roszczeń, które powstały przed datą ogłoszenia upadłości, jest zgłoszenie wierzytelności na listę (art. 239 i n. pr. up.)⁴⁷. Wyjątek stanowią postępowania sądowe, administracyjne lub sądowoadministracyjne w sprawie wszczętej przeciwko upadłemu przed dniem ogłoszenia upadłości o wierzytelność podlegającą zgłoszeniu do masy upadłości, które mogą być podjęte przeciwko syndykowi, ale tylko w przypadku

⁴³ Tak Adamus R., *Prawo upadłościowe...*, komentarz do art. 38a, nb. 6.

⁴⁴ Szerzej na ten temat por. wyrok SN z 14 października 2016 r., I CSK 714/15, Legalis, gdzie stwierdzono, iż: „Upadły, jako strona w znaczeniu materialnym, będąc podmiotem stosunku prawnego, na tle którego wyniknął spór, pozbawiony jest legitymacji formalnej do występowania w tych postępowaniach, a podstawienie syndyka w miejsce upadłego ma bezwzględny charakter. Postępowania dotyczą masy upadłości niezależnie czy upadły występuje w roli powoda czy pozwanego, czy chodzi o pozycje czynne czy bierne masy upadłości, o zasądzenie świadczenia czy też o ustalenie i ukształtowanie stosunku prawnego lub prawa, jeżeli tylko wynik takiego postępowania mógłby mieć wpływ na stan masy upadłości i możliwość zaspokojenia się z niej wierzycieli. Zakres składników tworzących masę upadłości ogranicza cel postępowania upadłościowego, które ma służyć spieniężeniu aktywów upadłego i podziałowi funduszków masy upadłości pomiędzy wierzycieli. Upadły zachowuje legitymację jedynie w sprawach, które nie dotyczą masy upadłości”.

⁴⁵ Szerzej na temat materialnoprawnego statusu syndyka por. Gil I., [w:] *System Prawa Handlowego*, t. 6, A. Hrycaj (red.), *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe*, Warszawa 2020, s. 1002-1007.

⁴⁶ Tak Feliga P. [w:] *System Prawa Handlowego*, t. 6, A. Hrycaj (red.), *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe*, Warszawa 2020, komentarz do art. 144, nb. 111.

⁴⁷ Por. Zimmerman P., *Prawo upadłościowe...*, komentarz do art. 144, nb. 6.

gdy w postępowaniu upadłościowym wierzytelność ta, po wyczerpaniu trybu określonego ustawą, nie zostanie umieszczona na liście wierzytelności (art. 145 pr. up.)⁴⁸.

Można zatem wnioskować, że przedmiotem mediacji pomiędzy syndykiem i drugą stroną mogą być tylko wierzytelności, o których mowa w art. 145 pr. up. (są to wierzytelności, które podlegają zgłoszeniu do masy upadłości, ale po wyczerpaniu trybu określonego ustawą – Prawo upadłościowe nie zostaną umieszczone na liście wierzytelności), względnie wierzytelność powstała po dacie ogłoszenia upadłości. Wniosek taki wynika z faktu, że skoro – jak już wspomniano – wierzytelności wynikających z tzw. długu upadłego⁴⁹ nie można dochodzić w procesie ani przeciwko syndykowi, ani przeciwko upadłemu, to jedynym sposobem ich dochodzenia jest ich zgłoszenie na listę wierzytelności, a zatem mediacja wydaje się możliwa tylko wtedy, gdy chodzi o pozostałe przypadki (są to wierzytelności, o których mowa w art. 145 pr. up., lub wierzytelność powstała po ogłoszeniu upadłości).

Generalnie można zatem przyjąć regułę, że jeżeli wierzytelność powstała przed ogłoszeniem upadłości, to właściwym trybem dochodzenia roszczeń jest postępowanie upadłościowe. Jeżeli natomiast wierzytelność powstała po ogłoszeniu upadłości, właściwym trybem dochodzenia roszczeń jest proces, a zatem mediacja może być tu stosowana.

Ubocznie warto wskazać, że ewentualny pozew w sprawie o wierzytelność powstałą przed ogłoszeniem upadłości powinien być przekazany jako zgłoszenie wierzytelności syndykowi, przy zastosowaniu *per analogiam* art. 201 § 1 i 2 k.p.c. w zależności od tego, czy sprawie nadano już bieg (art. 201 § 2 k.p.c.), czy nie (art. 201 § 1 k.p.c.). Zgodnie bowiem z art. 236 ust. 1 pr. up. wierzyciel osobisty upadłego, który chce uczestniczyć w postępowaniu upadłościowym, jeżeli niezbędne jest ustalenie jego wierzytelności, powinien w terminie oznaczonym w postanowieniu o ogłoszeniu upadłości zgłosić syndykowi swoją wierzytelność. Do takich samych skutków prowadzi proponowane w literaturze stosowanie art. 200 k.p.c. w zw. z art. 229 pr. up.⁵⁰, z tym zastrzeżeniem, iż w moim przekonaniu z uwagi na swoją treść art. 229 pr. up. nie może stanowić podstawy prawnej do podjęcia decyzji procesowej w innych postępowaniach niebędących postępowaniami upadłościowymi.

⁴⁸ Szerzej na ten temat por. Hrycaj A., *Podjęcie postępowania cywilnego dotyczącego wierzytelności podlegającej zgłoszeniu do masy upadłości zawieszzonego wskutek ogłoszenia upadłości pozwanego*, „MPH” 2016, nr 1, s. 7.

⁴⁹ Dług upadłego to wszystkie zobowiązania płatne wyłącznie w drodze ustalenia listy wierzytelności i późniejszego planu podziału.

⁵⁰ Por. Zimmerman P., *Prawo upadłościowe...*, komentarz do art. 144, nb. 9.

Z uwagi na treść art. 144 ust. 3 pr. up. *prima facie* zasadne wydaje się stwierdzenie, że skoro w sprawach o alimenty oraz renty z tytułu odpowiedzialności za uszkodzenie ciała lub rozstrój zdrowia albo utratę żywiciela oraz z tytułu zamiany uprawnień objętych treścią prawa dożywocia na dożywotnią rentę, które toczą się przeciwko upadłemu, są prowadzone z jego udziałem poza postępowaniem upadłościowym, to takie sprawy mogą być również objęte mediacją, którą będzie mógł prowadzić bezpośrednio upadły bez udziału syndyka. W tej sprawie syndyk ma jednak uprawnienia interwenienta ubocznego, do którego przepisy o współuczestnictwie jednolitym stosuje się odpowiednio⁵¹. Warto też wskazać, że syndyk zawsze może być interwentem ubocznym, o ile masa upadłości ma interes prawny w tym, aby sprawa została rozstrzygnięta na korzyść jednej ze stron procesu (art. 76 k.p.c.).

W celu prawidłowej identyfikacji podmiotu, który ma uprawnienia do podpisania ugody mediacyjnej, warto każdorazowo zastanowić się, kiedy mamy do czynienia z interwencją zwykłą (niesamoistną), a kiedy z interwencją samoistną. Zgodnie z art. 81 k.p.c. (interwencja samoistna), jeżeli z istoty spornego stosunku prawnego lub z przepisu ustawy wynika, że wyrok w sprawie ma odnieść bezpośredni skutek prawny w stosunku między interwenientem a przeciwnikiem strony, do której interwenient przystąpił, do stanowiska interwenienta w procesie stosuje się odpowiednio przepisy o współuczestnictwie jednolitym.

Generalnie w przypadku interwencji niesamoistnej (zwykłej) wyrok, jaki zapadnie pomiędzy stronami procesu, ma wpływ na sytuację interwenienta, ale jest to tylko wpływ pośredni, natomiast w przypadku interwencji samoistnej wpływ ten ma być bezpośredni. Oznacza to, iż wyrok niejako „rozciąga się” od razu na sferę prawną nie tylko stron, ale i interwenienta. Jest tak wtedy, gdy np. wyrokowi przypisuje się tzw. rozszerzoną prawomocność materialną albo gdy na jego podstawie może być nadana klauzula wykonalności także przeciwko interwenientowi samoistnemu. Z uwagi na to, w przypadku kiedy syndyk jest interwentem niesamoistnym (zwykłym), nie będzie on stroną mediacji, natomiast w przypadku interwencji samoistnej jego zgoda na zawarcie ugody jest wymagana.

Warto też przypomnieć, że zgoda syndyka na ewentualną ugodę w sprawie, o której mowa w art. 144 ust. 3 pr. up., jest w pełni uzasadniona, bowiem mimo iż nie można prowadzić egzekucji tych roszczeń z masy upadłości, to

⁵¹ Por. Adamus R., *Prawo upadłościowe...*, komentarz do art. 144, nb. 4.

zgodnie z art. 343 ust. 2 pr. up. zobowiązania alimentacyjne ciążące na upadłym, przypadające za czas po ogłoszeniu upadłości, syndyk zaspokaja na bieżąco, w miarę wpływu środków do masy w kwocie nie wyższej niż minimalne wynagrodzenie za pracę, a pozostała część tych należności nie podlega zaspokojeniu z masy upadłości. Jeżeli chodzi natomiast o roszczenia alimentacyjne oraz z tytułu rent za okres przed ogłoszeniem upadłości, to mogą one być ujęte na liście wierzytelności.

Prowadzenie mediacji przez upadłego we wskazanym zakresie jest jednak mało prawdopodobne, jeżeli weźmiemy pod uwagę, że zgodnie z art. 144 ust. 4 pr. up. syndyk może żądać zmiany orzeczenia lub umowy dotyczącej obowiązku alimentacyjnego. Oznacza to, iż mimo że zobowiązania alimentacyjne za każdego uprawnionego podlegają zaspokojeniu z masy do wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę (art. 343 ust. 2 pr. up.), to i tak syndyk może podważyć orzeczenia i postanowienia umowne, a zatem również ugody mediacyjne, które w tym zakresie uznaje za szkodliwe dla interesu ogółu wierzycieli. Warto bowiem pamiętać, że uprawniony korzysta z obowiązku alimentacyjnego na podstawie art. 343 ust. 1 pr. up., a w zw. z art. 343 ust. 2 pr. up. z uprzywilejowania zaspokojenia w stosunku do innych wierzycieli.

Niewątpliwie upadły może samodzielnie prowadzić mediację w sprawie roszczenia o odsetki za okres po ogłoszeniu upadłości, bowiem mogą być one dochodzone przeciw upadłemu w drodze powództwa nawet przed zakończeniem postępowania upadłościowego⁵². Skoro bowiem zgodnie z art. 92 ust. 1 pr. up. z masy upadłości mogą być zaspokojone odsetki od wierzytelności należne od upadłego za okres do dnia ogłoszenia upadłości, roszczenie o odsetki za okres po tej dacie nie są związane z masą upadłości i mogą być przedmiotem mediacji prowadzonej samodzielnie przez upadłego. Ogólnie rzecz biorąc, wydaje się, że upadły może samodzielnie prowadzić mediację w każdej sprawie, w której zachowuje legitymację procesową. Upadły ma taką legitymację w sprawach nie dotyczących majątku masy upadłości, bowiem „upadły może występować w każdym postępowaniu bez ograniczeń, albowiem w tym zakresie przysługują mu wszystkie uprawnienia strony zarówno o charakterze materialnoprawnym, jak i procesowym. Z dniem ogłoszenia upadłości upadły traci legitymację do występowania w sprawach dotyczących masy (...)”⁵³.

Z praktycznego punktu widzenia upadły będzie miał interes w prowadzeniu mediacji jedynie wówczas, kiedy zaspokojenie wierzytelności może nastąpić z jego majątku, który nie został zaliczony do masy upadłości lub został z niej wyłączony ma mocy orzeczenia właściwego organu upadłościowego.

Na koniec warto zwrócić uwagę, że w sprawie roszczenia obejmującego inne prawa niż wierzytelności podlegające zgłoszeniu i uznaniu w postępowaniu upadłościowym dopuszczalne jest wszczynanie przez wierzyciela procesu dotyczącego masy upadłości przeciwko syndykowi⁵⁴. Tym samym należy stwierdzić, że w takich sprawach może być również prowadzona mediacja i to niezależnie od tego, czy roszczenia powstały przed, czy po ogłoszeniu upadłości.

W przypadku gdyby takie powództwo było wytoczone przeciwko upadłemu, to nie będzie potrzebna zmiana rodzaju postępowania cywilnego z procesowego na postępowanie, o którym mowa w art. 236 i n. pr. up., bowiem takie sprawy nie podlegają rozpoznaniu w tym ostatnim postępowaniu. Skoro jednak z uwagi na treść art. 144 ust. 1 pr. up. upadły nie będzie miał legitymacji procesowej biernej, to podmiotem legitymowanym do prowadzenia ewentualnej mediacji będzie syndyk.

W kontekście wykonania postanowień zawartych w ugodzie mediacyjnej warto przypomnieć, że spełnienie świadczenia do rąk upadłego dokonane po obwieszczeniu o ogłoszeniu upadłości w rejestrze nie zwalnia z obowiązku spełnienia świadczenia do masy upadłości, chyba że równowartość świadczenia została przekazana przez upadłego do masy upadłości (art. 78 pr. up.).

Jak zostało już wskazane, dzieje się tak dlatego, że z dniem ogłoszenia upadłości upadły traci prawo zarządu oraz możliwość korzystania z mienia wchodzącego do masy upadłości i rozporządzania nim (art. 75 pr. up.). Dodatkowo zgodnie z art. 77 ust. 1 pr. up. czynności prawne upadłego dotyczące mienia wchodzącego do masy upadłości są nieważne, a zatem również mediacja dotycząca mienia wchodzącego do masy upadłości jest nieważna, nawet w przypadku kiedy jest ona bardzo korzystna dla masy upadłości. Przepisy art. 77 i 78 pr. up. stosuje się również do czynności, które podlegają ujawnieniu w księdze wieczystej i rejestrach, jeżeli przepisy szczególnie nie stanowią inaczej (art. 79 pr. up.).

⁵² Por. uchwałę SN z 7 kwietnia 2016 r., III CZP 113/15, Legalis; zob. też Chrapoński D., [w:] A.J. Witosz (red.), *Prawo upadłościowe. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 432.

⁵³ Tak wyrok SO w Poznaniu z 3 sierpnia 2016 r., XIII C 208/15, niepubl.

⁵⁴ Por. Feliga P., [w:] *System...*, t. 6, komentarz do art. 144, nb. 117.

Ewentualne potrącenia również nie będą przedmiotem mediacji, bowiem ich dopuszczalność i sposób dokonania po ogłoszeniu upadłości są wprost uregulowane w art. 93-96 pr. up. W konsekwencji wydaje się, że o ile zostaną spełnione przesłanki, o których mowa w art. 77 ust. 3 pr. up., nie będzie również możliwości mediowania, jeżeli chodzi o zwrot z masy upadłości na rzecz osoby trzeciej jej świadczenia wzajemnego (art. 77 ust. 2 pr. up.). Ewentualne możliwości mediacyjne mogą natomiast pojawiać się, jeżeli chodzi o udzielone przez upadłego zabezpieczenia w trybie ustawy z 2 kwietnia 2004 r. o niektórych zabezpieczeniach finansowych, gdzie zasada nieważności czynności dokonanych po ogłoszeniu upadłości nie obowiązuje, o ile zostaną spełnione przesłanki, o których mowa w art. 77 ust. 4 pr. up. Zasada nieważności czynności dokonanych po ogłoszeniu upadłości nie obowiązuje również, jeżeli chodzi o zobowiązania wynikające ze zleceń rozrachunku (art. 80 pr. up.) oraz do zabezpieczeń, o których mowa w art. 67 pr. up.

Zawierając ugodę mediacyjną, warto zwrócić szczególną uwagę na niektóre przepisy prawa upadłościowego. W szczególności na nieważność postanowień, o której mowa w art. 83 pr. up., oraz na jej rozwinięcie w postaci klauzuli generalnej, zgodnie z którą postanowienie umowy, której stroną jest upadły, uniemożliwiające albo utrudniające osiągnięcie celu postępowania upadłościowego, jest bezskuteczne w stosunku do masy upadłości (art. 84 ust. 1 pr. up.). Mowa o klauzuli generalnej, bowiem do postanowień umownych, które są bezskuteczne wobec masy upadłości w świetle art. 127 i n. pr. up., będą stosowane te przepisy, a zatem będą one stanowiły podstawę rozstrzygnięcia sądu⁵⁵. Również forma zawarcia ugody może mieć znaczenie, bowiem umowa przeniesienia własności rzeczy, wierzycelności lub innego prawa zawarta w celu zabezpieczenia wierzycelności jest skuteczna wobec masy upadłości, jeżeli została zawarta w formie pisemnej z datą pewną (art. 84 ust. 2 pr. up.). Spośród przepisów o bezskuteczności wobec masy upadłości (art. 127 i n. pr. up.) oraz innych przepisów regulujących bezskuteczność czynności upadłego (art. 82, 123 oraz art. 125-126 pr. up., a także art. 183 ust. 2 prawa restrukturyzacyjnego) szczególnej uwagi wymaga art. 127 ust. 2 pr. up., zgodnie z którym ust. 1 tego przepisu stosuje się odpowiednio do ugody sądowej, uznania powództwa i zrzeczenia się roszczenia.

Zgodnie z art. 917 k.c. przez ugodę strony czynią sobie wzajemne ustępstwa w zakresie istniejącego między nimi stosunku prawnego w tym celu, aby uchylić niepew-

ność co do roszczeń wynikających z tego stosunku lub zapewnić ich wykonanie albo by uchylić spór istniejący lub mogący powstać. „Ugoda należy do umów konsensualnych, kauzalnych i w swym założeniu wzajemnych. Jej treścią może być ukształtowanie stosunku obligacyjnego albo obowiązku świadczenia, jak też warunków zapłaty należności wynikającej z wcześniej zawartej umowy. Warunkiem uznania czynności prawnej za ugodę, stosownie do art. 917 k.c., są wzajemne ustępstwa obu stron”⁵⁶.

Ugoda sądowa podlega kontroli sądu, gdy okoliczności sprawy wskazują, że jest sprzeczna z prawem lub z zasadami współżycia społecznego albo zmierza do obejścia prawa. Sąd może uznać ją za niedopuszczalną i prowadzić postępowanie dalej, mimo jej zawarcia (art. 223 § 2 w zw. z art. 203 § 4 k.p.c.). W istocie art. 127 ust. 2 pr. up. (o ile ziszczą się kumulatywnie przesłanki, o których mowa w ust. 1 tego przepisu) sankcjonuje bezskuteczne w stosunku do masy upadłości ugody sądowe, uznania powództwa i zrzeczenia się roszczenia. Oznacza to, że w zasadzie kwestionowanie ugody sądowej jako czynności nieekwiwalentnej wymaga procesu, gdzie zostanie wykazane, „jaka była rzeczywista wartość świadczeń każdej ze stron. Bez tego przyrównanie świadczeń do siebie nie będzie możliwe”⁵⁷. Przepisu z art. 127 pr. up. nie stosuje się do zabezpieczeń ustanowionych przed dniem ogłoszenia upadłości w związku z terminowymi operacjami finansowymi, pożyczkami instrumentów finansowych lub sprzedażą instrumentów finansowych ze zobowiązaniem do ich odkupu, o których mowa w art. 85 ust. 1 pr. up. (art. 127 ust. 4 pr. up.).

Na marginesie warto też wskazać, że „ugoda stanowi stosunek obligacyjny i taka ugoda może stanowić przedmiot skargi pauliańskiej, nawet jeżeli jej skutkiem jest świadczenie rzeczowe w miejsce zobowiązania pieniężnego (*datio in solutum*)”⁵⁸.

Z punktu widzenia stabilności ewentualnej ugody mediacyjnej zawartej przed datą ogłoszenia upadłości, ale nieuzasadniającej stosowania art. 127 ust. 2 pr. up., kluczowe znaczenie może mieć również prawo syndyka do odstąpienia od tej ugody na zasadach art. 98-99 pr. up. Zgodnie z art. 133 ust. 1 pr. up. syndyk może wstąpić w miejsce powoda w sprawie wszczętej przez wierzyciela, który zaskarżył czynność upadłego. W tym przypadku, jeżeli pozwanym był także upadły, postępowanie w stosunku do niego umarza się

⁵⁵ Por. Zimmerman P., *Prawo upadłościowe...*, komentarz do art. 84, nb. 3.

⁵⁶ Tak wyrok SN z 30 września 2010 r., I CSK 675/09, Legalis.

⁵⁷ Tak Zimmerman P., *Prawo upadłościowe...*, komentarz do art. 127, nb. 5.

⁵⁸ Por. wyrok SA w Krakowie z 8 maja 2015 r., I ACa 271/15, Legalis.

po uprawomocnieniu się postanowienia o ogłoszeniu upadłości⁵⁹.

Postępowania, o jakich mowa w art. 133 ust. 1 pr. up., są zatem postępowaniami, które toczyły się na skutek powództwa wierzyciela o uznanie danej czynności za bezskuteczną, wytoczone przed ogłoszeniem upadłości⁶⁰.

Słusznie w orzecznictwie wskazuje się, że „syndyk może wejść na miejsce powoda, przy czym warunkiem koniecznym jest, aby spór dotyczył mienia wchodzącego do masy upadłości. Wstąpienie do tych spraw nie jest zatem obowiązkiem syndyka, lecz jego uprawnieniem, a podjęcie decyzji w tym zakresie niewątpliwie będzie się wiązało każdorazowo z oceną powodzenia uzyskania pozytywnego rozstrzygnięcia”⁶¹. Zatem przepis ten (w przeciwieństwie do wcześniej analizowanego art. 144 pr. up.) stanowi dla syndyka uprawnienie, a nie obowiązek, co skutkuje tym, że syndyk może również wszczynać osobne powództwo o uznanie danej czynności prawnej dłużnika za bezskuteczną (art. 132 pr. up.) wobec masy upadłości⁶². Prawo syndyka do wstąpienia nie wymaga zgody stron procesu⁶³. Jeżeli syndyk wygra proces, z odzyskanej części majątku zwraca wierzycielowi poniesione przez niego koszty (art. 133 ust. 2 pr. up.), a pozostała część wejdzie w skład masy upadłości.

Z zastrzeżeniem art. 206 ust. 1 pkt 6 pr. up. wydaje się, że nie ma przeciwwskazań, aby w procesie, gdzie na podstawie art. 133 ust. 1 pr. up. wstąpi syndyk, można było nie tylko kierować stroną do mediacji (art. 183⁸ § 1 k.p.c.), ale również dopuścić zainicjowanie postępowania mediacyjnego przez strony. Należy bowiem pamiętać, że w procesie, gdzie syndyk może wstąpić, wierzyciel może zaskarżyć czynności upadłego tylko na podstawie przepisów kodeksu cywilnego dotyczących czynności, których upadły dokonał z pokrzywdzeniem wierzyciela (art. 527, 916, 1024, 1036 k.c.)⁶⁴. Uznanie czynności za bezskuteczną na podstawie przepisów kodeksu cywilnego ma charakter prawokształtujący (orzeczenie ma charakter konstytutywny) ze skutkiem *ex tunc*⁶⁵. Oznacza to, że art. 133 ust. 1 pr. up. nie ma zastosowania do

powództw o ustalenie nieważności⁶⁶, a zatem nie widzę przeciwwskazań, aby w zakresie bezskuteczności, o której mowa, strony mogły samodzielnie ukształtować ich wzajemne stosunki prawne w drodze mediacji. Stronami takich mediacji, których przedmiotem jest majątek należący do masy upadłości, mogą być tylko syndyk (który jako jedyny po ogłoszeniu upadłości ma legitymację czynną do wytoczenia powództwa na podstawie przepisów kodeksu cywilnego) oraz osoba trzecia, której dotyczyła czynność upadłego⁶⁷.

Warto tu jednak zastrzec, że podobnie jak w przypadku uprawnienia syndyka do wstąpienia w miejsce powoda w sprawie wszczętej przez wierzyciela, który zaskarżył czynności upadłego, również w postępowaniu mediacyjnym nie jest wykluczone, że będzie wymagane dodatkowe zezwolenie *ad hoc* od sędziego-komisarza na podstawie art. 152 pr. up.

Warto również przypomnieć, że „syndyk za swoje działania i zaniechania ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą na zasadach ogólnych”⁶⁸, a zatem w każdym postępowaniu mediacyjnym syndyk jest obowiązany podejmować działania z należytą starannością, w sposób umożliwiający optymalne wykorzystanie majątku upadłego w celu zaspokojenia wierzycieli w jak najwyższym stopniu, w szczególności przez minimalizację kosztów postępowania (art. 179 pr. up.). Odpowiada on za szkodę wyrządzoną na skutek nienależytego wykonywania obowiązków (art. 160 ust. 3 pr. up.). Z uwagi na to o wiele ostrożniej należy się wypowiadać, jeżeli chodzi o możliwości stosowania mediacji w sprawie powództwa wytoczonego przez syndyka na podstawie art. 132 ust. 1 pr. up., tym bardziej w sytuacji, o której mowa w art. 127 i 128 pr. up. (bezskuteczność z mocy prawa).

Nienależytą starannością muszą się bowiem wykazywać działania syndyka, który wytoczyłby powództwo o uznanie czynności za bezskuteczną, żeby później prowadzić mediację w tej samej sprawie. Brak staranności w takich działaniach jest tym bardziej jaskrawy, jeżeli chodzi o powództwo o ustalenie, że określona czynność jest bezskuteczna z mocy prawa, gdzie orzeczenie ma tylko charakter deklaratoryjny.

Zwolnienie od opłat sądowych, o którym mowa w art. 132 ust. 2 pr. up., nie może bowiem skłaniać syndyka do nadużywania powództw o bezskuteczność czynności, tym

⁵⁹ Szerzej na temat art. 133 ust. 1 zd. 2 pr. up.; por. Zienkiewicz D., [w:] D. Zienkiewicz (red.), *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 249-250.

⁶⁰ Por. Zimmerman P., *Prawo upadłościowe...*, komentarz do art. 133, nb. 1.

⁶¹ Tak postanowienie SA we Wrocławiu z 23 sierpnia 2012 r., I ACz 1515/12, Legalis.

⁶² Por. Zimmerman P., *Prawo upadłościowe...*, komentarz do art. 133, nb. 1.

⁶³ Por. Chrapoński D., [w:] A. Witosz (red.), *Prawo upadłościowe i naprawcze...*, s. 265.

⁶⁴ Szerzej na ten temat por. tamże, s. 264. Na temat związany z faktem, że powództwo w przedmiocie bezskuteczności czynności upadłego ma zupełnie inny zakres, cel i skutki niż powództwo o ustalenie nieważności czynności prawnej z mocy art. 58 § 2 k.c., por. wyrok SN z 31 stycznia 2002 r., IV CKN 1325/00, Legalis.

⁶⁵ Por. Adamus R., *Prawo upadłościowe...*, komentarz do art. 132, nb. 9.

⁶⁶ Por. tamże, komentarz do art. 133 nb. 1.

⁶⁷ Legitymacja bierna nie służy upadłemu (art. 531 § 1 k.c. w zw. z art. 131 pr. up.), por. postanowienie SA w Krakowie z 28 kwietnia 1998 r., I ACz 296/98, Legalis.

⁶⁸ Por. Adamus R., *Prawo upadłościowe...*, komentarz do art. 133, nb. 1.

bardziej iż „ponosi on odpowiedzialność za szkodę wynikłą z wytoczenia bezzasadnego powództwa”⁶⁹ (np. w zakresie kosztów procesu, które w przypadku przegrania należy zwrócić przeciwnikowi). Wydaje się zatem, że o ile w przypadku art. 133 ust. 1 pr. up. syndyk może postrzegać, że w świetle art. 179 pr. up. o wiele korzystniejsza będzie ugoda mediacyjna, o tyle w przypadku postępowania prezeń zainicjowanego wniosek taki powinien być odmienny.

Mediacja jest coraz częściej stosowana również, jeżeli chodzi o konflikty na tle korporacyjnym. Zgodnie z art. 186 pr. up. po ogłoszeniu upadłości wszelkie uprawnienia upadłego związane z uczestnictwem w spółkach lub spółdzielniach wykonuje syndyk. Syndyk jest wyłącznie legitymowany do wykonywania prawa z udziałów należących do upadłego⁷⁰. Przepis ten obejmuje zatem uprawnienia zarówno o charakterze organizacyjnym (jak np. prawo głosu na walnym zgromadzeniu spółki, prawo zaskarżenia uchwał, prawo kontroli), jak i o charakterze majątkowym (jak np. prawo do dywidendy)⁷¹.

Z uwagi na podstawienie syndyka w miejsce upadłego/wspólnika oraz mając na względzie rozważania płynące z analizy art. 144 pr. up., zasadne jest twierdzenie, że syndyk może bez przeszkód uczestniczyć w postępowaniu mediacyjnym mającym za przedmiot konflikty korporacyjne, w szczególności sprawy gospodarcze wymienione w przepisie art. 458² § 1 pkt 3 k.p.c. (ze stosunku spółki oraz dotyczące roszczeń, o których mowa w art. 291-300 i art. 479-490 ustawy z 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych).

W celu określenia możliwości mediacyjnych syndyka kluczowa jest analiza, kiedy na zawarcie ugody jest mu potrzebna zgoda innych podmiotów. Warto przypomnieć, że na podstawie art. 152 pr. up. sędzia-komisarz oznacza czynności, których wykonywanie przez syndyka jest niedopuszczalne bez jego zezwolenia lub bez zezwolenia rady wierzycieli. Skutek tego przepisu może być zatem taki, że syndyk może być ograniczony w ewentualnych działaniach mediacyjnych, tym bardziej jeżeli bierzemy pod uwagę, iż postanowienie sędziego-komisarza w tym zakresie jest niezaskarżalne (art. 222 ust. 1 pr. up.).

O ile jednak ewentualna czynność mediacyjna syndyka sprzeczna z treścią postanowienia sędziego-komisarza wydana na podstawie art. 152 ust. 1 pr. up. jest ważna (ewentualnie może rodzić odpowiedzialność dyscyplinar-

ną syndyka), o tyle taka sama czynność bez wymaganej przez ustawę zgody rady wierzycieli albo sędziego-komisarza jest bezwzględnie nieważna (art. 206 ust. 1, art. 213 pr. up.)⁷². Zakres uprawnień rady wierzycieli jest określony w art. 205 pr. up. i przy wykonywaniu swoich obowiązków musi się ona kierować interesem ogółu wierzycieli. Członek rady wierzycieli odpowiada za szkodę wynikłą z nienależytego pełnienia obowiązków (art. 212 ust. 1 pr. up.).

Odmienne niż na gruncie prawa restrukturyzacyjnego (art. 155 ust. 2 pr. restr.) rada wierzycieli nie ma prawa do złożenia propozycji układowych (art. 266a ust. 2 pr. up.) O ile ustawodawca nie wymaga zgody rady wierzycieli, aby syndyk na podstawie art. 98 pr. up. mógł odstąpić od umowy wzajemnej (w tym ugody mediacyjnej), o tyle został przewidziany zamknięty katalog czynności, w przypadku których pod rygorem nieważności ze skutkami *erga omnes* zgoda rady wierzycieli jest konieczna (art. 206 pr. up.).

Syndyk, dokonując czynności prawnych, takich jak podpisanie ugody mediacyjnej z naruszeniem art. 206, naraża się nie tylko na konsekwencje dyscyplinarne, o których mowa w art. 169a i 170 pr. up., ale i (jako funkcjonariusz publiczny) na odpowiedzialność karną, o której mowa w art. 231 k.k. W zasadzie więc syndyk przed podpisaniem ugody mediacyjnej musi posiadać „prawomocną” zgodę rady wierzycieli, o ile przedmiot mediacji dotyczy jednej z czynności wymienionych w art. 206 pr. up. Mowa o swego rodzaju „prawomocności” zgody rady wierzycieli z uwagi na to, że uchwała rady wierzycieli może być wzruszona na podstawie art. 210 ust. 2-5 pr. up.

Zgodnie z art. 213 pr. up. czynności zastrzeżone dla rady wierzycieli podejmuje sędzia-komisarz, jeżeli rada wierzycieli nie została ustanowiona lub jeżeli nie wykona czynności dla niej zastrzeżonych w terminie wyznaczonym przez sędziego-komisarza lub w terminie określonym w art. 308 ust. 2 pr. up. Wśród katalogu czynności zastrzeżonych dla rady wierzycieli z punktu widzenia poruszanej problematyki niewątpliwie najbardziej doniosły jest art. 206 ust. 1 pkt 6 pr. up. (uznanie, zrzeczenie się i zawarcie ugody co do roszczeń spornych oraz poddanie sporu rozstrzygnięciu sądu polubownego). Z uwagi na swoją konstrukcję przepis ten nie może dotyczyć spraw podlegających zgłoszeniu na listę wierzytelności⁷³.

Słusznie w literaturze wskazuje się, że decydując się na udzielenie zgody na zawarcie ugody (dotyczącej zarówno

⁶⁹ Tak także, komentarz do art. 132, nb. 16.

⁷⁰ Por. wyrok SA w Szczecinie z 4 marca 2011 r., I ACa 784/10, Legalis.

⁷¹ Por. Zimmerman P., *Prawo upadłościowe...*, komentarz do art. 186, nb. 3.

⁷² Por. Adamus R., *Prawo upadłościowe...*, komentarz do art. 152, nb. 5.

⁷³ Por. także, komentarz do art. 206, nb. 23.

no ugody sądowej w postępowaniu rozpoznawczym, mediacyjnym lub pojednawczym, jak i ugody pozasądowej), „rada wierzycieli powinna mieć na względzie nie tyle nominalną wartość roszczenia co prawdopodobieństwo wygrania sporu i czas potrzebny na uzyskanie prawomocnego orzeczenia, gdyż to te czynniki decydują o rzeczywistej opłacalności zawarcia ugody. Z kolei toczenie sporu, w którym szanse na wygraną są nikłe, naraża tylko masę upadłości na niepotrzebne koszty”⁷⁴. Warto bowiem zauważyć, że syndyk nie jest zobligowany do ściągnięcia wierzytelności tylko na drodze sądowej, co oznacza, że może on tego dokonać w każdy prawem dopuszczalny sposób, w tym również za pomocą ugody pozasądowej⁷⁵. Spośród możliwych sposobów likwidacji wierzytelności (art. 331 pr. up.) w literaturze wskazuje się na ugody⁷⁶.

Wykonaniem prawa, o którym mowa w art. 332 pr. up. (likwidacja praw majątkowych), może być również „zawarcie przez syndyka porozumienia z właścicielem rzeczy obciążonej prawem lub zobowiązaniem z prawa służącego upadłemu, na mocy którego za odpowiednim wynagrodzeniem prawo to wygaśnie”⁷⁷. Niewykluczone jest zatem, że aby zawierać różnego rodzaju porozumienia lub ugody w trakcie likwidacji wierzytelności i praw majątkowych, nie będzie potrzebna mediacja.

Na koniec warto podkreślić, że w przypadku kiedy ugoda mediacyjna jest korzystna pod względem interesu ogółu wierzycieli, ale mimo to członkowie rady wierzycieli nie udzielają syndykowi zgody, narażają się oni na odpowiedzialność za szkodę, która wynikła z nienależytego pełnienia obowiązków (art. 212 ust. 1 pr. up.). W tym kontekście wydaje się jednak, że ustawodawca nie przewidział żadnych innych odpowiednich instrumentów ochronnych. Skoro bowiem rada wierzycieli wykonuje czynności przez podejmowanie uchwał (art. 207 ust. 1 pr. up.), a uchwały rady wierzycieli powinny być formułowane w sposób pozytywny (np. „udzielić zgody na”), to brak wymaganej większości oznacza *de facto*, że uchwała nie została podjęta⁷⁸.

Zatem jeżeli przedmiotem uchwały jest udzielenie zgody syndykowi na zawarcie ugody mediacyjnej, nie ma

żadnego sposobu, aby kontrolować, czy prawidłowo nie podjęto takiej uchwały. Z pewnością nie służy do tego ani art. 200 pr. up. (który przewiduje, iż sędzia-komisarz może uchylić uchwałę zgromadzenia wierzycieli, jeżeli jest sprzeczna z prawem lub narusza dobre obyczaje albo rażąco narusza interes wierzyciela, który głosował przeciw uchwale), ani art. 210 ust. 2-5 pr. up. (który przewiduje możliwość wzruszenia uchwały rady wierzycieli). Oba przepisy stanowią bowiem instrumenty ochronne, ale tylko w stosunku do podjętej uchwały.

Jeżeli chodzi o koszty mediacji (wynagrodzenie mediatora i zwrot wydatków związanych z przeprowadzeniem mediacji), co do zasady, obciążają one strony, w równych częściach, chyba że strony ustalą inny podział rozliczeń. Wydaje się zatem, że odpowiednia część kosztów mediacji syndyka powinna być zaliczana na koszty postępowania, bowiem są one bezpośrednio związane z ustaleniem, zabezpieczeniem, zarządzeniem i likwidacją masy upadłości oraz ustaleniem wierzytelności (art. 230 ust. 1 pr. up.). Do takiego samego rezultatu prowadziłyby odpowiednio zastosowany dorobek procesualistyki cywilnej, gdzie koszty mediacji zaliczają się do kosztów postępowania cywilnego. Zgodnie z art. 343 ust. 1 pr. up. z masy upadłości zaspokajają się w pierwszej kolejności koszty postępowania.

Mimo iż art. 242a pr. up. jest „wyrazem zagwarantowania wierzycielowi, którego zgłoszenie wierzytelności zostało odrzucone, prawa do sądu”⁷⁹, nie uważam, że można tu znaleźć pole do mediacji z udziałem syndyka, który jako adresat skargi na jego zarządzenie o zwrocie zgłoszenia wierzytelności może tylko albo ją uwzględnić w całości, albo przekazać sędziemu-komisarzowi (art. 242a ust. 5 pr. up.). Z uwagi na wysoki stopień sformalizowania zaskarżenia listy wierzytelności (art. 255–259 pr. up.) również nie widzę w zasadzie żadnego pola manewru, gdzie mogłaby zostać zastosowana mediacja.

Odmienne natomiast wnioski można wyciągnąć, jeżeli chodzi o sytuację, kiedy zasada optymalizacji wskazuje, że bardziej korzystne jest zaspokojenie wierzycieli w drodze zawarcia układu (art. 266a–266f pr. up.), a nie w drodze likwidacji masy upadłości. Propozycje układowe w postępowaniu upadłościowym mogą zgłosić upadły, wierzyciel i syndyk (art. 266a ust. 2 pr. up.). Na potrzeby tego opracowania warto zasygnalizować, że o ile propozycje układowe opierają się w swojej strukturze na mediacji z kodeksu postępowania cywilnego, o tyle układ to nie to samo co ugoda.

⁷⁴ Por. P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe...*, komentarz do art. 206, nb. 9.

⁷⁵ Szerzej na temat konieczności uzyskania zgody rady wierzycieli na zawarcie przez syndyka ugody pozasądowej por. Allerhand M., *Prawo upadłościowe. Komentarz*, Bielsko-Biała 1991, s. 325.

⁷⁶ Por. Zimmerman P., *Prawo upadłościowe...*, komentarz do art. 331, nb. 4 i 6. Na temat zbycia na rzecz dłużnika cedowanej wierzytelności, która staje się *de facto* ugodą co do spłaty wierzytelności pomiędzy syndykiem a dłużnikiem wierzytelności, por. Adamus R., *Prawo upadłościowe...*, komentarz do art. 331, nb. 4.

⁷⁷ Tak Zimmerman P., *Prawo upadłościowe...*, komentarz do art. 332, nb. 6.

⁷⁸ Tak Adamus R., *Prawo upadłościowe...*, komentarz do art. 207, nb. 5.

⁷⁹ Tak Zimmerman P., *Prawo upadłościowe...*, komentarz do art. 242a, nb. 2.

Niewątpliwie działania mediacyjne w przypadku układu w upadłości są nie tylko możliwe, ale wręcz pożądane nie tylko w celu uprawdopodobnienia, że układ zostanie przyjęty przez wierzycieli i wykonany (art. 266c ust. 1 pr. up.), ale przede wszystkim, aby zapadła uchwała zgromadzenia wierzycieli o przyjęciu układu (art. 119 pr. restr. z zw. z art. 266f pr. up.). Dobrze prowadzona mediacja może zatem przyczynić się do sprawnego zakończenia postępowania upadłościowego. Biorąc jednak pod uwagę, iż odesłanie art. 266f pr. up. „do przepisów prawa restrukturyzacyjnego jest wyrazem spójności układu zawieranego w ramach prawa upadłościowego z układem zawierającym w trybie przepisów prawa restrukturyzacyjnego”⁸⁰, pozwolę sobie nie zagłębiać się w analizę mojego wniosku, odsyłając do osobnego artykułu na temat mediacji w postępowaniu restrukturyzacyjnym, który zamierzam wkrótce opublikować w niniejszym czasopiśmie.

Zgodnie z art. 317 ust. 3 pr. up. z chwilą zawiadomienia sądu, sądu polubownego lub organu prowadzącego postępowanie administracyjne o nabyciu przedsiębiorstwa upadłego nabywca przedsiębiorstwa wstępuje z mocy prawa w miejsce upadłego lub syndyka do postępowań cywilnych, administracyjnych, sądowo-administracyjnych oraz przed sądami polubownymi, dotyczących przedsiębiorstwa lub jego składników, bez zezwolenia strony przeciwnej. Przepis ten jest *lex specialis* w stosunku do art. 196 § 2 k.p.c. i oznacza, że nabywca przedsiębiorstwa wstępuje w tych postępowaniach z mocy prawa w miejsce upadłego lub syndyka. Zatem w sprawach, o których mowa w art. 317 ust. 3 pr. up., nabywca przedsiębiorstwa zyskuje również uprawnienia do uczestniczenia we wszystkich obecnych i przyszłych postępowaniach mediacyjnych. Zasada ta powinna też być odpowiednio zastosowana w przypadku sprzedaży innych niż przedsiębiorstwo składników majątku upadłego (art. 320 ust. 3, art. 330a ust. 5 oraz art. 334 ust. 5 pr. up.).

Zgodnie z art. 370d ust. 3 pr. up. do wierzycieli, których wierzytelności powstałe przed zakończeniem postępowania upadłościowego zostały po ustaleniu planu spłaty wierzycieli stwierdzone prawomocnym orzeczeniem, ugodą zawartą przed sądem lub ostateczną decyzją, przepis ust. 2 stosuje się odpowiednio. Oznacza to, że dla wierzycieli, którzy nie zostali ujęci w planie spłaty (z uwagi na to, iż odmówiono ich uznania na liście wierzytelności albo nie zgłosili swoich wierzytelności), ale którzy (do czasu umorzenia zobowiązań) uzyskali tytuł egzekucyj-

ny (w postaci prawomocnego orzeczenia, ugody zawartej przed sądem lub ostatecznej decyzji) ustawodawca przewidział możliwość złożenia wniosku o zmianę planu spłaty, tak by było możliwe uwzględnienie ich wierzytelności i ich spłata choćby w części⁸¹. Zgodnie z art. 183¹⁵ § 1 k.p.c. ugoda zawarta przed mediatorem, po jej zatwierdzeniu przez sąd, ma moc prawną ugody zawartej przed sądem. Ugoda zawarta przed mediatorem, którą zatwierdzono przez nadanie jej klauzuli wykonalności, jest tytułem wykonawczym. Zatem w pełni uzasadniony wydaje się wniosek, że art. 370d ust. 3 pr. up. stosuje się również do ugody zawartej przed mediatorem, po jej zatwierdzeniu przez sąd.

W ramach tytułowej problematyki na koniec warto przeanalizować postępowanie o zawarcie układu na zgromadzeniu wierzycieli przez osobę fizyczną nieprowadzącą działalności gospodarczej, do którego odwołałem się w publikowanym opracowaniu, kiedy analizowałem mediację jako szansę na zwiększenie efektywności postępowania upadłościowego.

Zgodnie z art. 491²⁵ ust. 3 pr. up. sąd uwzględni wniosek dłużnika o otwarcie postępowania o zawarcie układu na zgromadzeniu wierzycieli albo może skierować go do tego postępowania, jeżeli możliwości zarobkowe dłużnika oraz jego sytuacja zawodowa wskazują na zdolność do pokrycia kosztów postępowania o zawarcie układu oraz możliwość zawarcia i wykonania układu z wierzycielami. Treść tego przepisu *in fine* jest bardzo podobna do treści art. 266c ust. 1 pr. up., który również uzależnia odbycie zgromadzenia wierzycieli od możliwości zawarcia i wykonania układu z wierzycielami. Dodatkowo art. 491³⁸ pr. up. odsyła, tak samo jak art. 266f pr. up., do prawa restrukturyzacyjnego⁸², a zatem wydaje się, że wnioski są bardzo podobne do tych, które już sformułowałem, analizując układ w upadłości. Zgodnie z art. 491³⁰ pkt 1 pr. up. nadzorca sądowy w terminie 30 dni od dnia doręczenia postanowienia o otwarciu postępowania o zawarcie układu na zgromadzeniu wierzycieli sporządza w porozumieniu z dłużnikiem propozycje układowe. Aby doszło do przyjęcia układu, kluczowe będą działania mediacyjne, które powinny być przeprowadzone z wierzycielami, tak aby przedstawić takie propozycje układowe, które najlepiej odpowiadają sytuacji dłużnika i oczekiwaniom wierzycieli. Warto również wskazać, że takie działania

⁸¹ Por. Zimmerman P., *Prawo upadłościowe...*, komentarz do art. 370d, nb. 6.

⁸² W szczególności zgodnie z art. 491³⁸ pr. up. w zakresie nieuregulowanym w postępowaniu o zawarcie układu na zgromadzeniu wierzycieli przez osobę fizyczną nieprowadzącą działalności gospodarczej do postępowania o zawarcie układu na zgromadzeniu wierzycieli, w tym do zawarcia układu, jego skutków, zmiany oraz uchylecia stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne dotyczące przyspieszonego postępowania układowego.

⁸⁰ Tak Zimmerman P., *Prawo upadłościowe...*, komentarz do art. 266f, nb. 1.

mediacyjne są tym bardziej uzasadnione, jeżeli weźmiemy pod uwagę, iż zgodnie z art. 491⁸³ ust. 2 pr. up. układ obejmuje wierzytelności zabezpieczone rzeczowo na majątku dłużnika (art. 151 ust. 2 pr. restr.).

PODSUMOWANIE

Jak już zostało szczegółowo uargumentowane na wstępie opracowania, z uwagi na relację instytucji mediacji z przepisami prawa upadłościowego uzasadniony jest wniosek, że może być ona zastosowana zarówno na etapie postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości (art. 35 pr. up.), jak i na etapie postępowania po ogłoszeniu upadłości (art. 229 pr. up.).

Mediacja w postępowaniu upadłościowym, jako idea drugiej szansy, jest inspiracją dla coraz większej liczby krajów europejskich wzorujących się na Stanach Zjednoczonych, gdzie zalety tego sposobu rozwiązywania sporów są wykorzystywane w celu zwiększenia efektywności postępowania upadłościowego.

Jaskrawym przykładem wprowadzenia takiego modelu do polskiego porządku prawnego jest możliwość zawarcia układu na zgromadzeniu wierzycieli przez osobę fizyczną nieprowadzącą działalności gospodarczej. Oprócz usprawnienia aparatu sądownictwa mediacja, jak żadna

inna instytucja prawna, może przyczynić się do czynienia tego, co dobre i słusze zgodnie ze słynną premiom: *ius est ars boni et aequi*. Strony mogą bowiem samodzielnie opracować optymalne dla siebie rozwiązania, które w ramach mediacji są dobrowolne i poufne oraz pozbawione formalizmu i autorytarnego rozstrzygnięcia sprawy, typowego dla postępowania sądowego. Pozwoli to na oszczędzanie kosztów i czasu oraz na elastyczne i zindywidualizowane rozwiązania, przy jednoczesnym zachowaniu trwałości uzgodnień mediacyjnych.

Mediacja prowadzi do wyjścia z problemowej sytuacji i sprzyja zapobieganiu przyszłym konfliktom. Dlatego popularne powiedzenie, że „ugoda jest zawsze lepsza od nawet najlepszego wyroku”⁸³, pod pewnymi warunkami może znajdować swoje zastosowanie również na tle prawa upadłościowego.

Na podstawie przedstawionych w opracowaniu rozważań nie powinno ulegać wątpliwości, że w wielu sprawach możliwe jest zawarcie ugody mediacyjnej przez podmioty postępowania upadłościowego. Optymistycznie należy zatem spojrzeć na perspektywę rozwoju mediacji na tle prawa upadłościowego, biorąc pod uwagę jej potencjał w ramach toczącego się postępowania upadłościowego oraz zanalizowane przykłady jej zastosowania w praktyce.

⁸³ Morek R., *Mediacja w sprawach cywilnych*, Warszawa 2009, s. 4, www.ms.gov.pl/mediacje/omowienia/mediacja_sprawach_cywilnych.pdf.