nr 21
[3/2020]
ISSN 2450-1956
CENA 50 zł

DORADCA restrukturyzacyjny

W numerze między innymi:

Anna Hrycaj – Odpowiednie stosowanie przepisów ogólnych w upadłości konsumenckiej po nowelizacji

Patryk Filipiak / Karol Tatara / Norbert Frosztęga – Trzy spojrzenia na uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne

Wojciech Bokina, Małgorzata Woźniak, Magdalena Michalik – Ewentualny zwrot pomocy publicznej Covid-19 w przypadku ogłoszenia upadłości lub otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego

Słowo od dziekana

Szanowni Czytelnicy!

Dzieje się wokół nas wiele nowych rzeczy. Część z nich zagościła planowo, niektóre całkiem nieoczekiwanie. Planowo z pewnością zawitała marcowa nowelizacja Prawa upadłościowego, w tym w największym rozmiarze upadłości „konsumenckiej", wokół której toczyło się tyle dyskusji tak krytycznych, jak i pochlebnych. Wszyscy jednak wiemy, że tak naprawdę to czas będzie najlepszym cenzorem zmian, za rok, dwa dokonamy pierwszych kompletnych ocen. Tymczasem musimy je przyjąć do realizacji, wierząc, że są to zmiany na lepsze, bo tylko do takich podejdziemy pozytywnie.

Wychodząc naprzeciw stopniowemu oswajaniu się z nowymi regulacjami, w nr. 19 i 20 naszego kwartalnika Pani Sędzia Aleksandra Machowska oraz Pan Sędzia Paweł Janda podzielili się swoimi stanowiskami i wykładnią niektórych nowych uregulowań. W bieżącym zaś numerze Pani Sędzia Anna Hrycaj wyjaśnia wiele nieścisłości, jakie zaistniały w związku z nowelizacją. Wskazane opracowania to w mojej ocenie lektura obowiązkowa dla doradców restrukturyzacyjnych podejmujących się pełnienia funkcji syndyka w postępowaniach ogłoszonych z wniosków złożonych po 24 marca 2020 r.

Planowo również, choć w nieplanowanej formie, odbyło się szkolenie Krajowej Izby Doradców Restrukturyzacyjnych, połowicznie poświęcone zmianom w upadłości konsumenckiej. Szkolenie miało formę bezpłatnego webinarium i zostało zorganizowane na platformie zoom. Na zarejestrowanych blisko 500 osób udział wzięło w nim blisko 400. W części konsumenckiej jako prelegenci wystąpili członkowie KIDR Kolega Marcin Krzemiński i Kolega Maciej Geromin, zaś ja miałem przyjemność moderować obie części webinarium oraz wystąpić w roli prelegenta w części konsumenckiej. Druga część webinarium była poświęcona nieoczekiwanie goszczącemu w naszym porządku prawnym uproszczonemu postępowaniu o zatwierdzenie układu. Postępowanie to zostało uchwalone w ramach tarczy 4.0 w związku z wystąpieniem Covid-19 i można powiedzieć, że jest ścieżką modyfikującą jedno z uregulowanych poprzednio postępowań restrukturyzacyjnych – postępowanie o zatwierdzenie układu. Webinarium w tym zakresie wypełniły prelekcje Mecenasów Piotra Zimmermanna, Patryka Filipiaka i Karola Tatary. Prelegenci pozytywnie ocenili obecność tego postępowania w naszym porządku prawnym, choć szczegóły regulacji w kluczowym dla zawarcia układu liczeniu większości głosów okazały się nie do końca jednoznaczne.

Krytycznie podchodzę, co podkreśliłem podczas webinarium, do wprowadzenia w tym postępowaniu ustawowego ograniczenia wynagrodzenia nadzorcy układu oraz do skwantyfikowania go wyłącznie do kwot przeznaczonych dla wierzycieli z zupełnym pominięciem istnienia niepieniężnych form restrukturyzacji. Patrząc z perspektywy dwóch przeprowadzonych postępowań o zatwierdzenie układu, trudno mi się też pogodzić z ograniczeniem wynagrodzenia na wypadek odmowy zatwierdzenia układu lub umorzenia postępowania w sytuacji, kiedy na żadną z tych decyzji nie mamy jako doradcy wpływu ani tym bardziej legitymacji do środka odwoławczego. Mimo wszystko podchodzę do tego postępowania z optymizmem i uważam, że jest ono niezbędne, by w obecnej sytuacji ochronić wielu przedsiębiorców.

Przestrzegam doradców restrukturyzacyjnych, aby w tym postępowaniu realizowali generalne cele postępowania restrukturyzacyjnego określone w art. 3 PrRestr, a nie partykularne i krótkofalowe zamierzenia dłużników. W przeciwnym razie będzie to dla nas, doradców, olbrzymia skaza i zachowanie co najmniej nieetyczne, prowadzące wprost do utraty mandatu zaufania nie tylko wśród sędziów, ale przede wszystkim wierzycieli. Tymczasem życzę merytorycznej lektury 21 numeru naszego kwartalnika.

Jerzy Sławek

DORADCA
restrukturyzacyjny

Czasopismo Krajowej Izby Doradców Restrukturyzacyjnych wydawane przy współpracy z:

Instytutem Allerhanda
Ogólnopolską Federacją Doradców Restrukturyzacyjnych i Syndyków
Podkarpackim Stowarzyszeniem Doradców Restrukturyzacyjnych
Dolnośląskim Stowarzyszeniem Syndyków

nr 21 [3/2020]

W tym numerze:

Słowo od dziekana 2

Anna Hrycaj, Agata Kosmal: Przegląd orzecznictwa w sprawach restrukturyzacyjnych i upadłościowych 4

Anna Hrycaj: Odpowiednie stosowanie przepisów ogólnych o postępowaniu upadłościowym w upadłości osoby fizycznej, która nie prowadzi działalności gospodarczej, ogłoszonej na wniosek dłużnika 22

Patryk Filipiak: Uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne – wybrane instytucje i przebieg 31

Karol Tatara, Łukasz Trela: Wybrane problemy z zakresu uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego 49

Norbert Frosztęga: Uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne – zagadnienia wybrane 62

Mirosław Mozdżeń: Przygotowana upadłość – zakres kontroli sprawowanej przez syndyka 72

Rafał Adamus: Problem przekazania do masy układowej w przyspieszonym postępowaniu układowym sum uzyskanych w zawieszonym postępowaniu egzekucyjnym 78

Wojciech Bokina, Małgorzata Woźniak, Magdalena Michalik: Czy otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego lub upadłościowego beneficjenta w ciągu 12 miesięcy od przyznania pomocy publicznej związanej z Covid-19 powoduje konieczność zwrotu dotacji? 83

Bartosz Merczyński, Ewa Tkaczuk: Zastrzeżenie prawa własności rzeczy sprzedanej w reżimie prawa upadłościowego i restrukturyzacyjnego 94

Maciej Geromin, Marcin Krawczyk: Sprzedaż szpitala w ramach pre-packu – wybrane zagadnienia 103

Wojciech Młocek, Stefania Strzałka: Obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki z ograniczoną odpowiedzialnością będącej komplementariuszem spółki komandytowej w przypadku upadłości lub likwidacji spółki komandytowej 110

Ivan Smanio: Prawo upadłościowe i mediacje – wybrane zagadnienia 116

Jacek Zin: Określenie wysokości kosztów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania upadłościowego prowadzonego w stosunku do konsumenta przyznawanych syndykowi w formie zaliczki (art. 491^7 pr. up.) 131

Łukasz Trela, Mateusz Kaliński: Glosa aprobująca do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z 27 lutego 2020 r., sygn. akt I SA/Wr 369/19 – upadłość a jeden wierzyciel – prawidłowa wykładnia art. 116 Ordynacji podatkowej 139

PROJEKT I DRUK:

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

Nakład: 1500 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:

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

dr hab. Anna Hrycaj
prof. nadzw. Uczelni Łazarskiego w Warszawie[1]
Agata Kosmal[2]

PRZEGLĄD ORZECZNICTWA W SPRAWACH RESTRUKTURYZACYJNYCH I UPADŁOŚCIOWYCH

POSTĘPOWANIE UPADŁOŚCIOWE WOBEC OSOBY FIZYCZNEJ NIEPROWADZĄCEJ DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ

Umorzenie postępowania upadłościowego osoby fizycznej nieprowadzącej działalności gospodarczej w przypadku, gdy podstawa do oddalenia wniosku o ogłoszenie upadłości ujawni się po ogłoszeniu upadłości (art. 491^{10} ust. 2 i 3 ustawy z 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe, tekst jednolity: Dz. U. z 2017 r., poz. 234, z późn. zm.).

Postanowienie Sądu Okręgowego w Gdańsku, XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, z 11 kwietnia 2018 r., sygn. akt XII Gz 149/18

Teza:

1. **Będąc przedsiębiorcą, dłużnik powinien wykazywać się należytą starannością, wymaganą od każdego profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego. Staranność taka obejmuje także obowiązek znajomości przepisów prawa i obowiązków nałożonych na przedsiębiorcę w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej.**

2. **Nie może stanowić usprawiedliwienia dla dłużnika fakt, że stracił rachubę tego, co spłaca. Rzetelny i uczciwy dłużnik winien dochować należytej staranności także po zaciągnięciu zobowiązań, kontrolując ich stan, w tym stopień spłat.**

Stan faktyczny:

Postanowieniem z 28 lipca 2017 r. Sąd Rejonowy Gdańsk-Północ w Gdańsku, VI Wydział Gospodarczy, ogłosił upadłość I.G., osoby fizycznej nieprowadzącej działalności gospodarczej. W toku postępowania o ogłoszenie upadłości dłużniczka wskazała jedno zobowiązanie względem U.M. 22 sierpnia 2017 r. w Monitorze Sądowym i Gospodarczym ukazało się obwieszczenie o ogłoszeniu upadłości dłużnika, z jednoczesnym wezwaniem wierzycieli do dokonywania zgłoszeń wierzytelności. W toku postępowania upadłościowego wpłynęły zgłoszenia wierzytelności:

- G.M.W. na kwotę 92 738 zł (w tym należność główna 74 683,60 zł oraz odsetki w kwocie 18 673 zł) z tytułu podatku od nieruchomości za okres od 15 marca 2012 r. do 15 maja 2017 r.;
- Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (...) na kwotę 250 601,47 zł z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia społeczne za okres od sierpnia 2002 r. do grudnia 2007 r., nieopłaconych składek na ubezpieczenia zdrowotne za okres od sierpnia 2002 r. do grudnia 2007 r. oraz nieopłaconych składek na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za okres od sierpnia 2002 r. do grudnia 2007 r., wszystkie wraz z odsetkami w łącznej kwocie 141 619 zł;
- W.P. na kwotę 167 337,22 zł, z tytułu opłat za dzierżawę nieruchomości;
- O. P. S. A. w Warszawie na kwotę 2473,69 zł z tytułu nieopłaconych faktur za świadczenie usług telefonicznych;
- P. (...) sp. z o.o. w kwocie 6356,71 zł z tytułu nieopłaconych faktur za dostarczenie energii elektrycznej przez E. (...) S.A.

Łączna kwota zgłoszonych wierzytelności wynosiła 519 507,09 zł.

[1] Sędzia Sądu Okręgowego w Warszawie, dyrektor Instytutu Prawa Upadłościowego, Restrukturyzacyjnego oraz Badań nad Niewypłacalnością Uczelni Łazarskiego w Warszawie, członek zarządu Stowarzyszenia Sędziów Upadłościowych i Restrukturyzacyjnych.

[2] Doktorantka Instytutu Prawa Upadłościowego, Restrukturyzacyjnego oraz Badań nad Niewypłacalnością Uczelni Łazarskiego w Warszawie.

Zgodnie z twierdzeniami upadłej, składając wniosek o ogłoszenie upadłości, nie pamiętała o pozostałych zobowiązaniach, nie posiadała też żadnych dokumentów świadczących o zadłużeniach. O wszystkich dodatkowych zobowiązaniach, za wyjątkiem zobowiązania względem Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, upadła poinformowała syndyka na pierwszym spotkaniu po ogłoszeniu upadłości.

Na rozprawie 18 stycznia 2018 r. upadła zeznała, że jest osobą bezrobotną, zarejestrowaną w urzędzie pracy. Mieszka w wynajętym mieszkaniu wraz z czworgiem dzieci, przy czym dwie córki są pełnoletnie, jedna w wieku 20 lat (uczęszcza do szkoły policealnej, uczy się w systemie dziennym), druga w wieku 19 lat (uczennica klasy maturalnej). Dwaj synowie upadłej mają 16 i 9 lat. Upadła otrzymuje zasiłek wychowawczy na dwóch synów w łącznej kwocie 1000 zł, zasiłek rodzinny w wysokości 770 zł, a także alimenty po 400 zł na każdego z synów oraz po 150 zł na każdą z córek. Łącznie miesięcznie dysponuje kwotą 2870 zł.

W uzasadnieniu postanowienia wskazano, że postanowieniem z 28 lipca 2017 r. Sąd Rejonowy Gdańsk-Północ w Gdańsku, VI Wydział Gospodarczy, ogłosił upadłość dłużniczki I.G. Wskazano, iż w ocenie sądu I instancji zaszła okoliczność ujawnienia się już po ogłoszeniu upadłości I.G. przesłanki, której zaistnienie winno skutkować oddaleniem wniosku o ogłoszenie upadłości. Sąd miał na uwadze treść art. 491^{10} ust. 4 Prawa upadłościowego, zgodnie z którym oddala wniosek o ogłoszenie upadłości, jeżeli dane podane przez dłużnika we wniosku są niezgodne z prawdą lub niezupełne, chyba że niezgodność lub niezupełność nie są istotne lub przeprowadzenie postępowania jest uzasadnione względami słuszności lub względami humanitarnymi.

Zdaniem sądu upadła, składając wniosek o ogłoszenie upadłości, podała niepełne dane, gdyż wskazała, że miała tylko jedną wierzytelność względem U.M. w wysokości 165 765,23 zł. Tymczasem na podstawie zgłoszeń wierzytelności wpływających do akt postępowania sąd I instancji ustalił, że upadła posiadała pięć zobowiązań na łączną kwotę 519 507,09 zł, z czego większość była związana z prowadzoną przez nią uprzednio działalnością gospodarczą.

Ponadto, zdaniem sądu rejonowego, wniosek dłużniczki powinien podlegać także oddaleniu na mocy art. 494^{4} ust. 1 pkt 3, ponieważ w okresie 10 lat przed złożeniem wniosku, mając taki obowiązek, nie złożyła wniosku o ogłoszenie upadłości. W przekonaniu sądu uchybienie poczynione przez upadłą w zakresie złożenia niepełnego wniosku o ogłoszenie upadłości (przy świadomości posiadania innych zobowiązań) należało zakwalifikować jako uchybienie z uwagi na wysokość nieujawnionych zobowiązań. Sąd, dokonując takiej oceny, nie dopatrzył się okoliczności, które mogłyby uzasadnić odstąpienie od umorzenia postępowania upadłościowego z uwagi na względy słuszności lub względy humanitarne.

Mając to na uwadze, na mocy art. 491^{10} ust. 2 i 3 p. u. w zw. z art. 491^{4} ust. 4 Prawa upadłościowego, sad I instancji umorzył postępowanie upadłościowe.

Zażalenie na to postanowienie wniosła upadła, zarzucając mu naruszenie:

- art. 491^{10} ust. 2 p. u. przez uznanie, że upadła nie wykonała ciążących na niej obowiązków przez brak wydania niezbędnych dokumentów, podczas gdy upadła nie była świadoma, w jakiej wysokości kształtuje się jej zadłużenie oraz względem kogo i z jakiego tytułu ono powstało;
- art. 491^{10} ust. 2 p. u. przez brak wysłuchania wierzycieli, podczas gdy w ocenie upadłej ich wysłuchanie było konieczne;
- art. 491^{10} ust. 2 p. u. przez brak uznania, że przeprowadzenie postępowania było uzasadnione względami słuszności lub względami humanitarnymi;
- art. 491^{10} ust. 4 p. u. przez uznanie, że upadła we wniosku o ogłoszenie upadłości konsumenckiej podała niezupełne dane, podczas gdy dane te były zgodne ze stanem wiedzy upadłej na czas składania wniosku.

Skarżąca wniosła o uchylenie zaskarżonego postanowienia. Powoływała się na to, że w stosunku do długów prywatnych, tj. z tytułu dostarczania energii elektrycznej i świadczenia usług telefonicznych, nie wiedziała, że podlegają pod upadłość i winna je zgłosić. Z kolei odnośnie do długów związanych z działalnością gospodarczą, tj. z tytułu podatku od nieruchomości, należności ZUS oraz opłaty za dzierżawę nieruchomości, twierdziła, że nie miała świadomości co do swojego całkowitego zadłużenia i nie wiedziała, skąd ono się wzięło. Podkreślała, że nie zdawała sobie sprawy z tego, że dzierżawa jakiegokolwiek pomieszczenia wiąże się z koniecznością zapłaty podatku od nieruchomości. Skarżąca powoływała się też na to, że nie znała się na prawie, co miało wskazywać na brak jej zawinienia w niedostarczeniu odpowiedniej dokumentacji. Nadto z uwagi na fakt, iż co miesiąc były dokonywane z jej konta przelewy na rachunek kancelarii komorniczej, straciła rachubę, co spłaca.

Sąd okręgowy oddalił to zażalenie.

Z uzasadnienia postanowienia sądu okręgowego:

1. „Odnosząc się do powyższej argumentacji skarżącej, stwierdzić trzeba, że złożyła wniosek o ogłoszenie upadłości osoby fizycznej nieprowadzącej działalności gospodarczej. Trudno więc za logiczne i wiarygodne uznać jej tłumaczenie, że nie znając prawa, nie wiedziała, że długi prywatne podlegają w takim postępowaniu zgłoszeniu".

2. „Odnośnie do zadłużenia z tytułu działalności gospodarczej podkreślić trzeba, że będąc przedsiębiorcą, dłużniczka powinna wykazywać się należytą starannością, wymaganą od każdego profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego. Staranność taka obejmuje także obowiązek znajomości przepisów prawa i obowiązków nałożonych na przedsiębiorcę w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. Skarżąca zatem, decydując się na dzierżawę nieruchomości, w ramach działania z należytą starannością powinna zapoznać się z konsekwencjami prawnymi zawartej umowy".

3. „(...) nie może także stanowić usprawiedliwienia dla skarżącej to, że zatraciła rachubę tego, co spłaca. Rzetelny i uczciwy dłużnik winien dochować należytej staranności także po zaciągnięciu zobowiązań, kontrolując ich stan, w tym stopień spłat".

4. „(...) Sąd okręgowy podzielił trafność stanowiska sądu rejonowego, że wysokość zobowiązania dłużniczki względem Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, przekraczająca kwotę 250 000 zł (skarżąca przez okres ponad 6 lat, a więc w zasadzie przez cały okres prowadzenia działalności gospodarczej, nie regulowała należnych składek z tytułu ubezpieczeń społecznych, zdrowotnych oraz składek na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych), czyniła niewiarygodnym twierdzenie dłużniczki, aby zapomniała o zadłużeniu na tak wysoką skalę".

5. „Skarżąca twierdziła, że pozostawała ze wszystkimi problemami finansowymi sama, a była odpowiedzialna za to, by zagwarantować dzieciom jak najlepszy start w życiu. Skarżąca ze świadczeń pobieranych na dzieci, takich jak alimenty czy zasiłki, otrzymywała co miesiąc kwotę 2870 zł. Skarżąca otrzymywała zatem wsparcie finansowe na dzieci. Nie można jednak zapominać, że to na rodzicach w szczególności spoczywa obowiązek wykonywania pieczy nad dziećmi oraz ich wychowania (art. 95 k.r.o.). Zatem skarżąca powinna dążyć do tego, aby przez podjęcie pracy zapewnić dodatkowe środki finansowe rodzinie, co w jej przypadku było o tyle ułatwione, że dwójka jej dzieci była już pełnoletnia, a pozostała dwójka (16 i 9 lat) nie wymagała stałej opieki. Nie było zatem żadnych przeszkód, aby upadła podjęła pracę zawodową i zaczęła odpowiadać za swoje zobowiązania".

6. „Ogłaszając upadłość osoby fizycznej nieprowadzącej działalności gospodarczej, sąd bada także tzw. moralność płatniczą dłużnika, gdyż z uwagi na skutki w postaci umorzenia zobowiązań upadłego nie powinno się promować nagannych postaw dłużników, którzy mogliby nadużywać instytucji upadłości konsumenckiej. Zdaniem sądu okręgowego zachowanie dłużniczki, polegające na zatajeniu części zobowiązań na etapie rozpoznawania wniosku o ogłoszenie upadłości, uznać trzeba za naganne. W takiej sytuacji upadłość konsumencka dłużniczki nie może prowadzić do naruszenia słusznych interesów wierzycieli, przesuwając na nich ciężar ekonomiczny niewypłacalności dłużniczki".

7. „Obowiązkiem skarżącej było od daty powstania stanu niewypłacalności – z uwagi na obowiązujące wówczas przepisy art. 10, 11 i 21 ustawy, złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości, czego nie uczyniła, co również wskazywało na naganną postawę dłużniczki, która nie mogła pozostawać bez wpływu na ogłoszenie upadłości konsumenckiej".

8. „(...) w sprawie brak jest podstaw do przesądzenia wadliwości rozstrzygnięcia z uwagi na to, że sąd I instancji nie dokonał wysłuchania wierzycieli. Sąd przed rozstrzygnięciem sprawy winien wysłuchać wierzycieli tylko w razie stosownej potrzeby. Wbrew twierdzeniom skarżącej, potrzeba taka natomiast nie zachodziła, gdyż wierzyciele w sposób klarowny przedstawili stan zobowiązań skarżącej względem nich".

POSTĘPOWANIE UPADŁOŚCIOWE WOBEC PRZEDSIĘBIORCY

Oddalenie wniosku wierzycieli o ogłoszenie upadłości przedsiębiorcy z uwagi na sporny charakter roszczeń i niewykazanie stanu niewypłacalności dłużnika. Utrata przez członków zarządu upadłego wierzyciela na rzecz syndyka uprawnień do występowania z wnioskiem o ogłoszenie upadłości dłużnika. Brak podstaw do ogłoszenia upadłości takiego dłużnika, który ma tylko jedno zobowiązanie w stosunku do jednego wierzyciela albo kilka zobowiązań w stosunku do jednego wierzyciela.

Postanowienie Sądu Okręgowego w Rzeszowie, VI Wydział Gospodarczy, z 17 maja 2019 r., sygn. akt XII Gz 111/19

Teza:

1. **Nie można mówić o niewykonywaniu wymagalnych zobowiązań, jeżeli dłużnik uzyskał odroczenie spłaty zobowiązań [odroczenie polega na porozumieniu między wierzycielem a dłużnikiem, na mocy którego wierzyciel zobowiązuje się nie dochodzić od dłużnika spełnienia świadczenia (pieniężnego) w pierwotnie ustalonych terminach, lecz w innych terminach] bądź kiedy zobowiązania są sporne (art. 12 a p.u.).**

2. **W świetle art. 20 ust. 1 Prawa upadłościowego wierzyciel spółki ma legitymację do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości dłużnika. Jednak w sytuacji, kiedy podmiot ten (wierzyciel dłużnika) również ogłosił upadłość, członkowie zarządu, jako reprezentanci tego wierzyciela, tracą na rzecz syndyka uprawnienia do występowania z wnioskiem o ogłoszenie upadłości.**

3. **Wnioskodawca będący wierzycielem osobistym dłużnika nie utraci legitymacji procesowej czynnej (legitymacji do wszczęcia i prowadzenia postępowania) pomimo tego, że po zgłoszeniu wniosku o ogłoszenie upadłości doszło do spłaty zobowiązania w całości. Dla przyjęcia istnienia legitymacji procesowej po stronie wnioskodawcy wystarczające jest ustalenie, że wnioskodawcy służyła wierzytelność w chwili złożenia wniosku. Pomimo iż jego wierzytelność wygasła, zachował on legitymację formalną do występowania w sprawie, co czyni niedopuszczalnym postanowienie o umorzeniu postępowania wobec spłaty wnioskodawcy po ogłoszeniu upadłości i tym samym utraty przez niego legitymacji materialnej.**

Stan faktyczny:

Wierzyciel, M.R. (1) prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą M.R. (1) M. w K., wniósł o ogłoszenie upadłości dłużnika, (...) Sp. z o. o. w K., wskazując, że przysługuje mu wierzytelność w stosunku do dłużnika w kwocie 68 613,23 zł – należność główna oraz odsetki, koszty postępowania sądowego i egzekucyjnego. Na dzień składania wniosku wierzyciel uzyskał od komornika wpłatę kwoty 21 147,008 zł. 13 marca 2017 r. do postępowania przystąpił kolejny wierzyciel, (...) Sp. z o. o. w K., wskazując, że dłużnik nie uregulował 14 faktur na łączną kwotę 519 761,52 zł. W odpowiedzi dłużnik wniósł o oddalenie w całości wniosków wierzycieli, wskazując, że ich wnioski oparte zostały na błędnych twierdzeniach, że w momencie złożenia wniosku dłużnik nie spłaca swoich zobowiązań, utracił zdolność do wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych. Wierzyciele w żaden sposób twierdzeń tych nie uprawdopodobnili, nie wskazali okoliczności świadczących o ich prawdziwości, a nadto nie poparli ich dowodami.

Postanowieniem z 22 marca 2017 r. sąd zabezpieczył majątek dłużnika poprzez ustanowienie tymczasowego nadzorcy sądowego w osobie M.L. (k. 45). Pismem z 5 maja 2017 r. tymczasowy nadzorca sądowy przedłożył sprawozdanie, w którym ocenił sytuację majątkową dłużnika oraz zaistnienie stanu niewypłacalności względem dłużnika.

Postanowieniem z 28 września 2017 r. Sąd Rejonowy w Rzeszowie, V Wydział Gospodarczy Sekcja ds. Restrukturyzacyjnych i Upadłościowych, oddalił wniosek wierzycieli (...) sp. z o.o. w K. o ogłoszenie upadłości dłużnika G. (...) sp. o.o. w K. Na skutek zażalenia wierzycieli: (...) sp. z o.o. w K. Sąd Okręgowy w Rzeszowie, VI Wydział Gospodarczy (sygn. akt. VI Gz 304/17), postanowieniem z 28 grudnia 2017 r. uchylił zaskarżone postanowienie, przekazując sprawę sądowi rejonowemu celem ponownego rozpoznania. Przyczyną uchylenia było dokonanie przez sąd rejonowy niepełnych ustaleń faktycznych w zakresie zaistnienia przesłanek niewypłacalności z art. 11 p. u. oraz przedwczesne wydanie orzeczenia, w sytuacji gdy sprawozdanie (...) nie zostało doręczone uczestnikom postępowania, co uniemożliwiło im ustosunkowanie się do jego treści.

W ocenie sądu okręgowego ustalenia sądu I instancji nie były wystarczające w kwestii legitymacji czynnej wierzycieli składających wniosek o ogłoszenie upadłości dłużnika. Nie zostało wyjaśnione, dlaczego wierzytelności tych wierzycieli zostały uznane za sporne. Sąd nakazał ich rozważenie w kontekście art. 24 pr. up., tj. uprawdopodobnienia wierzytelności. W wytycznych sąd odwoławczy zobligował sąd I instancji do dokonania ustaleń w zakresie wierzytelności wnioskodawców w świetle twierdzeń i dokumentów przedłożonych przez strony postępowania i oceny, czy są one uprawdopodobnione, czy nie, co w konsekwencji pozwoli na dokonanie oceny legitymacji czynnej wnioskodawcy. Następnie, w zależności od wyniku, sąd nakazał zbadanie dalszych przesłanek do ogłoszenia upadłości. W toku ponownego rozpoznawania sprawy przewodniczący zarządzeniem z 21 lutego 2018 wezwał (...) o uzupełnienie opinii uwzględniającej

upływ czasu i jej uaktualnienie, w szczególności w zakresie istnienia wierzytelności wnioskodawców oraz przesłanek wynikających z art. 10 i 11 p. u. Przesłał również odpis sprawozdania (...) do ustosunkowania się wnioskodawcom. Pismem z 28 lutego 2018 r. pełnomocnik wnioskodawców wskazał, że sprawozdanie jest nieaktualne oraz wniósł o zbadanie aktualnej sytuacji dłużnika.

Pismem z 13 marca 2018 r. dłużnik oświadczył, iż nie posiada bezspornych zobowiązań w stosunku do wnioskodawców oraz że wniosek i zażalenie obu podmiotów powiązanych, tj. spółki (...) S.A. oraz M.M., zostały złożone w złej wierze. Pierwszy z wierzycieli, M.R. (1) działający pod firmą (...), został częściowo zaspokojony w styczniu, następnie w lutym, a ostateczne zamknięcie zobowiązania nastąpiło 8 marca 2017 roku, włącznie ze wszystkimi odsetkami oraz kosztami pobocznymi. Spłata całości zobowiązań nastąpiła w ramach prowadzonego postępowania egzekucyjnego, bowiem ani dłużnik, ani komornik nie posiadali wiedzy o złożonym przez wierzyciela wniosku o ogłoszenie upadłości.

14 marca 2017 roku komornik wydał postanowienie kończące postępowanie egzekucyjne wobec całkowitej spłaty zobowiązania przez dłużnika. Wierzyciel (...) w dniu dołączenia do postępowania miał bezsporne zobowiązania w stosunku do G.S. na poziomie 1 203 818,93 zł, zatem w jego ocenie to dłużnik był wierzycielem (...) S.A. Dłużnik potrącił roszczenia (...) S.A. pismem z 19 sierpnia 2016 roku – G.S. zainicjowała w 2016 roku spory sądowe zarówno w trybie nakazowym, jak i upominawczym z (...) S.A. przed dniem złożenia wniosku o upadłość i uzyskała nakazy zapłaty na swoją korzyść we wszystkich postępowaniach oraz zabezpieczyła się na hipotekach M. na wartość ponad 8,7 mln zł. Jednocześnie dłużnik wskazał, że według CIT-8 w 2017 roku spółka wypracowała przychód w wysokości ponad 2,5 mln, dochód powyżej 100 tys. zł oraz zapłaciła podatek dochodowy w wysokości blisko 20 tys. zł. Sytuacja majątkowa G.S. nie kwalifikuje się zdaniem spółki jako podstawa do orzeczenia upadłości.

Przewodniczący zarządzeniem z 24 lipca 2018 r. wezwał dłużnika o wskazanie na piśmie, czy spółka (...) sp. z o.o. reguluje terminowo zobowiązanie kredytowe (zrestrukturyzowany kredyt obrotowy, bank (...) S.A.) zgodnie z harmonogramem oraz jaka jest wysokość aktualnego zadłużenia spółki z tego tytułu; o przedłożenie wyciągów z wszystkich rachunków bankowych i raportów kasowych za okres od 14 lutego 2017 r. do chwili obecnej; o przedłożenie zestawienia obejmującego zobowiązania spółki zarówno przeterminowane, jak i regulowane w terminie, ich wysokość, terminy wymagalności; do wskazania, jakie spółka uzyskała w 2017 r. obroty, zysk/stratę, czy zobowiązania spółki w 2017 r. sumarycznie wzrosły, czy zmalały oraz w jaki sposób (kwotowo). Jednocześnie sąd zwrócił się do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o wskazanie, czy spółka (...) sp. z o.o. reguluje terminowo zobowiązania wobec ZUS oraz jaka jest aktualna wysokość zadłużenia; Krajowego Rejestru Sądowego w SR w Rzeszowie o przesłanie sprawozdań finansowych i sprawozdań zarządu za rok obrotowy 2016 i 2017 i Urzędu Skarbowego w R. o przesłanie sprawozdań kwartalnych składanych przez spółkę począwszy od 2016 r. Postanowieniem z 29 marca 2017 r. sąd ogłosił upadłość jednego z wnioskodawców, tj. spółki (...) S.A. w K. Postanowienie zostało zaskarżone, a następnie uchylone przez sąd okręgowy i przekazane do ponownego rozpoznania.

Pismem z 26 czerwca 2018 r. syndyk (...) przedłożył pismo w sprawie, pisząc, że nie może odnieść się do zasadności wniosku złożonego przez (...) S.A. o ogłoszenie upadłości (...) sp. z o.o. z uwagi na fakt, iż prezes zarządu (...) S.A. w upadłości M.R. (2) nie wydał i nie wskazał syndykowi majątku, ksiąg handlowych, korespondencji i innych dokumentów upadłego, do których wydania i wskazania jest zobowiązany z mocy ustawy, uniemożliwiając weryfikację zasadności złożonego wniosku o ogłoszenie upadłości. Okoliczność ta stanowiła jedną z podstaw złożenia wniosku przez syndyka o pozbawienie M.R. (2) prawa prowadzenia działalności gospodarczej na własny rachunek, w tym 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, spółdzielni, fundacji lub stowarzyszenia, która zawisła przed Sądem Rejonowym w Rzeszowie pod sygn. akt V Gzd 45/17.

Pismem z 31 lipca 2018 r. naczelnik Urzędu Skarbowego w K. przedłożył pisemną informację, przesyłając w załączeniu sprawozdania finansowe za lata obrotowe 2016 i 2017. Pismem z 30 lipca Sąd Rejonowy w Rzeszowie, XII Wydział Gospodarczy KRS, przesłał do tutejszej sekcji odpis sprawozdania zarządu oraz sprawozdania finansowego za rok 2016. Pismem z 22 sierpnia 2018 r. dłużnik w odpowiedzi na wezwanie sądu oświadczył, że od 30 marca 2018 r. nie nastąpiły znaczące zmiany w sytuacji spółki, w szczególności w zakresie sytuacji majątkowej, spółka wciąż posiada majątek przekraczający jej zobowiązania o blisko 2 mln złotych. Po ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Rejonowy w Rzeszowie, Sekcja ds. Restrukturyzacyjnych i Upadłościowych, wydał 6 września 2018 r. (sygn. akt V GU 51/18) postanowie-

nie, którym oddalił wniosek wierzycieli (...) sp. z o.o. w K. o ogłoszenie upadłości dłużnika G. (...) sp. o.o. w K. Sąd rejonowy dokonał następujących ustaleń faktycznych: (...) Sp. z o.o. w K. zarejestrowana została w Krajowym Rejestrze Sądowym 14 czerwca 2013 r. Wpisana została pod numerem KRS (...), NIP (...), REGON: (...), wysokość kapitału zakładowego wynosi 100 000 zł, na który składają się: 490 udziałów po 100 zł każdy o łącznej wartości 49 000 zł – posiada je J.W.A.; 490 udziałów po 100 zł każdy o łącznej wartości 49 000 zł – posiada je P.P.R.; 20 udziałów po 100 zł każdy o łącznej wartości 2000 zł – posiada je J.E. Spółkę reprezentuje od jej założenia prezes zarządu P.P.R. Przedmiot działalności to m.in. produkcja szkła gospodarczego; produkcja elektrycznego sprzętu elektrycznego; sprzedaż hurtowa wyrobów porcelanowych, ceramicznych i szklanych oraz środków czyszczących; produkcja i obróbka pozostałego szkła, włączając szkło techniczne; działalność w zakresie specjalistycznego projektowania; sprzedaż detaliczna prowadzona przez domy sprzedaży wysyłkowej lub internet.

Sąd na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego dokonał analizy sprawy pod kątem ustalenia przesłanek przemawiających za zaistnieniem w stosunku do dłużnika stanu niewypłacalności oraz czy wnioskodawcom przysługiwała legitymacja do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości dłużnika. Na podstawie przedłożonych do akt sprawy bilansów oraz sprawozdań finansowych sąd ustalił, że zobowiązania spółki wynosiły na koniec 2017 roku 6 084 156,48 zł (sprawozdania na koniec 2017 roku), podczas gdy suma aktywów wynosiła 8 002 215,63 zł. Tym samym aktywa dłużnika przekraczały prawie o 2 mln pasywa spółki. W zakresie zobowiązań publicznoprawnych sąd ustalił, że spółka uregulowała należny podatek CIT za 2017 r. w wysokości 19 471,00 zł, tj. od dochodu w wysokości 102 479,87 zł (dowód: pismo urzędu skarbowego z 17 sierpnia 2018 r. w zakresie zobowiązań publicznoprawnych, Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z 2 sierpnia 2018 r. w zakresie zobowiązań publiczno-prawnych, banku (...) z 8 sierpnia 2018 r. w zakresie obsługi rachunku bankowego, deklaracja CIT-8, sprawozdanie (...), uzupełnienie sprawozdania (...) pismo z 13 kwietnia 2018 r.).

Sąd ustalił, że pierwszy z wnioskodawców: M.R. (1) działający pod firmą (...) został częściowo zaspokojony przez dłużnika w styczniu, następnie w lutym, a ostateczna spłata całości zobowiązania nastąpiła 8 marca 2017 roku, włącznie ze wszystkimi odsetkami oraz kosztami pobocznymi. Spłata całości zobowiązań nastąpiła w ramach prowadzonego postępowania egzekucyjnego, bowiem ani dłużnik, ani komornik nie posiadali wiedzy o złożonym przez wierzyciela wniosku o ogłoszenie upadłości. 14 marca 2017 roku komornik wydał postanowienie kończące postępowanie egzekucyjne wobec całkowitej spłaty zobowiązania przez dłużnika (dowód: Zajęcie wierzytelności przez komornika sądowego L.Ś. na rzecz M.R. (1) w kwocie należności głównej 68 613,23 zł z 22 sierpnia 2016 r., potwierdzenie skutecznej sprzedaży majątku spółki przez komornika sądowego L.Ś. z 26 stycznia 2017 r. na kwotę 39 955,02 zł, potwierdzenie przelewu na kwotę 56 425,01 zł z 8 marca 2017 r. na rachunek komornika sądowego L.Ś., postanowienie komornika sądowego L.Ś. z 14 marca 2017 r. o zakończeniu postępowania). W zakresie drugiego z wnioskodawców sąd ustalił, że postanowieniem z 29 marca 2017 r. ogłoszono upadłość spółki (...) S.A. w K.

Postanowienie zostało zaskarżone, a następnie uchylone przez sąd okręgowy i przekazane do ponownego rozpoznania. W toku przedmiotowego postępowania pismem z 26 czerwca 2018 r. syndyk (...) przedłożył pismo w sprawie, wskazując, że nie może odnieść się do zasadności wniosku złożonego przez (...) S.A. o ogłoszenie upadłości (...) sp. z o.o. z uwagi na fakt, iż prezes zarządu (...) S.A. w upadłości M.R. (2), nie wydał i nie wskazał syndykowi majątku, ksiąg handlowych, korespondencji i innych dokumentów upadłego, do których wydania i wskazania jest zobowiązany z mocy ustawy, uniemożliwiając weryfikację zasadności złożonego wniosku o ogłoszenie upadłości.

W świetle wskazanych ustaleń sąd w pierwszej kolejności dokonał analizy przedmiotowej sprawy pod kątem legitymacji obu wnioskodawców do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości dłużnika. W zakresie legitymacji pierwszego z wnioskodawców wskazał, że na dzień orzekania M.R. (1), działający pod firmą (...), został 8 marca 2017 r. całkowicie zaspokojony przez dłużnika, włącznie ze wszystkimi odsetkami i kosztami pobocznymi. Spłata całości zobowiązań nastąpiła w ramach prowadzonego postępowania egzekucyjnego.

14 marca 2017 roku komornik wydał postanowienie kończące postępowanie egzekucyjne wobec całkowitej spłaty zobowiązania przez dłużnika. Przytaczając art. 29 a ust. 2 pr. up., sąd wskazał, że w świetle tego uregulowania wnioskodawca będący wierzycielem osobistym dłużnika nie utraci legitymacji procesowej czynnej (legitymacji do wszczęcia i prowadzenia postępowania) pomimo tego, że po zgłoszeniu wniosku o ogłoszenie upadłości doszło do spłaty zobowiązania w całości i utraty przez wnioskodawcę statusu wierzyciela osobistego. Dla przyjęcia istnienia legitymacji procesowej po stronie wnioskodawcy wystarczające jest bowiem ustalenie, że

wnioskodawcy służyła wierzytelność w chwili złożenia wniosku. Tak więc sąd przyjął, że M.R. (1), działający pod firmą (...), posiada nadal legitymację do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości mimo uzyskania zaspokojenia całości wierzytelności.

W zakresie drugiego z wnioskodawców sąd ustalił, że postanowieniem z 29 marca 2017 r. ogłoszono upadłość spółki (...) S.A. w K. Postanowienie zostało zaskarżone, a następnie uchylone przez sąd okręgowy i przekazane do ponownego rozpoznania. Okoliczność ta jednak pozostaje bez wpływu na skutki ogłoszenia upadłości w zakresie ustanowienia syndyka masy upadłości. Zgodnie z art. 54 ust. 3 p. u. „w przypadku uchylenia postanowienia o ogłoszeniu upadłości i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania syndyk oraz sędzia-komisarz zachowują swoje uprawnienia, a czynności przez nich dokonane pozostają w mocy".

W toku przedmiotowego postępowania pismem z 26 czerwca 2018 r. syndyk (...) poinformował, że nie może odnieść się do zasadności wniosku złożonego przez (...) S.A. o ogłoszenie upadłości (...) sp. z o.o. z uwagi na fakt, iż prezes zarządu (...) S.A. w upadłości M.R. (2) nie wydał i nie wskazał syndykowi majątku, ksiąg handlowych, korespondencji i innych dokumentów upadłego, do których wydania i wskazania jest zobowiązany z mocy ustawy, uniemożliwiając weryfikację zasadności złożonego wniosku o ogłoszenie upadłości. Sąd stwierdził, że zgodnie z art. 144 ust. 1 p. u. „po ogłoszeniu upadłości postępowania sądowe, administracyjne lub sądowoadministracyjne dotyczące masy upadłości mogą być wszczęte i dalej prowadzone wyłącznie przez syndyka albo przeciwko niemu". Przepis ten zakłada bezwzględne „podstawienie" syndyka w miejsce upadłego w postępowaniach sądowych i administracyjnych dotyczących masy upadłości. Ogłoszenie upadłości wywołuje skutek procesowy w postaci utraty legitymacji procesowej upadłego w odniesieniu do postępowań dotyczących masy upadłości. Reguła ta dotyczy zarówno postępowań wszczętych przed ogłoszeniem upadłości, jak i po jej ogłoszeniu. Wobec czego sąd stwierdził, że drugi z wnioskodawców utracił legitymację do wniesienia wniosku o ogłoszenie upadłości. Następnie dokonał analizy przedmiotowej sprawy w zakresie istnienia stanu niewypłacalności względem dłużnika, bazując na twierdzeniach i dowodach przedstawionych przez M.R. (1), działającego pod firmą (...), oraz dłużnika.

Sąd wskazał, że o dłużniku niewypłacalnym można mówić w razie spełnienia jednej z dwóch przesłanek określonych w art. 11 p. u. Pierwsza z nich, tj. utrata zdolności płatniczej, ma charakter uniwersalny i odnosi się do wszystkich dłużników. Druga, tj. przewaga zobowiązań nad majątkiem, ma charakter uzupełniający i odnosi się do określonych jednostek organizacyjnych. Przesłanki te są niezależne od siebie, wystarczy, by wypełniła się jedna z nich. Wymagalność należy rozumieć jako możliwość prawnie skutecznego zażądania przez wierzyciela, by dłużnik spełnił świadczenie, która to chwila będzie wynikać z ustalonego terminu spełnienia świadczenia lub będzie następstwem wezwania dłużnika do wykonania zobowiązania (art. 455 k.c.).

Sąd stwierdził, że sama obiektywna okoliczność niewykonywania wymagalnych zobowiązań pieniężnych nie jest wystarczająca dla ogłoszenia upadłości. Podstawy niewykonywania zobowiązań mogą mieć bowiem inne podłoże niż stricte finansowe. Może to być związane ze sporem dotyczącym samego istnienia wierzytelności lub jej wymagalności (por. art. 12a), złą wolą dłużnika, a także kalkulacją polegającą np. na uznaniu, że odsetki ustawowe i koszty procesu, które trzeba będzie w przyszłości ponieść, będą rozwiązaniem tańszym od kosztów obsługi finansowania długiem, które byłoby niezbędne do wykonania zobowiązania. W świetle przesłanki utraty zdolności płatniczej niezbędne staje się ustalenie, że kondycja finansowa dłużnika wyklucza możliwość wykonania wymagalnych zobowiązań pieniężnych (zob. A. Witosz, *Komentarz do ustawy Prawy Upadłościowe*, stan prawny na 1 czerwca 2017 r., Lex online).

Sąd zwrócił uwagę na fakt, że ustawodawca w ust. 1a art. 11 p. u. wprowadził domniemanie, iż utrata zdolności ma miejsce przy opóźnieniach w płatnościach, które przekraczają 3 miesiące, a także ustalił termin 30 dni liczony od dnia, w którym dłużnik stał się niewypłacalny, dla złożenia przez dłużnika wniosku o ogłoszenie upadłości. W sytuacji, w której opóźnienia w płatnościach nie przekraczają 30 dni, dłużnik może bezpiecznie prowadzić dalszą działalność, analizować własną sytuację majątkową i poszukiwać finansowania niezbędnego dla wykonania zobowiązań. W tym bowiem okresie nie naraża się na zarzut spóźnionego wniosku o ogłoszenie upadłości, nawet jeśli przyjąć, że od samego początku opóźnienia można było przyjąć, że wymagalne zobowiązania pieniężne nie będą mogły być spełnione.

Oczywiście wierzyciel może złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości, jeśli będzie w stanie obalić domniemanie z art. 11 ust. 1a, ale nawet gdy to uczyni, dłużnik nie ponosi odpowiedzialności z tytułu art. 21 ust. 3-3a, a także z tytułu art. 373 ust. 1 pkt 1 oraz art. 586 k.s.h. i art. 116 o.p. W okresie gdy płatność najdawniej wymagalnej wie-

rzytelności pieniężnej jest opóźniona o więcej niż 30 dni, ale mniej niż 3 miesiące, dłużnik w dalszym ciągu może stosunkowo bezpiecznie prowadzić działalność bez składania wniosku o ogłoszenie upadłości, ale tylko w sytuacji, w której brak jest podstaw do przyjęcia, że odzyskanie płynności finansowej jest niemożliwe.

Drugi rodzaj niewypłacalności, dotyczący osób prawnych albo jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, którym odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną (tj. spółki jawnej, spółki komandytowej, spółki komandytowo-akcyjnej, spółki partnerskiej), pojawia się w sytuacji, gdy ich zobowiązania przekroczą wartość majątku (aktywów), a stan ten utrzymuje się przez okres 24 miesięcy. Co do zasady, podstawą do stwierdzenia niewypłacalności jest utrzymywanie się przewagi zobowiązań nad majątkiem nieprzerwanie przez 24 miesiące. Wg sądu epizodyczne momenty, w których dłużnik uzyskuje przewagę majątku nad zobowiązaniami, chociaż powtarzające się, nie wstrzymują naliczania tego czasu. Wynika to z potrzeby ochrony wierzycieli, którzy w przypadku braku zaspokojenia w postępowaniu upadłościowym osób prawnych i innych jednostek nie mogą po ukończeniu postępowania być zaspokojeni w inny sposób. Krótkotrwała zwyżka majątku nad zobowiązaniami dłużnika, nieprowadząca do faktycznej poprawy jego sytuacji ekonomicznej, nie powinna mieć znaczenia dla przyjęcia, że dłużnik jest wypłacalny, a 24-miesięczny okres powinno się liczyć od nowa.

Po analizie zgromadzonego materiału dowodowego sąd rejonowy stwierdził, że nie nastąpiło spełnienie żadnej przesłanki z powołanego art. 11 ust. 1 i 2 p. u. Odnosząc się do okoliczności podawanych przez wierzyciela we wniosku, że dłużnik jest niewypłacalny, ponieważ nie reguluje swych wymagalnych zobowiązań oraz że pasywa spółki przekraczają jej aktywa, sąd rejonowy wskazał, że zgodnie z zasadami obowiązującymi w procedurze cywilnej ciężar gromadzenia materiału procesowego spoczywa na stronach (art. 232, art. 3 k.p.c., art. 6 k.c.). Art. 6 k.c. określa reguły dowodzenia, to jest przedmiot dowodu oraz osobę, na której spoczywa ciężar udowodnienia faktów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Przy czym sąd nie ma obowiązku dążenia do wszechstronnego zbadania wszystkich okoliczności sprawy. Obowiązek przedstawienia dowodów spoczywa na stronach (art. 3 k.p.c.), a ciężar udowodnienia faktów mających istotne znaczenie (art. 227 k.p.c.) dla rozstrzygnięcia sprawy spoczywa na stronie, która z tych faktów wywodzi skutki prawne (tak wyrok Sądu Najwyższego z 17 grudnia 1996 r., sygn. akt I CKU 45/96, „OSNC" 1997, nr 6-7, poz. 76).

W myśl wskazanych ogólnych zasad to na wnioskodawcy spoczywał ciężar udowodnienia okoliczności uzasadniających jego wniosek, a mianowicie faktu, iż wobec dłużnika zachodzi stan niewypłacalności będący podstawą ogłoszenia upadłości – art. 10 p. u. Sąd na podstawie przedłożonej przez dłużnika dokumentacji przyjął, że zobowiązania spółki wynosiły na koniec 2017 r. 6 084 156,48 zł, podczas gdy suma aktywów wynosiła 8 002 215,63 zł. Tym samym aktywa dłużnika przekraczały prawie o 2 mln pasywa spółki – ustalono to na podstawie bilansów i sprawozdań rocznych spółki. Jako że dłużnik udowodnił, iż nie posiada wymagalnych zobowiązań względem wnioskodawców, a ten nie wykazał zaistnienia w stosunku do dłużnika stanu niewypłacalności, ich wnioski o ogłoszenie upadłości podlegają oddaleniu.

Na postanowienie zażalenie złożyli wierzyciele: (...) sp. z o.o. w K., zaskarżając je w całości.

Skarżący zarzucili:

I. obrazę art. 54 ust. 3 pr. up. oraz art. 144 ust. 1 pr. up. poprzez jego błędną wykładnię. Sąd błędnie przyjął, iż skoro uchylono postanowienie o ogłoszeniu upadłości (...) S.A. w sprawie prowadzonej przez Sąd Okręgowy w Rzeszowie, Wydział VI Gospodarczy, i przekazano sprawę Sądowi Rejonowemu w Rzeszowie do ponownego rozpoznania, to jako że zgodnie z zapisami wskazanych artykułów syndyk zachowuje swoje uprawnienia, dotychczasowi członkowie zarządu (...) S.A. nie mają legitymacji procesowej. Z takim stwierdzeniem nie sposób się zgodzić. Regulacja wskazanych artykułów dotyczy legitymacji syndyka masy upadłości, który jest zastępcą pośrednim spółki akcyjnej postawionej w stan upadłości. Oznacza to, że z dniem ogłoszenia upadłości upadła spółka lub spółka, wobec której co prawda uchylono postanowienie o ogłoszeniu upadłości, ale przekazano sprawę do ponownego rozpatrzenia, traci legitymację do występowania tylko i wyłącznie w sprawach, które dotyczą masy upadłości, a uprawnienie to przysługuje od tej chwili jedynie syndykowi masy upadłości, który działa w postępowaniu we własnym imieniu i na rzecz upadłej spółki. Z kolei legitymacja, jak w tym przypadku, członka zarządu, jako przedstawiciela wierzyciela, do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości danego podmiotu dotyczy prawa w warunkach określonych w art. 20 ust. 1 ustawy z 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe dochodzenia roszczeń pieniężnych wobec niewypłacalnego dłużnika. Członek zarządu dochodzi na rzecz spółki wskazanych roszczeń od osób, które są zobowiązane do uregulowania istniejących należności. Jak trafnie wskazał SN, legitymacja członka za-

rządu jest więc samodzielna i niezależna w odniesieniu do uprawnień syndyka w zakresie spółki akcyjnej, a co za tym idzie, z chwilą ogłoszenia upadłości spółki akcyjnej nie ulega przekształceniu w legitymację syndyka masy upadłości. Tym samym upadły może występować samodzielnie, ale tylko w tych sprawach, które masy upadłości nie dotyczą.

Co więcej, w przypadku stwierdzenia braku legitymacji do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości drugiego wnioskodawcy jako członka zarządu w związku z przejściem w myśl przyjętej koncepcji przez sąd legitymacji procesowej czynnej w niniejszej sprawie na syndyka, sąd winien albo wezwać do uczestnictwa syndyka M., albo ewentualnie zobowiązać go do złożenia stosownego oświadczenia w sprawie, tj. czy popiera on wniosek o ogłoszenie upadłości. Konsekwencją poglądu zaprezentowanego w uzasadnieniu postanowienia z 6 września 2018 r. przez sąd w dalszej kolejności powinna być również analiza, czy w tym stanie faktycznym nie doszło do przekroczenia lub niedopełnienia ustawowych obowiązków przez syndyka masy upadłości;

II. obrazę art. 12a ustawy – Prawo upadłościowe poprzez jego błędną wykładnię, art. 10 i 11 ust. 1 ustawy – Prawo upadłościowe poprzez ich błędne zastosowanie oraz art. 29a ust. 2 ustawy – Prawo upadłościowe poprzez jego niezastosowanie. Sąd błędnie uznał, że roszczenia wnioskodawcy są sporne, a w konsekwencji błędnie zastosował art. 12a ustawy – Prawo upadłościowe i wydał orzeczenie oddalające wniosek o ogłoszenie upadłości spółki (...) sp. z o.o. pomimo faktu, że dokonując prawidłowej wykładni art. 12 a ustawy – Prawo upadłościowe, stwierdzić należy, iż wniosek o ogłoszenie upadłości został złożony przez podmioty uprawnione, tj. wierzycieli posiadających wierzytelności w całości bezsporne – w przypadku wierzyciela M.R. (1) wierzytelność została stwierdzona tytułem wykonawczym. Sąd nadto błędnie zastosował art. 10 i 11 ust. 1 ustawy – Prawo upadłościowe, uznając, iż nie zaistniały przesłanki do ogłoszenia upadłości spółki (...) sp. z o.o. w sytuacji, gdy dłużnik posiada znaczne zobowiązania, które pomimo przedłożenia tymczasowemu nadzorcy sądowemu ugód z wierzycielami nie są regulowane.

Ponadto sąd I instancji nie zastosował, pomimo istnienia takiego obowiązku, art. 29a ust. 2 ustawy – Prawo upadłościowe, stwierdzając, iż „M.M.R. (1) został w pełni zaspokojony i powziął o tym fakcie informację 8 marca 2017 r.". Tymczasem wniosek M.R. (1) o ogłoszenie upadłości spółki (...) sp. z o.o. został złożony 14 lutego 2017 r., a zatem zgodnie z treścią art. 29a ust. 2 ustawy – Prawo upadłościowe okoliczność ta nie ma wpływu na dalszy bieg postępowania;

III. obrazę art. 20 ustawy – Prawo upadłościowe poprzez jego błędną wykładnię i przyjęcie, iż na etapie postępowania zainicjowanego wnioskiem o ogłoszenie upadłości wierzyciel ma obowiązek udowodnić roszczenie, gdy tymczasem zgodnie z treścią tego przepisu wierzyciel zobowiązany jest uprawdopodobnić roszczenie – art. 24 ustawy – Prawo upadłościowe, zaś udowodnienie istnienia roszczenia winno zostać dokonane na etapie zgłaszania wierzytelności do masy upadłości – art. 236 w zw. z art. 240 pkt 3 ustawy – Prawo upadłościowe;

IV. obrazę przepisów postępowania, a to art. 3 i 232 w zw. z art. 227 k.p.c. w zw. z art. 236 k.p.c. oraz 238 § 2 k.p.c. w zw. z art. 35 ustawy – Prawo upadłościowe mającą istotny wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia poprzez nieprzeprowadzenie dowodów, do których przeprowadzenia zobowiązał sąd okręgowy, a to zwrócenia się do wierzycieli, z którymi dłużnik zawarł ugody, z zapytaniem, czy ugody te są realizowane, nieprzeprowadzenie wszystkich dowodów, o których przeprowadzenie zawnioskowali wierzycieli pismem w sprawie z 14 maja 2018 r., obrazę przepisów art. 233 k.p.c. w zw. z art. 35 ustawy – Prawo upadłościowe, mającą istotny wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia – poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę dowodów oraz niewskazanie, jakim dowodom sąd dał wiarę, a jakim nie i dlaczego.

Sąd, wydając postanowienie o oddaleniu wniosku o ogłoszenie upadłości, wskazuje jedynie, że „analiza zgromadzonego materiału dowodowego nie pozwoliła na przyjęcie, że faktycznie nastąpiło spełnienie przesłanki z art. 11 ust. 1 i 2 pr. up." Brak jest informacji, w oparciu o jakie dokumenty stwierdzono, iż dłużnik jest wypłacalny i reguluje swoje zobowiązania oraz że pasywa nie przekraczają aktyw. Sąd w trakcie całego toczącego się pod niniejszą sygnaturą postępowania uzyskał bowiem od dłużnika, wbrew zaleceniom sądu okręgowego, w których jasno zobowiązano sąd do poczynienia sumiennych i wiarygodnych ustaleń w sprawie, krótką informację z 22 sierpnia 2018 r., iż „nie nastąpiły znaczące zmiany w sytuacji spółki, w szczególności w zakresie sytuacji majątkowej, gdzie spółka posiada majątek przekraczający zobowiązania spółki o blisko dwa miliony złotych". Informacja ta jednak ponownie nie została poparta materiałem dowodowym w postaci wyciągów z rachunków bankowych, raportów kasowych, spisu zobowiązań spółki, wskazań co do wysokości obrotów, zysków i strat spółki (...) sp. z o.o. Sąd nie zweryfikował ponadto, czy przed wydaniem orzeczenia ugody zawarte przez dłużni-

ka są faktycznie realizowane. Według wiedzy wierzyciela ugody te nie są realizowane;

V. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia skutkujący wydaniem merytorycznie błędnego orzeczenia poprzez przyjęcie, że: (...) S.A. nie posiada legitymacji procesowej w przedmiotowej sprawie; dłużnik nie posiada wymagalnych, nieregulowanych zobowiązań; wierzytelności spółki (...) S.A. wobec dłużnika są sporne lub niewykazane w sposób należyty, pomimo faktu, iż na żadnym etapie postępowania upadłościowego ani przed wszczęciem tego postępowania dłużnik wierzytelności tych nie kwestionował.

Skarżący wnieśli o uchylenie zaskarżonego postanowienia.

Sąd okręgowy oddalił oba zażalenia.

Z uzasadnienia postanowienia sądu okręgowego:

1. „Nie ulega wątpliwości, że w świetle art. 20 ust. 1 Prawa upadłościowego wierzyciel spółki ma legitymację do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości dłużnika. Jednak w sytuacji, kiedy podmiot ten [wierzyciel (...) S.A.] również ogłosił upadłość, członkowie zarządu, jako reprezentacji tego wierzyciela, tracą na rzecz syndyka uprawnienia do występowania z wnioskiem o upadłość. Zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy – Prawo upadłościowe po ogłoszeniu upadłości postępowania sądowe, administracyjne lub sądowoadministracyjne dotyczące masy upadłości mogą być wszczęte i dalej prowadzone wyłącznie przez syndyka albo przeciwko niemu. Postępowania, o których mowa w ust. 1, syndyk prowadzi na rzecz upadłego, lecz w imieniu własnym (ust. 2). Wskazany przepis zakłada bezwzględne podstawienie syndyka w miejsce upadłego w postępowaniach sądowych i administracyjnych dotyczących masy upadłości. Ogłoszenie upadłości wywołuje *ipso iure* skutek procesowy w postaci utraty legitymacji procesowej upadłego w odniesieniu do postępowań dotyczących masy upadłości. Reguła ta dotyczy zarówno postępowań wszczętych przed ogłoszeniem upadłości, jak i postępowań wszczętych po ogłoszeniu upadłości. Wszystkie więc postępowania odnoszące się do sfery majątku upadłego zakwalifikowanego do masy upadłości objęte są hipotezą art. 144 ust. 1 ustawy – Prawo upadłościowe. Wbrew zarzutom zażalenia postępowanie niniejsze w przedmiocie ogłoszenia upadłości podmiotu, będącego dłużnikiem (...) S.A., jest sprawą, która dotyczy masy upadłości tej spółki. Celem postępowania upadłościowego jest bowiem dążenie do spieniężenia majątku dłużnika w celu zaspokojenia roszczeń wierzycieli w jak najwyższym stopniu, w którym dochodzi do ustalenia wierzytelności podlegających zaspokojeniu tą szczególną drogą. Postępowanie niniejsze rozstrzygające dopuszczalność ogłoszenia upadłości G.S. zostało wszczęte przez wierzycieli, w tym (...) S.A., przy założeniu, że tą właśnie drogą spółka uzyska zaspokojenie swoich należności. Ogłoszenie upadłości (...), co nastąpiło z dniem 17.11.2017 r. (k. 342 t. II), z jednoczesnym powołaniem syndyka spowodowało więc utratę legitymacji formalnej upadłego na rzecz syndyka, którego obowiązkiem stało się przejęcie uprawnień upadłego w zakresie objętym postępowaniem, wstąpienie z mocy prawa do tego postępowania i dalsze prowadzenie tego postępowania już tylko przez syndyka w miejsce upadłego, a ściślej reprezentującego go zarządu. Na skutek ogłoszenia upadłości (...) SA jego przedstawiciele – członkowie zarządu – utracili prawo do wniesienia środka zaskarżenia, czyli legitymację czynną. Prawo wniesienia zażalenia przysługiwało jedynie syndykowi. Zgodnie bowiem z art. 51 ust. 2 p. u. postanowienie o ogłoszeniu upadłości jest skuteczne i wykonalne z dniem jego wydania, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej. W myśl art. 52 p. u. data wydania postanowienia o ogłoszeniu upadłości jest datą upadłości. Mimo więc braku wydania przez sąd rejonowy postanowienia o zawieszeniu postępowania i formalnego wezwania syndyka do udziału w tym postępowaniu na podst. art. 174 § 1 pkt 4 kpc, w zaistniałych okolicznościach brak jest podstaw, aby przyjąć, że syndyk, nie mając o nim wiedzy, nie stał się stroną tego postępowania. Należy wskazać, że w ślad za pismem z 26.06.2018 r. (k. 433 t. III) zostało przedłożone do akt niniejszej sprawy pełnomocnictwo udzielone przez (...) SA z 19.04.2017 r. dla pełnomocnika radcy prawnego reprezentującego go w sprawie. W powyższym piśmie (*in fine*) pełnomocnik (...) SA oświadczył, że złożony przez (...) SA wniosek o ogłoszenie upadłości spółki (...) sp. z o.o. pozostawia do uznania sądu z uwagi na brak dostępu do dokumentów finansowych/księgowych uniemożliwiających weryfikację zasadności zgłoszonego wniosku. 21.06.2018 r. pełnomocnik syndyka dokonał wglądu do akt postępowania celem zaznajomienia i oceny zasadności zgłoszonego przez (...) SA wniosku o upadłość (k. 409). Odpis zaskarżonego postanowienia z 6.09.2018 r. (k. 651) oddalającego wnioski wierzycieli o upadłość uczestnika sąd rejonowy doręczył syndykowi [k. (...)], tym samym stając się pełnoprawnym uczestnikiem tego postępowania. W stosunku do zażalenia wniesionego przez członków zarządu upadłego (...) SA za-

chodziły więc podstawy do jego oddalenia z uwagi na utratę legitymacji czynnej do występowania w sprawie, o czym prawidłowo orzekł sąd I instancji".

2. „Odnośnie zaś do drugiego wierzyciela będącego wnioskodawcą w sprawie: M.M.R. (1) w K. trafnie sąd rejonowy ustalił, że dłużnik nie pozostaje już wobec niego zobowiązanym wobec jego spłaty. Z uwagi na treść art. 29a ust. 2 pr. up. wierzyciel ten nadal posiada jedynie legitymację czynną do występowania w sprawie, tym niemniej jego wierzytelności, jako zaspokojonej wygasłej, i nie bierze się pod uwagę przy ocenie przesłanki z art. 11 pr. up. Stosownie do treści 29a ust. 2 pr. up. wykonanie przez dłużnika zobowiązań wobec wnioskodawcy po złożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości nie będzie miało wpływu na »dalszy bieg postępowania«. Przyjęcie przez ustawodawcę takiego uregulowania oznacza, że wnioskodawca będący wierzycielem osobistym dłużnika nie utraci legitymacji procesowej czynnej (legitymacji do wszczęcia i prowadzenia postępowania) pomimo tego, że po zgłoszeniu wniosku o ogłoszenie upadłości doszło do spłaty zobowiązania w całości. Dla przyjęcia istnienia legitymacji procesowej po stronie wnioskodawcy wystarczające jest ustalenie, że wnioskodawcy służyła wierzytelność w chwili złożenia wniosku. Podsumowując, wierzytelność tego wierzyciela wygasła, zachował on jedynie legitymację formalną do występowania w sprawie, co czyniło niedopuszczalnym postanowienie o umorzeniu postępowania wobec spłaty wnioskodawcy po ogłoszeniu upadłości i tym samym utraty przez niego legitymacji materialnej".

3. „Należy wskazać, że na skutek uchylenia poprzednio wydanego orzeczenia i po przekazaniu sprawy do ponownego rozpoznania sąd ustalał stan przedsiębiorstwa dłużnika na podstawie sprawozdania tymczasowego nadzorcy sądowego na 5 maja 2017 r. uzupełnionego na kwiecień 2018 r. (k. 364-372, 373-374). Nadto na skutek wniosku wierzycieli ustalenia co do sytuacji dłużnika sąd rejonowy poczynił także na podstawie wyjaśnień reprezentanta dłużnika, prezesa zarządu P.P. (k. 425, k. 479), który przedłożył szereg dokumentów świadczących o sytuacji ekonomicznej przedsiębiorstwa, w tym: zaświadczenie o niezaleganiu z należnościami wobec US z 17.08.2018 r., zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek na ZUS z 2.08.2018 r. (k. 482-484), zaświadczenie z banku (...) z (...) 2018 r., zeznanie podatkowe CIT-8 za 2017 r., dokument zawierający zestawienie hipotek przymusowych zabezpieczających należności spółki oraz kopie ksiąg wieczystych, sprawozdanie roczne za rok 2017 (k. 619), postanowienie o zakończeniu postępowania egzekucyjnego z 14.03.2017 r. w sprawie Km 571/16 na dowód zaspokojenia wierzytelności M.R. (1) (k. 631), oświadczenie o kompensacie ustawowej wierzytelności przysługującej wobec (...) SA z 19.08.2016 r. (k. 632), zgłoszenie wierzytelności z 26.01.2018 r. w postępowaniu upadłościowym (...) SA (k. 637) pisma do (...), postanowienie o przedstawieniu zarzutów działania na szkodę G.-S. przez M.R. (2) z 23.02.2018 r. (k. 644). Nadto sąd rejonowy z urzędu (k. 425) zwrócił się również do ZUS o wskazanie, czy spółka terminowo reguluje zobowiązania wobec tego organu i jaka jest wysokość ew. zadłużenia. Sąd wystąpił także do KRS w SR w Rzeszowie i Urzędu Skarbowego w K. o przedłożenie sprawozdań kwartalnych, finansowych i zarządu składanych przez spółkę od 2016 r. Ustalenia faktyczne czynił sąd zatem w oparciu o dowody z dokumentów, opinię (...) oraz wyjaśnienia reprezentanta dłużnika. Nie można więc czynić zarzutu sądowi rejonowemu, że ustalił sytuację finansową dłużnika w oparciu o informacje uzyskane tylko od reprezentanta dłużnika, skoro znajdują one poparcie również w wymienionych dokumentach i sprawozdaniu (...). Z dokumentów tych wynika, że dłużnik nie jest podmiotem postępowań egzekucyjnych, windykacyjnych. Zobowiązania względem wierzyciela J.M. zostały uregulowane (k. 379) lub termin płatności uległ przedłużeniu (zobowiązanie z tytułu kredytu wobec banku (...) SA nie jest więc wymagalne). W oparciu o wszystkie powyższe dowody: dokumenty, wyjaśnienia reprezentanta dłużnika oraz sprawozdania (...) sąd ustalił brak podstaw przyjęcia niewypłacalności dłużnika: G. (...) sp. o.o. w K. Wbrew zarzutom zażalenia dowody powyższe były wystarczające do dokonania oceny sytuacji dłużnika pod kątem spełnienia przesłanek z art. 11 ustawy – Pr. upadłościowe".

4. „Stan niewypłacalności dłużnika może być wykazywany różnymi dowodami, stąd nie było konieczne przeprowadzanie wszystkich dowodów, o jakie wnioskował wierzyciel, takich jak wyciągi z rachunków bankowych, raporty kasowe itp. Dotychczas zebrane dowody były wystarczające do zweryfikowania sytuacji ekonomicznej dłużnika. Należy wskazać, że odnośnie do przesłanek ogłoszenia upadłości, zgodnie z treścią art. 10 Prawa upadłościowego, upadłość ogłasza się w stosunku do dłużnika, który stał się niewypłacalny. Ustawowa definicja niewypłacalności została sformułowana w art. 11 ustawy. W niniejszej sprawie wobec faktu, iż dłużnik jest osobą prawną

w postaci spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, dla zdefiniowania stanu niewypłacalności sąd rejonowy zbadał obie przesłanki z ust. 1 i 2 wymienionego artykułu. Przepisy te stanowią, że dłużnik jest niewypłacalny, jeżeli nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych, a nadto uważa się go za niewypłacalnego także wtedy, gdy jego zobowiązania przekroczą wartość jego majątku, nawet wówczas, gdy na bieżąco te zobowiązania wykonuje. Skoro dłużnik wykazał, że nie posiada wymagalnych zobowiązań wobec wnioskodawców, a nadto, że aktywa dłużnika przekraczają prawie o 2 mln zobowiązania spółki, zasadnie w tej sytuacji sąd ocenił, że nie zachodzi stan niewypłacalności dłużnika i wniosek wierzycieli o ogłoszenie jego upadłości oddalił. Chybione są więc zarzuty dotyczące niewypłacalności dłużnika. Nie można mówić o niewykonywaniu wymagalnych zobowiązań, jeżeli dłużnik uzyskał odroczenie spłaty zobowiązań. Odroczenie spłaty zobowiązań polega na porozumieniu pomiędzy wierzycielem a dłużnikiem, na mocy którego wierzyciel zobowiązuje się nie dochodzić od dłużnika spełnienia świadczenia (pieniężnego) w pierwotnie ustalonych terminach, lecz w innych terminach bądź to, kiedy zobowiązania są sporne (art. 12 a pr. up.). W niniejszej sprawie dłużnik – przy pomocy szeregu dokumentów i wyjaśnienia swojego reprezentanta – wykazał, że pomimo przekroczenia terminów płatności swoich niektórych zobowiązań nie popadł w stan niewykonywania w sposób trwały wymagalnych zobowiązań w rozumieniu art. 11 ust. 1 p.u.n. Nie można więc zgodzić się ze skarżącym wierzycielem, że naruszony został art. 10 w zw. z art. 11 w zw. z art. 20 ust. 1 p.u.n. Abstrahując od kwestii legitymacji przedstawicieli upadłego (...) SA do prowadzenia nin. sprawy, należy przyjąć, wbrew ich twierdzeniom, że wierzytelności w stosunku do tej spółki mają charakter sporny, skoro zostały objęte wzajemną kompensatą i ostatecznie jako takie zostały zgłoszone do listy wierzytelności w postępowaniu upadłościowym tej spółki".

5. „(...) przepis art. 11 nie posługuje się pojęciem »zobowiązania«, ale »zobowiązań«. Użycie słowa »zobowiązanie« w liczbie mnogiej nawiązuje do treści art. 1, który prezentuje postępowanie upadłościowe jako wspólne dochodzenie roszczeń wierzycieli. Z punktu widzenia Prawa upadłościowego brak jest więc podstaw do ogłoszenia upadłości takiego dłużnika, który ma tylko jedno zobowiązanie w stosunku do jednego wierzyciela albo kilka zobowiązań w stosunku do jednego wierzyciela. Nawet zatem odmienna interpretacja przepisu art. 29a 2 p.u., tj. przyjęcie, iż wskutek spłaty wierzyciela po ogłoszeniu upadłości jego wierzytelność traktuje się w postępowaniu o ogłoszenie upadłości jako istniejącą, że dłużnik posiadałby tym samym tylko jednego wierzyciela w osobie M.R. (1), co stanowi przeszkodę do ogłoszenia upadłości spółki (...) niezależnie od tego, czy zachodziłyby przesłanki z art. 11 ust. 2 p.u.n., dłużnik wykazał, że nie jest niewypłacalny, tj. że wykonuje swoje zobowiązania wobec pozostałych wierzycieli (a w drodze porozumienia z bankiem (...) SA nie są one wymagalne) i nie zalega z płatnościami o charakterze publicznoprawnym, zaś wierzytelność wobec (...) ma charakter sporny".

ZAKAZ PROWADZENIA DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ

Istnienie przesłanek do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości i brak jego złożenia przez uczestników postępowania w sprawie o orzeczenie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej (art. 373 § 1 pkt 1 ustawy z 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze).

Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy, VIII Wydział Gospodarczy, z 4 września 2019 r., sygn. akt VIII Ga 68/19

Teza:

1. **W postępowaniu w przedmiocie orzeczenia zakazu działalności gospodarczej sąd zobowiązany jest oceniać nie tylko stopień zawinienia dłużnika, ale także skutki podejmowanych przez niego działań, w szczególności obniżenie wartości ekonomicznej przedsiębiorstwa upadłego i rozmiar pokrzywdzenia wierzycieli.**

2. **Osoby prowadzące działalność gospodarczą muszą posiadać kwalifikacje zawodowe i przestrzegać określonych wzorów zachowań. Natomiast osoby, które takich kwalifikacji nie posiadają, winny być z obrotu gospodarczego wyłączone. Nie zachowując rygorów związanych z obowiązkiem zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości, osoby te nie powinny prowadzić własnej działalności ani sprawować funkcji związanych z zarządzeniem w spółkach, gdyż ich działanie narusza interesy wierzycieli, a także interesy wszystkich uczestników obrotu prawnego.**

3. **Kryzys gospodarczy czy stan zagrożenia utratą płynności finansowej nie mogą stanowić przesłanki usprawiedliwiającej zaniechanie w terminowym zgłoszeniu do sądu wniosku o upadłość przedsię-**

biorcy, gdyż są to okoliczności, które w równym stopniu dotyczą wszystkich przedsiębiorców w tej samej branży i w żadnym wypadku nie wyłączają konieczności zachowywania rygorów związanych z prowadzeniem działalności.

Stan faktyczny:

(...) Oddział w B. wniósł o orzeczenie pozbawienia M.M. (2) i I.M., prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą (...) M.M. (2), I.M., prawa prowadzenia działalności gospodarczej na własny rachunek 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 na okres 5 lat. We wniosku wskazano, że uczestnicy w okresie prowadzonej przed siebie działalności gospodarczej nie dopełnili obowiązku opłacenia składek na ubezpieczenia społeczne, zdrowotne i FGŚP.

Sąd I instancji ustalił, że M.M. (2) i I.M. od 15 maja 2005 r. prowadzili działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą (...) M.M. (2), I.M., której siedziba mieściła się w I. przy ulicy (...). Zgodnie z treścią wydruku z CEiDG przedmiotem działalności gospodarczej prowadzonej przez uczestników było wykonywanie instalacji wodno-kanalizacyjnych, cieplnych, gazowych i klimatycznych – kod PKD 43.22.Z.

Problemy z bieżącym regulowaniem zobowiązań (...) M.M. (2), I.M. pojawiły się w 2016 r. na skutek przesunięcia terminu realizacji umowy na wykonywanie robót kanalizacyjnych, w związku z czym wzrosły koszty realizacji tej inwestycji i przyniosła ona stratę. W związku z działalnością podmiotu na 8 maja 2018 r. nie zostały wykonane przez dłużników wymagalne zobowiązania wobec (...) z tytułu:

- składek na Fundusz Ubezpieczeń Społecznych za okres 06/2014, 09/2014-04/2015, 08/2015-04/2018 w kwocie 279 930,36 zł;
- składek na Fundusz Ubezpieczenia Zdrowotnego za okres 02/2015-04/2015, 07/2015-04/2018 w kwocie 76 986,56 zł;
- składek na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych za okres 02/2015-04/2015, 08/2015-07/2017, 03/2018-04/2018 w kwocie 18 323, 28 zł;
- wraz z kosztami egzekucyjnymi i odsetkami.

M.M. (2), I.M. posiada zadłużenie także wobec (...) w I. z tytułu podatku od towaru i usług:

- za IV kwartał 2017 r. w kwocie 11 936,00 zł – należność główna, 549,00 zł – odsetki za zwłokę na 23 sierpnia 2018 r., 11,60 zł – koszty upomnienia, 120,12 zł – koszty egzekucyjne [tytuł wykonawczy nr (...)],
- za I kwartał 2018 r. w kwocie 2518 zł – należność główna, 93,00 zł – odsetki za zwłokę na 23 sierpnia 2018 r., 11,60 zł – koszty upomnienia, 35,45 zł – koszty egzekucyjne [tytuł wykonawczy nr (...)].

Dłużnicy, mimo trudnej sytuacji finansowej, nie doprowadzili do zawarcia z wierzycielem (...) umowy układu ratalnego, ponieważ nie wywiązali się z warunków umowy.

Postanowieniem Sądu Rejonowego w Bydgoszczy z 4 października 2018 r., sygn. akt XV Gzd 96/18, wobec uczestników M.M. (2) i I.M., prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą (...) M.M. (2), I.M., został orzeczony zakaz prowadzenia działalności gospodarczej na własny rachunek 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 na okres roku.

W uzasadnieniu postanowienia wskazano, że:

- zgodnie z art. 10 p.u. podstawą ogłoszenia upadłości dłużnika jest jego niewypłacalność. Niewypłacalny jest zaś dłużnik, jeżeli utracił zdolność do wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych, jeżeli opóźnienie w wykonaniu zobowiązań pieniężnych przekracza 3 miesiące (art. 11 ust. 1a p.u.). Przepis art. 21 ust. 1 i 2 p.u. przesądza natomiast o tym, że dłużnik jest obowiązany, nie później niż w terminie 30 dni od dnia, w którym nastąpiła podstawa do ogłoszenia upadłości, zgłosić wniosek w sądzie. Przed nowelizacją Prawa upadłościowego, tj. do 1 stycznia 2016 r., przepis ten ustanawiał termin dwutygodniowy na zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości. Zgodnie z art. 452 ust. 2 i 3 ustawy z 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 1574 ze zmianami) w sprawach, w których po 1 stycznia 2016 r. wpłynął wniosek o orzeczenie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, działania lub zaniechania, o których mowa w art. 373 Prawa upadłościowego, ocenia się według przepisów ustawy obowiązującej w dniu ich wystąpienia. Jednak jeżeli działania lub zaniechania, o których mowa w art. 373

Prawa upadłościowego, które stanowią podstawę orzeczenia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, miały miejsce zarówno przed wejściem w życie ustawy, jak i po jej wejściu w życie, do oceny ich skutków stosuje się przepisy Prawa upadłościowego w brzmieniu obowiązującym od 1 stycznia 2016 r.;

– uczestnicy są niewypłacalni, albowiem nie wykonują swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych wobec wierzycieli, przy czym wobec wnioskodawcy od lipca 2014 r. Niewypłacalność uczestników trwa do dnia dzisiejszego, a jej skala uległa znacznemu zwiększeniu (rosnące nowe zobowiązania oraz powstawanie należności ubocznych względem istniejących już zobowiązań). W związku z tym, iż uczestnicy stale zajmowali się sprawami prowadzenia własnej działalności gospodarczej, otrzymywali tytuły egzekucyjne, byli świadomi istnienia zaległości względem wierzycieli. Nie złożyli jednak wniosku o ogłoszenie upadłości, choć obowiązek ten spoczywał na nich tak jak na każdej osobie prowadzącej działalność gospodarczą, która popadła w stan niewypłacalności;

– uczestnicy M.M. (2) i I.M. są niewypłacalni, albowiem nie wykonują swoich wymagalnych zobowiązań wobec (...) od lipca 2014 r. oraz wobec (...) w I. od stycznia 2018 r. Już na podstawie dokumentów znajdujących się w aktach sprawy można stwierdzić, iż dłużnicy mieli obowiązek najpóźniej w lutym 2018 r. złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości, czego zaniechali. W ocenie sądu nie ulega wątpliwości, że wobec uczestników toczyły się przed tą datą postępowania egzekucyjne z wniosku innych wierzycieli. M.M. (2) zeznał, że w czwartym kwartale 2016 r. było już dwóch wierzycieli, którym nie płacili. Okoliczność ta jednoznacznie wskazuje, że wniosek o ogłoszenie upadłości powinien zostać złożony dużo wcześniej, a mianowicie w czwartym kwartale 2016 r.

W ocenie sądu zachowanie uczestników miało charakter zawiniony. Sąd rejonowy wskazał przy tym, iż w związku z redakcją art. 373 ust. 1 p. u. zasadnie przyjmuje się, że podstawa do wydania zakazu, która opiera się na winie, występuje nie tylko wtedy, gdy osoba, która ma zostać pozbawiona praw wymienionych w tym przepisie, umyślnie dokonała czynności, o których w nim mowa, gdy działania te są następstwem jej niedbalstwa (zob. Zedler F., [w:] *Prawo upadłościowe i naprawcze*. K.W. Zakamycze, Kraków 2003, teza 6 do art. 373, s. 958). Wskazania wymaga fakt, iż chodzi tu o winę w braku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie określonym w ustawie. W nauce prawa powszechnie przyjmuje się, że do okoliczności wyłączających winę można zaliczyć brak informacji o sytuacji stwarzającej obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości z przyczyn niezależnych od dłużnika, np. wyjazdu za granicę. W ocenie sądu stan niewypłacalności uczestników nie ustał do dnia orzekania (...). Nie wygasł zatem obowiązek złożenia przez uczestników wniosku o ogłoszenie upadłości.

Od tego postanowienia sądu rejonowego uczestnicy wnieśli apelację, zaskarżając je w całości. Zaskarżonemu postanowieniu zarzucili:

– naruszenie art. 373 ust. 1 pkt 1 ustawy z 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze poprzez jego błędne zastosowanie w sytuacji, gdy nie zaistniały przesłanki wskazujące na wystąpienie podstaw do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości;
– naruszenie art. 10 ustawy z 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze poprzez jego błędne zastosowanie w sytuacji, gdy nie zaistniały przesłanki wskazujące na zaistnienie stanu niewypłacalności uczestnika postępowania.

Ponadto uczestnicy wnieśli o zmianę zaskarżonego postanowienia poprzez oddalenie wniosku (...) o orzeczenie wobec I.M. i M.M. (2) zakazu prowadzenia działalności gospodarczej na własny rachunek oraz pełnienia funkcji członka rady nadzorczej, reprezentanta i pełnomocnika w spółce handlowej, przedsiębiorstwie państwowym, spółdzielni, fundacji lub stowarzyszenia na rok oraz zasądzenie od wnioskodawcy na rzecz uczestników zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu apelacji uczestnicy podnieśli, że nie zaistniała sytuacja, w której pomimo ustawowego obowiązku nie zgłosili w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości. Uczestnicy wskazali, że na etapie prowadzenia przedsiębiorstwa byli w stanie zagrożenia utraty płynności finansowej, jednakże w takim stopniu, iż trwali w przekonaniu, że sytuacja na rynku odmieni się na tyle, aby móc we własnym zakresie walczyć o spłatę wszystkich należności. W ocenie uczestników należy zwrócić uwagę na fakt, iż dokonywali oni wpłat na poczet należności, również na skutek wszczętego i prowadzonego wobec nich postępowania egzekucyjnego.

Sąd okręgowy oddalił apelację uczestników.

Z uzasadnienia postanowienia sądu okręgowego:

1. „Stanowisko sądu rejonowego o niewypłacalności odnosiło się do dominującego obecnie w judykaturze rozumienia pojęć stanu niewypłacalności (art. 11 ust. 1 Prawa upadłościowego i naprawczego) i terminu do zgłoszenia wniosku o upadłość (art. 21 ust. 1 i 2 p.u.n.). Prawidłowa wykładnia tych pojęć była decydująca dla ustalenia występowania przesłanki orzeczenia zakazów z art. 373 § 1 pkt 1 p.u.n. – niezłożenia przez uczestników w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości".

2. „(...) w niniejszej sprawie postać niewypłacalności polegała na niewykonywaniu wymagalnych zobowiązań pieniężnych. W orzecznictwie Sądu Najwyższego aktualne jest stanowisko, iż niewykonywanie wymagalnych zobowiązań musi mieć charakter trwały. Ponadto sąd II instancji zgadza się ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, który stanowi, że krótkotrwałe wstrzymanie płacenia długów wskutek przejściowych trudności nie jest podstawą ogłoszenia upadłości, gdyż o niewypłacalności w rozumieniu art. 11 ust. 1 p.u.n. można mówić dopiero wtedy, gdy dłużnik z braku środków przez dłuższy czas nie wykonuje przeważającej części swoich zobowiązań (postanowienie Sądu Najwyższego z 13 maja 2011 r., V CSK 352/10, LEX nr 821075)".

3. „(...) Sąd I instancji słusznie wskazał, że uczestnicy są niewypłacalni, ponieważ nie wykonują swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych wobec wierzycieli. Przy czym warto podkreślić, iż wobec wnioskodawcy (...) uczestnicy nie wykonują swoich zobowiązań już od lipca 2014 r., zaś wobec (...) w I od stycznia 2018 r. ".

4. „(...) w omawianym art. 373 ust. 2 Prawa upadłościowego i naprawczego ustawodawca przewidział, że sąd zobowiązany jest oceniać nie tylko stopień zawinienia dłużnika, ale także skutki podejmowanych przez niego działań, w szczególności obniżenie wartości ekonomicznej przedsiębiorstwa upadłego i rozmiar pokrzywdzenia wierzycieli".

5. „Zastosowanie przez sąd rejonowy sankcji eliminującej uczestników z obrotu gospodarczego, jako osób, które nie były w stanie sprostać wymaganiom stawianym wobec osób prowadzących działalność gospodarczą, było decyzją słuszną. Nie zachowali oni podstawowych reguł ostrożności wymaganych od osób prowadzących działalność gospodarczą, które powinny w taki sposób zorganizować przedsiębiorstwo, by działało w sposób nienarażający pozostałych uczestników obrotu gospodarczego na pokrzywdzenie. Nadto podkreślić należy, iż uczestnicy, kierując się doświadczeniem, mogli i powinni przewidzieć ujemne skutki swojego postępowania. Osoby prowadzące działalność muszą bowiem posiadać kwalifikacje zawodowe i przestrzegać określonych wzorów zachowań. Natomiast osoby, które takich kwalifikacji nie posiadają, winny być z obrotu gospodarczego wyłączone. Nie zachowując rygorów związanych z obowiązkiem zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości, uczestnicy nie powinni prowadzić własnej działalności ani sprawować funkcji zawiązanych z zarządzeniem w spółkach, gdyż ich działanie narusza interesy wierzycieli, a także interesy wszystkich uczestników obrotu prawnego".

6. „(...) kryzys gospodarczy czy stan zagrożenia utraty płynności finansowej nie mogły stanowić przesłanki usprawiedliwiającej zaniechanie w terminowym zgłoszeniu do sądu wniosku o upadłość przedsiębiorcy, gdyż są to okoliczności, które w równym stopniu dotyczą wszystkich przedsiębiorców w tej samej branży i w żadnym wypadku nie wyłączają konieczności zachowywania rygorów związanych z prowadzeniem działalności".

7. „(...) podnoszenie w apelacji przez uczestników, iż dokonywali oni wpłat na poczet należności, nie zasługuje na uwzględnienie. Zdaniem sądu odwoławczego wybiórcze dokonywanie spłaty tylko niektórych wierzycieli, w świetle przesłanek orzeczenia zakazu z art. 373 Prawa upadłościowego i naprawczego, nie mogło być oceniane jako podejmowanie działań na korzyść wierzycieli, tylko przeciwnie – jako dalsze obniżanie wartości ekonomicznej przedsiębiorstwa uczestników z pokrzywdzeniem wierzycieli".

POSTĘPOWANIE RESTRUKTURYZACYJNE

Głosowanie nad układem bez zwoływania zgromadzenia wierzycieli

Postanowienie sędziego-komisarza z 5 czerwca 2020 r. w sprawie o sygn. akt XVIII GRu 5/19 prowadzonej w Sądzie Rejonowym dla m.st. Warszawy

Teza:

W stanie epidemii każda liczba uczestników posiedzenia, która jest większa niż 4-5 osób z uwzględnieniem prowadzącego posiedzenie i protokolanta, jest znaczna

w rozumieniu art. 110 ust. 1 PrRest i uzasadnia przeprowadzenie głosowania nad układem poza zgromadzeniem wierzycieli.

Stan faktyczny:

Postanowieniem z 5 czerwca 2020 r. sędzia-komisarz w Sądzie Rejonowym dla m.st. Warszawy w Warszawie postanowił na podstawie art. 110 ust. 7 Prawa restrukturyzacyjnego określić następujący tryb przeprowadzenia głosowania nad układem:

1) głosowanie nad układem odbędzie się z pominięciem zwoływania zgromadzenia wierzycieli;

2) nadzorca sądowy wyśle do wierzycieli ujętych w zatwierdzonym spisie wierzytelności zawiadomienia o możliwości oddania głosu na piśmie, doręczając im jednocześnie: propozycje układowe, opinię nadzorcy sądowego o możliwości wykonania układu, główne założenia planu restrukturyzacyjnego, karty do głosowania wraz z informacją o sposobie głosowania i z pouczeniem o treści art. 107-110 ust. 2-5, 113, 115-119 Prawa restrukturyzacyjnego; wysyłka nastąpi w formie pisemnej nie później niż w terminie 3 tygodni od daty doręczenia nadzorcy sądowemu postanowienia ze stwierdzeniem prawomocności i zostanie dokonana przez nadzorcę sądowego, który przeprowadzi procedurę rozsyłania i zbierania głosów na piśmie, stosując odpowiednio przepis art. 219 ust. 2 pkt 2 Prawa restrukturyzacyjnego;

3) nadzorca sądowy, doręczając zawiadomienia wraz z dokumentami określonymi w pkt 2, zakreśli wierzycielom siedmiodniowy termin na oddanie głosu na piśmie oraz na – w odniesieniu do wierzycieli wskazanych w art. 151 ust. 2-3 Prawa restrukturyzacyjnego – wyrażenie zgody na objęcie układem, licząc od dnia doręczenia wierzycielowi przedmiotowego zawiadomienia; głosy, które wpłyną do nadzorcy sądowego po dacie wskazanej w pkt 4, nie będą brane pod uwagę przy ustalaniu wyniku głosowania;

4) nadzorca sądowy przedstawi sędziemu-komisarzowi nie później niż w terminie 3 miesięcy od daty doręczenia nadzorcy sądowemu niniejszego postanowienia ze stwierdzeniem prawomocności w formie pisemnej wyniki głosowania nad propozycjami układowymi wraz z zebranymi kartami do głosowania oraz dowodami doręczenia dokumentów z punktu 2 postanowienia wierzycielom, którzy nie oddali głosu;

5) wyniki głosowania nad układem wraz ze spisem oddanych głosów nadzorca sądowy przekaże także w wersji elektronicznej w postaci nagrania pliku na nośniku pamięci, przedkładając ten nośnik do akt;

6) propozycje układowe mogą być zmieniane albo też złożone nowe w terminie 7 dni od daty uprawomocnienia się wskazanego orzeczenia na adres sądu restrukturyzacyjnego;

7) wszelkie pisma, w tym zawiadomienia, o których mowa w postanowieniu, nadzorca sądowy kieruje do wierzycieli na piśmie za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe listem poleconym za potwierdzeniem odbioru.

Z uzasadnienia postanowienia sędziego-komisarza:

1. „Z uwagi na wprowadzony na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stan epidemii należało dojść do wniosku, że przeprowadzenie zgromadzenia wierzycieli na posiedzeniu jawnym niesie ryzyko dla zdrowia uczestników. Z tego powodu sędzia-komisarz uznał, że każda liczba uczestników posiedzenia, która jest większa niż 4-5 osób z uwzględnieniem prowadzącego posiedzenie i protokolanta, jest znaczna w rozumieniu art. 110 ust. 1 PrRest i uzasadnia przeprowadzenie głosowania nad układem poza zgromadzeniem wierzycieli".

2. „Tryb głosowania pisemnego jest w obecnej sytuacji najbardziej odpowiedni".

BEZSKUTECZNOŚĆ CZYNNOŚCI PRAWNYCH DŁUŻNIKA

Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 9 czerwca 2020 r., sygn. akt VII AGz 18/20

Teza:

Wynikające z art. 132 ust. 1 p.u. prawo syndyka do wytoczenia powództw obejmuje zarówno roszczenia wynikające z art. 127 pr. up., jak i roszczenia wynikające z art. 527-534 k.c. Artykuł 132 ust. 2 p.u. zwalnia z kolei syndyka z ponoszenia opłat sądowych należnych od pozwu.

Stan faktyczny: Zarządzeniem z 15 listopada 2019 r. przewodniczący w XVI Wydziale Gospodarczym Sądu Okręgowego w Warszawie zwrócił pozew syndyka masy upadłości wniesiony przeciwko (...) o uznanie za bezskuteczne wobec masy upadłości wskazanych umów

sprzedaży prawa użytkowania wieczystego nieruchomości, zawartych pomiędzy upadłą spółką a pozwanym. W jego uzasadnieniu przewodniczący wskazał, iż wnosząc pozew, w którym jako podstawę swych żądań powód wskazywał na art. 527 k.c., będąc reprezentowanym przez profesjonalnego pełnomocnika, nie uiścił wraz z nim wymaganej opłaty stosunkowej, od której w ocenie sądu okręgowego z uwagi na podstawę roszczenia nie był zwolniony z mocy prawa, w tym na podstawie art. 132 ust. 2 ustawy z 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (Dz. U. z 2019 r., poz. 498, t.j., dalej jako p.u.). Zażalenie na to zarządzenie wniósł powód.

Zaskarżając zarządzenie w całości i wnosząc o jego uchylenie, skarżący zarzucił mu naruszenie art. 132 ust. 2 p.u. w zw. z art. 100 ust. 1 u.k.s.c. w zw. z art. 130(2) § 1 k.p.c. poprzez dokonanie zwrotu pozwu z uwagi na brak opłaty w sytuacji, gdy syndyk z mocy ustawy jest zwolniony od opłat sądowych związanych z wniesieniem powództwa o uznanie czynności prawnych upadłego za bezskuteczne (skarga pauliańska).

Sąd apelacyjny postanowił uchylić zaskarżone zarządzenie.

Z uzasadnienia postanowienia sądu apelacyjnego:

1. „Zgodnie z art. 130^2 § 1 k.p.c. pismo wniesione przez adwokata, radcę prawnego lub rzecznika patentowego, które nie zostało należycie opłacone, przewodniczący zwraca bez wezwania o uiszczenie opłaty, jeżeli pismo podlega opłacie w wysokości stałej lub stosunkowej obliczonej od wskazanej przez stronę wartości przedmiotu sporu. Zgodnie z § 2 cytowanego przepisu w terminie tygodniowym od dnia doręczenia zarządzenia o zwrocie pisma z przyczyn określonych w § 1 strona może uiścić brakującą opłatę. Jeżeli opłata została wniesiona we właściwej wysokości, pismo wywołuje skutek od daty pierwotnego wniesienia. Skutek taki nie następuje w razie kolejnego zwrotu pisma z tej samej przyczyny".

2. „Powód w pozwie z 4 listopada 2019 roku (k. 3-52) wnosił o uznanie za bezskuteczne wobec masy upadłości spółki w upadłości w Warszawie umów sprzedaży prawa użytkowania wieczystego wskazanych nieruchomości, przy czym w uzasadnieniu powód odwołał się do podstawy prawnej żądań pozwu wskazanej jako art. 527 i nast. k.c. W uzasadnieniu pozwu pełnomocnik podnosił przy tym, że jakkolwiek kwestionowane czynności upadłego formalnie objęte byłyby hipotezą przepisów art. 127 p.u. i 130a p.u., jednakże biorąc pod uwagę daty ich dokonania, upłynęły już terminy ustanowione w tych przepisach, przez co nie ma on możliwości skorzystania z instytucji bezskuteczności wynikającej z przepisów art. 127 i nast. p.u., a jedyną formą ochrony interesów masy upadłości jest oparcie roszczeń na skardze pauliańskiej (art. 527 i nast. k.c.)".

3. „Powód nie jest objęty zakresem zwolnień przedmiotowo-podmiotowych wynikających z ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, niemniej jednak zauważyć należy, iż wyłączenia od obowiązku wnoszenia opłaty sądowej od pisma procesowego są określone zarówno w przywołanej ustawie (art. 94-96 i 99 u.k.s.c.), jak i w kodeksie postępowania cywilnego (art. 126^2 52 k.p.c.), a także w szeregu innych ustaw regulujących ustawowe zwolnienia od kosztów sądowych, w tym m.in. w art. 132 ust. 2 ustawy z 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe. Kluczowe staje się zatem ustalenie, czy powoływana przez powoda regulacja art. 132 ust. 2 p.u. obejmuje swym zakresem zwolnienie od obowiązku uiszczenia opłaty w przedmiotowej sprawie".

4. „Wynikające z art. 132 ust. 1 p.u. prawo syndyka do wytoczenia powództw obejmuje zarówno roszczenia wynikające z art. 127 pr. up., jak i roszczenia wynikające z art. 527-534 k.c. Artykuł 132 ust. 2 p.u. zwalnia z kolei syndyka z ponoszenia opłat sądowych należnych od pozwu. W świetle podniesionych przez skarżącego zarzutów oraz dokonanej przez sąd pierwszej instancji wykładni przepisu art. 132 ust. 2 p.u., brak jest w ocenie sądu apelacyjnego podstaw dla jednoznacznego ograniczenia rodzajowo podstawy prawnej powództwa zmierzającego do ubezskutecznienia czynności prawnej upadłego dokonanej z pokrzywdzeniem wierzycieli. W art. 132 ust. 2 p.u. brak jest określenia wprost, do jakich roszczeń, tj. opartych na jakich podstawach prawnych, ustanowione zwolnienie miałoby ewentualnie zastosowanie. W tym miejscu należy zaznaczyć, że w art. 131 p.u., a zatem przepisie bezpośrednio poprzedzającym przepis art. 132 ust. 2 p.u., ustanawiającym zwolnienie z opłat sądowych, ustawodawca jasno zaznacza, że w sprawach nieuregulowanych przepisami art. 127-130a do zaskarżenia czynności prawnych upadłego, dokonanych z pokrzywdzeniem wierzycieli, przepisy art. 132-134 oraz przepisy kodeksu cywilnego o ochronie wierzyciela w przypadku niewypłacalności dłużnika stosuje się odpowiednio. Również rozmieszczenie ww. przepisów w dziale III bezskuteczność i zaskarżanie czynności upadłego doprowadziło sąd apelacyjny do wniosku o konieczności uwzględnie-

nia zarówno wykładni systemowej, jak i celu samego ustanowienia omawianego zwolnienia dla dokonania prawidłowej wykładni przepisu art. 132 ust. 2 p.u. Celem ustawowego zwolnienia od opłaty sądowej w określonych rodzajowo sprawach jest, w ocenie sądu apelacyjnego, ułatwienie syndykowi zaskarżania czynności upadłego. Niejednokrotnie zdarza się bowiem, że w masie upadłości nie ma środków na uiszczenie opłat sądowych, które zostały wywołane poprzez czynności rozporządzające majątkiem upadłego przed ogłoszeniem upadłości. Dla należytego wykonania czynności w postępowaniu upadłościowym, mających zasadniczo prowadzić do osiągnięcia jak najwyższego stopnia zaspokojenia roszczeń wierzycieli upadłego – art. 2 p.u., za zasadniczo zgodne z realizacją celu postępowania upadłościowego pozostającego w granicach racjonalności ustawodawcy, należałoby przyjąć okoliczność objęcia zwolnieniem z opłat sądowych powództw wytaczanych przez syndyka zarówno opartych na podstawie z art. 127 p.u., jak i art. 527 i n. k.c. w zw. z art. 131 p.u., co dotychczas było akceptowane zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie (vide uchwała SN z 4 grudnia 2009 roku, III CZP 105/09 – Legalis nr 177932, postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 12 września 2013, sygn. akt I ACz 1359/13 – Legalis nr 1092885, a także komentarz do art. 132 p. u., [w:] R. Adamus, *Prawo upadłościowe. Komentarz* – publ. Legalis, Paweł Janda, *Prawo upadłościowe, Komentarz*, LEX, S. Gurgul, *Prawo upadłościowe. Komentarz* – publ. Legalis oraz komentarz do wybranych przepisów Prawa upadłościowego, [w:] I. Heropolitańska, A. Tułodziecka, K. Hryćków-Mycka, P. Kuglarz, *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece oraz przepisy związane* – publ. Legalis). Skoro art. 132 ust. 1 Prawa upadłościowego i naprawczego dotyczy zarówno powództwa o ustalenie w rozumieniu art. 189 k.p.c., że dokonana przez upadłego dłużnika czynność prawna jest z mocy samego prawa bezskuteczna w stosunku do masy upadłości (art. 127 i art. 128 Prawa upadłościowego i naprawczego), jak i uznania czynności prawnej upadłego dłużnika za bezskuteczną na podstawie art. 527 k.c., z powodu dokonana jej z pokrzywdzeniem wierzycieli (art. 131 Prawa upadłościowego i naprawczego – por. wyrok SN z 3.10.2008 r., sygn. akt I CSK 93/08), to w świetle powyższego uznać należy, iż syndyk jest zwolniony z opłat sądowych nie tylko w sprawach wszczynanych na podstawie art. 127 p.u., lecz także we wnioskach składanych do sędziego-komisarza na podstawie art. 128, 128a, 129, 130 oraz 130a p.u., a ponadto zwolnienie od ponoszenia opłat sądowych rozciąga się na pozwy wnoszone na podstawie art. 527-534 k.c. (vide Paweł Janda, *Prawo upadłościowe, Komentarz do art. 132 p. u.* – publ. LEX).

dr hab. Anna Hrycaj
prof. nadzw. Uczelni Łazarskiego w Warszawie[1]

ODPOWIEDNIE STOSOWANIE PRZEPISÓW OGÓLNYCH O POSTĘPOWANIU UPADŁOŚCIOWYM W UPADŁOŚCI OSOBY FIZYCZNEJ, KTÓRA NIE PROWADZI DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ, OGŁOSZONEJ NA WNIOSEK DŁUŻNIKA

Zgodnie z art. 491(2) ust. 1 p.u.[2] konsumenckie[3] postępowanie upadłościowe prowadzi się według przepisów o postępowaniu upadłościowym. Ustawodawca przewidział jednak w tym zakresie pięć zastrzeżeń[4].

Po pierwsze, przepisy o postępowaniu upadłościowym stosuje się jedynie w sprawach nieuregulowanych w tytule V. Oznacza to, że w sprawach, które są uregulowane w tytule V, stosuje się regulacje zawarte w tym tytule, a nie stosuje się przepisów ogólnych. Z tego względu analiza tego, które z przepisów ogólnych mają zastosowanie do postępowania upadłościowego osoby fizycznej, która nie prowadzi działalności gospodarczej, wymaga w pierwszej kolejności udzielenia odpowiedzi na pytanie: czy dana sprawa[5] jest uregulowana w tytule V (np. sposób likwidacji masy upadłości), czy nie jest w nim uregulowana (np. ustalanie składu masy upadłości). Niestety, w niektórych sytuacjach rozstrzygnięcie tej kwestii nie będzie wystarczające, gdyż, co zostanie pokazane w dalszych rozważaniach, niekiedy regulacje szczególne zawarte w tytule V są mniej precyzyjne niż regulacje ogólne, więc stosując wykładnię aksjologiczną, należy dać pierwszeństwo regulacjom ogólnym.

Po drugie, przepisy ogólne o postępowaniu upadłościowym stosuje się do upadłości konsumenckiej odpowiednio. Oznacza to, że w procesie stosowania prawa należy rozstrzygnąć, czy dany przepis:

1) znajduje zastosowanie w takim samym zakresie normowania jak w przypadku przedsiębiorców,
2) znajduje zastosowanie w sposób zmodyfikowany bądź
3) w ogóle nie znajduje zastosowania[6].

Po trzecie, ustawodawca wprost wyłączył stosowanie niektórych przepisów części pierwszej Prawa upadłościowego. W upadłości konsumenckiej nie stosuje się przepisów: art. 21, art. 25, art. 145, art. 151-155, art. 163, art. 164, art. 168 ust. 1-3 i 5, art. 176 ust. 2, art. 244, art. 245, art. 253-264, art. 307 ust. 1, art. 337-339, art. 343 ust. 1a, art. 346 ust. 2 i art. 347-356 oraz art. 358-366.

Po czwarte, niektóre przepisy ogólne stosuje się wówczas, gdy wniosek o ogłoszenie upadłości złożył wyłącznie wierzyciel. Dotyczy to: art. 13, 22a, 32 ust. 5, art. 36-40 i 43, które stosuje się wówczas odpowiednio. Przepis art. 361 stosuje się odpowiednio jedynie wówczas, gdy upadłość została ogłoszona na skutek uwzględnienia wniosku wierzyciela.

Po piąte, art. 491(23) p.u. wyraźnie określa, że do zawarcia układu, do jego skutków, zmiany oraz uchylenia stosuje się odpowiednio przepisy o układzie w postępowaniu upadłościowym prowadzonym wobec przedsię-

[1] Sędzia Sądu Okręgowego w Warszawie, dyrektor Instytutu Prawa Upadłościowego, Restrukturyzacyjnego oraz Badań nad Niewypłacalnością Uczelni Łazarskiego w Warszawie, członek Stowarzyszenia Sędziów Upadłościowych i Restrukturyzacyjnych.

[2] Ustawa z 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 498 ze zm.), dalej p.u.

[3] Pojęcie „upadłość konsumencka" nie jest określeniem ustawowym i może być akceptowane jako element języka prawniczego wyłącznie w znaczeniu pewnego skrótu myślowego, oznaczającego postępowanie upadłościowe wszczęte wobec osoby, która nie prowadzi działalności gospodarczej ani zawodowej. Wskazano na to w pkt I uzasadnienia projektu ustawy z 5 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. nr 234, poz. 1572), która wprowadziła do polskiego systemu prawnego upadłość konsumencką, podkreślając, że postępowanie upadłościowe wobec osób nieprowadzących działalności gospodarczej jest potocznie określane „upadłością konsumencką".

[4] Zob. szerzej Filipiak P., [w:] A. Hrycaj (red.), P. Filipiak (red.), *Upadłość konsumencka. Komentarz*, Warszawa 2020, komentarz do art. 491(2) ust. 1 p.u.

[5] W tym sensie pojęcie „sprawa" oznacza zagadnienie (temat, problem), które jest uregulowane w ustawie.

[6] W literaturze (J. Nowacki, *Analogia legis*, Warszawa 1966, s. 146) wskazuje się, że odpowiednie stosowanie jakichś przepisów do innego zakresu odniesienia polega na:
1) stosowaniu niektórych spośród tych przepisów wprost,
2) całkowitej odmowie zastosowania niektórych z tych przepisów,
3) stosowaniu niektórych z tych przepisów z modyfikacjami.

biorców. Nie stosuje się przy tym wyraźnie wyłączonych przepisów art. 192 ust. 1 i 2 p.u.

W praktyce z reguły odesłanie od odpowiedniego stosowania innego zakresu przepisów wywołuje wiele wątpliwości i rozbieżności. Niewątpliwie również w postępowaniu upadłościowym osób fizycznych, które nie prowadzą działalności gospodarczej, istnieje poważne ryzyko pojawienia się zróżnicowanej praktyki. Jest to tym bardziej prawdopodobne, że aktualnie w postępowaniu upadłościowym prowadzonym wobec osoby fizycznej, która nie prowadzi działalności gospodarczej, nie występuje sędzia-komisarz. Możliwe, że poprzez odpowiednie zarządzenia „inauguracyjne" sądu albo wskutek działalności wyznaczonego sędziego praktyka syndyków w okręgu danego sądu upadłościowego będzie nieco bardziej jednolita, ale w skali kraju wciąż pozostanie zróżnicowana. Jest to problem, który w szczególności będzie dotykał syndyków, odpowiadających dyscyplinarnie za ewentualne uchybienia w wykonywaniu czynności. Wobec tego należy stanowczo podkreślić, że odmienne postrzeganie zakresu przepisów ogólnych, jakie stosuje się do upadłości konsumenckiej, nie może przesłaniać głównego celu postępowania, które powinno przebiegać sprawnie i szybko, zmierzając do rozwiązania problemu zadłużenia upadłego. W takim kontekście udzielenie odpowiedzi, np. na pytanie: czy syndyk ma obowiązek złożyć spis inwentarza do akt sądowych, czy wystarczy, jeżeli zamieści go w aktach prowadzonych przez syndyka, ma wtórne znaczenie w sytuacji, jeżeli syndyk sporządzi spis inwentarza prawidłowo i terminowo. Rozbieżność poglądów w tym zakresie absolutnie nie powinna wywoływać negatywnych skutków dla syndyka.

Przedmiotem dalszych rozważań będzie analiza przepisów ogólnych regulujących postępowanie upadłościowe i wskazanie, które z nich i w jakim zakresie stosuje się do upadłości konsumenckiej prowadzonej na skutek uwzględnienia wniosku dłużnika.

W pierwszej kolejności konieczne jest poczynienie uwagi ogólnej związanej z tym, że w postępowaniu upadłościowym prowadzonym wobec osoby fizycznej, która nie prowadzi działalności gospodarczej, nie występuje sędzia-komisarz. Jednocześnie, zgodnie z art. 491(5) ust. 3 p.u., jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie określonym w art. 491(1) ust. 1 p.u., a do wykonania określonej czynności właściwy jest sędzia-komisarz, to czynność tę wykonuje jako sędzia-komisarz wyznaczony sędzia, do którego przepisy o czynnościach sędziego-komisarza stosuje się odpowiednio. Na gruncie tej regulacji powstaje pytanie: w jaki sposób należy odpowiednio stosować te spośród przepisów ogólnych, zgodnie z którymi upadły albo syndyk przedkłada sędziemu-komisarzowi określony dokument albo określoną informację, która jednak nie wywołuje obowiązku podjęcia czynności przez sędziego-komisarza. W szczególności, czy należy uznać, że odpowiednie stosowanie tych przepisów oznacza, że te informacje albo dokumenty syndyk powinien składać sędziemu wyznaczonemu, czy że tych regulacji w ogóle się nie stosuje. Z cała pewnością, co do zasady, należy uznać, że wyznaczony sędzia wykonuje wyłącznie konkretną czynność, której wykonanie jest w danym postępowaniu niezbędne, ale nie sprawuje ogólnego nadzoru nad przebiegiem postępowania. W konsekwencji można by rozważać, czy celowe jest składanie wyznaczonemu sędziemu dokumentów lub informacji, które nie generują konieczności podjęcia żadnej konkretnej czynności. Tym bardziej jeżeli weźmie się pod uwagę, że w niektórych sądach wyznaczony sędzia losowany jest dopiero wówczas, gdy w danej sprawie zaistnieje konieczność podjęcia czynności. Wcześniej w sprawie „GUp of" nie ma wyznaczonego sędziego. Stwierdzenie takie nie oznacza jednak, że stosowanie przepisów o obowiązku składania do akt postępowania określonych dokumentów i informacji jest niecelowe. To, że w sprawie nie występuje sędzia-komisarz, a więc nie ma organu sądowego, który sprawowałby nadzór nad syndykiem, nie oznacza, że syndyk nie podlega żadnemu nadzorowi. Obecnie nadzór ten zamiast sędziego-komisarza sprawują wierzyciele i upadły. Wynika to z tego, że zgodnie z art. 491(12a) ust. 1 p.u. na czynności syndyka przysługuje skarga do sądu upadłościowego. Dotyczy to także zaniechania przez syndyka dokonania czynności. W konsekwencji, jeżeli syndyk jest zobowiązany do złożenia do akt postępowania określonego dokumentu albo informacji, a tego zaniecha, to wierzyciel może wnieść do sądu upadłościowego skargę na jego czynności.

Dalsze rozważania będą prowadzone odrębnie dla poszczególnych grup czynności dokonywanych przez sąd, upadłego i syndyka.

PIERWSZE CZYNNOŚCI SĄDU PO OGŁOSZENIU UPADŁOŚCI

Problem odpowiedniego stosowania przepisów ogólnych z ograniczeniem wyłącznie do spraw, które nie są uregulowane w tytule V, najlepiej można pokazać na przykładzie pierwszych czynności sądu po ogłoszeniu upadłości. Są one szczątkowo uregulowane w tytule V. Regulacja ta jest jednak niepełna. Wobec tego powstaje pytanie: czy w pozostałym zakresie należy stosować odpowiednio przepisy ogólne, czy też jednak należy uznać, że regulacja zawarta w tytule V jest zupełna.

Różnice pomiędzy regulacją tytułu V a regulacją zawartą w przepisach ogólnych obrazuje tabela 1.

Tab. 1. Porównanie przepisów ogólnych oraz przepisów tytułu V w zakresie czynności wykonawczych po ogłoszeniu upadłości[7]

Przepisy ogólne	**Upadłość konsumencka**
Art. 53.1. **Postanowienie o ogłoszeniu upadłości obwieszcza się.** 2. Postanowienie w przedmiocie ogłoszenia upadłości doręcza się syndykowi **po uprzednim powiadomieniu go o ogłoszeniu upadłości,** upadłemu albo jego spadkobiercy oraz wierzycielowi, który żądał ogłoszenia upadłości. (...) **Powiadomienie syndyka następuje w dniu ogłoszenia upadłości i dokonuje się go przy zastosowaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość, w szczególności przez telefon, faks lub pocztę elektroniczną.** 5. O ogłoszeniu upadłości powiadamia się właściwą izbę administracji skarbowej i właściwy oddział Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, **a także znane sądowi organy egzekucyjne prowadzące postępowania egzekucyjne przeciwko upadłemu. Powiadomienie organów egzekucyjnych następuje w dniu ogłoszenia upadłości i dokonuje się go przy zastosowaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość, w szczególności przez telefon, faks lub pocztę elektroniczną.**	Art. 491(6). 1. Postanowienie o ogłoszeniu upadłości doręcza się również syndykowi. 2. O ogłoszeniu upadłości powiadamia się właściwą izbę administracji skarbowej oraz właściwy oddział Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego.

Analiza celowościowa i systemowa nakazuje, aby do ogłoszenia upadłości osoby fizycznej, która nie prowadzi działalności gospodarczej, stosować również przepisy art. 53. Wystarczy wskazać, że w samej treści postanowienia o ogłoszeniu upadłości osoby fizycznej, która nie prowadzi działalności gospodarczej, wskazana jest konieczność obwieszczenia postanowienia[8], mimo że nie reguluje tego art. 491(6) p.u. Dalej należy zauważyć, że również w przypadku upadłości konsumenckiej stosuje się art. 146 p.u., zgodnie z którym postępowania egzekucyjne ulegają zawieszeniu z mocy prawa z dniem ogłoszenia upadłości. Już tylko z tego wynika, że konieczne jest zawiadomienie organów egzekucyjnych prowadzących postępowania egzekucyjne o ogłoszeniu upadłości. Przykład ten wskazuje jednak, że nie można kategorycznie postawić tezy, zgodnie z którą przepisy ogólne stosuje się do upadłości konsumenckiej tylko wówczas, gdy dane zagadnienie w ogóle nie jest uregulowane w przepisach tytułu V. Niestety, znacznie utrudnia to stosowanie przepisów, wymagając od interpretatora dokonania kompleksowej analizy celowościowej i systemowej.

[7] Tabela pochodzi z filmowego szkolenia nr 6 z cyklu „Upadłość konsumencka – ogłoszenie upadłości konsumenckiej. Pierwsze czynności sądu", które jest dostępne na stronie www.praktykszkolenia.pl. W ramach tego szkolenia zaproponowano następującą treść zarządzenia wykonawczego do postanowienia o ogłoszeniu upadłości.
Zarządzenie
1. Odpis postanowienia o ogłoszeniu upadłości doręczyć dłużnikowi oraz syndykowi.
2. Zobowiązać dłużnika do kontaktu z syndykiem w dniu odebrania odpisu postanowienia o ogłoszeniu upadłości pod rygorem umorzenia postępowania – podać numer telefonu syndyka oraz adres mailowy.
3. Doręczyć syndykowi odpis wniosku o ogłoszeniu upadłości wraz z odpisem załączników.
4. Natychmiast powiadomić mailem syndyka o ogłoszeniu upadłości. Przesłać mailem skan/zdjęcie wniosku i załączników.
5. Zobowiązać syndyka do zamieszczenia obwieszczenia o ogłoszeniu upadłości w Monitorze Sądowym i Gospodarczym i do złożenia do akt dowodu dokonania obwieszczenia (art. 455 p.r.). Przekazać syndykowi tekst obwieszczenia (mailem).
6. Podać syndykowi numer telefonu oraz adres e-mail dłużnika i pełnomocnika dłużnika.
7. O ogłoszeniu upadłości powiadomić właściwą izbę administracji skarbowej oraz właściwy oddział Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego. Właściwy oddział Zakładu Ubezpieczeń Społecznych wyszukać na stronie: www.zus.pl/o-zus/kontakt/oddzialy-inspektoraty-biura-terenowe. Zasięg terytorialny izb skarbowych ustalić na podstawie Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów z 24 lutego 2017 r. w sprawie terytorialnego zasięgu działania oraz siedzib dyrektorów izb administracji skarbowej, naczelników urzędów skarbowych i naczelników urzędów celno-skarbowych oraz siedziby dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej (Dz. U. z 2017 r., poz. 393).
8. O ogłoszeniu upadłości natychmiast powiadomić mailem komornika X i komornika Y (www.komornik.pl/- znajdź komornika).

[8] Zgodnie z art. 491(5) ust. 1 pkt 3) w postanowieniu sąd wzywa wierzycieli upadłego do zgłoszenia wierzytelności syndykowi na wskazany adres w terminie 30 dni **od dnia obwieszczenia** postanowienia o ogłoszeniu upadłości w Rejestrze.

OBOWIĄZKI UPADŁEGO PO OGŁOSZENIU UPADŁOŚCI KONSUMENCKIEJ

Ogólne regulacje dotyczące obowiązków upadłego po ogłoszeniu upadłości zawierają art. 57 i 58 p.u. Zgodnie z art. 57 ust. 1 p.u. upadły jest obowiązany wskazać i wydać syndykowi cały swój majątek, a także wydać dokumenty dotyczące jego działalności, majątku oraz rozliczeń, w szczególności księgi rachunkowe, inne ewidencje prowadzone dla celów podatkowych i korespondencję. Wykonanie tego obowiązku upadły potwierdza w formie oświadczenia na piśmie, które składa sędziemu-komisarzowi. Ponadto upadły jest obowiązany udzielać sędziemu-komisarzowi i syndykowi wszelkich potrzebnych wyjaśnień dotyczących jego majątku (ust. 2). Sędzia-komisarz może zastosować wobec upadłego środki, które mają na celu zagwarantowanie prawidłowego przebiegu postępowania upadłościowego. Z tego względu, zgodnie z art. 57 ust. 3 p.u., sędzia-komisarz może postanowić, aby upadły będący osobą fizyczną nie opuszczał terytorium Rzeczypospolitej Polskiej bez jego zezwolenia, a zgodnie z art. 58 ust. 1 p.u., jeżeli upadły ukrywa się lub ukrywa swój majątek, sędzia-komisarz może zastosować wobec niego środki przymusu określone w kodeksie postępowania cywilnego dla egzekucji świadczeń niepieniężnych. W postępowaniu upadłościowym osoby fizycznej, która nie prowadzi działalności gospodarczej, prowadzonym na skutek uwzględnienia wniosku dłużnika nie stosuje się przepisów o środkach przymusu. Nie ma to bowiem uzasadnienia celowościowego. Jedyną sankcją przewidzianą w razie niewykonywania przez upadłego jego obowiązków jest umorzenie postępowania. Wynika to jednoznacznie z regulacji art. 491(10) ust. 2 p.u., zgodnie z którym jeżeli upadły nie wskaże lub nie wyda syndykowi całego majątku, niezbędnych dokumentów lub w inny sposób nie wykonuje ciążących na nim obowiązków, sąd, z urzędu albo na wniosek syndyka lub wierzyciela, po wysłuchaniu upadłego, syndyka, a w razie potrzeby także wierzycieli, umarza postępowanie, chyba że uchybienie przez upadłego ciążącym na nim obowiązkom nie jest istotne lub przeprowadzenie postępowania jest uzasadnione względami słuszności lub humanitarnymi.

Z tych samych względów w postępowaniu upadłościowym wszczętym na wniosek konsumenta nie stosuje się art. 174 p.u., zgodnie z którym jeżeli syndyk napotyka przeszkody ze strony upadłego przy obejmowaniu majątku upadłego, wprowadzenia go w posiadanie majątku upadłego dokonuje komornik sądowy. W przypadku upadłości konsumenckiej, jeżeli upadły nie wyda syndykowi majątku, powinno nastąpić umorzenie postępowania.

Więcej wątpliwości dotyczy odpowiedniego stosowania regulacji art. 57 ust. 1 zd. 2 p.u. W tym zakresie można zaproponować i rozważyć trzy rozwiązania:

a) upadły jest zobowiązany złożyć pisemne oświadczenie o tym, że wydał syndykowi cały swój majątek, do akt sądowych;
b) upadły jest zobowiązany złożyć syndykowi pisemne oświadczenie o tym, że wydał cały swój majątek (oświadczenie zostanie zamieszczone w aktach syndyka);
c) upadły w ogóle nie jest zobowiązany do złożenia oświadczenia o tym, że wydał syndykowi cały swój majątek.

Propozycja wskazana w pkt a) nie może zostać zaakceptowana. Gdyby bowiem upadły nie złożył takiego oświadczenia, to w postępowaniu upadłościowym nie byłoby organu, który mógłby go do tego zobowiązać. Jak wskazano, w postępowaniu po ogłoszeniu upadłości nie musi być od razu wylosowany wyznaczony sędzia. Nawet jeżeli wyznaczony sędzia zostanie wylosowany od razu, to i tak nie pełni on nadzoru nad przebiegiem postępowania, ale wykonuje konkretne czynności, których potrzeba wynikła w toku postępowania. Przyznanie wyznaczonemu sędziemu funkcji nadzorczych wobec przebiegu postępowania całkowicie wypaczyłoby sens nowelizacji i byłoby działaniem *contra legem*.

Propozycja wskazana w pkt c) również wzbudza wątpliwości. Oświadczenie upadłego jest istotne także w tym znaczeniu, że działa w sposób dyscyplinujący i pozwala na ewentualne nałożenie sankcji na upadłego, gdyby w dalszym toku postępowania okazało się, że wydany majątek nie wyczerpywał całości majątku upadłego. W takiej sytuacji należy uznać, że najbardziej właściwa, zgodna z celem omawianego unormowania i ze specyfiką upadłości konsumenckiej jest propozycja wskazana w pkt b). W sytuacji gdyby upadły nie złożył takiego oświadczenia syndykowi, ten powinien poinformować o tym sąd upadłościowy, który powinien rozważyć celowość umorzenia postępowania.

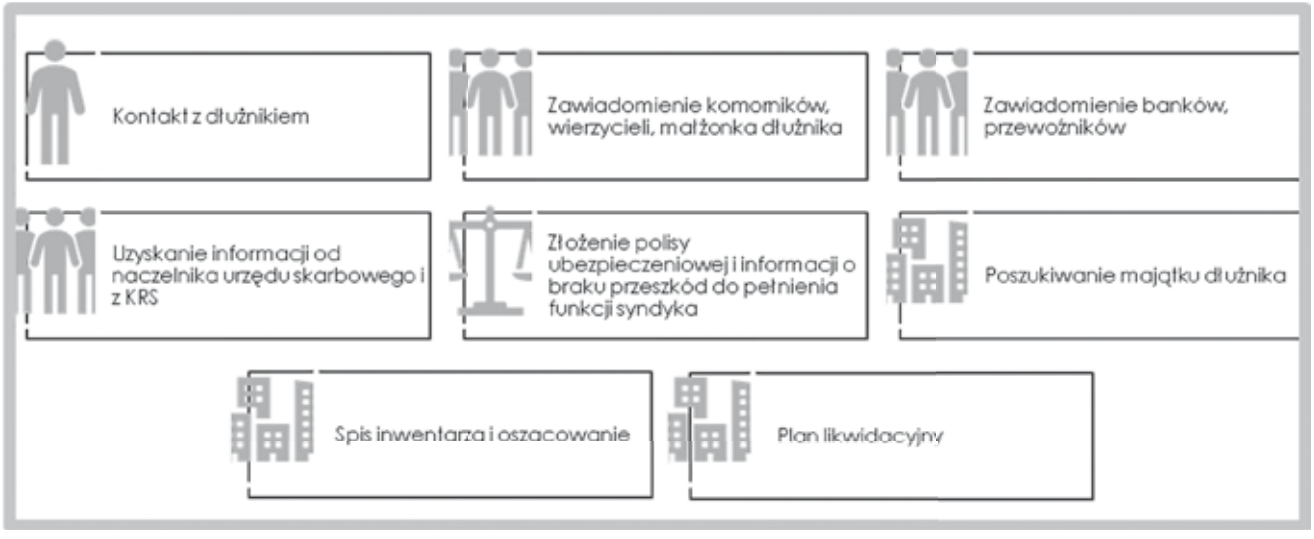
PIERWSZE CZYNNOŚCI SYNDYKA PO OGŁOSZENIU UPADŁOŚCI KONSUMENCKIEJ

Pierwsze czynności syndyka po ogłoszeniu upadłości obejmują działania związane z:

a) zawiadomieniem o ogłoszeniu upadłości;
b) poszukiwaniem majątku dłużnika i zaplanowaniem likwidacji masy upadłości;

c) realizacją formalnych obowiązków nałożonych na syndyka przepisami ustawy – Prawo upadłościowe.

Obowiązki te można przedstawić w sposób następujący:



Tab. 2. Pierwsze czynności syndyka po ogłoszeniu upadłości[9]

W odniesieniu do pierwszych czynności syndyka należy wskazać, że w postępowaniu upadłościowym osoby fizycznej, która nie prowadzi działalności gospodarczej, stosuje się następujące przepisy: art. 173, art. 175, art. 176 ust. 1, 3 i 4, art. 177[10], art. 178 i 179.

Pewne wątpliwości może wzbudzać obowiązek złożenia polisy ubezpieczeniowej i informacji o braku przeszkód do pełnienia funkcji syndyka. Zgodnie z art. 156 ust. 4 p.u. syndyk niezwłocznie, nie później niż wraz z podjęciem pierwszej czynności przed sądem lub sędzią-komisarzem, składa do akt postępowania dokument potwierdzający zawarcie umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone w związku z pełnieniem funkcji. Koszty ubezpieczenia nie stanowią kosztów postępowania upadłościowego i nie podlegają zwrotowi z masy upadłości. Zgodnie z art. 157a ust. 4 p.u. syndyk niezwłocznie, nie później niż wraz z podjęciem pierwszej czynności przed sądem lub sędzią-komisarzem, składa do akt postępowania oświadczenie, że nie zachodzą przeszkody, o których mowa w ust. 1. Oba te przepisy stosuje się w postępowaniu upadłościowym osoby, która nie prowadzi działalności gospodarczej. Po ogłoszeniu upadłości osoby, która nie prowadzi działalności gospodarczej, zakłada się akta postępowania. W tym zakresie nie ma żadnej różnicy pomiędzy postępowaniem upadłościowym przedsiębiorcy a konsumenckim postępowaniem upadłościowym. Tak samo jak w przypadku upadłości przedsiębiorców dokument ubezpieczenia oraz oświadczenie o braku przeszkód do pełnienia funkcji syndyka składa się do akt postępowania[11]. Akt postępowania nie należy utożsamiać z aktami prowadzonymi przez syndyka. Wynika to z treści § 227 ust. 1 zarządzenia ministra sprawiedliwości z 19 czerwca 2019 r. w sprawie organizacji i zakresu działania sekretariatów sądowych oraz innych działów administracji sądowej[12], zgodnie z którym z chwilą ogłoszenia upadłości zakłada się nowe akta postępowania upadłościowego, które rozpoczynają się od „Karty informacyjnej akt upadłościowych" i odpisu postanowienia w przedmiocie ogłoszenia upadłości. Oznacza się je sygnaturą „GUp". Z kolei w rozporządzeniu ministra sprawiedliwości z 18 marca 2020 r. w sprawie sposobu i trybu prowadzenia oraz udostępniania uczestnikom postępowania oraz służbie nadzoru ministra sprawiedliwości akt w postępowaniu upadłościowym wobec osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej[13] akta prowadzone przez syndyka, o których mowa w art. 491(24) ust. 1, określane są jako „akta sprawy". W konsekwencji, akta sądowe stanowią akta postępowania, a akta syndyka są odrębnymi aktami, które po zakończeniu postępowania są załączane do akt sądowych, czyli akt postępowania.

Przy tej okazji należy zgłosić bardzo ważny postulat. Otóż, niezależnie od tego, że ustawa wskazuje, że zarówno dokument ubezpieczenia, jak i oświadczenie na-

[9] Rysunek pochodzi z filmowego szkolenia nr 7 z cyklu „Upadłość konsumencka" pt. „Pierwsze czynności syndyka. Likwidacja masy upadłości. Środki »na życie« oraz »na mieszkanie« dla upadłego", które jest dostępne na stronie: www.praktykszkolenia.pl.

[10] Wyłącznie wówczas gdyby upadły konsument zatrudniał pracownika, co w praktyce jest raczej rzadko spotykane.

[11] Pojęcia akta postępowania nie należy przy tym utożsamiać z aktami syndyka, o których mowa w art. 491(24) p.u.

[12] Dz.Urz. MS z 2019 r., nr 138.

[13] Dz. U. z 2020 r., nr 506.

leży złożyć do akt niezwłocznie, trzeba postulować, aby następowało to nie tyle niezwłocznie, co nie później niż wraz z dokonaniem pierwszej czynności przed sądem[14]. Składanie tych dokumentów osobno, tj. bez jednoczesnego składania innego pisma procesowego albo dokumentu, jest zbędnym generowaniem pracy po stronie urzędników sądowych.

CZYNNOŚCI ZARZĄDCZE I POSZUKIWANIE MAJĄTKU DŁUŻNIKA

Zgodnie z art. 173 p.u. syndyk niezwłocznie obejmuje majątek upadłego, zarządza nim, zabezpiecza go przed zniszczeniem, uszkodzeniem lub zabraniem go przez osoby postronne oraz przystępuje do jego likwidacji. Przepis ten stosuje się również w upadłości konsumenckiej. Prawidłowe wykonanie tego obowiązku wymaga, aby syndyk niezwłocznie po ogłoszeniu upadłości nawiązał kontakt z dłużnikiem i przystąpił do objęcia oraz zinwentaryzowania jego majątku. Syndyk powinien uzyskać od dłużnika nie tylko wszystkie informacje niezbędne do pełnego objęcia majątku, ale również do zaplanowania przebiegu postępowania upadłościowego i podjęcia decyzji co do sposobu oddłużenia.

Poza informacjami uzyskanymi od upadłego syndyk powinien poszukiwać majątku dłużnika na podstawie danych zawartych w aktach postępowania o ogłoszeniu upadłości, na podstawie dokumentów przekazanych przez upadłego oraz ewentualnie innych danych. Zgodnie z art. 178 ust. 2 p.u. syndyk składa wniosek o poszukiwanie majątku upadłego przez komornika z ograniczeniem do poszukiwania w bazach danych, do których komornik ma dostęp. Przepis ten stosuje się w upadłości konsumenckiej[15]. Opłata stała za poszukiwanie majątku dłużnika wynosi 100 zł (art. 44 ustawy z 28 lutego 2018 r. o kosztach komorniczych[16]).

Tak samo jak w przypadku upadłości przedsiębiorców również w upadłości konsumenckiej spis inwentarza sporządza się według wzoru określonego w rozporządzeniu ministra finansów z 17 grudnia 2015 r. w sprawie określenia wzoru spisu inwentarza w postępowaniu upadłościowym, spisu należności w postępowaniu upadłościowym oraz spisu nieobjętych przez syndyka składników majątku upadłego, w tym składników majątku nieobjętych na skutek czynności bezskutecznych. Jednocześnie ze spisem inwentarza syndyk sporządza spis należności, spis ruchomości, nieruchomości oraz środków pieniężnych, których nie objął, oraz spis składników majątkowych, których nie objął na skutek czynności bezskutecznych (art. 69 ust. 1-1b pr. up.).

Nie jest jasne, czy w postępowaniu upadłościowym osoby fizycznej, która nie prowadzi działalności gospodarczej, stosuje się regulację art. 306 zd. 2 p.u., zgodnie z którym syndyk składa sędziemu-komisarzowi spis inwentarza wraz z planem likwidacyjnym w terminie 30 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. Jak już wskazano, w postępowaniu upadłościowym nie ma sędziego-komisarza, który mógłby weryfikować ewentualne złożenie w terminie wskazanych dokumentów. Jednak, jak również wspominano, funkcję sędziego-komisarza w postępowaniu przejmują upadły i wierzyciele, którzy mogą zaskarżyć zaniechanie syndyka. Dlatego należy uznać, że syndyk ma obowiązek złożenia do akt postępowania upadłościowego (tj. do akt sądowych) zarówno spisu inwentarza, jak i planu likwidacyjnego. Wykonanie tego obowiązku w określonym w ustawie terminie (30 dni od ogłoszenia upadłości) jest wyrazem sprawnego i terminowego realizowania czynności. Nie podlega to nadzorowi ze strony wyznaczonego sędziego, ale może być weryfikowane przez upadłego i wierzycieli. Poza tym złożenie spisu inwentarza do akt postępowania jest niezbędne w celu umożliwienia sądowi realizacji obowiązków określonych w art. 491(11a). Sąd musi mieć bowiem możliwość oceny, czy wskazana w spisie inwentarza wartość oszacowania składników majątku likwidowanych przez syndyka w trybie art. 491(11a) ust. 2-5 p.u przekracza pięciokrotność przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw bez wypłat nagród z zysku w trzecim kwartale roku poprzedniego, ogłoszonego przez prezesa Głównego Urzędu Statystycznego.

[14] Na gruncie analogicznej regulacji w przepisach Prawa restrukturyzacyjnego w literaturze (Hryćaj A., Filipiak P., Sierakowski B., *Postępowanie restrukturyzacyjne w praktyce sądów powszechnych*, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, w druku) zaproponowano zmianę ust. 5 w art. 24 p.r. poprzez nadanie mu brzmienia: „5. Nadzorca i zarządca nie później niż wraz z podjęciem pierwszej czynności przed sądem lub sędzią-komisarzem składają do akt postępowania oświadczenie, że nie zachodzą przeszkody, o których mowa w ust. 2 i 3". Zmiana polega na usunięciu słowa „niezwłocznie" i ma na celu ograniczenie składania wielu odrębnych pism przez nadzorcę sądowego albo zarządcę, które wywołują konieczność podjęcia czynności przez pracowników sekretariatu i sędziego. Należy bowiem dążyć do takich rozwiązań, które bez uszczerbku dla ochrony praw uczestników postępowania pozwolą na ograniczanie czynności angażujących sąd.

[15] Tak, Hryćaj A., *Prawo i postępowanie upadłościowe osób fizycznych, które nie prowadzą działalności gospodarczej („układ i upadłość konsumencka")*, Wolters Kluwer, w druku.

[16] Dz. U. z 2019 r., poz. 2363 ze zm.

CZYNNOŚCI LIKWIDACYJNE

Co do zasady, likwidacja masy upadłości w postępowaniu upadłościowym osoby fizycznej nieprowadzącej działalności gospodarczej jest prowadzona samodzielnie przez syndyka. Oznacza to, że nie musi on występować do organu sądowego o zgodę na dokonanie sprzedaży składnika masy upadłości ani o zatwierdzenie warunków sprzedaży[17]. W uzasadnieniu do projektu noweli z 2019 r.[18] wskazano jednak, że „wyjątkowo, gdyby w postępowaniu została ustanowiona rada wierzycieli (co jest możliwe, gdyż przepisy o radzie wierzycieli nie zostały wyłączone), to syndyk podlegałby nadzorowi rady wierzycieli i byłby zobowiązany do uzyskiwania zezwoleń rady wierzycieli na dokonywanie czynności z zakresu likwidacji masy upadłości". Zatem jeżeli w postępowaniu upadłościowym zostanie ustanowiona rada wierzycieli, to syndyk, na ogólnych zasadach, jest obowiązany uzyskiwać zgodę rady wierzycieli na sprzedaż składnika masy upadłości z wolnej ręki. Brak zgody rady wierzycieli będzie skutkował nieważnością czynności syndyka (art. 206 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 491(2) ust. 1). W takiej sytuacji powstaje kolejne pytanie: czy syndyk, który uzyskał zgodę rady wierzycieli na sprzedaż składnika majątku z wolnej ręki, musi następnie zawiadamiać o wybranym sposobie likwidacji sąd w trybie art. 491(11a) ust. 2 p.u.[19]? Celowościowo nie ma to najmniejszego sensu. Skoro bowiem rada wierzycieli podjęła uchwałę o wyrażeniu zgody na sprzedaż, co w przypadku upadłości przedsiębiorcy byłoby wystarczające do przeprowadzenia sprzedaży, to nie ma sensu zawiadamianie o sposobie likwidacji sądu. Oznaczałoby to bowiem, że w przypadku upadłości konsumenta tryb sprzedaży byłby bardziej skomplikowany i sformalizowany niż w przypadku upadłości przedsiębiorcy. Poza tym uchwała rady wierzycieli może być zaskarżona poprzez wniesienie zarzutów. W konsumenckim postępowaniu upadłościowym zarzuty rozpoznaje wyznaczony sędzia. Nie miałoby sensu zawiadamianie sądu o sposobie likwidacji masy upadłości dokonywanej na podstawie uchwały rady wierzycieli, której nie zaskarżył żaden z wierzycieli albo co do której wyznaczony sędzia oddalił wniesione zarzuty. *De lege ferenda*, należy jednak postulować wprowadzenie zmiany do art. 491(11a) poprzez wyraźne wskazanie, że przepisu tego nie stosuje się, jeżeli zgodę na określony sposób likwidacji wyraziła rada wierzycieli. Wydaje się jednak, że problem ten będzie marginalny z uwagi na sporadyczne występowanie rady wierzycieli w konsumenckim postępowaniu upadłościowym.

Syndyk nie musi uzyskiwać zgody wyznaczonego sędziego działającego jako sędzia-komisarz na dokonanie sprzedaży składnika masy upadłości z wolnej ręki w sytuacji, gdy w postępowaniu nie została ustanowiona rada wierzycieli. Odmienne założenie byłoby nie do pogodzenia z regulacją art. 491(11a) ust. 24. Wynika to również z uzasadnienia projektu ustawy nowelizującej[20].

Ta sama zasada, w określonym zakresie, dotyczy odpowiedniego stosowania regulacji art. 206 ust. 1 pkt 6 p.u., zgodnie z którym w postępowaniu prowadzonym wobec przedsiębiorców syndyk powinien uzyskać zezwolenie rady wierzycieli na uznanie, zrzeczenie się i zawarcie ugody co do roszczeń spornych oraz poddanie sporu rozstrzygnięciu sądu polubownego. Zrzeczenie się roszczenia i zawarcie ugody mieści się w pojęciu likwidacji masy upadłości. Zgodnie z art. 331 ust. 1 p.u. likwidacja wierzytelności upadłego następuje przez ich zbycie albo ściągnięcie. W ramach ściągania należności syndyk może zarówno zawrzeć ugodę, jak i zrzec się roszczenia. Oznacza to, że jeżeli w postępowaniu jest ustanowiona rada wierzycieli, to syndyk powinien uzyskać jej zgodę na zawarcie ugody albo zrzeczenie się roszczenia. Jeżeli rada wierzycieli nie jest ustanowiona, to syndyk nie musi uzyskiwać zgody wyznaczonego sędziego na zawarcie ugody i na zrzeczenie się roszczenia, ale może od razu wdrożyć tryb określony w art. 491(11a). Jedynie w przypadku uznania roszczenia należy przyjąć odmienne rozwiązania. Uznanie roszczenia nie jest czynnością z zakresu likwidacji. Dotyczy roszczenia kierowanego przeciwko upadłemu. W takiej sytuacji w razie ustanowienia rady wierzycieli zezwolenia na uznanie roszczenia udziela rada wierzycieli, a w jej braku – wyznaczony sędzia.

Co do zasady, syndyk samodzielnie dokonuje wyboru sposobu likwidacji składników masy upadłości spośród sposobów wskazanych w art. 311 p.u. Jeżeli zdecyduje o sprzedaży składnika masy upadłości w drodze przetargu albo aukcji uregulowanych w art. 320 p.u., to czynności sędziego-komisarza, o których mowa w tym artyku-

[17] W uzasadnieniu rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe oraz niektórych innych ustaw, VIII kadencja, druk sejm. nr 3480, s. 40, wskazano, że „regulacja art. 491(11a) przewiduje samodzielność syndyka w zakresie czynności związanych z likwidacją masy upadłości. Zgodnie z ust. 1 syndyk będzie prowadził likwidację samodzielnie, tzn. bez potrzeby uzyskiwania zgody sędziego-komisarza (jak już zostało wskazane, w postępowaniu odrębnym dla osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej nie jest przewidziana funkcja sędziego-komisarza)".

[18] Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe oraz niektórych innych ustaw, VIII kadencja, druk sejm. nr 3480, s. 40.

[19] Zgodnie z tym artykułem o wyborze sposobu likwidacji nieruchomości oraz wyborze sposobu likwidacji składników masy upadłości, których wartość oszacowania wskazana w spisie inwentarza przekracza pięciokrotność przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw bez wypłat nagród z zysku w trzecim kwartale roku poprzedniego, ogłoszonego przez prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, syndyk zawiadamia wierzycieli oraz sąd. W zawiadomieniu wskazuje sposób likwidacji oraz minimalną cenę.

[20] Zob. przypis 17.

le, wykonuje wyznaczony sędzia (art. 491(5) ust. 3 p.u.). W tym zakresie mogą się pojawić pewne wątpliwości co do podziału kompetencji pomiędzy sąd a wyznaczonego sędziego. Z jednej strony o wyborze sposobu likwidacji syndyk powinien zawiadomić sąd, a z drugiej strony warunki przetargu albo aukcji zatwierdza jako sędzia-komisarz wyznaczony sędzia. W takiej sytuacji należy uznać, że zawiadamiając sąd o zamiarze sprzedaży składnika majątku w drodze przetargu albo aukcji uregulowanych w art. 320 p.u., syndyk nie ma obowiązku załączania do zawiadomienia warunków przetargu albo aukcji. Nie ma bowiem celowościowego uzasadnienia dla dublowania kompetencji sądu i wyznaczonego sędziego. *De lege ferenda* można zaproponować zmianę polegającą na wprowadzeniu regulacji, że w takiej sytuacji warunki przetargu albo aukcji zatwierdza sąd, który również powinien wykonywać pozostałe czynności nadzorcze wskazane w art. 320 p.u. Angażowanie kolejnego sędziego w procedurę sprzedaży, która i tak odbywa się pod nadzorem sądu, jest zbędne. Niezależnie od poczynionych rozważań nie wydaje się celowe korzystanie w upadłości konsumenckiej z tak skomplikowanej i sformalizowanej, a jednocześnie mało efektywnej procedury sprzedaży jak określona w art. 320 p.u. O wyborze sposobu likwidacji decyduje syndyk, więc ani sąd, ani wyznaczony sędzia nie może mu nakazać skorzystania z określonego sposobu likwidacji. Syndyk może i raczej powinien sprzedawać składniki majątku z wolnej ręki. Wydaje się to efektywniejszym rozwiązaniem, tym bardziej że syndyk może również samodzielnie zorganizować przetarg albo aukcję.

W zakresie likwidacji wierzytelności należy mieć na uwadze fakt, że w postępowaniu upadłościowym osoby fizycznej, która nie prowadzi działalności gospodarczej, nie stosuje się art. 145 p.u.[21] Oznacza to, że postępowania procesowe prowadzone z udziałem upadłego, które zostają zawieszone z dniem ogłoszenia upadłości, są podejmowane i dalej prowadzone z udziałem syndyka[22]. W konsekwencji, w przypadku upadłości konsumenckiej wpływ ogłoszenia upadłości na prowadzone z udziałem upadłego procesy jest taki sam niezależnie od tego, czy upadły jest po stronie powoda, czy pozwanego. Regulacja ta wynika z tego, że w upadłości konsumenckiej nie tworzy się listy wierzytelności, a ujęcie wierzytelności w planie spłaty nie wpływa na bieg procesu (aczkolwiek można to ewentualnie rozważać w kategoriach uznania roszczenia).

Przy okazji rozważań dotyczących likwidacji masy upadłości w upadłości konsumenckiej należy też zwrócić uwagę na wzajemną relację art. 491(11a) oraz art. 491(12a). Zrozumienie zależności pomiędzy tymi przepisami pozwoli na sprawne przeprowadzenie likwidacji masy upadłości. Odnosząc się do tych zależności, można zaproponować następujący harmonogram działań syndyka dotyczących likwidacji nieruchomości oraz składników masy upadłości, których wartość oszacowania wskazana w spisie inwentarza przekracza pięciokrotność przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw bez wypłat nagród z zysku w trzecim kwartale roku poprzedniego, ogłoszonego przez prezesa Głównego Urzędu Statystycznego:

a) zawiadomienie wierzycieli o wyborze sposobu likwidacji składników masy upadłości (syndyk nie powinien jednocześnie z zawiadomieniem wierzycieli dokonywać zawiadomienia sądu);

b) upłynięcie 14 dni od daty ostatniego doręczenia zawiadomienia wierzycielowi (konieczność upływu 14 dni wynika z tego, że wierzyciele mają prawo wnieść skargę na czynności syndyka [art. 491(11a) ust. 3 p.u.]). Skargę wnosi się do syndyka w terminie 7 dni. Dodatkowo konieczne jest pozostawienie około 7 dni na obrót korespondencji];

c) w razie wniesienia skarg przez wierzycieli syndyk powinien dokonać ich analizy. Syndyk może uwzględnić skargę. O jej uwzględnieniu zawiadamia skarżącego oraz zainteresowanych, których uwzględnienie skargi dotyczy. Razem z zawiadomieniem o uwzględnieniu skargi syndyk powinien dokonać ponownego zawiadomienia wierzycieli o wyborze sposobu likwidacji składników masy upadłości. Następnie powinien powtórzyć działania z pkt b) i c);

d) w przypadku wniesienia skarg przez wierzycieli i nieuwzględnienia skarg przez syndyka, syndyk powinien sporządzić uzasadnienie zaskarżonej czynności, tj. uzasadnienie wybranego sposobu likwidacji składników masy upadłości, i przekazać je do sądu: zawiadomienie o wyborze sposobu likwidacji składników masy upadłości wraz z uzasadnieniem, wniesione przez wierzycieli skargi, kopie zwrotnych zawiadomień wierzycieli o wyborze sposobu likwidacji masy

[21] Postępowanie sądowe, administracyjne lub sądowoadministracyjne w sprawie wszczętej przeciwko upadłemu przed dniem ogłoszenia upadłości o wierzytelność, która podlega zgłoszeniu do masy upadłości, może być podjęte przeciwko syndykowi tylko w przypadku, gdy w postępowaniu upadłościowym wierzytelność ta po wyczerpaniu trybu określonego ustawą nie zostanie umieszczona na liście wierzytelności.

[22] Art. 180.
§ 1. Sąd postanowi podjąć postępowanie z urzędu, gdy ustanie przyczyna zawieszenia, w szczególności:
b) ogłoszenia upadłości strony lub wszczęcia wtórnego postępowania upadłościowego, z wyjątkiem określonym w art. 145 ust. 1 ustawy z 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (Dz. U. z 2019 r., poz. 498 i 912) – z chwilą ustalenia osoby pełniącej funkcję syndyka.

upadłości (kopie zwrotnych zawiadomień są niezbędne po to, aby sąd miał możliwość sprawdzenia prawidłowości zawiadomień i upływu terminu do wniesienia skargi przez wierzycieli);

e) w przypadku niewniesienia skarg przez wierzycieli syndyk przekazuje do sądu: zawiadomienie o wyborze sposobu likwidacji składników masy upadłości, kopie zwrotnych zawiadomień wierzycieli o wyborze sposobu likwidacji masy upadłości (kopie zwrotnych zawiadomień są niezbędne po to, aby sąd miał możliwość sprawdzenia prawidłowości zawiadomień i upływu terminu do wniesienia skargi przez wierzycieli). Dobrą praktyką byłoby również załączanie oświadczenia syndyka o tym, że upłynął termin do wniesienia skargi i żadna skarga nie została wniesiona;

f) zawiadomienie o wyborze sposobu likwidacji składników masy upadłości powinno być zawarte w oddzielnym piśmie procesowym zatytułowanym „Zawiadomienie o wyborze sposobu likwidacji składników masy upadłości".

PODSUMOWANIE

Odpowiednie stosowanie przepisów nie jest ani proste, ani oczywiste. Wręcz przeciwnie, zawsze stanowi wyzwanie dla praktyków prawa. Jest to ten moment, kiedy okazuje się, że akt prawny nie jest alfabetem, który wystarczy przeliterować, ale skomplikowanym, wielowarstwowym tekstem, którego prawidłowe zrozumienie i stosowanie wymaga szerszego spojrzenia, analizy systemowej i celowościowej. Odpowiednie stosowanie przepisów powoduje, że to stosujący prawo uzyskują znacznie większy wpływ na ostateczny kształt odkodowanych norm. To z kolei czyni prawo elastycznym, a przez to bardziej sprawiedliwym.

dr Patryk Filipiak[1]

UPROSZCZONE POSTĘPOWANIE RESTRUKTURYZACYJNE – WYBRANE INSTYTUCJE I PRZEBIEG

WPROWADZENIE

Uwagi ogólne

Uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne wprowadzono mocą przepisów art. 15-25 ustawy z 16 kwietnia 2020 r. o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2[2]. Postępowanie to pozwala na przeprowadzenie szybkich negocjacji z wierzycielami i zawarcie z nimi porozumienia w formie układu w przedmiocie spłaty zadłużenia. Układ zawierany jest poza sądem pod nadzorem doradcy restrukturyzacyjnego wybranego przez przedsiębiorcę. Doradca pełni funkcję nadzorcy układu. Najistotniejsza jest ochrona majątku przed egzekucją i wypowiedzeniem kluczowych umów. Będzie ona trwała 4 miesiące, zaś warunkiem jej udzielenia jest konieczność uzyskania zgody nadzorcy układu na czynności przekraczające zakres zwykłego zarządu.

Uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne jest szczególną postacią postępowania o zatwierdzenie układu uregulowanego w art. 210 i n. ustawy z 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne[3]. Jako takie jest postępowaniem restrukturyzacyjnym w rozumieniu tej ustawy. Istota tych dwóch postępowań nie różni się i polega na zawarciu układu w trybie samodzielnego zbierania głosów przez dłużnika przy zachowaniu zarządu własnego pod nadzorem nadzorcy układu, którym jest licencjonowany doradca restrukturyzacyjny. Układ nabiera mocy po prawomocnym zatwierdzeniu przez sąd. Uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne różni się jednak od postępowania o zatwierdzenie układu co do dynamiki i skutków jego wszczęcia, w tym ochrony przedsiębiorstwa oraz ograniczenia dłużnika w zarządzie własnym.

Doprowadzenie do obwieszczenia w MSiG o otwarciu postępowania jest prawem, a nie obowiązkiem dłużnika. Jeśli we wskazanym terminie dłużnik zawrze z nadzorcą układu umowę, o której mowa w art. 210 p.r., i zdecyduje o nieskładaniu wniosku o obwieszczenie, to toczyć się będzie zwyczajne postępowanie o zatwierdzenie układu bez szczególnych skutków wynikających ze specustawy. Dłużnik nie otrzyma ochrony, nie będzie też podlegał ograniczeniom co do zarządu przedsiębiorstwem.

Postępowanie uproszczone posiada następujące dodatkowe cechy, które nie występują w postępowaniu o zatwierdzenie układu:

a. ochrona przedsiębiorstwa dłużnika: skutkiem obwieszczenia w Monitorze Sądowym i Gospodarczym o otwarciu postępowania uproszczonego jest objęcie dłużnika ochroną przed egzekucją i wypowiedzeniem kluczowych umów; ochrona ta może wygasnąć, jeśli sąd uwzględni wniosek wierzyciela o uchylenie skutków obwieszczenia; dodatkowo ochrona wygaśnie, a postępowanie ulegnie umorzeniu z mocy prawa, jeżeli dłużnik nie złoży wniosku o zatwierdzenie układu w terminie 4 miesięcy od dnia obwieszczenia;

b. zakres układu: układem objęci są również wierzyciele zabezpieczeni rzeczowo bez konieczności uzyskania ich zgody, lecz przy zagwarantowaniu odpowiednio wysokiego poziomu spłaty w układzie; regulacja wzorowana jest na przepisach art. 180 i n. p.r. o układzie częściowym;

c. sposób zawarcia układu: układ może być zawarty nie tylko w trybie samodzielnego zbierania głosów, lecz także w ramach zgromadzenia wierzycieli, któremu przewodniczy nadzorca układu;

[1] Kwalifikowany doradca restrukturyzacyjny, adwokat, adiunkt na WPiA Uniwersytetu im. A. Mickiewicza w Poznaniu.
[2] Dz. U. z 2020 r., poz. 695, dalej jako „specustawa".
[3] Dz. U. z 2020 r., poz. 814, dalej jako „p.r."

d. odpowiedzialność dłużnika za nadużycie prawa do otwarcia postępowania: wierzycielom przysługuje dodatkowe roszczenie odszkodowawcze, jeżeli dłużnik doprowadził do obwieszczenia o otwarciu w złej wierze;

e. ograniczenie wynagrodzenia nadzorcy układu: wysokość wynagrodzenia nadzorcy układu w przypadku postępowań dotyczących mikro, małych i średnich przedsiębiorców jest ustawowo ograniczona oraz uzależniona od skutku w postaci prawomocnego zatwierdzenia układu;

f. ograniczenie zarządu własnego dłużnika: w celu zapewnienia symetrii pomiędzy prawami dłużnika i wierzycieli wprowadzono wymóg, aby na wszelkie czynności przekraczające zwykły zarząd dłużnik musiał uzyskać zgodę nadzorcy układu;

g. ułatwienia przy pozyskaniu nowego finansowania: jeśli konieczne jest zapewnienie bieżącej płynności poprzez finansowanie zewnętrzne, to zabezpieczenie wierzytelności wynikających z zawartych umów finansowych nie będzie podlegało zaskarżeniu jako czynność fraudacyjna; warunkiem jest uzyskanie przez dłużnika zgody nadzorcy układu na dokonanie czynności;

h. wyłączenie odpowiedzialności dłużnika za brak złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości: odpowiedzialność dłużnika i jego reprezentantów będzie wyłączona, jeżeli w terminie na złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości dokonane zostanie obwieszczenie o otwarciu uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego.

Choć nie jest to sprawa gardłowa, to nadmieniam, że być może w przypadku uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego nazwa nie jest do końca właściwa. W porównaniu bowiem do postępowania o zatwierdzenie układu, którym w istocie jest postępowanie uproszczone, postępowanie uregulowane w specustawie jest bardziej rozbudowane i skomplikowane.

Stosowanie przepisów

Przepis art. 15 ust. 1 specustawy wskazuje, że uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne znajdujących zastosowanie do postępowania o zatwierdzenie układu, ze zmianami wynikającymi z przepisów art. 15 ust. 2 do art. 25 specustawy. Oznacza to, że stosuje się wprost, a nie odpowiednio przepisy art. 210-226 p.r. i pozostałe przepisy ustawy – Prawo restrukturyzacyjne, dotyczące postępowania o zatwierdzenie układu, w szczególności przepisy ogólne o postępowaniach restrukturyzacyjnych i ich skutkach (Tytuł I). W szczególności chodzi o przepisy o układzie częściowym zawieranym w postępowaniu o zatwierdzenie układu. Nie stosuje się przepisów dotyczących poszczególnych postępowań restrukturyzacyjnych, w tym przyspieszonego postępowania układowego.

ZAKRES ZASTOSOWANIA PRZEPISÓW. PODSTAWY WSZCZĘCIA POSTĘPOWANIA

Zakres czasowy

Przepisy o uproszczonym postępowaniu restrukturyzacyjnym mogą być stosowane, jeżeli do 30 czerwca 2021 roku dojdzie do obwieszczenia w Monitorze Sądowym i Gospodarczym o otwarciu postępowania o zatwierdzenie układu. Miarodajne jest ukazanie się obwieszczenia, a nie złożenie samego wniosku o obwieszczenie do biura monitora. Regulacja ta wprowadza więc ryzyko związane z upływem czasu pomiędzy złożeniem wniosku a dniem publikacji kolejnego numeru monitora. Jakkolwiek rozwiązaniem korzystniejszym dla dłużnika i bardziej poprawnym ze względu na pewność prawa byłoby uzależnienie zastosowania przepisów od dnia złożenia wniosku, to brzmienie przepisu nie daje możliwości takiej interpretacji.

Ryzyko, o którym mowa, polega również na tym, że jeżeli dłużnik złoży wniosek o obwieszczenie przed 30 czerwca 2021 r., zaś do obwieszczenia doszłoby po tym dniu, to nie będzie mu przyznana ochrona nad przedsiębiorstwem, natomiast informacja o postępowaniu, a zatem o niewypłacalności lub zagrożeniu niewypłacalnością dłużnika, zostanie upubliczniona. Może to rodzić negatywne konsekwencje, których dłużnik chciał uniknąć, w postaci wszczęcia egzekucji przez wierzycieli i wypowiedzenia niektórych umów przez kontrahentów.

Dlatego też taki wniosek o obwieszczenie nie powinien być uwzględniony jako niewymagany i niedopuszczony przez ustawę, a pracownik biura monitora powinien odmówić publikacji po 30 czerwca 2021 r. Podstawą prawną jest art. 1 ust. 3 pkt 3 u.m.s.i.g., nie jest przy tym wydawany żaden akt administracyjny (decyzja, postanowienie), lecz wnioskodawca jest zawiadamiany przez pracownika biura, że obwieszczenie nie zostanie przyjęte do druku. Można przyjąć ostrożnie, że będzie to czynność materialno-techniczna organu administracji. Na czynności materialno-techniczne, jako inne od decyzji

i postanowień indywidualne akty z zakresu administracji publicznej dotyczące uprawnień lub obowiązków wynikających z przepisów prawa, przysługuje skarga, o której mowa w art. 227 ustawy z 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego[4], oraz skarga do sądu administracyjnego (art. 3 § 2 pkt 4 ustawy z 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi[5]).

Zakres podmiotowy

Przepisy o uproszczonym postępowaniu restrukturyzacyjny stosuje się do podmiotów posiadających zdolność restrukturyzacyjną w rozumieniu art. 4 p.r.

Zakres przedmiotowy
– podstawy wszczęcia postępowania

Postępowanie może być prowadzone wyłącznie wobec dłużnika niewypłacalnego w rozumieniu art. 11 p.u. lub zagrożonego niewypłacalnością w rozumieniu art. 6 ust. 3 p.r. Stosuje się także art. 3 ust. 2 pkt 2 p.r., zgodnie z którym postępowanie może być prowadzone, jeżeli suma wierzytelności spornych uprawniających do głosowania nad układem nie przekracza 15% sumy wierzytelności uprawniających do głosowania nad układem.

Warunkiem otwarcia postępowania uproszczonego, a zatem warunkiem uzyskania ochrony, o której mowa w art. 16 ust. 3 specustawy, nie jest brak pokrzywdzenia wierzycieli, o którym mowa w artykule 8 ust. 1 p.r. Pokrzywdzenie wierzycieli poprzez skutki obwieszczenia w monitorze może być jednak przyczyną uchylenia tych skutków na wniosek wierzycieli, dłużnika lub nadzorcy układu złożony zgodnie z art. 18 ust. 1 specustawy.

OTWARCIE POSTĘPOWANIA

Zawarcie umowy z nadzorcą układu

Złożenie wniosku o obwieszczenie w monitorze o skutkach otwarcia musi być poprzedzone zawarciem umowy pomiędzy dłużnikiem a doradcą restrukturyzacyjnym, który będzie wykonywał funkcję nadzorcy układu[6]. Stosuje się artykuł 36 p.r., a zatem zawarcie umowy z nadzorcą układu nie ogranicza dłużnika w zarządzie jego majątkiem. Ograniczenie w zarządzie ma miejsce od dnia obwieszczenia o otwarciu postępowania w MSiG.

[4] Dz. U. z 2020 r., poz. 256.
[5] Dz. U. z 2019 r., poz. 2325.
[6] O charakterze prawnym umowy i jej treści zob.: Filipiak P., [w:] *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, red. A. Hrycaj, P. Filipiak, Warszawa 2019, kom. do art. 35, pkt 7 i n.

Obwieszczenie w MSiG o otwarciu postępowania

W uproszczonym postępowaniu restrukturyzacyjnym odmiennie niż w postępowaniu o zatwierdzenie układu wyróżnia się dzień otwarcia postępowania. Dniem tym jest dzień dokonania obwieszczenia o otwarciu postępowania. Pojęcia otwarcie postępowania o zatwierdzenie układu w rozumieniu art. 16 ust. 1 specustawy nie należy utożsamiać z otwarciem postępowania restrukturyzacyjnego, o którym mowa w przepisach ustawy – Prawo restrukturyzacyjne. Przepisy te wyraźnie określają, że otwarcie postępowania następuje mocą orzeczenia sądu, zaś postępowanie jest dalej prowadzone w sądzie przez wyznaczone organy sądowe w postaci sędziego-komisarza i sądu restrukturyzacyjnego. Prawo restrukturyzacyjne nie zna instytucji otwarcia z mocy samego prawa. W praktyce jest to istotne dlatego, że niedopuszczalne jest stosowanie przepisów ustawy – Prawo restrukturyzacyjne o skutkach otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego do otwarcia uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego, o którym mowa w przepisach specustawy.

Pojawia się zatem ważne pytanie o relację dnia układowego w rozumieniu art. 211 p.r. do dnia otwarcia postępowania w rozumieniu art. 16 ust. 1 specustawy. Może być to mylące również ze względu na art. 189 ust. 2 p.r., zgodnie z którym w postępowaniu o zatwierdzenie układu uznaje się, że skutki otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego powstają z dniem układowym, o którym mowa w art. 211 p.r.

Uważam, że z dniem otwarcia postępowania uproszczonego należy łączyć jedynie skutki wyraźnie wskazane w przepisach specustawy (np. art. 16 ust. 3), zaś z dniem układowym – skutki określone w przepisach Prawa restrukturyzacyjnego, w szczególności w art. 211 p.r. i np. art. 66 p.r. w zw. z art. 189 ust. 2 p.r. Oczywiście art. 189 ust. 2 p.r. nie daje możliwości stosowania przepisów o skutkach otwarcia jakiegokolwiek innego postępowania restrukturyzacyjnego, w tym skutkach otwarcia przyspieszonego postępowania układowego. Jest to oczywiste tym bardziej, że niektóre skutki otwarcia postępowania przyspieszonego zostały wprost uregulowane w art. 16 ust. 3.

Po przemyśleniu przyznaję, że w uproszczonym postępowaniu restrukturyzacyjnym nie stosuje się art. 211 ust. 2 p.r., zgodnie z którym dzień układowy przypada nie wcześniej niż 3 miesiące i nie później niż dzień przed dniem złożenia wniosku o zatwierdzenie układu. Szybki przebieg tego postępowania ma wynikać z art. 20 ust. 1

specustawy, który stanowi, że postępowanie umarza się z mocy prawa, jeżeli w terminie 4 miesięcy od dnia dokonania obwieszczenia nie wpłynie do sądu wniosek o zatwierdzenie układu. Konieczność stosowania art. 211 ust. 2 p.r. w praktyce skracałaby ten termin, czyniąc art. 20 ust. 1 przepisem martwym.

Zawiadomienie sądu o otwarciu

W terminie 3 dni od obwieszczenia w monitorze nadzorca układu zawiadamia o dokonaniu obwieszczenia sąd właściwy do rozpoznania wniosku o zatwierdzenie układu. To nadzorca dokonuje weryfikacji właściwości miejscowej, rzeczowej i funkcjonalnej sądu. Nadzorca stosować będzie art. 15 p.r. Sądem właściwym będzie sąd rejonowy gospodarczy dla głównego ośrodka podstawowej działalności dłużnika.

Po wpłynięciu zawiadomienia nadzorcy układu sąd nie bada, czy jest właściwy do rozpoznania sprawy na podstawie art. 15 ust. 1 p.r. Na tym etapie nie ma bowiem jeszcze ani sprawy, ani też nie jest wyznaczany skład sądu. Jeśli natomiast wniosek o uchylenie skutków obwieszczenia (art. 18 ust. 1) wpłynie do sądu, który uzna się za niewłaściwy, to sąd ten na podstawie art. 16 ust. 1 przekaże sprawę do sądu właściwego. Stanie się tak niezależnie od tego, do którego sądu nadzorca układu złożył zawiadomienie.

Mimo że specustawa wprowadza pojęcie otwarcia postępowania uproszczonego, to nie stosuje się art. 16 ust. 2 p.r., zgodnie z którym przekazanie sprawy po otwarciu postępowania restrukturyzacyjnego jest niedopuszczalne. Przepis ten dotyczy jedynie spraw, które zostały otwarte mocą orzeczenia sądowego. Tylko wtedy można mówić o sytuacji utrwalenia właściwości sądu. Ponieważ sprawa o zatwierdzenie układu również w typie szczególnym, regulowanym specustawą nie jest wszczynana mocą orzeczenia sądu, a ponadto ponieważ zgodnie z art. 16 ust. 1 przekazanie wedle właściwości jest możliwe również w toku postępowania o zatwierdzenie układu, to stosowanie art. 16 ust. 2 jest wykluczone.

Po otrzymaniu zawiadomienia sąd nie dokonuje żadnej czynności procesowej. Zawiadomienie nie wszczyna postępowania. Nie jest wyznaczany skład sądu. Po wpływie pisma z zawiadomieniem do wydziału kierownik sekretariatu przedstawia pismo przewodniczącemu w celu wydania zarządzenia co do sposobu załatwienia pisma lub we własnym zakresie w zależności od treści pisma wydaje inne zarządzenia o charakterze administracyjnym (§ 16 ust. 1 Zarządzenia Ministra Sprawiedliwości z 19 czerwca 2019 r. w sprawie organizacji i zakresu działania sekretariatów sądowych oraz innych działów administracji sądowej[7]). Nie jest wykluczone, że w uproszczonym postępowaniu nie zostanie złożony ani wniosek o uchylenie skutków obwieszczenia, ani wniosek o zatwierdzenie układu. Tym niemniej nawet w takich sytuacjach uproszczone postępowanie będzie otwarte i umorzone, w obu przypadkach z mocy samego prawa. Ustawodawca wskazał wprost (§ 225a ust. 1 zarządzenia MS), że na skutek zawiadomienia sąd rejestruje sprawę w repertorium GRz. Numer w repertorium GRz zakreśla się w szczególności po umorzeniu postępowania z mocy prawa, jeżeli w terminie 4 miesięcy od dnia opublikowania obwieszczenia nie wpłynął do sądu wniosek o zatwierdzenie układu (§ 225a ust. 2 zarządzenia MS).

Obowiązki dłużnika i nadzorcy układu na etapie otwarcia postępowania

Już na samym początku postępowania dłużnik musi posiadać nie tylko wiedzę o wszystkich wierzycielach i ich wierzytelnościach, w tym wierzytelnościach spornych, lecz także propozycje układowe, które będą przedmiotem głosowania. Podobnie jak w przypadku przyspieszonego postępowania układowego i postępowania układowego spisy wierzytelności oraz propozycje układowe muszą być przygotowane przed rozpoczęciem postępowania. Takie transparentne rozwiązanie pozwala wierzycielom na ocenę swojej pozycji prawnej i na właściwe przygotowanie do podjęcia decyzji o głosowaniu nad układem. Dodatkowo art. 15 ust. 5 jest istotny w kontekście art. 17 ust. 1 i art. 16 ust. 3, których stosowanie wymaga istnienia propozycji już w momencie otwarcia postępowania.

Zgodnie z art. 15 ust. 5 obwieszczenie o otwarciu może być dokonane po przygotowaniu przez dłużnika propozycji układowych oraz spisu wierzytelności, spisu wierzytelności spornych i przekazaniu ich nadzorcy układu. Oznacza to, że pracownik biura MSiG musi zweryfikować, czy doszło do przygotowania takich dokumentów. Moim zdaniem wystarczyć powinno oświadczenie dłużnika w tym względzie poprzez zaznaczenie odpowiedniej rubryki we wniosku o obwieszczenie.

Zgodnie z art. 220 pkt 8 i 9 p.r. sprawozdanie nadzorcy układu zawiera spis wierzytelności sporządzony przez nadzorcę układu ze wskazaniem, czy wierzyciel głosował za, czy przeciw układowi i spis wierzytelności spornych sporządzony przez nadzorcę układu. Kompeten-

[7] Dz. Urz. MS z 2019 r., poz. 138, dalej jako zarządzenie MS.

cja nadzorcy w zakresie przygotowania spisów wynika także z art. 37 ust. 2 pkt 3 p.r. Oznacza to, że nadzorca musi zweryfikować spisy przygotowane przez dłużnika. Weryfikacja powinna mieć miejsce jeszcze przed głosowaniem nad przyjęciem układu, w szczególności przed wysłaniem kart do głosowania, jeśli przyjęcie układu ma miejsce w trybie samodzielnego zbierania głosów. Dodatkowo, zgodnie z art. 37 ust. 2 pkt 2 p.r., propozycje układowe są przygotowane przez nadzorcę wspólnie z dłużnikiem. Przepis ten trzeba interpretować komplementarnie z art. 15 ust. 5 specustawy, zgodnie z którym to dłużnik przygotowuje propozycje układowe. A zatem konieczna jest współpraca dłużnika i nadzorcy, przy czym zajęcie ostatecznego stanowiska należy do dłużnika.

Nadzorca układu na wniosek wierzycieli w postępowaniu powinien bez zbędnej zwłoki udostępnić spis wierzytelności i spis wierzytelności spornych, plan restrukturyzacyjny po jego przygotowaniu oraz inne istotne dokumenty i informacje. Podstawą prawną jest art. 216 ust. 1 p.r., zgodnie z którym nadzorca układu udziela wierzycielowi na jego żądanie informacji o sytuacji majątkowej dłużnika i możliwości wykonania układu w zakresie, który jest potrzebny do podjęcia racjonalnej ekonomicznie decyzji o głosowaniu za albo przeciw układowi.

OCHRONA PRZEDSIĘBIORSTWA DŁUŻNIKA

Przepis art. 16 specustawy, w szczególności jego ust. 3, jest regulacją fundamentalną dla uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego. Pozwala zabezpieczyć przedsiębiorstwo przed utratą wartości i uchronić dłużnika przed upadłością. Innym instrumentem ochronnym jest możliwość objęcia układem wierzycieli rzeczowych.

Okres ochrony. Obwieszczenie o otwarciu i umorzenie postępowania

Ochrona przedsiębiorstwa dłużnika trwa od początku dnia (00:00) obwieszczenia o otwarciu postępowania o zatwierdzenie układu do końca dnia, w którym doszło do umorzenia postępowania z mocy prawa, do chwili, w której uskuteczni się postanowienie sądu o umorzeniu postępowania, lub do końca dnia, w którym doszło do zakończenia postępowania. Umorzenie postępowania uproszczonego z mocy prawa może nastąpić tylko w jednym przypadku. Zgodnie z art. 20 ust. 1 specustawy postępowanie o zatwierdzenie układu umarza się z mocy prawa, jeżeli w terminie 4 miesięcy od dnia dokonania obwieszczenia nie wpłynie do sądu wniosek o zatwierdzenie układu.

Umorzenie na podstawie innej niż specustawa możliwe jest – i to z pewnymi wątpliwościami, szczególnie co do praktycznej doniosłości – jedynie mocą art. 325 ust. 1 pkt 3 p.r., zgodnie z którym sąd umarza postępowanie w razie braku przyjęcia układu[8], mocą art. 325 ust. 1 pkt 4 p.r., zgodnie z którym postępowanie ulega umorzeniu na skutek prawomocnego postanowienia sądu, jeśli uprawomocniło się postanowienie o ogłoszeniu upadłości dłużnika[9], oraz zgodnie z art. 355 k.p.c. w zw. z art. 209 p.r. w zw. z art. 15 ust. 1 specustawy. Dyskontynuacja postępowania jest możliwa z woli dłużnika poprzez cofnięcie wniosku o zatwierdzenie układu, choć realizacja zasady dyspozycyjności na etapie złożonego wniosku – szczególnie wobec udzielonej dłużnikowi ochrony – wymaga głębszego przemyślenia i budzi pewne wątpliwości.

Z art. 17 ust. 1 nie wynika wprost, czy okres ochrony majątku ulega przedłużeniu, jeżeli przed upływem 4 miesięcy od dnia obwieszczenia dłużnik złoży wniosek o zatwierdzenie układu, natomiast do wydania orzeczenia o zatwierdzenie układu dojdzie po upływie 4 miesięcy. Jest to istotne również w kontekście stosowania art. 224 ust. 2 p.r., zgodnie z którym od dnia wydania postanowienia w przedmiocie zatwierdzenia układu do dnia jego uprawomocnienia przepisy art. 259 i 260 stosuje się odpowiednio. Przepisy te dotyczą ograniczeń i niedopuszczalności w prowadzeniu egzekucji wierzytelności objętych układem z mocy prawa oraz wierzytelności zabezpieczonych rzeczowo.

Koniecznie trzeba przyjąć, że:

a) ochrona majątku ulega przedłużeniu aż do prawomocnego zakończenia postępowania, jeżeli wniosek o zatwierdzenie układu zostanie złożony przed terminem 4 miesięcy od dnia obwieszczenia. Wynika to z art. 16 ust. 3 *ab initio*, zgodnie z którym ochrona obowiązuje do dnia umorzenia lub zakończenia postępowania, zaś przez zakończenie postępowania rozumie się prawomocne zatwierdzenie układu lub prawomocną odmowę zatwierdzenia układu, a wydanie tych postanowień warunkowane jest złożeniem wniosku;

b) przepis art. 224 ust. 2 p.r. nie znajduje zastosowania do uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego, co wynika z zastosowania szczególnej regula-

[8] *De lege ferenda* należałoby uzupełnić art. 20 ust. 1 specustawy, dodając podstawę umorzenia postępowania z mocy samego prawa w postaci braku przyjęcia układu przez wierzycieli, co stanowiłoby wyraz dezaprobaty wierzycieli dla restrukturyzacji prowadzonej przez dłużnika.

[9] Również w tym przypadku postuluję uzupełnienie katalogu podstaw umorzenia z mocy samego prawa (art. 20 ust. 1) o przypadek prawomocnego ogłoszenia upadłości.

cji ochronnej z art. 16 ust. 3 – regulacja ta jest różna co do zakresu i skutku od unormowania zagadnienia wpływu otwarcia przyspieszonego postępowania układowego w art. 259 i 260 p.r.; trudno byłoby znaleźć uzasadnienie dla różnej i pełniejszej ochrony dłużnika na etapie przed wydaniem przez sąd postanowienia o zatwierdzeniu układu i po jego wydaniu;

c) ochrona majątku trwa nawet po wydaniu przez sąd postanowienia o oddaleniu wniosku o zatwierdzenie układu, aż do uprawomocnienia się tego postanowienia.

Niedopuszczalność egzekucji i wykonania postanowienia o zabezpieczeniu roszczenia

W czasie ochrony nie jest dopuszczalne prowadzenie egzekucji przeciwko dłużnikowi. Ustawa nie wskazuje, jaka część majątku jest objęta ochroną, a zatem *lege non distinguente* uznajemy, że ochrona dotyczy całego majątku dłużnika. Zakaz obejmuje zarówno kontynuację postępowania egzekucyjnego wszczętego przed obwieszczeniem, co skutkuje zawieszeniem tego postępowania z mocy prawa z dniem obwieszczenia, jak i wszczęcie nowych postępowań egzekucyjnych. Przez wszczęcie postępowania egzekucyjnego rozumiem złożenie kompletnego wniosku o wszczęcie egzekucji[10].

Niedopuszczalność dotyczy egzekucji wierzytelności objętych układem z mocy prawa w rozumieniu artykułu 150 p.r. Wyjątki określające wierzytelności nieobjęte układem z mocy prawa są wskazane w art. 151 p.r., a zatem egzekucja wierzytelności, o których mowa w tym przepisie, jest dozwolona[11]. Przy czym w uproszczonym postępowaniu egzekucyjnym wprowadzono istotny wyłom w tej zasadzie. Niedopuszczalna jest bowiem także egzekucja wierzytelności rzeczowych, o których mowa w art. 17, który odsyła do art. 260 ust. 1 p.r., który jest z kolei stosowany odpowiednio do wierzytelności zabezpieczonych w sposób określony w art. 249 p.r. Wierzytelności te w zwyczajnym postępowaniu restrukturyzacyjnym nie są objęte układem, chyba że wierzyciel wyrazi na to zgodę (art. 151 ust. 2 p.r.).

Aby możliwe było zastosowanie normy zakazującej egzekucji i wykonania zabezpieczenia co do wierzytelności rzeczowych, to konieczne jest przedstawienie przez dłużnika propozycji układowych spełniających kryteria art. 17 ust. 1. W praktyce oznacza to – w zgodzie z art. 15 ust. 5 – że dłużnik powinien już na samym początku postępowania wraz z obwieszczeniem przedstawić propozycje układowe adresowane w szczególności do wierzycieli rzeczowych (wobec których dłużnik nie ma, co do zasady, takiego obowiązku). Aby zapewnić symetrię pozycji prawnej dłużnika i wierzycieli rzeczowych, konieczne jest przedstawienie propozycji przez dłużnika wierzycielom, a nie wyłącznie przygotowanie takich propozycji i przedstawienie ich nadzorcy układu. Tylko wtedy wierzyciele będą mogli zweryfikować, czy rzeczywiście propozycje układowe spełniają warunki z art. 17 ust. 1. Ewentualne wątpliwości będzie wyjaśniał nadzorca układu, a w razie braku zgody pomiędzy nadzorcą a wierzycielami, spór będzie rozstrzygany w ramach skargi na czynność komornika. Dłużnikowi nie przysługuje powództwo przeciwegzekucyjne, jako że prowadzenie egzekucji jest z mocy prawa niedopuszczalne.

Po zawieszeniu egzekucji nie jest dopuszczalne podejmowanie czynności w postępowaniu egzekucyjnym, poza czynnościami zmierzającymi do podjęcia postępowania (por. art. 179 § 3 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. w zw. z art. 209 p.r. w zw. z art. 15 ust. 1 specustawy). W uproszczonym postępowaniu restrukturyzacyjnym nie znajduje zastosowania art. 146 ust. 1 zd. 3 p.u., który nie ma swojego odpowiednika w Prawie restrukturyzacyjnym. A zatem jeśli przed obwieszczeniem o otwarciu doszło do przybicia w egzekucji z nieruchomości, ale nie nastąpiło przysądzenie własności, to po otwarciu postępowania uproszczonego wydanie postanowienia o przysądzeniu jest niedopuszczalne[12].

Jeśli po obwieszczeniu wierzyciel złoży wniosek o wszczęcie egzekucji, to wniosek powinien zostać przez organ egzekucyjny oddalony. W razie wszczęcia takiej egzekucji powinna zostać ona umorzona. Zgodnie z art. 824 § 1 pkt 2 k.p.c. postępowanie umarza się w całości lub części z urzędu, gdy egzekucja ze względu na jej przedmiot lub na osobę dłużnika jest niedopuszczalna.

Z dniem dokonania obwieszczenia niedopuszczalne jest wykonanie postanowienia o zabezpieczeniu roszczenia lub zarządzenia zabezpieczenia roszczenia wynikającego z wierzytelności objętej z mocy prawa układem oraz wierzytelności, o której mowa w art. 17 specustawy. Obwieszczenie nie wywołuje skutków w obrębie postępowania w przedmiocie udzielenia zabezpieczenia, które posiada charakter rozpoznawczy i jako takie może być

[10] Podobnie: Hrycaj A., [w:] *Prawo restrukturyzacyjne…*, kom. do art. 259, pkt 2.

[11] Por. Hrycaj A., [w:] *Prawo restrukturyzacyjne…*, kom. do art. 259 ust. 1 p.r.; Chrapoński D., *Wpływ postępowania restrukturyzacyjnego na postępowania egzekucyjne i zabezpieczające przeciwko dłużnikowi*, „DR" 2016, nr 6, s. 46-52.

[12] Co do pozostałych skutków zawieszenia egzekucji zob. Hrycaj A., [w:] *Prawo restrukturyzacyjne…*, kom. do art. 259 p.r., w szczególności tezę o pozostawaniu w mocy czynności dokonanych przed zawieszeniem, w tym zajęć dokonanych w postępowaniu.

kontynuowane po obwieszczeniu i zakończone wydaniem postanowienia.

Nie dochodzi także do zawieszenia postępowania zabezpieczającego, bowiem art. 15 ust. 3 pkt 1 dotyczy wyłącznie postępowania egzekucyjnego (niektórzy autorzy wiążą to ze złożoną strukturą postępowania zabezpieczającego, które – wedle ich poglądu – w fazie wykonawczej nie jest postępowaniem, które ma przymiot trwania i podlegałoby zawieszeniu[13]). Nie jest dopuszczalne jedynie wykonanie orzeczonego wcześniej zabezpieczenia w ramach fazy wykonawczej postępowania zabezpieczającego. Trzeba przyjąć, że dotyczy to wszelkich sposobów zabezpieczenia, również takich, które obejmują zaniechanie pewnych zachowań (np. zakaz zbycia majątku). A zatem ustanowiony przed obwieszczeniem zakaz zbycia składnika majątkowego pozostaje w mocy po dokonaniu obwieszczenia.

Zakaz spełniania świadczeń, potrącenia i wypowiadania umów

W okresie ochrony odpowiednio stosuje się:

a) przepis art. 252 p.r., który przewiduje zakaz spełniania przez dłużnika świadczeń wynikających z wierzytelności, które z mocy prawa są objęte układem.

Jest to jeden z podstawowych skutków otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego, przy czym jego zakresem zastosowania nie jest objęte zwyczajne postępowanie o zatwierdzenie układu. Dlatego konieczne było wprost odwołanie w art. 16 ust. 3 specustawy do przepisu art. 252 p.r. Oczywiście zakaz spełniania świadczeń nie zależy od jakichkolwiek zgód nadzorcy układu. Bardzo kontrowersyjne jest jednak utrzymywanie zakazu w sytuacji kontynuowanej przez strony umowy wzajemnej. Moim zdaniem zakaz spełniania świadczeń, których obowiązek powstał przed obwieszczeniem, może być w danym przypadku jaskrawo sprzeczny z celem postępowania restrukturyzacyjnego w postaci uniknięcia ogłoszenia upadłości przy zachowaniu słusznych praw wierzycieli.

b) przepis art. 253, zgodnie z którym ograniczeniom podlega prawo potrącenia wierzytelności.

Zgodnie ze stosowanym odpowiednio art. 253 ust. 1 p.r. nie są dopuszczalne tzw. potrącenia krzyżowe, czyli takie, w których wierzytelność wierzyciela powstała przed obwieszczeniem o otwarciu, a wierzytelność dłużnika restrukturyzowanego powstała po obwieszczeniu. Dodatkowo bezprawne będą potrącenia, gdy wierzyciel, będąc dłużnikiem dłużnika, stał się po dniu otwarcia uproszczonego postępowania jego wierzycielem przez nabycie w drodze przelewu lub indosu wierzytelności powstałej przed dniem otwarcia postępowania. W pełni dopuszczalne są potrącenia, gdy obie wierzytelności powstały przed otwarciem lub po otwarciu postępowania.

c) przepis art. 256 p.r., zgodnie z którym niedopuszczalne jest wypowiedzenie niektórych kluczowych umów wzajemnych.

Katalog umów wzajemnych, co do których obowiązuje zakaz rozwiązywania mocą oświadczenia drugiej strony umowy, jest wskazany w art. 256 ust. 1 i 2 p.r. Ma on charakter zamknięty, choć analogia nie jest wykluczona. Złożenie oświadczenia o wypowiedzeniu nie wywołuje skutków prawnych. Jeżeli druga strona w wyniku bezprawnego wypowiedzenia zaprzestanie świadczenia, to dłużnikowi przysługuje powództwo o ustalenie istnienia stosunku prawnego wynikającego z umowy.

Objęcie układem wierzycieli rzeczowych

Bardzo istotną korzyścią z punktu widzenia ogółu interesariuszy uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego jest możliwość objęcia skutkami zawartego w nim układu również wierzycieli rzeczowych, których wierzytelności nie są z mocy prawa objęte układem generalnym. Zgodnie bowiem z art. 151 ust. 2 p.r. układ nie obejmuje wierzytelności zabezpieczonej na mieniu dłużnika hipoteką, zastawem, zastawem rejestrowym, zastawem skarbowym lub hipoteką morską, w części znajdującej pokrycie w wartości przedmiotu zabezpieczenia, chyba że wierzyciel wyraził zgodę na objęcie jej układem.

Objęcie układem wierzyciela rzeczowego jest możliwe pod następującymi warunkami zachodzącymi alternatywnie:

a) propozycja układowa przewiduje pełne zaspokojenie wierzyciela co do kwoty zgodnie z treścią łączącej strony umowy, nawet jeżeli umowa ta została skutecznie rozwiązana lub wygasła, przy czym propozycja może przewidywać inny termin spełnienia świadczenia aniżeli termin ustalony przez strony.

Wierzyciel rzeczowy powinien otrzymać w ramach wykonania układu takie zaspokojenie, jakie wynikało z pierwotnej umowy z dłużnikiem (z uwzględnieniem lit. b). Kwota wierzytelności obejmuje zarówno należność główną, jak i umowne należności uboczne. Chodzi z pew-

[13] Tak: Hrycaj A., [w:] *Prawo restrukturyzacyjne...*, kom. do art. 259, pkt 11.

nością o odsetki umowne naliczone do dnia obowiązywania umowy, odsetki umowne za opóźnienie w spełnieniu świadczenia (określane czasem jako odsetki karne), również za czas po rozwiązaniu lub wygaśnięciu umowy oraz inne należności uboczne. Nie uwzględnia się przy tym odsetek ustawowych za opóźnienie[14]. Jeśli dłużnik uważa, że postanowienia umowy o wysokości należności ubocznych przewidują nadmierne obciążenie dłużnika ryzykiem opóźnienia w zapłacie, to może poszukiwać ochrony prawnej na podstawie ogólnych regulacji kodeksu cywilnego. Przepisy o uproszczonym postępowaniu nie dają mu możliwości złagodzenia odpowiedzialności.

Wydłużenie terminów płatności w układzie jest możliwe, ale nie powinno przekraczać pewnych dopuszczalnych barier. Granicę, jaka nie może być przekroczona, wyznacza art. 165 ust. 2 p.r., zgodnie z którym sąd może odmówić zatwierdzenia układu, jeżeli jego warunki są rażąco krzywdzące dla wierzycieli, którzy głosowali przeciw układowi i zgłosili zastrzeżenia. Zaproponowanie zbyt długich terminów spłaty, nawet przy założeniu płacenia odsetek umownych, może być uznane za rażąco krzywdzące dla wierzycieli. Jeśli jednak wierzyciel wyrazi zgodę na taką formę, to sąd nie powinien kwestionować treści układu.

b) propozycja układowa przewiduje zaspokojenie wierzyciela w stopniu nie niższym od tego, jakiego może się spodziewać w przypadku dochodzenia wierzytelności wraz z należnościami ubocznymi z przedmiotu zabezpieczenia.

Skutki układu procedowanego bez zgody wierzyciela rzeczowego nie mogą pogarszać jego sytuacji prawnej. Bezwzględną dolną granicą poziomu jego spłaty jest kwota, którą wierzyciel ten mógłby uzyskać z zaspokojenia się z przedmiotu zabezpieczenia. Chodzi o kwotę uzyskaną przez wierzyciela w ramach postępowania o charakterze egzekucyjnym. Ustawodawca nie przesądził przy tym, czy chodzi o egzekucję syngularną w ramach sądowego postępowania egzekucyjnego lub egzekucji w administracji, czy też o egzekucję uniwersalną w ramach postępowania upadłościowego.

Ustalenie tej wartości jest kłopotliwe, bowiem w ramach postępowania egzekucyjnego może dojść do przejęcia przedmiotu zabezpieczenia na własność (por. np. art. 984 k.p.c.). Jest to możliwe również w postępowaniu upadłościowym (art. 330a p.u.). Trudność polega także na tym, że w obu przypadkach stopień zaspokojenia wierzyciela zależy od wysokości kosztów postępowania, których estymacja – szczególnie w postępowaniu upadłościowym – wymaga wykonania prognoz opartych na pewnych, czasem chwiejnych, założeniach.

W moim przekonaniu – *de lege lata* – wierzyciel jest zaspokajany w ramach postępowania egzekucyjnego syngularnego prowadzonego na jego wniosek[15]. Takie rozwiązanie znajduje większe poparcie w wykładni językowej przepisu, który stanowi o „dochodzeniu wierzytelności wraz z należnościami ubocznymi". Co prawda dochodzenie wierzytelności może mieć miejsce również w ramach postępowania upadłościowego, a środkiem procesowym temu służącym jest wniosek o ogłoszenie upadłości i zgłoszenie wierzytelności. Tym niemniej w art. 180 ust. 1 p.r. mowa jest o dochodzeniu wierzytelności „z przedmiotu zabezpieczenia" i trzeba przyjąć, że takie brzmienie przepisu dotyczy postępowania egzekucyjnego prowadzonego z wniosku i na rzecz indywidualnego wierzyciela.

Zatem wartość przedmiotu majątkowego na potrzeby art. 17 jest wartością likwidacyjną, uzyskaną w warunkach sprzedaży przymuszonej. Wartość likwidacyjna zostanie następnie pomniejszona o koszty egzekucji i o wartość zaspokojenia wierzycieli, którzy mają pierwszeństwo egzekucyjne przed wierzycielem rzeczowym, w tym inni wierzyciele rzeczowi z wyższym pierwszeństwem[16].

OCHRONA WIERZYCIELI W UPROSZCZONYM POSTĘPOWANIU RESTRUKTURYZACYJNYM

Uchylenie skutków obwieszczenia

Celem art. 18 specustawy jest zapewnienie ochrony wierzycielom poprzez możliwość uchylenia skutków obwieszczenia w MSiG, jeśli prowadzą one do pokrzywdzenia wierzycieli. Regulacja ta jest spójna z systemem oceny przesłanki pokrzywdzenia wierzycieli na etapie rozpoznania wniosku o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego (art. 8 ust. 1 p.r.). Różnica polega na tym, że na gruncie Prawa restrukturyzacyjnego sąd ocenia przesłankę pokrzywdzenia wierzycieli przed zaistnieniem skutku w postaci ochrony przedsiębiorstwa, zaś w postępowaniu uproszczonym ochrona udzielana jest z mocy prawa z dniem obwieszczenia, przy czym pokrzywdzenie wierzycieli jest przesłanką uchylenia ochrony *ex post*.

[14] Tak samo Zimmerman P., *Prawo upadłościowe*..., komentarz do art. 181 p.r., pkt 3.

[15] Podobnie Zimmerman P., *Prawo upadłościowe*..., kom. do art. 181 p.r., pkt 4.

[16] Por. art. 1025 § 1 pkt 1-5 k.p.c.; podobnie Zimmerman P., *Prawo upadłościowe*..., kom. do art. 181 p.r., pkt 4.

Legitymacja

Uprawnienie do złożenia wniosku o uchylenie skutków dokonania obwieszczenia, o których mowa w art. 16 ust. 3, przysługuje:

a) każdemu z wierzycieli dłużnika.

Chodzi przy tym zarówno o wierzyciela objętego układem z mocy prawa, jak i wierzyciela zabezpieczonego rzeczowo, o którym mowa w art. 17. Wniosek złożony przez wierzyciela spornego podlega oddaleniu. Taki podmiot nie posiada bowiem legitymacji do złożenia wniosku, ponieważ w rozumieniu specustawy i ustawy – Prawo restrukturyzacyjne nie posiada statusu wierzyciela oraz z racji tego, że nie dotyczą go konsekwencje ochronne z art. 16 ust. 3. Przed oddaleniem wniosku sąd powinien wysłuchać wierzyciela dłużnika oraz nadzorcy układu i stwierdzić, czy sporność wierzytelności nie jest pozorowana przez dłużnika.

b) dłużnikowi.

Na złożenie wniosku przez dłużnika nie jest wymagana zgoda nadzorcy układu, gdyż nie jest to czynność z zakresu zarządu majątkiem. Uzasadnieniem dla przyznania dłużnikowi prawa do złożenia wniosku jest umożliwienie mu przywrócenia zarządu majątkiem w pełnym zakresie przy jednoczesnym uchyleniu ochrony.

c) nadzorcy układu.

Nadzorca układu może stwierdzić, że uchylenie skutków obwieszczenia jest pożądane ze względu na potencjalne pokrzywdzenie interesu wierzycieli. Przyznanie nadzorcy legitymacji potwierdza pełnioną przez niego funkcję jako podmiotu, którego zadaniem jest dbałość o realizację celu postępowania. Cel ten w postaci uniknięcia ogłoszenia upadłości musi być realizowany przy uwzględnieniu słusznych interesów wierzycieli (art. 3 ust. 1 p.r.).

Przesłanki uchylenia skutków obwieszczenia

Zgodnie z art. 18 ust. 1 zd. 1 specustawy sąd uchyla skutki dokonania obwieszczenia, o których mowa w art. 16 ust. 3, jeżeli prowadzą one do pokrzywdzenia wierzycieli. Pojęcie pokrzywdzenia wierzycieli nie jest w pełni tożsame z pojęciem użytym w art. 8 ust. 1 p.r., zgodnie z którym sąd odmawia otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego, jeżeli skutkiem tego postępowania byłoby pokrzywdzenie wierzycieli. W art. 8 ust. 1 p.r. mowa jest o pokrzywdzeniu wierzycieli będącym skutkiem otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego. W specustawie natomiast chodzi o skutki obwieszczenia, o których mowa w art. 16 ust. 3, a zatem wyłącznie o skutki moratorium, czyli skutki ochrony majątku dłużnika. Nie można jednak pomijać faktu, że postępowanie uproszczone jest postępowaniem restrukturyzacyjnym, którego cel to uniknięcie ogłoszenia upadłości dłużnika przy zabezpieczeniu słusznych interesów wierzycieli (art. 3 ust. 1)[17].

Sąd weźmie pod uwagę aktualną sytuację wierzycieli i oceni ewentualne pogorszenie tej sytuacji. Nie będzie oceniał pozycji prawnej wierzyciela, w tym wysokości jego roszczenia i terminu zapłaty, przy założeniu, że dłużnik jest wypłacalny, a treść zobowiązania kształtuje jedynie treść stosunku prawnego łączącego strony. Sąd będzie rozpatrywał potencjalne pokrzywdzenie w odniesieniu do niewypłacalnego lub zagrożonego niewypłacalnością dłużnika. Weźmie więc pod uwagę sytuację prawną takiego dłużnika i aktualne możliwości dochodzenia roszczeń.

Innymi słowy, sąd nie może uznać, że dojdzie do pokrzywdzenia wierzycieli z tego powodu, że w postępowaniu restrukturyzacyjnym ich prawa zostaną ograniczone (np. poprzez zakaz egzekucji), a na skutek układu ich roszczenia zostaną zredukowane.

Pokrzywdzenie wierzycieli może być skutkiem kolejno otwieranych postępowań restrukturyzacyjnych. Można sobie wyobrazić, że dłużnik – przy braku perspektyw na przywrócenie konkurencyjności na rynku – dla uniknięcia prowadzonych egzekucji będzie wnioskował najpierw o otwarcie przyspieszonego postępowania upadłościowego, a w razie jego niepowodzenia i niezawarcia układu będzie próbował przeprowadzić uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne. Dłużnik może też próbować manipulować poziomem zobowiązań spornych, tak aby umożliwić przeprowadzenie postępowania uproszczonego (por. art. 3 ust. 2 pkt 2 p.r.). Będzie to szczególnie jaskrawe, gdy wśród wierzycieli znajdą się wierzyciele pozorni, których zadaniem będzie głosowanie nad układem i wpłynięcie na przebieg postępowania w sposób korzystny wyłącznie dla dłużnika.

Pokrzywdzenie wierzycieli polegałoby w takiej sytuacji na uniemożliwieniu im prowadzenia windykacji w ramach cywilnego postępowania egzekucyjnego oraz doprowadzeniu do wszczęcia postępowania upadłościowego. Wskazywać na to mogą działania dłużnika: sposób zarządzania przez niego przedsiębiorstwem i prowadze-

[17] Por. zasada równowagi i poszanowania słusznych praw dłużnika i wierzycieli: Hrycaj A., [w:] *System...*, s. 25 i n.

nia negocjacji z wierzycielami[18]. Oczywiście można się zgodzić z tym twierdzeniem w części dotyczącej wykorzystania przez dłużnika wpływu na postępowanie przez pozornych, zapewne powiązanych z nim wierzycieli. Jeśli natomiast dłużnik chce zapobiec egzekucji w celu naprawy przedsiębiorstwa i zaspokojenia wierzycieli w ramach układu, to taki cel z pewnością nie stanowi o pokrzywdzeniu wierzycieli.

Do pokrzywdzenia wierzycieli dojść może również na skutek otwarcia postępowania przez dłużnika, który nie jest ani niewypłacalny, ani zagrożony niewypłacalnością[19]. Można w praktyce wyobrazić sobie sytuację, w której dłużnik pozoruje kryzys finansowy przedsiębiorstwa wyłącznie w celu częściowej redukcji zadłużenia. Trzeba jednak przyznać, że wobec bardzo szerokiego zakresu zastosowania normy prawnej, określającej stan zagrożenia niewypłacalnością i niewypłacalności, weryfikacja przez sąd restrukturyzacyjny takiej pozorności będzie bardzo utrudniona.

Do pokrzywdzenia wierzycieli może dojść w sytuacji otwarcia postępowania wobec dłużnika niewypłacalnego w tak dużym stopniu, że brak jest szans na udaną restrukturyzację. Oczywiście sądowi trudno będzie w pełni ocenić, jaka jest perspektywa przetrwania dłużnika na rynku. Postulować więc trzeba *de lege ferenda*, aby nadzorca układu przygotował test, w którym taka ocena będzie dokonana.

Przy ocenie istnienia przesłanki pokrzywdzenia wierzycieli nie chodzi wcale o porównanie efektywności postępowania restrukturyzacyjnego i potencjalnej upadłości. Sąd nie powinien porównywać zakładanego stopnia zaspokojenia wierzycieli na skutek wykonania układu z zakładanym stopniem zaspokojenia na skutek wykonania planu podziału funduszów masy upadłości oraz sum uzyskanych ze zbycia przedmiotów obciążonych. Pokrzywdzenie wierzycieli w rozumieniu art. 18 ust. 1 specustawy oraz art. 8 ust. 1 p.r. i art. 325 ust. 1 pkt 1 p.r. to nie jest stan niższego zaspokojenia w porównaniu do zaspokojenia uzyskanego w upadłości[20].

Sąd winien wziąć pod uwagę wolę wierzycieli dotyczącą zasadności prowadzenia postępowania restrukturyzacyjnego[21]. Jeśli zdecydowana większość z nich poprze zamierzenie restrukturyzacji dłużnika, a otwarciu nie sprzeciwiają się interesy innych interesariuszy postępowania (np. wspólników), to nawet przy ustaleniu, że do pokrzywdzenia mogłoby dojść (np. przy próbie wszczęcia kolejnego postępowania restrukturyzacyjnego), sąd winien postępowanie otworzyć.

Skutki postanowienia sądu

Skutkiem wydania przez sąd postanowienia jest uchylenie skutków moratorium przewidzianych w art. 16 ust. 3 i przywrócenie pełnego zarządu własnego dłużnika. Po uchyleniu skutków obwieszczenia uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne, co do istotnych cech, przestaje się różnić od zwyczajnego postępowania o zatwierdzenie układu. Nadal jednak będą obowiązywały pozostałe przepisy wyróżniające postępowanie uproszczone, w szczególności możliwość objęcia układem wierzycieli zabezpieczonych rzeczowo nawet w braku ich zgody, możliwość przeprowadzenia zgromadzenia wierzycieli oraz konieczność złożenia wniosku o zatwierdzenie układu w terminie 4 miesięcy od dnia obwieszczenia pod rygorem umorzenia postępowania z mocy prawa.

Ograniczenia w dokonywaniu czynności przekraczających zwykły zarząd

Istotą art. 22 ust. 1 specustawy jest ograniczenie prawa zarządu dłużnika nad przedsiębiorstwem. Do uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego przejęto model obowiązujący w przyspieszonym postępowaniu układowym i postępowaniu układowym, który jest uregulowany w art. 39 ust. 1 p.r. Wyraźnie wyłączono stosowanie art. 36 ust. 1 p.r., zgodnie z którym zawarcie umowy z nadzorcą układu nie ogranicza dłużnika w zarządzie jego majątkiem. Tym samym realizowany jest model zakładający, że udzielenie przez przepisy prawa ochrony przedsiębiorstwa dłużnika, a co za tym idzie – częściowe i czasowe pozbawienie pewnych praw wierzycieli, musi wiązać się z ograniczeniem prawa zarządu dłużnika. Taki model równoważy pozycję prawną dłużnika i wierzycieli oraz wprowadza niezbędną symetrię.

Okres i zakres ograniczenia zarządu

Ograniczenie dłużnika w zarządzie własnym trwa od dnia dokonania obwieszczenia o otwarciu uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego, o którym mowa w art. 15 ust. 1, do dnia umorzenia lub zakończenia tego

[18] Por. Hryca j A., *Pokrzywdzenie wierzycieli jako przesłanka odmowy otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego*, „Doradca Restrukturyzacyjny" 2016, nr 1, s. 86; Gurgul S., *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Warszawa 2020, kom. do art. 8 p.r., pkt 1.

[19] Podobnie: Adamus R., *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Warszawa 2019, kom. do art. 8 p.r., pkt I.2.

[20] Podobnie Hryca j A., *Pokrzywdzenie wierzycieli...*, s. 84-86, 93; nieco inaczej w tym względzie Zimmerman P., *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Warszawa 2020, kom. do art. 8 p.r., pkt 1.

[21] Por. Zimmerman P., *Prawo upadłościowe...*, kom. do art. 8 p.r., pkt 2.

postępowania. O przypadkach umorzenia postępowania było już mowa, natomiast zakończenie postępowania na podstawie specustawy zachodzi z dniem uprawomocnienia się postanowienia o zatwierdzeniu układu albo o odmowie zatwierdzenia układu (art. 324 ust. 1 p.r. w zw. z art. 15 ust. 1 specustawy).

W czasie postępowania dłużnik może dokonywać czynności zwykłego zarządu. Na dokonanie czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu wymagana jest zgoda nadzorcy układu. Zgoda może zostać udzielona również po dokonaniu czynności, w terminie 30 dni od dnia jej dokonania. Czynność przekraczająca zakres zwykłego zarządu dokonana bez wymaganej zgody jest nieważna, a do czasu uzyskania potwierdzenia – bezskuteczna.

Błędem byłoby tworzenie przez ustawodawcę abstrakcyjnej, a więc niezależnej od danego zestawu okoliczności, listy czynności zwykłego zarządu. Nadzorca układu może jednak dla przejrzystości wskazać katalog czynności, które w jego mniemaniu przekraczają zwykły zarząd. Takie działanie jest pożyteczne i powinno wchodzić w zakres dobrych praktyk w postępowaniu. Może się przy tym kierować praktyką ustalania zasad ładu korporacyjnego w spółkach prawa handlowego. W dokumentach wewnętrznych (umowa spółki, statut, regulaminy organów) często ustala się – również kwotowo – jakie czynności zarządu wymagają zgody organu nadzorczego, np. rady nadzorczej.

Wyłączenie prawa zaskarżania czynności, na które wyraził zgodę nadzorca układu

Przepisy art. 22 ust. 2 i 3 p.r. transponują do postępowania uproszczonego regulację art. 129 p.r. w zakresie zgody rady wierzycieli na dokonanie czynności prawnych o kaucie w postaci zabezpieczenia cudzego roszczenia (*causa cavendi*). Sens regulacji polega na tym, że dana czynność określona w art. 22 ust. 2 specustawy dokonana za zgodą nadzorcy układu, który kieruje się szczególnym interesem przedsiębiorcy w postępowaniu restrukturyzacyjnym (ust. 3), nie będzie mogła następnie być uznana za bezskuteczną w stosunku do masy upadłości lub względem masy sanacyjnej, jeżeli informacja o tej czynności została zawarta we wniosku o zatwierdzenie układu, a wniosek ten został prawomocnie zatwierdzony przez sąd. Celem tej regulacji jest umożliwienie dłużnikowi uzyskania zewnętrznego finansowania w postaci kredytu lub pożyczki czy innej czynności prawnej o podobnych skutkach[22].

[22] Wymóg ochrony zabezpieczenia nowego finansowania może być odczytany z przepisów dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1023 z 20 czerwca 2019 r. w sprawie ram restrukturyzacji zapobiegawczej. (...). Zgodnie z art. 17 państwa członkowskie zapewniają należytą ochronę nowego finansowania i finansowania przejściowego.

Przedmiot ochrony

Przedmiotem zaskarżenia nie będą mogły być objęte następujące czynności:

a) zawarcie umowy kredytu lub pożyczki, przy czym chodzi o zaciągnięcie kredytu lub pożyczki, mocą których dłużnik otrzyma środki pieniężne, czyli o wszelką podstawę prawną pozyskania przez dłużnika finansowania dłużnego, a nie tylko o umowę kredytu lub pożyczki. Mogą to być więc także np. weksel, obligacja czy inne nazwane lub nienazwane instrumenty finansowe[23],

b) obciążenie składników majątkowych dłużnika hipoteką, zastawem, zastawem rejestrowym lub hipoteką morską w celu zabezpieczenia wierzytelności nieobjętej układem,

c) przeniesienie własności rzeczy lub prawa na zabezpieczenie wierzytelności nieobjętej układem,

d) obciążenie składników majątkowych dłużnika innymi prawami.

Warunki ochrony

a) zgoda nadzorcy układu

Stosować trzeba w tym zakresie art. 22 ust. 1, a zatem zgoda może zostać udzielona również po dokonaniu czynności, w terminie 30 dni od dnia jej dokonania. Miarodajne są też wszelkie uwagi merytoryczne dotyczące zgody nadzorcy układu na czynności przekraczające zwykły zarząd. Dodatkowo zgoda nadzorcy układu domaga się spełnienia warunków określonych w art. 22 ust. 3. Choć nie wynika to wprost z przepisu, to dobrą praktyką będzie uzasadnianie na piśmie decyzji nadzorcy układu. Szczególnie w razie wydania zgody zasadne jest precyzyjne, szczegółowe i wyczerpujące opisanie, dlaczego zdaniem nadzorcy układu spełnione są ustawowe warunki. Dopuszczalne jest także dokonanie czynności pod warunkiem zawieszającym uzyskania zgody nadzorcy układu[24].

b) prawomocne zatwierdzenie układu

Co prawda ustawa *verba legis* odnosi się do prawomocnego zatwierdzenia wniosku o zatwierdzenie układu, lecz

[23] Tak również: Groele B., Hrycaj A., [w:] *Prawo restrukturyzacyjne...*, kom. do art. 129, pkt 13; Zimmerman P., *Prawo restrukturyzacyjne...*, kom. do art. 129, pkt 5.

[24] Tak również: Witosz A.J. (red.), Witosz A. (red.), Buk H., Chrapoński D., Gewald W., Karpiński M., Klyta W., Malmuk-Cieplak A., Mozdżeń M., Pawełczyk M., *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Warszawa 2016; Groele B., Hrycaj A., [w:] *Prawo restrukturyzacyjne...*, kom. do art. 129, pkt 20.

w istocie chodzić musi o zatwierdzenie układu. Przedmiotem wniosku o zatwierdzenie układu jest żądanie procesowe o zatwierdzenie układu, a nie zatwierdzenie samego wniosku. Chodzi oczywiście o zatwierdzenie układu w ramach uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego, a nie jakiegokolwiek następczo wszczętego postępowania restrukturyzacyjnego, w tym na skutek rozpoznania uproszczonego wniosku o otwarcie postępowania sanacyjnego.

c) zawarcie informacji o czynnościach we wniosku o zatwierdzenie układu

Uprawnienie do złożenia wniosku o zatwierdzenie układu posiada dłużnik, a zatem to on powinien umieścić informacje w jego osnowie. Ponieważ jednak elementem wniosku jest sprawozdanie nadzorcy układu (zob. art. 219 ust. 2 pkt 3 oraz art. 220 p.r.), to nie ma żadnych przeciwwskazań, aby informacja taka autorstwa nadzorcy znalazła się w sprawozdaniu.

Zawarcie we wniosku lub w sprawozdaniu informacji o czynnościach, o których mowa w art. 22 ust. 2 specustawy, nie jest jednak obligatoryjne w rozumieniu art. 219 i 220 p.r., zatem art. 221 p.r. nie znajdzie zastosowania. Zgodnie z tym przepisem do wniosku dłużnika o zatwierdzenie układu niespełniającego wymogów określonych w art. 219 lub 220 przepis art. 130 k.p.c. stosuje się odpowiednio. Natomiast jeżeli sprawozdanie nadzorcy układu nie spełnia wymogów określonych w art. 220, przewodniczący wzywa nadzorcę do uzupełnienia braków formalnych sprawozdania i do poprawienia lub uzupełnienia sprawozdania w terminie tygodnia pod rygorem zawiadomienia dłużnika.

Warunki udzielenia zgody przez nadzorcę układu

Zgodnie z art. 22 ust. 3 nadzorca układu udzieli zgody tylko po łącznym spełnieniu następujących warunków:

a) jeżeli jest to niezbędne do zachowania zdolności do bieżącego zaspokajania kosztów postępowania restrukturyzacyjnego oraz zobowiązań powstałych po jego otwarciu lub zawarcia i wykonania układu;

Nadzorca powinien wskazać w uzasadnieniu swojej decyzji, o jakie konkretne koszty i zobowiązania chodzi, oraz że ich zaspokojenie nie jest możliwe ze środków w dyspozycji dłużnika. Jeżeli środki mają być przeznaczone na wykonanie układu, to również nadzorca winien przedstawić dokładną i wyczerpującą kalkulację.

b) zostało zagwarantowane, że środki zostaną przekazane dłużnikowi i wykorzystane dla umożliwienia realizacji planu restrukturyzacji;

Optymalna z punktu widzenia realizacji tego przepisu byłaby sytuacja wpłaty przez finansującego środków na depozyt notarialny lub skorzystanie przez niego z konstrukcji umowy *escrow*. Dopuszczalne jest jednak określenie, że środki zostaną przekazane jako warunek ustanowienia zabezpieczenia lub też po złożeniu wniosku o wpis zabezpieczenia z prawem odstąpienia od ustanowienia zabezpieczenia w razie braku przekazania środków.

c) ustanowione zabezpieczenie jest adekwatne do udzielonego kredytu lub pożyczki;

W celu ustalenia adekwatności zabezpieczenia można kierować się standardem wyznaczonym w art. 304 ust. 4 p.r. Jeżeli wartość zabezpieczenia, przez co rozumie się wartość obciążonego przedmiotu majątkowego, nie będzie przewyższała 150% kwoty uzyskanego finansowania, to zabezpieczenie można uznać za adekwatne.

Jeżeli nadzorca udzielił zgody mimo braku spełnienia tych warunków, to z pewnością będzie ponosił odpowiedzialność odszkodowawczą. Trudno jednak przyjąć, aby w takiej sytuacji bezwzględnie zachodziły skutki określone w art. 22 ust. 2 specustawy i czynność była wyłączona spod zaskarżenia. W moim przekonaniu syndyk masy upadłości lub zarządca masy sanacyjnej będą mogli żądać ustalenia w odrębnym postępowaniu, że czynność podlega zaskarżeniu jako czynność prawna bezskuteczna z mocy prawa na podstawie art. 127 i n. p.u. lub art. 304 i n. p.r. czy z mocy konstytutywnego orzeczenia sądu (art. 527 i n. k.c.).

Nadzorca układu jest co prawda podmiotem niezależnym i kontrolowanym (stąd przyznano mu taką kompetencję), ale jego czynności nie mogą korzystać z takiego poziomu ochrony jak orzeczenia sądu. Wobec braku bezpośredniego nadzoru sędziego-komisarza – jak to ma się w przypadku uchwał rady wierzycieli dotyczących czynności z art. 129 ust. 1 p.r., które mogą być poddane weryfikacji mocą zarzutów, o których mowa w art. 136 ust. 2 p.r. – konieczne jest zapewnienie ochrony prawnej pokrzywdzonym taką czynnością.

Skutki ochrony

Skutku ochronnego nie będzie, jeżeli sąd nie zatwierdzi prawomocnie układu lub też układ nie zostanie zawarty. Oczywiście sama czynność będzie ważna i skuteczna

erga omnes (pod warunkiem, że czynność będzie zawarta za zgodą nadzorcy układu jako przekraczająca zwykły zarząd). Będzie ona jednak podlegała potencjalnemu zaskarżeniu, jeżeli syndyk masy upadłości lub zarządca masy sanacyjnej uzna, że została ona dokonana z pokrzywdzeniem wierzycieli zarówno na podstawie szczególnych przepisów po zaskarżeniu czynności dłużnika (art. 127 i n. p.u. oraz art. 304 i n. p.r.), jak i na podstawie przepisów kodeksu cywilnego o skardze pauliańskiej (art. 527 i n. k.c.).

Zgodnie z art. 342 ust. 1 pkt 1 p.u. należności powstałe w postępowaniu restrukturyzacyjnym z czynności dłużnika dokonanych po otwarciu postępowania niewymagających zgody nadzorcy sądowego lub dokonanych za zgodą nadzorcy sądowego, jeżeli upadłość ogłoszono w wyniku rozpoznania uproszczonego wniosku o ogłoszenie upadłości, podlegają zaspokojeniu w kategorii I.

Co prawda zgody na czynności określone w art. 22 ust. 2 specustawy dokonuje nadzorca układu, a nie nadzorca sądowy, zaś w uproszczonym postępowaniu restrukturyzacyjnym nie wyznacza się rady wierzycieli, to z całą mocą trzeba się opowiedzieć za uprzywilejowaniem należności z tytułu czynności dokonanych w trybie art. 22 ust. 2 za zgodą nadzorcy układu. Celem ustawodawcy było zrównanie poziomu ochrony w postępowaniu uproszczonym z ochroną przewidzianą w innych postępowaniach restrukturyzacyjnych. Nadzorca układu musi spełnić ten sam standard, który wyznaczony jest w uchwale rady wierzycieli w art. 129 ust. 3 p.r. Nie ma zatem uzasadnienia dla różnicowania skutków prawnych tych zdarzeń. Ustawodawca musi likwidować bariery pozyskania nowego finansowania w restrukturyzacji, do czego zobowiązują przepisy art. 17 i 18 dyrektywy.

De lege ferenda postuluję, aby wyraźnie wskazać, że do tych należności stosuje się odpowiednio art. 342 ust. 1 pkt 1 p.u.

Doprowadzenie do otwarcia postępowania przez dłużnika w złej wierze

Przepis art. 24 wprowadza do systemu samoistną podstawę prawną roszczenia odszkodowawczego, które powstaje na skutek zajścia deliktu w postaci dokonania przez dłużnika w złej wierze obwieszczenia o otwarciu uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego. Samo doprowadzenie do otwarcia postępowania nie może być uznane za działanie bezprawne, skoro prawo to wynika wprost z ustawy.

Poszkodowany

Roszczenie o naprawienie szkody wedle ustawy przysługuje wierzycielowi, a także osobie trzeciej. Chodzi nie tylko o podmiot ujęty przez dłużnika na spisie wierzytelności, o którym mowa w art. 15 ust. 5, lecz o każdego, kto posiada wierzytelność wobec dłużnika. Wierzytelność musi jednak istnieć w czasie uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego. Może być to wierzytelność sporna w czasie postępowania, pod warunkiem jej późniejszego uznania lub zasądzenia prawomocnym orzeczeniem sądu. Chodzi zarówno o wierzyciela prywatnoprawnego, jak i publicznoprawnego bez znaczenia, jaka jest podstawa prawna wierzytelności.

Osobą trzecią może być na przykład wspólnik spółki, której zarząd doprowadził do otwarcia postępowania. Poszkodowanym może być pracownik, który stracił pracę w wyniku nierzetelnej restrukturyzacji. Może nim być też kontrahent (niebędący wierzycielem posiadającym niezaspokojone roszczenie pieniężne), którego umowa nie była z tego powodu kontynuowana.

Szkoda i związek przyczynowy

Upubliczniona informacja o otwarciu postępowania uproszczonego z reguły odbije się niekorzystnie na postrzeganiu dłużnika w obrocie gospodarczym. Pogorszenie jego reputacji, utrata zaufania przez dostawców i klientów, niezależnie od rzeczywistej skali kryzysu w przedsiębiorstwie, może prowadzić do decyzji o zaprzestaniu lub o braku podjęcia współpracy. Spadnie zatem wartość przedsiębiorstwa dłużnika. Dodatkowo uszczerbkiem dotknięci będą kontrahenci dłużnika posiadający niespłacone wierzytelności, objęte zakazem spłaty i zakazem egzekucji, lub umowy w toku, objęte zakazem wypowiadania.

A zatem szkodą, o której mowa w art. 24 specustawy, może być zarówno:

a) strata rzeczywista w postaci wydatków pieniężnych związanych z koniecznością pozyskania środków finansowych z alternatywnych źródeł w związku z zawieszeniem płatności przez dłużnika (np. koszty odsetkowe i prowizyjne uzyskania dodatkowego finansowania bankowego); strata wynikająca z wycofania się kontrahentów ze współpracy ze spółką, co spowodowało obniżenie poziomu przychodów, co wpływając na wynik finansowy (poziom zysku), obniżyło wartość spółki, a tym samym wartość praw udziałowych; jak i,

b) utracone korzyści wynikające z niemożności posłużenia się czasowo „zamrożonymi" środkami pieniężnymi dla realizacji zamierzenia gospodarczego (np. wykonania kontraktu); utracone korzyści wynikające z braku możliwości wypowiedzenia umowy i zawarcia umowy z innym podmiotem, przy jednoczesnym zawieszeniu płatności przez dłużnika.

Szkoda może polegać na zmniejszeniu wartości praw udziałowych (udziałów, akcji lub ogółu praw i obowiązków w spółce osobowej) na skutek pogorszenia sytuacji finansowej spółki spowodowanego upublicznieniem informacji o kryzysie, którego w istocie nie było[25]. Utrata wartości będzie szczególnie widoczna w przypadku spółek publicznych.

Pomiędzy doprowadzeniem do obwieszczenia o otwarciu postępowania a szkodą musi zaistnieć związek przyczynowy. Poszkodowany musi wykazać, że w wyniku otwarcia postępowania, a właściwie zajścia skutków otwarcia, takich jak: niedopuszczalność spłaty zobowiązań objętych układem połączona z zakazem egzekucji, zakaz wypowiedzenia umów, o których mowa w art. 256 p.r., doszło do konkretnych zdarzeń lub do sytuacji, gdy dane zdarzenia gospodarcze nie mogły zaistnieć, co z kolei spowodowało powstanie szkody.

Zła wiara

Stan złej wiary można przypisać dłużnikowi wtedy, gdy wiedząc o braku podstaw do prowadzenia postępowania uproszczonego, doprowadza do obwieszczenia. Jest to więc rzeczywiście istniejący jako okoliczność faktyczna stan świadomości dłużnika[26], przekonanie o tym, że jego sprawa nie kwalifikuje się do postępowania restrukturyzacyjnego[27]. Mimo tej świadomości lub nieusprawiedliwionej nieświadomości dłużnik dokonuje obwieszczenia w MSiG. Ten stan postrzegać trzeba subiektywnie, badając w procesie dowodzenia (art. 227 k.p.c.), co rzeczywiście dłużnik wiedział lub powinien był wiedzieć w konkretnej sytuacji.

Może to być sytuacja, gdy dłużnik chce zrealizować inny cel aniżeli restrukturyzacja przedsiębiorstwa jako zespołu aktywów lub jego zobowiązań. Celem takim może być w szczególności rozwiązanie konfliktu wspólników w sytuacji braku niewypłacalności spółki. Celem może być uzyskanie przewagi w danym stosunku kontraktowym w związku z brakiem możliwości jego rozwiązania przez drugą stronę. Celem może być rozporządzenie majątkiem w sytuacji zakazu egzekucji dokonane z pokrzywdzeniem wierzycieli.

Świadomość dłużnika dotyczyć musi następujących podstaw prowadzenia uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego:

a) niewypłacalność oraz zagrożenie niewypłacalnością, przy czym zła wiara może mieć miejsce, gdy dłużnik dokona celowych zabiegów właśnie po to, aby stan niewypłacalności lub zagrożenia niewypłacalnością sztucznie zaistniał. Oczywiście każda decyzja gospodarcza obarczona jest ryzykiem gospodarczym (prawdopodobieństwem wystąpienia niekorzystnych skutków), lecz samo ryzyko nie powinno być zbyt duże, a jego podjęcie powinno być dostatecznie uzasadnione,

b) suma wierzytelności spornych mniejsza niż 15% ogólnej wartości wierzytelności,

c) wielość wierzycieli.

Pozostałe zagadnienia

Ustawodawca nie wskazał, że warunkiem powstania roszczenia odszkodowawczego jest określony wynik uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego, w szczególności umorzenie postępowania lub oddalenie wniosku o zatwierdzenie układu. Jest tak dlatego, że pomimo braku istnienia podstaw restrukturyzacyjnych może dojść do zawarcia i prawomocnego zatwierdzenia układu. Przepis art. 24 stanowi, że deliktem dłużnika jest doprowadzenie do obwieszczenia, o którym mowa w art. 15 specustawy. Szkoda wierzyciela lub osoby trzeciej związana jest ze skutkami obwieszczenia, a nie ze skutkami zawartego układu. A zatem roszczenie odszkodowawcze powstanie nawet wtedy, gdy dojdzie do prawomocnego zatwierdzenia układu.

Przyjmuję przy tym, że wierzytelność odszkodowawcza nie może być objęta układem. Po pierwsze, jest tak dlatego, że skutki obwieszczenia mają miejsce po dniu układowym, który wyznacza czasowy zakres objęcia wierzytel-

[25] Por. na kanwie art. 34 p.u.n.: Jakubecki A., [w:] *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, red. A. Jakubecki, F. Zedler, Warszawa 2011, LEX, kom. do art. 24, pkt 5.

[26] Por. Pyziak-Szafnicka M., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, wyd. II, red. P. Księżak, M. Pyziak-Szafnicka, Warszawa 2014, kom do art. 7, pkt 1, LEX.

[27] Por. Machnikowski P., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2019, t. 1, kom. do art. 7, pkt I.1. Zob. też: postanowienie SN z 7 października 2010 r., IV CSK 152/10, LEX nr 707912, w zakresie złej wiary posiadacza przy zasiedzeniu „W złej wierze jest ten, kto wie lub wiedzieć powinien, że prawo własności przysługuje nie jemu, lecz innej osobie".

ności układem[28]. Po drugie, przyjęcie, że jest ona z mocy prawa lub z mocy zgody wierzyciela objęta układem, czyniłoby ten przepis dysfunkcyjnym, bowiem możliwe byłoby zrestrukturyzowanie wierzytelności w postępowaniu, które niejako doprowadziło do powstania tej wierzytelności. Po trzecie, odmienna interpretacja prowadziłaby do wyposażenia wierzyciela lub osoby trzeciej w dodatkową siłę głosu o bardzo zresztą niepewnej, niedookreślonej na moment głosowania i zapewne spornej wysokości. Jako że sporna byłaby potencjalnie cała wierzytelność, to przy jej znacznej wartości mogłoby dojść do przekroczenia progu 15%, co prowadziłoby do fiaska procedury.

ZAWARCIE UKŁADU NA ZGROMADZENIU WIERZYCIELI

Przepis art. 19 specustawy pozwala na zawarcie układu na zgromadzeniu wierzycieli. Takiej możliwości nie ma w zwyczajnym postępowaniu o zatwierdzenie układu, w którym układ zawierany jest w pisemnym głosowaniu w trybie samodzielnego zbierania głosów (zob. art. 212 p.r.). Przy tym zwraca się uwagę, że głosowanie na zgromadzeniu wierzycieli może zostać przeprowadzone z wykorzystaniem elektronicznych środków komunikacji. Jest to szczególnie istotne ze względu na ograniczenia w przemieszczaniu się i gromadzeniu spowodowane stanem epidemii Covid-19.

Do zgromadzenia wierzycieli w uproszczonym postępowaniu restrukturyzacyjnym stosuje się odpowiednio przepisy ustawy – Prawo restrukturyzacyjne o zgromadzeniu wierzycieli, w tym o zgromadzeniu wierzycieli zwoływanym w celu zawarcia układu (art. 104-120 p.r.). Odpowiednio stosuje się także art. 264 p.r.

Użyta przez ustawodawcę w art. 19 ust. 1 formuła słowna „niezależnie od zbierania głosów" pozwala na zwołanie zgromadzenia wierzycieli mimo wcześniejszego rozpoczęcia samodzielnego zbierania głosów na piśmie. Jeśli jednak zgromadzenie zostanie zwołane, to głosowanie odbywa się w jego ramach, a zebrane wcześniej głosy na piśmie można zaliczyć jako głosy oddane i zebrane w trybie art. 110 p.r. w ramach zgromadzenia wierzycieli. Większość potrzebna do zawarcia układu obliczana jest wtedy na podstawie art. 119 p.r. (a więc liczona jest od wartości głosów oddanych, a nie od ogólnej wartości wierzytelności uprawnionych do głosowania, co nakazuje art. 217 ust.1 p.r.). Wynika to z następujących przyczyn:

a) wykładnia językowa art. 19 ust. 6, w tym kontekstowa, daje dość jednoznaczny rezultat. Stosowanie art. 119 p.r. dopuszczono wyłącznie w sytuacji przyjęcia układu „określonego niniejszymi przepisami". Zastosowanie przez ustawodawcę takiego kwantyfikatora ma sens tylko wtedy, jeśli celem jest zawężenie zakresu zastosowania normy prawnej odsyłającej do zbioru zdarzeń opisanych w przepisach (czyt. ustępach) art. 19, a nie wszystkich przepisach specustawy o postępowaniu uproszczonym. W tym drugim przypadku, gdyby miało chodzić o wszystkie przypadki zawarcia układu w postępowaniu uproszczonym, wystarczyłoby wskazanie generalne „przyjęcie układu ustala się". Nie byłoby konieczności zastosowanego dookreślenia.

   Dodatkowo w art. 19 ust. 6 zd. 2 specustawy wskazuje się, że przyjęcie układu stwierdza nadzorca układu. O ile przepis taki jest konieczny w sytuacji przyjęcia układu na zgromadzeniu wierzycieli, gdyż zgodnie z art. 120 ust. 1 p.r. to sędzia-komisarz wydaje na zgromadzeniu wierzycieli postanowienie w przedmiocie stwierdzenia przyjęcia układu, to przepis ten stanowiłby *superfluum* wobec art. 217 ust. 4 p.r., który jednoznacznie ustala, że w postępowaniu o zatwierdzenie układu to nadzorca układu stwierdza przyjęcie układu;

b) przepis art. 119 ust. 1 p.r. odnosi się do uchwały o przyjęciu układu, podczas gdy przyjęcie układu w trybie samodzielnego zbierania głosów nie następuje mocą uchwały, lecz w sposób obiegowy, w momencie oddania głosu przez wierzyciela, którego głos powoduje przekroczenie ustawowego progu 2/3 wartości wierzytelności uprawnionych do głosowania, na co wskazuje art. 217 ust. 1 p.r.;

c) nie ma żadnych argumentów systemowych ani funkcjonalnych, które przemawiałyby za zróżnicowaniem wymogów głosowania poza zgromadzeniem wierzycieli w ramach zwyczajnego postępowania o zatwierdzenie układu i uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego, które jest szczególną formą tego pozasądowego postępowania. Nie można racjonalnemu logicznie i aksjologicznie ustawodawcy przypisywać tak poważnej niekonsekwencji. *Ratio legis* stojące za art. 217 ust. 1 p.r. w postaci ochrony wierzycieli głosujących w ramach zmniejszonego poziomu ochrony niż w ramach sądowego postępowania restrukturyzacyjnego pozostaje aktualne w postępowaniu uproszczonym.

[28] Por. art. 211 ust. 4 p.r. i Filipiak P., [w:] *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, red. A. Hrycaj, P. Filipiak, Warszawa 2020, kom. do art. 211, pkt 4 i 5.

Termin zgromadzenia

Termin odbycia zgromadzenia wierzycieli powinien pozwolić na złożenie wniosku o zatwierdzenie układu w okresie 4 miesięcy od dnia obwieszczenia o otwarciu postępowania. Wyznaczenie terminu po upływie tego czasu jest niedopuszczalne, zaś podjęte na takim spotkaniu uchwały nie będą ważne jako podjęte przez nie-organ.

Natomiast jeżeli zgromadzenie odbędzie się w terminie 4 miesięcy, zaś wniosek o zatwierdzenie układu zostanie złożony po upływie 4 miesięcy, to sam układ będzie zawarty w sposób ważny, natomiast wniosek zostanie oddalony jako złożony poza postępowaniem, a zatem układ nie wywrze żadnych skutków prawnych (zob. art. 164 i n. p.r.). Takie rozwiązanie wynika z art. 20 specustawy, który stanowczo normuje, że postępowanie ulega umorzeniu z mocy prawa wraz z upływem 4 miesięcy od dnia obwieszczenia. Po umorzeniu można dokonywać wyłącznie czynności wyraźnie przewidzianych w ustawie (np. wniosek o stwierdzenie umorzenia postępowania oraz wydanie postanowienia w przedmiocie rozpoznania wniosku) i zmierzających do wygaśnięcia wszystkich skutków postępowania lub też będących konsekwencją wygaśnięcia tych skutków (np. rozliczenie wynagrodzenia nadzorcy układu).

Tym niemniej, *de lege ferenda* postuluję, aby upływ terminu 4 miesięcy skutkował jedynie wygaśnięciem ochrony, o której mowa w art. 16 ust. 3 specustawy, a nie umorzeniem postępowania. Dłużnik powinien móc złożyć wniosek o zatwierdzenie przyjętego wcześniej układu, a nawet dokończyć procedurę zbierania głosów, jeśli będzie to zgodne z przepisami o postępowaniu o zatwierdzenie układu (np. art. 215 o trzymiesięcznym terminie ważności głosu). Wyznaczenie terminu zgromadzenia następuje przez obwieszczenie, w którym określa się termin, miejsce, porządek obrad i sposób głosowania (art. 105 ust. 1 p.r.). Obwieszczenia dokonuje się na co najmniej 2 tygodnie przed terminem zgromadzenia wierzycieli (art. 105 ust. 2 p.r.).

Stosuje się również odpowiednio art. 264 p.r., zgodnie z którym o terminie zgromadzenia wierzycieli zwołanego w celu przyjęcia układu nadzorca zawiadamia wierzycieli umieszczonych w spisie wierzytelności, jednocześnie doręczając im propozycje układowe, informację o podziale wierzycieli umieszczonych w spisie wierzytelności ze względu na kategorie interesów, informację o sposobie głosowania na zgromadzeniu wierzycieli oraz pouczenie o treści przepisów art. 107-110, art. 113 i art. 115-119. Dotyczy to również zawiadomienia wierzycieli spornych, przy czym zawiadamiając wierzyciela umieszczonego w spisie wierzytelności spornych, nadzorca nie może wskazać, że sędzia-komisarz może dopuścić wierzyciela spornego do udziału w zgromadzeniu wierzycieli, jeżeli podmiot ten uprawdopodobni istnienie wierzytelności. Nie można przypisywać nadzorcy układu kompetencji sędziego-komisarza bez wyraźnej podstawy prawnej. Oznacza to, że wierzyciele sporni mogą brać udział w zgromadzeniu wierzycieli, ale nie mogą w jego trakcie głosować (podobnie jak nie głosują w trybie samodzielnego zbierania głosów).

Zawiadomienie wierzycieli

Zawiadomienie wierzycieli o terminie i miejscu zgromadzenia musi odbyć się za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu art. 3 pkt 12 ustawy z 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe[29]. Operatorem pocztowym jest przedsiębiorca uprawniony do wykonywania działalności pocztowej na podstawie wpisu do rejestru operatorów pocztowych. Pismo z zawiadomieniem wraz z propozycjami układowymi musi być dostarczone przesyłką poleconą za potwierdzeniem odbioru albo za zwrotnym pokwitowaniem odbioru. Nie można stosować art. 131 § 1 k.p.c., w tym zd. 2, zgodnie z którym sąd może również dokonywać doręczeń za pośrednictwem komornika w sposób określony w ustawie z 22 marca 2018 r. o komornikach sądowych[30].

Jest tak dlatego, że art. 131 § 1 zd. 2 k.p.c. dotyczy wyłącznie doręczeń sądowych, a nie wysyłki zawiadomień przez nadzorcę układu. Zawiadomienia nadzorcy nie mają statusu pism sądowych[31]. Istotne jest więc otrzymanie przez nadzorcę układu potwierdzenia odbioru lub zwrotnego pokwitowania odbioru w takim zakresie liczbowym, aby zrealizowany był wymóg z art. 113 ust. 3 p.r. Dodatkowo do uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego nie stosuje się art. 178 ust. 4 p.u., na podstawie którego do doręczeń dokonywanych przez syndyka stosuje się odpowiednio przepisy art. 131-142 k.p.c. Zarówno w specustawie, jak i przepisach ustawy – Prawo restrukturyzacyjne brak jest takiej podstawy prawnej. Nie ma też potrzeby stosowania tego przepisu w celu zapewnienia ochrony wierzycielom, dlatego że ochrona ta realizowana jest poprzez obligatoryjne obwieszczenia w MSiG.

W ramach dobrej praktyki nadzorca powinien wysłać zawiadomienie co najmniej 2 tygodnie przed terminem

[29] Dz. U. z 2018 r., poz. 2188.
[30] Dz. U. z 2018 r., poz. 771.
[31] Por. Rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z 29 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego, Dz. U. z 2013 r., poz. 545.

zgromadzenia wierzycieli, tak aby przesyłka dotarła na czas, a wierzyciele mogli przygotować się do zgromadzenia. Konieczne jest wykazanie, że doręczenie zawiadomienia o zgromadzeniu wierzycieli (art. 113 ust. 2 p.r.) nastąpiło skutecznie na rzecz wierzycieli, których liczba jest większa niż połowa wierzycieli uprawnionych do głosowania, a kwota ich wierzytelności przekracza dwie trzecie sumy wierzytelności uprawniających do głosowania nad układem. Brak dowodu doręczenia zawiadomienia takiej grupie wierzycieli stoi na przeszkodzie odbyciu zgromadzenia wierzycieli i głosowaniu nad układem.

W praktyce nadzorca układu sprawdzi dowody doręczenia, przy czym oczekiwać na ich otrzymanie można najpóźniej do rozpoczęcia zgromadzenia. Nadzorca winien poinformować zgromadzonych o wyniku tego sprawdzenia. Jeżeli nadzorca nie będzie posiadał wymaganej liczby dowodów doręczenia, to może odroczyć zgromadzenie z podaniem nowego terminu i miejsca (art. 105 ust. 3 p.r.). W takim przypadku nie dokonuje się ponownego obwieszczenia. Oddany poprzednio głos wierzyciela, który nie stawił się na odroczonym zgromadzeniu wierzycieli, zachowuje moc i jest uwzględniany przy obliczaniu wyników głosowania, jeżeli na tym zgromadzeniu poddane pod głosowanie są te same uchwały lub uchwały korzystniejsze dla wierzycieli.

Charakter prawny i przebieg zgromadzenia wierzycieli

Zgromadzenie wierzycieli zwołuje i przewodniczy mu nadzorca układu. Nie bierze w nim udziału żaden organ sądowy. Zatem kwalifikowanie go jako posiedzenia sądowego – jak w przypadku zgromadzenia zwoływanego zgodnie z przepisami p.r. – jest niedopuszczalne. Jest ono niewątpliwie pozasądowym organem wierzycieli jako uczestników postępowania. Nadzorca utrzymuje porządek na zgromadzeniu, ale nie posiada uprawnień władczych, które przysługują sądowi i sędziemu-komisarzowi na podstawie przepisów ustawy o ustroju sądów powszechnych (por. art. 48 i n. ustawy z 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych[32]). Jeśli dany podmiot uniemożliwia prawidłowe przeprowadzenie zgromadzenia, nadzorca sądowy może skorzystać z pomocy policji na zasadach ogólnych. Na sali obrad zgromadzenia nie ma możliwości ani obowiązku zawieszania godła państwowego[33].

Nadzorca układu jest władny samodzielnie określić, że zgromadzenie odbędzie się w innym miejscu aniżeli budynek sądowy. Będzie to o tyle odpowiednie, że ustalenie terminu zgromadzenia wierzycieli, które miałoby odbyć się w budynku sądowym, musiałoby nastąpić w uzgodnieniu ze służbami organizacyjnymi wydziału restrukturyzacyjnego, co jest dodatkowym i zbędnym przedsięwzięciem. Jest również bardzo wątpliwe, aby dopuszczono do przeprowadzenia zgromadzenia w budynku sądowym. Miejsce zgromadzenia powinno być jednak odpowiednie. Nie może licować z godnością i powagą czynności, które będą wykonywane. Zgromadzenie może odbyć się np. w biurze nadzorcy układu, szczególnie jeśli liczba wierzycieli na to pozwala.

Nadzorca układu odpowiada za sporządzenie protokołu, w którym odnotowywane są wszelkie istotne zdarzenia ze zgromadzenia, w tym przebieg głosowania. Nadzorca sprawdza obecność, przedstawia propozycje układowe i składa opinię o możliwości wykonania układu (art. 115 p.r.). Nadzorca przedstawia na zgromadzeniu główne założenia planu restrukturyzacyjnego (art. 114 ust. 1 p.r.).

Na zgromadzeniu wierzycieli propozycje układowe mogą zgodnie z art. 155 ust. 2 p.r. składać także wierzyciel lub wierzyciele mający łącznie więcej niż 30% sumy wierzytelności, z wyłączeniem wierzycieli określonych w art. 80 ust. 3, art. 109 ust. 1 i art. 116. Propozycji nie może składać samodzielnie nadzorca układu, który nie jest wymieniony w art. 155 p.r. Takiej kompetencji nie przewidują też przepisy o postępowaniu o zatwierdzenie układu (art. 210 i n. p.r.). Natomiast zgodnie z art. 37 ust. 1 pkt 2 p.r. do zadań nadzorcy należy przygotowanie wspólnie z dłużnikiem propozycji układowych.

Przepis art. 155 p.r. stosuje się tylko do propozycji układowych składanych na zgromadzeniu wierzycieli. Przyjęcie układu w trybie samodzielnego zbierania głosów możliwe jest wyłącznie na podstawie propozycji dłużnika, co wynika wprost z art. 212 p.r. oraz art. 15 ust. 5 specustawy.

Po sporządzeniu listy obecności, przedstawieniu propozycji układowych i złożeniu opinii o możliwości wykonania układu nadzorca układu powinien udzielić głosu wierzycielom oraz dłużnikowi, a następnie przeprowadzić głosowanie. W głosowaniu należy uwzględnić głosy złożone na piśmie i złożone ustnie do protokołu. Jeżeli za układem wypowie się określona w art. 119 ust. 1 p.r. większość osobowa i kapitałowa wierzycieli, to nadzorca sądowy stwierdza do protokołu przyjęcie układu.

[32] Dz. U. z 2020 r., poz. 365.

[33] Por. uwagi o zgromadzeniu wierzycieli w postępowaniach restrukturyzacyjnych: Hrycaj A., [w:] *Prawo restrukturyzacyjne*..., red. A. Hrycaj, P. Filipiak, art. 194, nt 4. Zobacz też § 88 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 18 czerwca 2019 r. – Regulamin urzędowania sądów powszechnych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1141), zgodnie z którym w pomieszczeniu, gdzie ma się odbywać posiedzenie jawne lub rozprawa, przygotowuje się stół sędziowski i zawiesza godło państwowe.

W protokole uwzględnia się treść układu oraz wymienia z imienia, nazwiska lub nazwy wierzycieli głosujących za układem i przeciwko układowi. Jest on podpisywany wyłącznie przez nadzorcę układu. Jeśli wierzyciele mają zastrzeżenia do treści protokołu, to mogą je złożyć w piśmie procesowym do sądu.

Do głosowania może dojść za pomocą środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość. Zgoda na przeprowadzenie zgromadzenia wierzycieli w tym trybie nie jest wydawana przez sąd. Zarządza to nadzorca i przedstawia swoje zarządzenie w zawiadomieniu przesyłanym do wierzycieli.

Zgodnie z art. 19 ust. 6 zd. 2 przyjęcie układu stwierdza nadzorca układu. Stwierdzenie przyjęcia układu powinno być ogłoszone ustnie i pisemnie ujęte w protokole ze zgromadzenia. Stwierdzenie przyjęcia układu nie podlega jakiejkolwiek formie zaskarżenia. Natomiast przyjęcie układu będzie podlegało weryfikacji w ramach rozpoznania wniosku o zatwierdzenie układu zgodnie z podstawami zatwierdzenia ujętymi w art. 165 p.r.

Jeżeli układ nie został przyjęty na zgromadzeniu wierzycieli, to nie dochodzi do automatycznego umorzenia postępowania z mocy prawa. W takiej sytuacji można złożyć wniosek do sądu o umorzenie postępowania na podstawie art. 325 ust. 1 pkt 3 p.r. Wniosek taki będzie stanowił impuls do działania przez sąd z urzędu. Można też oczekiwać na upływ 4 miesięcy, co będzie skutkowało umorzeniem postępowania z mocy prawa (art. 20 ust. 1).

Umorzenie i zakończenie postępowania

Przepis art. 20 ust. 1 specustawy wprowadza podstawę umorzenia uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego z mocy samego prawa. Podstawą są dwa zdarzenia, które muszą ziścić się łącznie:

a) upływ 4 miesięcy od dnia dokonania obwieszczenia w MSiG, o którym mowa w art. 15 ust. 1 (obwieszczenie o otwarciu postępowania),
b) brak złożenia przez dłużnika w tym terminie wniosku do sądu o zatwierdzenie układu.

Postępowania nie umarza się, jeśli w terminie 4 miesięcy wpłynie do sądu wniosek o zatwierdzenie układu. W takim razie przepis art. 20 ust. 1 traci zastosowanie w danym postępowaniu. Jeśli wniosek zostanie przez dłużnika cofnięty, to umorzenie postępowania następuje na podstawie art. 355 k.p.c. w zw. z art. 209 p.r. w zw. z art. 15 ust. 1 specustawy. Jak już wspomniano, możliwość skutecznego cofnięcia wniosku przez dłużnika wymaga jeszcze przemyślenia.

Jeśli sąd prawomocnie odmówi zatwierdzenia układu lub układ prawomocnie zatwierdzi, to postępowanie zakończy się (art. 324 ust. 1 p.r.).

Karol Tatara[1]
Łukasz Trela[2]

KANCELARIA PRAWA RESTRUKTURYZACYJNEGO I UPADŁOŚCIOWEGO TATARA I WSPÓŁPRACOWNICY

WYBRANE PROBLEMY Z ZAKRESU UPROSZCZONEGO POSTĘPOWANIA RESTRUKTURYZACYJNEGO

Ustawą z 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami Covid-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem Covid-19[3] wprowadzono do polskiego systemu prawa nowy wariant postępowania restrukturyzacyjnego – uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne, unormowane w rozdziale 6 tej ustawy (art. 15-25). Regulacja stanowi próbę zaradzenia skutkom kryzysu gospodarczego związanego z epidemią Covid-19. W założeniu ma dać przedsiębiorcom narzędzie umożliwiające przeprowadzenie restrukturyzacji w sposób sprawny i efektywny, a pośrednio wzmocnić bezpieczeństwo obrotu gospodarczego.

Nowa procedura bazuje na rozwiązaniach postępowania o zatwierdzenie układu zawartych w obowiązującej ustawie z 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne[4]. Zmierza jednak do usprawnienia oraz uczynienia z niej efektywnego instrumentu restrukturyzacji dostępnego dla szerokiego grona przedsiębiorców, który znaleźli się w trudnej sytuacji w związku z epidemią. Celem jest takie ukształtowanie postępowania, aby prowadziło do optymalnego wyważenia interesów poszczególnych uczestników – dłużnika i wierzycieli – przy jednoczesnym możliwie szerokim jego uproszczeniu i odformalizowaniu. Ustawodawca uznał, że dla ograniczenia skutków kryzysu i zapobieżenia głębszemu załamaniu gospodarczemu procedura umożliwiająca szybką reakcję na istniejące problemu podmiotów jest szczególnie istotna.

Celem publikowanego artykułu jest omówienie wybranych problemów prawnych związanych z uproszczonym postępowaniem o zatwierdzenie układu.

NATURA UPROSZCZONEGO POSTĘPOWANIA RESTRUKTURYZACYJNEGO

Uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne stworzone zostało na bazie postępowania o zatwierdzenie układu (art. 210 i nast. PR) – przede wszystkim ze względu na to, że w znacznym zakresie odbywa się poza sądem. W ten sposób ustawodawca zmierza do zniwelowania ryzyka przewlekłości związanej z aktualnym przeciążeniem i niedostatkami organizacyjnymi sądów upadłościowo-restrukturyzacyjnych, a także do ograniczenia ewentualnych problemów wynikających ze sformalizowanego sposobu komunikacji z sądem. Zapewnienie sprawności i szybkości postępowania jest szczególnie istotne w sytuacji, gdy kryzys dotyka dużej części działających na rynku podmiotów. Opisane ryzyka związane z funkcjonowaniem sądów mogłyby zostać dodatkowo spotęgowane w przypadku spodziewanego zwiększonego wpływu spraw restrukturyzacyjnych w dobie kryzysu wynikającego z epidemii. Jak wskazano w uzasadnieniu do projektu ustawy o UPR, „przewidywana duża liczba podmiotów, która może wymagać w najbliższym czasie podjęcia szybkich czynności restrukturyzacyjnych, wymusza przygotowanie takiej regulacji, która w maksymalny sposób upraszcza tego rodzaju procedurę, z zachowaniem jej maksymalnej efektywności”[5]. Główny ciężar zarządzania procesem restrukturyzacji spoczywa zatem na nadzorcy układu. Ma on możliwość sprawnego i elastycznego reagowania na aktualne potrzeby uczestników postępowania, z którymi pozostaje w bezpośrednim kontakcie. Jednocześnie podlega ogólnemu nadzo-

[1] Radca prawny, założyciel Kancelarii Prawa Restrukturyzacyjnego i Upadłościowego Tatara i Współpracownicy, wiceprzewodniczący INSO – Sekcji Prawa Upadłościowego i Restrukturyzacyjnego Instytutu Allerhanda, kwalifikowany doradca restrukturyzacyjny, prezes zarządu Alerion sp. z o.o., członek INSOL Europe, prodziekan Krajowej Izby Doradców Restrukturyzacyjnych ds. Legislacji.

[2] Radca prawny w Kancelarii Prawa Restrukturyzacyjnego i Upadłościowego Tatara i Współpracownicy.

[3] Dz.U.2020.1086 z 23 czerwca 2020 r.; dalej jako „ustawa o UPR”.

[4] Dalej jako „PR”.

[5] Druk Sejmu IX kadencji, nr 382.

rowi ministra sprawiedliwości, co zapewnia prawidłowe wykonywanie jego zadań z uwzględnieniem interesów wszystkich zaangażowanych podmiotów.

Do nowego postępowania inkorporowane zostały mechanizmy znane z pozostałych postępowań restrukturyzacyjnych. W założeniu miały one – przy zagwarantowaniu słusznych praw wierzycieli – wzmocnić ochronę dłużnika i wyeliminować wady, z powodu których dotychczasowe postępowanie o zatwierdzenie układu było stosunkowo rzadko wykorzystywane. W tym celu ustawa stworzyła ramy proceduralne obejmujące czynności podejmowane w okresie przed złożeniem do sądu wniosku o zatwierdzenie układu. Postępowanie na tym etapie nadal zasadniczo toczy się poza sądem, tym niemniej sąd jest o nim zawiadamiany i posiada pewne możliwości interwencji w sytuacji, gdyby zmierzało ono do pokrzywdzenia wierzycieli.

Postępowanie wszczyna dłużnik (bez udziału sądu), dokonując obwieszczenia o jego otwarciu w Monitorze Sądowym i Gospodarczym, po uprzednim zawarciu umowy z doradcą restrukturyzacyjnym mającym pełnić funkcję nadzorcy układu.

Co istotne, dzień dokonania obwieszczenia jest dniem otwarcia postępowania o zatwierdzenie układu (art. 16 ust. 1 ustawy o UPR). Założenie to pozwala na pewne sformalizowanie postępowania poprzedzającego złożenie wniosku o zatwierdzenie układu (względem dotychczasowych regulacji postępowania o zatwierdzenie układu), co otwiera możliwość zastosowania również na tym etapie mechanizmów zabezpieczających prawa dłużnika i wierzycieli.

Od dnia obwieszczenia aż do umorzenia lub zakończenia (poprzez prawomocne zatwierdzenie albo odmowę zatwierdzenia układu) postępowania dłużnik zostaje objęty ochroną, która polega na: 1) zawieszeniu z mocy prawa egzekucji dotyczących wierzytelności objętych z mocy prawa układem oraz dotyczących wierzytelności zabezpieczonej rzeczowo w sytuacji, gdy zgodnie z art. 17 ustawy o UPR będzie ona objęta układem bez konieczności uzyskania zgody wierzyciela (art. 16 ust. 3 pkt 1 ustawy o UPR); 2) niedopuszczalności wszczęcia postępowania egzekucyjnego oraz wykonania postanowienia o zabezpieczeniu roszczenia lub zarządzenia zabezpieczenia roszczenia wynikającego z takiej wierzytelności (art. 16 ust. 3 pkt 2 ustawy o UPR); 3) zakazie spełniania świadczeń z wierzytelności objętych z mocy prawa układem (art. 16 ust. 3 pkt 3 ustawy o UPR w zw. z art. 252 PR); 4) ograniczeniach w potrącaniu wzajemnych wierzytelności (art. 16 ust. 3 pkt 3 ustawy o UPR w zw. z art. 253 PR); 5) zakazie wypowiadania przez kontrahenta niektórych umów bez zezwolenia nadzorcy układu (art. 16 ust. 3 pkt 3 ustawy o UPR w zw. z art. 256 PR).

Aby zabezpieczyć prawa wierzycieli i zrównoważyć wprowadzone dla nich ograniczenia, ustawa o UPR wzmacnia nadzór nad dłużnikiem ze strony nadzorcy układu i przewiduje, że od dnia obwieszczenia o otwarciu uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego dłużnik może samodzielnie dokonywać jedynie czynności zwykłego zarządu, a na dokonanie czynności go przekraczających wymagana jest zgoda nadzorcy układu pod rygorem nieważności (art. 22 ust. 1 ustawy o UPR).

O dokonaniu obwieszczenia o otwarciu postępowania nadzorca układu jest zobowiązany w terminie 3 dni zawiadomić sąd właściwy do rozpoznania wniosku o zatwierdzenie układu (art. 15 ust. 4 ustawy o UPR). Na wniosek wierzyciela, dłużnika lub nadzorcy układu sąd uchyla skutki dokonania obwieszczenia, o których mowa w art. 16 ust. 3 (w szczególności, zakaz egzekucji, zakaz wypowiadania umów itd.), jeżeli prowadzą one do pokrzywdzenia wierzycieli. Stanowi to kolejny mechanizm zabezpieczający prawa wierzycieli w postępowaniu. W takiej sytuacji uchylone zostają jednocześnie ograniczenia dłużnika w sprawowaniu zarządu (art. 18 ust. 1 ustawy). Postępowanie toczy się wówczas dalej, ale już bez wskazanych ograniczeń, czyli zbliża się charakterem do dotychczasowego postępowania o zatwierdzenie układu.

Regulacja ma charakter epizodyczny – zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy o UPR dłużnik może dokonać obwieszczenia o otwarciu postępowania do 30 czerwca 2021 r. (co istotne, może w tym czasie dokonać tego tylko jednokrotnie, a więc nie ma możliwości ponowienia próby restrukturyzacji w oparciu o przepisy tej ustawy, jeżeli pierwsza zakończy się niepowodzeniem).

Podkreślić należy, że uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne, jakkolwiek zostało uregulowane w osobnej ustawie, nie stanowi samodzielnej procedury – jest w istocie epizodycznym wariantem postępowania o zatwierdzenie układu uregulowanego w Prawie restrukturyzacyjnym – postępowaniem o zatwierdzenie układu w rozumieniu art. 2 pkt 1) PR i art. 3 ust. 2 PR uzupełnionym jedynie o dodatkowe elementy. Do postępowania tego znajdują zastosowanie dyrektywy opisane w art. 3 ust. 1 PR – celem, jak w przypadku wszystkich postępowań restrukturyzacyjnych, jest uniknięcie ogłoszenia upadłości dłużnika przez umożliwienie mu re-

strukturyzacji w drodze zawarcia układu z wierzycielami. Zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy o UPR prowadzone jest ono w oparciu o przepisy PR znajdujące zastosowanie do postępowania o zatwierdzenie układu ze zmianami wynikającymi z dalszych przepisów ustawy. Przepisy PR stosowane są przy tym wprost, a nie jedynie odpowiednio, dotyczy to nie tylko art. 210-226 PR, ale także ogólnych regulacji Prawa restrukturyzacyjnego.

Nowa konstrukcja uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego, przesuwająca moment formalnego wszczęcia postępowania z daty złożenia do sądu wniosku o zatwierdzenie układu na datę samodzielnego obwieszczenia o jego otwarciu, może powodować w niektórych aspektach funkcjonowania tej procedury problemy interpretacyjne.

Ogólna zasada wynikająca z art. 7 ust. 1 PR wiąże wszczęcie postępowania z wnioskiem restrukturyzacyjnym („O ile ustawa nie stanowi inaczej, postępowanie restrukturyzacyjne wszczyna się na wniosek restrukturyzacyjny złożony przez dłużnika"). Z kolei zgodnie z art. 7 ust. 2 PR „przez wniosek restrukturyzacyjny należy rozumieć wniosek o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego oraz wniosek o zatwierdzenie układu przyjętego w postępowaniu o zatwierdzenie układu". Wyróżnić można dwie fazy postępowania sądowego: 1) postępowania o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego (w którym sąd rozpoznaje wniosek o otwarcie postępowania) oraz 2) właściwego postępowania restrukturyzacyjnego (po wydaniu przez sąd postanowienia o otwarciu postępowania)[6]. Dotyczy to przyspieszonego postępowania układowego (aczkolwiek w tym przypadku sama ustawa nie wyodrębnia wyraźnie tych dwóch etapów), postępowania układowego i postępowania sanacyjnego. Z kolei postępowanie o zatwierdzenie układu dzieli się na: 1) etap pozasądowy (samodzielne zbieranie głosów) oraz 2) etap sądowy (w którym sąd rozpoznaje wniosek o zatwierdzenie układu)[7].

Otwarcie postępowania zgodnie z terminologią Prawa restrukturyzacyjnego następuje – w przypadku przyspieszonego postępowania układowego, postępowania układowego i postępowania sanacyjnego – poprzez wydanie przez sąd postanowienia o otwarciu postępowania (zgodnie z art. 189 ust. 1 PR: „dzień wydania postanowienia o otwarciu przyspieszonego postępowania układowego, postępowania układowego lub postępowania sanacyjnego jest dniem otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego)". Z kolei „w postępowaniu o zatwierdzenie układu uznaje się, że skutki otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego powstają z dniem układowym, o którym mowa w art. 211" (art. 189 ust. 2 PR). W ogólnym postępowaniu o zatwierdzenie układu skutki otwarcia postępowania występują w okresie poprzedzającym złożenie wniosku restrukturyzacyjnego – inaczej niż w przypadku przyspieszonego postępowania układowego, postępowania układowego i postępowania sanacyjnego, w których do otwarcia postępowania w rozumieniu art. 189 ust. 1 PR dochodzi poprzez wydanie postanowienia sądu w następstwie wniosku restrukturyzacyjnego złożonego przez dłużnika.

Ustawa o UPR utrzymuje wprawdzie instytucję dnia układowego, modyfikuje jednak wskazaną zasadę. W tym przypadku otwarcie postępowania o zatwierdzenie układu następuje z chwilą dokonania obwieszczenia przez dłużnika na podstawie art. 15 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy o UPR (przez co należy rozumieć ukazanie się obwieszczenia w Monitorze Sądowym i Gospodarczym). W uproszczonym postępowaniu restrukturyzacyjnym można zatem wyróżnić trzy fazy: 1) wstępną (zawarcie umowy z nadzorcą, przygotowanie przez dłużnika propozycji układowych oraz spisu wierzytelności i spisu wierzytelności spornych), 2) głosowania nad układem następującego po obwieszczeniu (co do zasady poza sądem), 3) sądową (rozpoznanie przez sąd wniosku o zatwierdzenie układu). Otwarcie postępowania w rozumieniu art. 16 ust. 1 ustawy o UPR następuje wraz z rozpoczęciem etapu drugiego.

Ze względu na specyfikę uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego, w tym fakt, że zostaje ono formalnie otwarte z chwilą dokonania obwieszczenia (które to zdarzenie poprzedza wniosek o zatwierdzenie układu), należy, zdaniem autorów, przyjąć, iż to właśnie złożony przez dłużnika wniosek o opublikowanie obwieszczenia w Monitorze Sądowym i Gospodarczym pełni w płaszczyźnie proceduralnej funkcję wniosku restrukturyzacyjnego, o którym mowa w art. 7 PR. Inicjuje on bowiem postępowanie, tak jak stanowi art. 7 ust. 1 PU. Natomiast składany później przez dłużnika wniosek o zatwierdzenie układu nie powoduje wszczęcia postępowania, a otwiera kolejny jego etap.

Na marginesie należy wskazać, że w ustawie o UPR ustawodawca stosuje nie w pełni klarowną terminologię. W tytule rozdziału 6 wprowadza pojęcie „uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego". Nie występuje ono jednak w dalszych przepisach ustawy, w których ustawodawca konsekwentnie posługuje się identycznym jak w art. 3 ust. 2 PR pojęciem „postępowania o zatwierdze-

[6] Por. art. 189 PrRestr, Zimmerman 2020, wyd. 6.
[7] Tamże.

nie układu". Natomiast w samym tytule ustawy i art. 1 pkt 2) ustawodawca posłużył się jeszcze innym zwrotem, mianowicie: „uproszczone postępowania o zatwierdzenie układu". Zresztą na pierwszy rzut oka sformułowanie „uproszczone postępowanie" użyte na określenie zmodyfikowanego postępowania o zatwierdzenie układu może wydawać się niezbyt trafne, ponieważ w istocie jest ono bardziej sformalizowane niż postępowanie uregulowane w art. 210 i nast. PR. Można to wyjaśnić w ten sposób, że ustawodawca zamierzał stworzyć instrument będący syntezą różnych typów postępowań restrukturyzacyjnych (przede wszystkim postępowania o zatwierdzenie układu i przyspieszonego postępowania układowego) obejmujący wzmacniające efektywność unormowania pochodzące z tych postępowań, dla którego bazą konstrukcyjną jest postępowanie o zatwierdzenie układu. W tym świetle jest ono bardziej uproszczone niż przyspieszone postępowanie układowe. Bardziej trafne byłoby jednak użycie dla scharakteryzowania omawianej procedury pojęcia: „ulepszone postępowanie o zatwierdzenie układu".

ZBIEG UPROSZCZONEGO POSTĘPOWANIA RESTRUKTURYZACYJNEGO I POSTĘPOWANIA O OGŁOSZENIE UPADŁOŚCI – MOŻLIWOŚĆ OGŁOSZENIA UPADŁOŚCI W CZASIE TRWANIA UPROSZCZONEGO POSTĘPOWANIA RESTRUKTURYZACYJNEGO

W kontekście określenia momentu otwarcia postępowania pewne wątpliwości może budzić kwestia zbiegu uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego i postępowania o ogłoszenie upadłości.

Reguły postępowania przy kolizji wniosku o ogłoszenie upadłości i wniosku restrukturyzacyjnego określają przepisy art. 11-13 PR oraz art. 9a-9b PU. Ogólną zasadą jest pierwszeństwo restrukturyzacji. Jak wskazuje się w doktrynie, „wynika to z założenia, że zarówno ze społecznego, jak i gospodarczego punktu widzenia korzystniejsza jest restrukturyzacja przedsiębiorstwa niż jego likwidacja w drodze postępowania upadłościowego. Polski ustawodawca świadomie przyjął prymat restrukturyzacji nad upadłością"[8]. Zgodnie z art. 9b ust. 1 PU „w przypadku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości i wniosku restrukturyzacyjnego, w pierwszej kolejności rozpoznaje się wniosek restrukturyzacyjny" (zasada ta jest powtórzona w art. 11 PR). Z kolei w myśl art. 12 ust. 1 PR „sąd restrukturyzacyjny niezwłocznie po powzięciu wiadomości o złożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości zawiadamia sąd upadłościowy o złożeniu wniosku restrukturyzacyjnego".

Zgodnie z art. 9b ust. 2 PU (i mającym takie samo brzmienie art. 12 PR) „sąd upadłościowy wstrzymuje rozpoznanie wniosku o ogłoszenie upadłości do czasu wydania prawomocnego orzeczenia w sprawie wniosku restrukturyzacyjnego. Wstrzymanie rozpoznania wniosku o ogłoszenie upadłości nie wyłącza możliwości zabezpieczenia majątku". Przy czym jeśli wstrzymaniu rozpoznania wniosku o ogłoszenie upadłości sprzeciwia się interes wierzycieli, sąd może połączyć obie sprawy do wspólnego rozpoznania i rozstrzygnięcia jednym postanowieniem (art. 9b ust. 3 PU i art. 12 ust. 3 PR). Sąd może także wyjątkowo rozpoznać wcześniej wniosek o ogłoszenie upadłości „jeżeli przejęcie wniosku o ogłoszenie upadłości i wniosku restrukturyzacyjnego do wspólnego rozpoznania prowadziłoby do znacznego opóźnienia wydania orzeczenia w przedmiocie ogłoszenia upadłości, ze szkodą dla wierzycieli, a podstawy restrukturyzacji przedstawione przez dłużnika we wniosku restrukturyzacyjnym są znane sądowi upadłościowemu" (art. 9b ust. 4 PU i art. 12 ust. 4 PR). Jeśli jednak otwarto postępowanie restrukturyzacyjne, ogłoszenie upadłości nie jest dopuszczalne. Zgodnie bowiem z art. 9a PU „nie można ogłosić upadłości przedsiębiorcy w okresie od otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego do jego zakończenia lub prawomocnego umorzenia".

Sytuację, w której przed rozpoznaniem wniosku restrukturyzacyjnego ogłoszono upadłość, reguluje art. 13 PR stanowiący, że „jeżeli została ogłoszona upadłość dłużnika, sąd restrukturyzacyjny wstrzymuje rozpoznanie wniosku restrukturyzacyjnego do czasu uprawomocnienia się postanowienia o ogłoszeniu upadłości. Sąd restrukturyzacyjny odmawia zatwierdzenia układu w postępowaniu o zatwierdzenie układu albo odmawia otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego w przypadku uprawomocnienia się postanowienia o ogłoszeniu upadłości. (...)". Dotyczy to zwłaszcza przypadków, gdy brak podstaw do wstrzymania się przez sąd upadłościowy od rozpoznania wniosku o ogłoszenie upadłości, jak i przejęcia wniosków (upadłościowego i restrukturyzacyjnego) do wspólnego rozpoznania, a sąd ogłasza upadłość przed rozpoznaniem wniosku restrukturyzacyjnego[9].

Na tym tle pewne wątpliwości mogą budzić skutki zbiegu postępowania o zatwierdzenie układu i postępowania o ogłoszenie upadłości – ze względu na szczególną konstrukcję proceduralną pierwszego z wymienionych.

[8] Hrycaj A., [w:] *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz do art. 11*, P. Filipiak (red.), A. Hrycaj (red.), LEX/el. 2020.

[9] Torbus A., Malmuk-Cieplak A., [w:] *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz do art. 13*, A. Torbus (red.), A.J. Witosz (red.), A. Witosz (red.), WK 2016.

Odwołując się w pierwszej kolejności do ogólnego postępowania o zatwierdzenie układu, należy zauważyć, że przywołany art. 9a PU stanowi o zakazie ogłaszania upadłości w okresie „od otwarcia" postępowania restrukturyzacyjnego, natomiast w myśl art. 189 ust. 2 PR uznaje się, że „skutki otwarcia" postępowania w przypadku postępowania o zatwierdzenie układu powstają z dniem układowym. Może to prowadzić wniosku, iż w postępowaniu tym od dnia układowego nie jest dopuszczalne ogłoszenie upadłości. Byłaby to jednak interpretacja zbyt daleko idąca. Dzień układowy jest bowiem ustalany samodzielnie przez dłużnika, możliwa jest też zmiana dnia układowego, dzień ten nie jest również obwieszczany, a dłużnik w zakresie swojej działalności do dnia wydania postanowienia o zatwierdzeniu układu nie podlega władczemu nadzorowi organów postępowania i nie jest ograniczony w zarządzie majątkiem (art. 36 ust. 1 i art. 224 ust. 1 PR). Uznanie braku możliwości ogłoszenia upadłości już od dnia układowego stwarzałoby zbyt duże ryzyko dla obrotu gospodarczego. W tym kontekście P. Zimmerman przez otwarcie postępowania, o którym mowa w art. 9a PU, rozumie jedynie wydanie postanowienia o otwarciu postępowania, co nie ma miejsca w postępowaniu o zatwierdzenie układu. Dlatego też zdaniem powołanego autora trwanie tego postępowania, „zarówno na etapie zbierania głosów, jak i na etapie postępowania o zatwierdzenie przed sądem, nie wpływa na możliwość ogłoszenia upadłości dłużnika"[10]. Odmiennie problem ocenia P. Janda, którego zdaniem powinien być on rozstrzygany zgodnie z celami i kierunkowymi zasadami ustawy przy zastosowaniu reguł wykładni celowościowej i systemowej, biorąc pod uwagę, że postępowanie restrukturyzacyjne ma na celu uniknięcie upadłości dłużnika (a jednym z postępowań restrukturyzacyjnych jest postępowanie o zatwierdzenie układu), jak również mając na względzie, iż nadrzędną zasadą w przypadku zbiegów wniosków restrukturyzacyjnych z wnioskiem o ogłoszenie upadłości jest pierwszeństwo rozpoznania wniosku o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego. Skoro w postępowaniu o zatwierdzenie układu pierwszą czynnością dłużnika przed sądem jest złożenie wniosku o zatwierdzenie układu, to zdaniem przywołanego autora od tej właśnie chwili nie można ogłosić upadłości takiego dłużnika[11]. Podejście to również nie wydaje się w pełni trafne. Przychylić należy się do poglądu prezentowanego przez A.J. Witosza, który przyjmuje, że art. 9a PU nie dotyczy postępowania o zatwierdzenie układu, jednak ze względu na szeroką kategorię wniosku restrukturyzacyjnego, o którym mowa w art. 9b PU, stworzona jest sytuacja, „w której – pomimo prowadzenia postępowania o zatwierdzenie układu (zarówno w jego pozasądowej fazie, jak i po złożeniu do sądu wniosku o zatwierdzenie układu) – sąd upadłościowy jednocześnie może ogłosić upadłość (art. 9a) i musi wstrzymać się z wydaniem tego orzeczenia (art. 9b ust. 2) do czasu prawomocnego orzeczenia wydawanego w sprawie zatwierdzenia układu"[12].

Uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne posiada jednak inny charakter. Rozpoczyna się poprzez dokonanie formalnej czynności w postaci obwieszczenia o jego otwarciu w Monitorze Sądowym i Gospodarczym. Otwarcie postępowania jest zatem komunikowane uczestnikom obrotu. Od dnia obwieszczenia dłużnik musi uzyskać zgodę nadzorcy układu na dokonanie czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu, doznaje przez to istotnych ograniczeń w dysponowaniu swoim majątkiem. Po ukazaniu się obwieszczenia dłużnik nie może już przesunąć daty otwarcia postępowania. Dodatkowo art. 16 ust. 1 ustawy o UPR posługuje się bardziej jednoznacznym zwrotem, stanowiąc, że dzień obwieszczenia „jest dniem otwarcia" postępowania, podczas gdy ogólny przepis art. 189 ust. 2 PR wskazuje jedynie na to, iż „uznaje się, że skutki otwarcia" postępowania powstają z dniem układowym, nie przesądzając tego, czy chodzi o wszystkie skutki, czy tylko niektóre, co może zostawiać większą przestrzeń do argumentacji, że dzień układowy (w ogólnym postępowaniu o zatwierdzenie układu) nie przynosi wszystkich skutków, jakie wiążą się w innych postępowaniach z wydaniem postanowienia o otwarciu postępowania (przy czym skutki te wiążą się przede wszystkim z ustaleniem kręgu wierzycieli objętych układem i uprawnionych do głosownia zgodnie art. 211 PR).

Wydaje się, że jednak, że z uwagi na odmienną konstrukcję prawną uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego można postawić tezę, że obwieszczenie, o którym mowa w art. 15 ust. 1 ustawy o UPR, wywiera takie skutki jak postanowienie o otwarciu postępowania restrukturyzacyjnego, w tym również w zakresie niemożności ogłoszenia upadłości w myśl art. 9a PU. Wniosek taki jest tym bardziej uprawniony, że art. 9a PU nie odwołuje się konkretnie do „postanowienia o otwarciu postępowania", lecz w sposób bardzie ogólny do „okresu od otwarcia postępowania", który to zwrot jest pojęciem bardziej pojemnym i może zawierać się w nim również wyznaczające moment otwarcia uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego obwieszczenie, o którym mowa w art. 15 ust. 1 ustawy o UPR. Aktualne pozostają także argumenty podniesione przez P. Jandę odwołujące się do konieczności uwzględniania wykładni celowo-

[10] Zimmerman P., *Prawo upadłościowe. Komentarz do art. 9a*, Legalis 2020.
[11] Janda P., *Prawo upadłościowe. Komentarz do art. 9a*, WKP 2020.
[12] Witosz A.J., [w:] *Prawo upadłościowe. Komentarz do art. 9a*, A.J. Witosz (red.), WKP 2017.

ściowej i zasady, że postępowanie restrukturyzacyjne ma zapobiec upadłości. Przepisy powinny być więc wykładane w sposób umożliwiający takie ukształtowanie postępowania, aby restrukturyzacja mogła zostać przeprowadzona, pomimo jednoczesnego zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości, przy uwzględnieniu, że jest możliwa także wobec dłużnika niewypłacalnego.

Należy zatem przyjąć, że jeżeli przed dniem obwieszczenia sąd upadłościowy nie wydał postanowienia o ogłoszeniu upadłości, ogłoszenie upadłości – zgodnie z art. 9a PU – nie może nastąpić. W tym kontekście należy zauważyć, że na gruncie ogólnego zbiegu postępowań upadłościowych i restrukturyzacyjnych w doktrynie i orzecznictwie wątpliwości budzi ocena tego, jaką czynność powinien podjąć sąd w odniesieniu do wniosku o ogłoszenie upadłości po otwarciu postępowania restrukturyzacyjnego. Zwolennicy pierwszego poglądu wskazują, że „regulacja art. 9a p.u. stanowi czasowe ograniczenie zdolności upadłościowej. (...) W takiej sytuacji sąd powinien wydać postanowienie o odrzuceniu wniosku o ogłoszenie upadłości na podstawie art. 9a p.u. w zw. z art. 199 § 1 pkt 3 k.p.c."[13]. Inne podejście, spotykane często w orzecznictwie, zakłada, że art. 9a PU stanowi podstawę do wstrzymania rozpoznania wniosku o ogłoszenie upadłości do czasu prawomocnego umorzenia albo zakończenia postępowania restrukturyzacyjnego, co uzasadnia się przede wszystkim potrzebą ochrony wierzycieli przed niekorzystnymi skutkami upływu terminów określonych w art. 127 i n. PU[14]. Obecnie argument ten stracił częściowo na aktualności z uwagi na brzmienie nowego art. 131a PU[15], aczkolwiek opisana praktyka może mieć nadal uzasadnienie „np. wówczas, gdyby nierozpoznany wniosek o ogłoszenie upadłości był złożony przed upływem terminów, o których mowa w art. 127 i n. p.u., a wniosek restrukturyzacyjny został złożony już po upływie tych terminów"[16]. Wyrażono również pogląd, że art. 9a uzasadnia umorzenie postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości na podstawie art. 355 § 1 *in fine* kpc w zw. z art. 35 PU[17]. Pojawiają się też poglądy wskazujące na potrzebę oddalenia w takiej sytuacji wniosku o ogłoszenie upadłości.

W przypadku uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego, jak wskazano, w płaszczyźnie proceduralnej funkcję wniosku restrukturyzacyjnego pełni wniosek dłużnika o dokonanie obwieszczenia. Z tego też względu data złożenia wniosku o dokonanie obwieszczenia powinna w ocenia autorów wyznaczać moment, w którym sąd upadłościowy powinien zgodnie z art. 11 i 12 ust. 2 PR oraz art. 9b ust. 1 i 2 PU, wstrzymując rozpoznanie wcześniej złożonego wniosku o ogłoszenie upadłości, pozostawić dłużnikowi możliwość przeprowadzenia restrukturyzacji. Przy czym, jak wskazano, po dokonaniu obwieszczenia dodatkowo norma art. 9a PU zakazuje ogłaszania upadłości.

Aktualny pozostaje wobec tego pogląd A.J. Witosza wyrażony na gruncie ogólnego postępowania o zatwierdzenie układu, że sąd powinien wstrzymać się z rozpoznaniem wniosku o ogłoszenie upadłości do czasu wydania prawomocnego orzeczenia w sprawie zatwierdzenia układu, zgodnie z regulacją art. 9b ust. 2 PU i art. 12 ust. 2 PR – wówczas sąd w pierwszej kolejności powinien poddać ocenie zawarty układ, jeśli zostanie on zatwierdzony, odpadnie uzasadnienie dla ogłoszenia upadłości.

Wstrzymanie rozpoznania wniosku o ogłoszenie upadłości nie wyłącza możliwości zabezpieczenia majątku dłużnika (art. 9b ust. 2 zd. 2 PU i art. 12 ust. 2 zd. 2 PR). Praktyczne problemy może sprawiać sytuacja, w której sąd miałby dokonać zabezpieczenia poprzez ustanowienie tymczasowego nadzorcy sądowego albo zarządcy przymusowego. Na gruncie regulacji ogólnych P. Zimmerman przyjmuje, że jeżeli zostanie ustanowiony tymczasowy nadzorca sądowy w postępowaniu o otwarcie postępowania układowego (art. 268 ust. 1 PR) albo sanacyjnego (art. 268 ust. 1 w zw. z art. 286 ust. 1 PR), to brak podstaw do ustanowienia tymczasowego nadzorcy sądowego w postępowaniu o ogłoszenie upadłości[18]. Zbliżony pogląd w odniesieniu do tymczasowego nadzorcy sądowego prezentuje P. Janda, nie wyklucza jednak możliwości i potrzeby zabezpieczenia majątku w inny sposób, np. przez ustanowienie zarządcy przymusowego[19]. Podobnie A.J. Witosz zaznacza, że zabezpieczenia upadłościowe nie mogą kolidować z tymi ustanowionymi przez sąd restruk-

[13] Tak: Hryczaj A., [w:] *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz do art. 12*, P. Filipiak (red.), A. Hrycaj (red.), pkt 24, LEX/el. 2020; Zimmerman P., *Prawo upadłościowe. Komentarz do art. 9a*, Legalis 2020.

[14] Por.: Merczyński B., Bartosiewicz P., *Interes wierzycieli a wstrzymanie wniosku o ogłoszenie upadłości dłużnika w restrukturyzacji*, „Dor. Restr." 2017, nr 8; Sierakowski B., Frosztęga N., *Zbieg wniosku o ogłoszenie upadłości z wnioskiem restrukturyzacyjnym a bezskuteczność czynności prawnych dłużnika*, „Monitor Prawa Bankowego" 2017, nr 4, s. 86-99; Hryczaj A., [w:] *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz do art. 12*, P. Filipiak (red.), A. Hrycaj (red.), pkt 26, LEX/el. 2020 i przywołane tam orzecznictwo.

[15] Art. 131a. PU: „Jeżeli upadłość ogłoszono w wyniku rozpoznania wniosku o ogłoszenie upadłości złożonego nie później niż w terminie 3 miesięcy od dnia zakończenia postępowania restrukturyzacyjnego albo uprawomocnienia się postanowienia o umorzeniu postępowania restrukturyzacyjnego, przez dzień złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, o którym mowa w art. 127-130, rozumie się dzień złożenia wniosku restrukturyzacyjnego".

[16] Hryczaj A., [w:] *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz do art. 12*, P. Filipiak (red.), A. Hrycaj (red.), pkt 26, LEX/el. 2020.

[17] Machowska A., *Zbieg wniosków restrukturyzacyjnych i wniosków o ogłoszenie upadłości – niektóre problemy praktyki sądowej*, „Dor. Restr." 2017, nr 7, s. 13; por. także: Sierakowski B., Frosztęga N., *Zbieg wniosku o ogłoszenie upadłości z wnioskiem restrukturyzacyjnym a bezskuteczność czynności prawnych dłużnika*, „Monitor Prawa Bankowego" 2017, nr 4, s. 86-99.

[18] Zimmerman P., *Prawo upadłościowe. Komentarz do art. 9b*, Legalis 2020.

[19] Janda P., *Prawo upadłościowe. Komentarz do art. 9b*, WKP 2020.

turyzacyjny, przy czym zabezpieczenia ustanawiane przez sąd upadłościowy mogą iść dalej niż te już ustanowione przez sąd restrukturyzacyjny[20]. A. Hrycaj proponuje, aby w praktyce w sytuacji, gdyby sąd upadłościowy ustanowił zarząd przymusowy i wyznaczył zarządcę przymusowego (art. 40 ust. 1 PU), a sąd restrukturyzacyjny rozpoznający wniosek o otwarcie postępowania sanacyjnego ustanowił zarządcę tymczasowego (art. 286 ust. 1 PR), wyznaczać do pełnienia tej funkcji tę samą osobę, co gwarantuje, że nie pojawią się problemy związane z tym, kto faktycznie ma dokonywać czynności z zakresu zarządu majątkiem dłużnika. „Gdyby jednak zarządcą przymusowym i zarządcą tymczasowym nie została wyznaczona ta sama osoba, to należy uznać, że pierwszeństwo w dokonywaniu czynności z zakresu zarządu majątkiem ma zarządca tymczasowy, ustanowiony w postępowaniu o otwarcie postępowania sanacyjnego, gdyż rozpoznawanie wniosku o ogłoszenie upadłości jest wstrzymane, a to uzasadnia przyjęcie prymatu postępowania o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego"[21].

Wypowiedzi te nie odnoszą się do sytuacji, gdy postępowanie restrukturyzacyjne zostało już otwarte, a rozpoznanie wniosku o ogłoszenie upadłości uległo wstrzymaniu zgodnie ze spotykaną praktyką sądów. W przyspieszonym postępowaniu układowym, postępowaniu układowym i postępowaniu sanacyjnym problem może być rozwiązany poprzez powołanie tej samej osoby do pełnienia funkcji np. tymczasowego nadzorcy sądowego w postępowaniu w przedmiocie ogłoszenia upadłości i nadzorcy sądowego/zarządcy w postępowaniach restrukturyzacyjnych. Choć z drugiej strony funkcjonowanie nadzorcy sądowego/zarządcy może także skłaniać sąd upadłościowo-restrukturyzacyjny do wniosku o braku potrzeby powoływania tymczasowego nadzorcy sądowego w postępowaniu o ogłoszenie upadłości. W przypadku zbiegu z postępowaniem o zatwierdzenie układu sytuacja może być o tyle problematyczna, iż to nie sąd powołuje nadzorcę układu; nadzorca nie może być nawet zmieniony decyzją sądu (brak jest w szczególności regulacji analogicznej do art. 38 ust. 2 *in fine* PR, który uprawnia sąd do odmowy powołania do pełnienia funkcji nadzorcy sądowego osoby wskazanej przez wierzycieli, jeżeli zachodzą uzasadnione przyczyny, w szczególności jeżeli jest oczywiste, że wskazana osoba nie daje rękojmi należytego wykonywania obowiązków.). Nie należy zatem wykluczać możliwości zabezpieczenia majątku dłużnika we wstrzymanym z powodu otwarcia postępowania o zatwierdzenie układu (uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego) postępowaniu o ogłoszenie upadłości, w szczególności poprzez ustanowienie tymczasowego nadzorcy sądowego. Sytuacja taka powinna mieć miejsce jednak wyjątkowo, przede wszystkim w przypadku, gdy sąd restrukturyzacyjny uchyli ochronę zgodnie z art. 18 ustawy o UPR. Gdy bowiem występuje ochrona, o której mowa w art. 16 ust. 3 i art. 22 ust. 1 ustawy o UPR, funkcję zabezpieczającą pełni nadzorca układu. Zasadniczo nie powinien natomiast występować dualizm nadzoru, przeczyłoby to bowiem naturze uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego.

OBOWIĄZEK STOSOWANIA W FIRMIE DODATKU „W RESTRUKTURYZACJI"

Zgodnie z art. 66 ust. 2 PR „po wydaniu przez sąd postanowienia o otwarciu postępowania restrukturyzacyjnego przedsiębiorca występuje w obrocie pod dotychczasową firmą z dodaniem oznaczenia »w restrukturyzacji«". W tym kontekście kontrowersje budzi kwestia obowiązku stosowania dodatku „w restrukturyzacji" przez podmiot, wobec którego prowadzone jest postępowanie o zatwierdzenie układu. W postępowaniu tym sąd nie wydaje bowiem postanowienia o otwarciu postępowania. Literalne brzmienie przepisu może zatem skłaniać do wniosku, że dłużnik nie ma wówczas w ogóle obowiązku stosowania w ramach firmy tego dodatku. Z drugiej strony wyrażony został także pogląd, iż obowiązek ten istnieje od dnia wydania postanowienia w przedmiocie zatwierdzenia układu[22]. Dalszą możliwą interpretacją jest przyjęcie konieczności używania przez dłużnika wskazanego oznaczenia od dnia, który wyznacza powstanie skutków otwarcia postępowania (od dnia układowego w ogólnym postępowaniu o zatwierdzenie układu – art. 189 ust. 2 PR).

W ocenie autorów ten ostatni pogląd pozostaje adekwatny w odniesieniu do uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego. Dłużnik powinien w tym przypadku stosować oznaczenie „w restrukturyzacji" od dnia obwieszczenia o otwarciu postępowania zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy o UPR, który w myśl art. 16 ust. 1 tej ustawy jest dniem otwarcia postępowania o zatwierdzenie układu. Do wniosku takiego prowadzi wykładnia funkcjonalna. Dodatek ten pełni funkcję informacyjną i ostrzegawczą. W uproszczonym postępowaniu restrukturyzacyjnym dłużnika i jego wierzycieli obowiązują określone ograniczenia, więc kontrahenci powinni mieć jasny komunikat, że podmiot prowadzi restrukturyzację. W szczególności może to zminimalizować praktyczne problemy związane

[20] Witosz A.J., [w:] *Prawo upadłościowe. Komentarz do art. 9b*, A.J. Witosz (red.), WKP 2017.

[21] Hrycaj A., [w:] *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz do art. 12*, P. Filipiak (red.), A. Hrycaj (red.), pkt 10, LEX/el. 2020.

[22] Zimmerman P., *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz do art. 66,* Legalis 2020.

z ewentualnym naruszaniem przez wierzycieli (do których w inny sposób nie dotarła informacja o otwarciu postępowania) zakazów określonych w art. 16 ust. 3 ustawy, a także będzie stanowiło dla kontrahentów wskazówkę, że dłużnik musi uzyskać pod rygorem nieważności zgodę nadzorcy na dokonanie czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu. W ten sposób oznaczenie „w restrukturyzacji" przyczynia się do zwiększenia bezpieczeństwa obrotu gospodarczego. Nadmienić należy, że dopisek ten funkcjonuje do momentu prawomocnego zakończenia lub umorzenia postępowania.

MOŻLIWOŚĆ ZGŁOSZENIA PROPOZYCJI UKŁADOWYCH PRZEZ WIERZYCIELI

Zgodnie z art. 155 ust. 1 PR „propozycje układowe składa dłużnik". Ust. 2 tego przepisu stanowi jednak, że „propozycje układowe może również złożyć rada wierzycieli, nadzorca sądowy albo zarządca, albo wierzyciel lub wierzyciele mający łącznie więcej niż 30% sumy wierzytelności, z wyłączeniem wierzycieli określonych w art. 80 ust. 3 [wierzytelności regresowe współdłużnika, poręczyciela, gwaranta], art. 109 ust. 1 [wierzytelność nabyta w drodze przelewu lub indosu po otwarciu postępowania restrukturyzacyjnego] i art. 116 [wierzytelności podmiotów powiązanych]".

Uprawnienie do zgłoszenia propozycji układowych przysługuje zatem, co do zasady, również wierzycielom (jednemu wierzycielowi lub ich grupie, jeśli spełniają oni kryterium 30% sumy wierzytelności[23]). Powstaje pytanie, czy uprawnienie to pozostaje aktualne również w postępowaniu o zatwierdzenie układu. Ustawa wprost tego nie wyklucza. Jednak regulacje proceduralne ogólnego postępowania o zatwierdzenie układu czynią możliwość skorzystania przez wierzycieli z omawianego prawa wysoce problematyczną. Zgodnie z art. 212 ust. 2 PR głosowanie odbywa się wyłącznie na piśmie, a głosy zbiera dłużnik. Nie będzie on najczęściej zainteresowany poddawaniem pod głosowanie propozycji układowych niepochodzących od niego. Z kolei nawet gdyby układ został mimo wszystko przyjęty wbrew samemu dłużnikowi według propozycji wierzycieli, dłużnik nie ma obowiązku składania do sądu wniosku o jego zatwierdzenie.

Zastrzeżenia te częściowo pozostają aktualne również w odniesieniu do uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego. Wprawdzie przewidziana jest w nim możliwość przeprowadzenia zgromadzenia wierzycieli, któremu przewodniczy nadzorca układu (art. 19 ust. 1 ustawy o UPR), to jednak w przypadku gdy głosowanie odbywa się wyłącznie w trybie pisemnym, nie została uchylona zasada zbierania głosów przez dłużnika. Brak też wyraźnej podstawy, aby propozycje układowe przyjmował od wierzycieli nadzorca układu i nakazywał doręczyć je wszystkim wierzycielom oraz poddać pod głosowanie. Dodatkowo nadzorca działa w oparciu o umowę z dłużnikiem, która najczęściej nie będzie przewidywała głosowania nad propozycjami zgłoszonymi przez wierzycieli. Nadzorca, przedstawiając takie propozycje do głosowania, narażałby się na zarzut ze strony dłużnika, że narusza umowę. W końcu przyjęcie układu opartego na konkurencyjnych nieakceptowanych przez dłużnika propozycjach układowych skłoni go niejednokrotnie do rezygnacji ze złożenia wniosku o zatwierdzenie układu.

Niemniej jednak w ocenie autorów ze względu na fakt, że uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne zawiera elementy przyspieszonego postępowania układowego (w którym wierzyciele zachowują możliwość zgłaszania propozycji układowych), sami wierzyciele muszą poddać się określonym rygorom (zakaz egzekucji, zakaz wypowiadania umów), co wiąże się dla nich z pewnymi obciążeniami, powinni więc mieć możliwość nadawania w sposób aktywny kierunków postępowaniu, w tym zgłaszania propozycji układowych. Wymaga tego nakaz respektowania ich słusznych praw. Uprawnienie do zgłoszenia propozycji układowych powinno stanowić jeden z elementów równoważących obciążenia nakładane na wierzycieli w tym postępowaniu. Ponadto przyjęcie układu według propozycji wierzycieli może być również korzystne dla dłużnika, bowiem alternatywą – w przypadku niezaakceptowania propozycji układowych dłużnika – będzie niejednokrotnie niepowodzenie restrukturyzacji w ogóle i w skrajnym przypadku ogłoszenie upadłości. Propozycje układowe wierzycieli dają zatem dłużnikowi szansę na wyjście z kryzysu. Niemniej jednak ostatecznie to dłużnik zdecyduje, czy tak przyjęty układ ma szansę wejść w życie, składając bądź rezygnując ze złożenia do sądu wniosku o zatwierdzenie układu.

Regulacje uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego należy zatem, w ocenie autorów, interpretować w sposób dający możliwość poddania pod głosowanie propozycji układowych przedstawionych przez wierzycieli[24]. Przyjąć trzeba, że ze względu na potrzebę ochrony interesów wierzycieli uprawnienie w tym zakresie powinien posiadać nadzorca układu. Wierzyciele zgła-

[23] Witosz A.J., [w:] *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz do art. 155*, A.J. Witosz (red.), WK 2016.

[24] Wskazać należy, że w uproszczonym postępowaniu restrukturyzacyjnym nie funkcjonuje rada wierzycieli, brak jest też nadzorcy sądowego czy zarządcy, w związku z czym jedynymi podmiotami mogącymi – obok dłużnika – zachować uprawnienie do złożenia propozycji układowych, zgodnie z art. 155 ust. 2 PR, są wierzyciele reprezentujący 30% sumy wierzytelności.

szający propozycje układowe powinni komunikować się z nadzorcą i przedłożyć mu propozycje układowe z odpowiednim wyprzedzeniem, tak aby mógł je doręczyć wszystkim wierzycielom wraz zawiadomieniem o terminie zgromadzenia wierzycieli zgodnie z art. 264 PR (por. art. 19 ust. 5 ustawy o UPR). W sytuacji zgłoszenia kilku propozycji układowych (pochodzących od dłużnika i wierzycieli) odpowiednie zastosowanie znajdowałaby reguła wyrażona w art. 117 ust. 1 PR („w przypadku zgłoszenia kilku propozycji układowych sędzia-komisarz ustala kolejność głosowania nad propozycjami układowymi. Pod głosowanie poddaje się wszystkie propozycje układowe. Za przyjęte uznaje się te propozycje układowe, które uzyskały największe poparcie wierzycieli liczone w odniesieniu do sumy wierzytelności, z uwzględnieniem art. 119"). Na nadzorcy układu (ze względu na brak sędziego-komisarza i fakt, iż głosowanie odbywa się na etapie przedsądowym) spoczywałby zatem obowiązek ustalenia kolejności głosowania różnych propozycji.

Niezależnie od tego, dla pełnego urzeczywistnienia praw wierzycieli do przeprowadzenia układu według swoich propozycji układowych, należy postulować zmianę przepisów, tak aby to nadzorca układu, a nie dłużnik, składał do sądu wniosek o zatwierdzenie układu. Prawa te obecnie są mocno ograniczone, ze względu na fakt, że dłużnik zachowuje swobodę w zakresie decyzji co do złożenia bądź rezygnacji ze złożenia do sądu wniosku o zatwierdzenie przyjętego układu. Doprecyzować należy także regulację, aby wyeliminować ewentualne wątpliwości, że nadzorca układu ma prawo i obowiązek poddania pod głosowanie propozycji układowych zgłoszonych przez 30% wierzycieli, zgodnie z art. 155 ust. 2 PR.

MOŻLIWOŚĆ COFNIĘCIA PRZEZ DŁUŻNIKA WNIOSKU O ZATWIERDZENIE UKŁADU

W doktrynie przyjmuje się, że możliwe jest cofnięcie przez wnioskodawcę wniosku restrukturyzacyjnego. Stanowi to przejaw ogólnej zasady odwołalności czynności procesowych uznawanej na gruncie kodeksu postępowania cywilnego (podobnie jak dopuszczalność cofnięcia pozwu[25]). Prawo restrukturyzacyjne nie zawiera przy tym podobnego ograniczenia jak art. 29a PU, który w ust. 1 stanowi, że „sąd może uznać cofnięcie wniosku o ogłoszenie upadłości za niedopuszczalne, jeżeli prowadziłoby to do pokrzywdzenia wierzycieli".

Jak podkreśla P. Zimmerman, „cofnięcie wniosku restrukturyzacyjnego przed wydaniem postanowienia o otwarciu postępowania restrukturyzacyjnego, co do zasady, skutkuje umorzeniem postępowania. Postępowanie takie nie może bowiem toczyć się bez udziału uprawnionego wnioskodawcy. W odróżnieniu od postanowienia o ogłoszeniu upadłości, które ma na celu ochronę interesów przede wszystkim wierzycieli, wniosek restrukturyzacyjny jest nakierowany na ochronę dłużnika, dlatego też nie może się toczyć bez poparcia ze strony dłużnika, z zastrzeżeniem wyjątku z art. 283 PrRestr"[26]. Istotne jest tu określenie momentu granicznego, do którego wnioskodawca ma możliwość cofnięcia wniosku. Przywołany autor wskazuje, że jest nim wydanie postanowienia o otwarciu postępowania restrukturyzacyjnego. Z kolei P. Filipiak precyzuje, iż jest to dopuszczalne przed otwarciem postępowania lub przed zatwierdzeniem układu przez sąd[27] (ten drugi przypadek, jak należy sądzić, dotyczy postępowania o zatwierdzenie układu) – w następstwie czego sąd powinien umorzyć postępowanie na podstawie art. 355 § 1 kpc w zw. z art. 203 § 1 kpc w zw. z art. 209 PR.

Jak wyjaśnia dalej P. Zimmerman, „z chwilą wszczęcia postępowania restrukturyzacyjnego wnioskodawca traci możliwość skutecznego wycofania wniosku, a postępowanie raz wszczęte musi się toczyć. (...) Motywowane jest to koniecznością ochrony interesu wierzycieli, którzy mogli dojść do porozumienia co do warunków układu, który nie odpowiada dłużnikowi, ale dla nich jest korzystny, a umorzenie postępowania wydłużyłoby znacząco czas potrzebny do jego zawarcia w postępowaniu upadłościowym"[28]. Podobnie P. Filipiak zaznacza, że „po otwarciu postępowania lub po zatwierdzeniu układu wniosku nie można cofnąć. Po tym czasie zasada dyspozycyjności ulega ograniczeniu na rzecz zasady poszanowania słusznego interesu wierzycieli"[29]. Dłużnik może wówczas jedynie wnioskować o umorzenie postępowania, lecz skuteczność tego wniosku zależna jest od zgody rady wierzycieli, a w jej braku – sędziego-komisarza (art. 325 ust. 1 pkt 2 PR)[30].

W świetle tych wypowiedzi szczególną uwagę należy poświęcić problematyce cofnięcia wniosku o zatwierdzenie układu w uproszczonym postępowaniu restrukturyzacyjnym. Podkreślić trzeba ponownie, że w przeciwieństwie do przyspieszonego postępowania układowego, postępowania układowego i postępowania sanacyjnego, wniosek ten składany jest już po otwarciu postępowa-

[25] Por. Szanciło T., [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do art. 203*, red. T. Szanciło, Legalis 2019.

[26] Zimmerman P., *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz do art. 7*, nb. 3, Legalis 2020.

[27] Filipiak P., [w:] *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz do art. 7*, A. Hrycaj (red.), P. Filipiak (red.), LEX/el. 2020.

[28] Zimmerman P., tamże, nb. 4.

[29] Filipiak P., tamże.

[30] Por. Zimmerman P., tamże; Filipiak P., tamże.

nia, które z formalnego punktu widzenia – co wynika jednoznacznie z art. 16 ust. 1 ustawy o UPR – następuje z chwilą dokonania przez dłużnika obwieszczenia. Otwarcie postępowania ma dla wierzycieli realne znaczenie, ponieważ od tego momentu nakładane są na nich określone ograniczenia (nie mają możliwości prowadzenia egzekucji wobec dłużnika, ustanowienia zabezpieczenia, nie mogą żądać zapłaty należności z tytułu wierzytelności objętych układem czy wypowiadać niektórych umów). Z proceduralnego punktu widzenia obwieszczenie posiada takie znaczenie jak postanowienie sądu restrukturyzacyjnego o otwarciu postępowania. Adekwatne pozostają zatem uwagi cytowanych przedstawicieli doktryny, że po otwarciu postępowania swoboda dłużnika w zakresie czynności dyspozycyjnych ulega ograniczeniu. Chroniony powinien być interes wierzycieli, którzy przez pewien czas znosili wskazane ograniczenia stwarzające dla nich niewątpliwie określone ryzyka ekonomiczne, a z drugiej strony zaakceptowali propozycje układowe, przyjmując w głosowaniu układ, i w międzyczasie wkalkulowali go już w swoje plany gospodarcze. Układ działa zresztą nie tylko na korzyść dłużnika, ale również wierzycieli – umożliwia uniknięcie upadłości i przez to zachowanie relacji handlowych; w większości wypadków będzie dawał wierzycielom wyższy stopień zaspokojenia niż ten, którego mogliby oczekiwać w przypadku ogłoszenia upadłości. Należy pamiętać, że od momentu otwarcia postępowania wierzyciele stają się jego uczestnikami, co powinno wykluczać samodzielne decydowanie przez dłużnika o losach i przebiegu postępowania.

Z kolei brak jest podstaw, aby całkowicie wykluczać możliwość cofnięcia przez dłużnika wniosku o zatwierdzenie układu. Skoro jednak czynność ta prowadzić będzie do umorzenia uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego, należy rozważyć stosowanie przez analogię reguły art. 325 ust. 1 pkt 3) PR. W postępowaniu tym nie funkcjonuje rada wierzycieli, brak jest także sędziego-komisarza, wobec czego możliwe jest przyjęcie, że aby prawa uczestników były respektowane, na cofnięcie wniosku wyrazić powinni zgodę wszyscy wierzyciele. Należy wskazać, iż podobny zakładający konieczność uzyskania zgody wszystkich wierzycieli model zawiera Prawo upadłościowe – zgodnie z art. 360 ust. 1 pkt 3 PU sąd umarza postępowanie upadłościowe m.in., „jeżeli wszyscy wierzyciele, którzy zgłosili swoje wierzytelności, żądają umorzenia postępowania, a upadły wyraził na to zgodę". Przedstawiony pogląd korespondowałby także z ideą wyrażoną w art. 203 § 1 kpc na gruncie procesu cywilnego, gdzie cofnięcie pozwu po rozpoczęciu rozprawy (jeśli powód nie zrzeka się roszczenia) jest możliwe tylko za zgodą pozwanego. Odpowiednie stosowanie tego przepisu (na podstawie art. 209 PR) uzasadniałoby tezę, że w szczególności po przyjęciu układu (co może być w tym kontekście traktowane jako swego rodzaju odpowiednik przeprowadzonej rozprawy) dla skutecznego cofnięcia wniosku o jego zatwierdzenie wymagana jest zgoda wszystkich uczestników.

Skoro uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne stanowi w założeniu ułatwienie dla dłużnika w przeprowadzeniu restrukturyzacji, uprawniony jest wniosek, że powinien on się liczyć z bardziej rygorystycznymi wymogami w zakresie warunków cofnięcia wniosku restrukturyzacyjnego/umorzenia postępowania, polegającymi w szczególności na uzyskaniu zgody innych podmiotów uczestniczących.

Inną możliwą interpretacją chroniącą wierzycieli (w szczególności przy uznaniu, iż nie jest wymagana ich zgoda na cofnięcie wniosku o zatwierdzenie układu przez dłużnika) jest przyjęcie odpowiedniego zastosowania art. 203 § 4 kpc (w zw. z art. 209 PR oraz w zw. z art. 3 ust. 1 PR). Zgodnie z tą regulacją sąd restrukturyzacyjny mógłby ocenić cofnięcie wniosku za niedopuszczalne, jeśli okoliczności sprawy wskazywałyby, że czynność ta jest sprzeczna z prawem lub zasadami współżycia społecznego albo zmierza do obejścia prawa. Cofnięcie wniosku o zatwierdzenie przyjętego przez wierzycieli układu, o ile nie zachodzą szczególne okoliczności uzasadniające takie działanie, powinno być, co do zasady, uznane co najmniej za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Przypomnieć należy, że uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne jest postępowaniem w rozumieniu art. 2 PR i należy je prowadzić z uwzględnieniem celów wskazanych w art. 3 PR, w szczególności mając na uwadze konieczność respektowania słusznych praw wierzycieli. W tym kontekście stwierdzić trzeba, że wierzyciele mają prawo do tego, aby przyjęty przez nich układ został zatwierdzony i jeśli dłużnik złożył wniosek o zatwierdzenie układu, nie powinien korzystać ze swobody w zakresie jego cofnięcia. W każdym wypadku należy uznać, że dłużnik nie może samodzielnie decydować o cofnięciu wniosku o zatwierdzenie układu.

Na marginesie należy zaznaczyć, że dłużnik nie może również w oczywisty sposób cofnąć obwieszczenia o otwarciu postępowania, jeżeli ukazało się ono już w Monitorze Sądowym i Gospodarczym. Ze względu na fakt, iż obwieszczenie to pełni funkcję analogiczną jak postanowienie o otwarciu postępowania, co powoduje ograniczenie zasady dyspozycyjności, i od daty obwieszczenia dłużnik nie może samodzielnie decydować o zamknięciu postępowania, nie jest także, w ocenie auto-

rów, prawnie dopuszczalna sytuacja, w której dłużnik opublikuje nowe obwieszczenie nakierowane na uchylenie skutków poprzedniego. Nie jest natomiast wykluczone cofnięcie wniosku o dokonanie obwieszczenia, dopóki nie ukazało się ono w Monitorze Sądowym i Gospodarczym. Ponieważ postępowanie nie zostało jeszcze wszczęte, o cofnięciu w takiej sytuacji może zdecydować samodzielnie dłużnik i czynność ta nie podlega opisanym ograniczeniom.

KWESTIA ODPOWIEDZIALNOŚCI Z ART. 373 PU I ART. 586 KSH

Ustawa o UPR wprowadza regulację chroniącą dłużnika, który dokonał otwarcia uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego, przed roszczeniami z tytułu nieterminowego złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Dotyczy to odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną wskutek niezłożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie określonym w art. 21 ust. 1 lub 2a PU (art. 25 ust. 1 pkt 1) ustawy o UPR), odpowiedzialności za zobowiązania spółki, o których mowa w art. 299 § 1 ksh (art. 25 ust. 1 pkt 2) ustawy o UPR), odpowiedzialności za zaległości podatkowe, o których mowa w art. 116 § 1 ordynacji podatkowej (art. 25 ust. 1 pkt 3) ustawy o UPR). Warunkiem wyłączenia odpowiedzialności jest wykazanie przez dłużnika, że w terminie określonym w art. 21 ust. 1 lub 2a PU dokonano obwieszczenia o otwarciu uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego oraz że w postępowaniu tym doszło do prawomocnego zatwierdzenia układu. W przypadku gdy postępowanie nie zakończyło się zatwierdzeniem układu, dłużnik będzie zwolniony z odpowiedzialności, jeżeli doszło do „otwarcia postępowania sanacyjnego lub do złożenia uproszczonego wniosku o ogłoszenie upadłości na podstawie art. 23 [tj. w terminie do wniesienia zażalenia na postanowienie o odmowie zatwierdzenia układu lub w ciągu 7 dni od umorzenia postępowania o zatwierdzenie układu, jeżeli umorzenie następuje po złożeniu wniosku o zatwierdzenie układu] „lub że w terminie 7 dni od umorzenia postępowania o zatwierdzenie układu na podstawie art. 20 [tj. jeżeli w terminie 4 miesięcy od dnia dokonania obwieszczenia nie wpłynie do sądu wniosek o zatwierdzenie układu] złożono wniosek o ogłoszenie upadłości albo wniosek o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego, który doprowadził do otwarcia takiego postępowania".

Regulacja ta uzupełnia i rozszerza przesłanki wyłączenia odpowiedzialności wskazane w art. 21 ust. 3 PU, art. 299 § 2 ksh i art. 116 § 1 pkt 1) lit b) ordynacji podatkowej. Zgodnie z tymi przepisami podmiot będzie zwolniony z odpowiedzialności, m.in. jeżeli we właściwym czasie zatwierdzono układ w postępowaniu o zatwierdzenie układu. Natomiast w przypadku uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego w myśl postanowień art. 25 ustawy o UPR ochrona w określonych sytuacjach może obejmować również okres od dnia obwieszczenia o otwarciu postępowania.

Zaznaczyć należy, że sankcje z tytułu niezłożenia w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości określają również art. 373 i nast. PU (zakaz prowadzenia działalności gospodarczej) oraz art. 586 ksh (odpowiedzialność karna za niezgłoszenie wniosku o upadłość spółki handlowej pomimo powstania warunków uzasadniających według przepisów upadłość spółki). Ustawodawca w art. 25 ustawy o UPR nie odniósł się do tych regulacji. Wynika to przede wszystkim z faktu, że w przywołanych przepisach brak w ogóle odniesienia do zatwierdzenia układu w postępowaniu o zatwierdzenie układu. Art. 373 ust. 1a PU stanowi jedynie, iż „mimo zaistnienia przesłanki, o której mowa w ust. 1 pkt 1, sąd może oddalić wniosek o orzeczenie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, jeżeli został złożony wniosek o otwarcie przyspieszonego postępowania układowego, postępowania układowego lub postępowania sanacyjnego, a rozmiar pokrzywdzenia wierzycieli jest nieznaczny" – odwołując się do innych postępowań restrukturyzacyjnych, nie wspomina o postępowaniu o zatwierdzenie układu. W doktrynie wskazuje się, że zatwierdzenie układu uchyla w tym przypadku przesłankę niewypłacalności, mogą jednak istnieć wątpliwości co do odpowiedzialności z tytułu zakazu działalności gospodarczej osoby, która rozpoczęła procedurę postępowania o zatwierdzenie układu, ale układ nie został jeszcze prawomocnie zatwierdzony[31]. Z kolei art. 586 ksh nie określa wprost okoliczności wyłączających odpowiedzialność. Wzgląd na potrzebę zachowania spójności regulacji zadecydował z pewnością o tym, że również art. 25 ustawy o UPR nie odnosi się do przepisów art. 373 PU i art. 586 ksh.

W ocenie autorów nie może to jednak oznaczać, że otwarcie uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego nie wywiera żadnego wpływu na ocenę podstaw odpowiedzialności z art. 373 PU i art. 586 ksh. Zastosowanie reguł wykładni systemowej i funkcjonalnej powinno prowadzić do wniosku, że wobec podmiotu, który otworzył uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne (o ile został zatwierdzony układ albo wystąpiły inne okoliczności wskazane w art. 25 ust. 1 *in fine* ustawy o UPR), nie powinna być stosowana sankcja określona w art. 373 PU i art. 586 ksh.

[31] Por. Witosz A.J., [w:] *Prawo upadłościowe. Komentarz do art. 373, pkt 11*, A.J. Witosz (red.), WKP 2017.

Zgodnie z ogólną zasadą postępowanie restrukturyzacyjne służy uniknięciu ogłoszenia upadłości (art. 3 ust. 1 PR). Ustawa dopuszcza jego prowadzenie również w odniesieniu do podmiotu, który stał się niewypłacalny (art. 6 ust. 1 PR), a więc takiego, co do którego wystąpiły podstawy ogłoszenia upadłości. Jak wskazano, przepisy regulujące zbieg postępowania upadłościowego i restrukturyzacyjnego dają pierwszeństwo restrukturyzacji – co do zasady w pierwszej kolejności sąd powinien rozpoznać wniosek restrukturyzacyjny (art. 12 ust. 2 PR i art. 9b ust. 2 PU), a jeżeli otwarto postępowanie restrukturyzacyjne, ogłoszenie upadłości nie może nastąpić (art. 9a PU). Systemowo niespójne z tymi zasadami byłoby wymaganie – pod sankcją odpowiedzialności karnej bądź orzeczenia zakazu prowadzenia działalności – aby dłużnik zgłaszał wniosek o ogłoszenie upadłości w sytuacji, gdy wszczął uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne[32].

Ponadto należy mieć na uwadze, że celem regulacji art. 373 PU i art. 586 ksh jest ochrona bezpieczeństwa obrotu poprzez sankcjonowanie działań stwarzających w tym zakresie zagrożenie, przy uwzględnieniu zawinienia danego podmiotu. W tym kontekście wskazać trzeba, że osoba, która decyduje się na wszczęcie uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego, nie narusza wskazanego dobra prawnego, wręcz przeciwnie – wykazuje się dbałością o bezpieczeństwo obrotu gospodarczego. Jak słusznie wskazuje M. Królikowski, omawiając normę art. 586 ksh w kontekście postępowań restrukturyzacyjnych, „jeżeli bowiem dana osoba działała w celu restrukturyzacji podmiotu i wywiązania się z zaciągniętych zobowiązań, w szczególności przygotowania podmiotu do przeprowadzenia układu lub prowadzenia rzeczywistych rozmów z wierzycielami dotyczącymi rozłożenia spłaty wierzytelności wraz z pozyskiwaniem nowych źródeł finansowania, to w świetle nowej regulacji z analizowanego obszaru zachowanie to nie przekroczyło akceptowanych przez ustawodawcę zasad postępowania z dobrem w postaci interesu wierzycieli i konieczności zaspokojenia ich roszczeń przy próbie ochrony podmiotu zagrożonego niewypłacalnością"[33]. Działanie nakierowane jest na uniknięcie ogłoszenia upadłości, której skutki mogą być znacznie groźniejsze dla kontrahentów i w następstwie której wierzyciele najprawdopodobniej uzyskaliby zaspokojenie w znacznie niższym stopniu. Restrukturyzacja umożliwia utrzymanie przedsiębiorstwa i zachowanie relacji handlowych, co działa na korzyść szeregu podmiotów współpracujących z dłużnikiem. W związku z tym nawet złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości, który nie zostanie rozpoznany ze względu na otwarcie uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego (art. 9a PU), wywołuje skutek stygmatyzujący, może podważać zaufanie do dłużnika, grozić zerwaniem współpracy przez kontrahentów, a w konsekwencji zmniejszać szanse na pomyślną restrukturyzację bądź prowadzić do pogorszenia warunków układu.

Z drugiej strony w uproszczonym postępowaniu restrukturyzacyjnym bezpieczeństwo obrotu zapewniają dodatkowo obowiązujące już od dnia jego otwarcia mechanizmy, takie jak obowiązek uzyskania zgody nadzorcy układu na czynności dłużnika przekraczające zakres zwykłego zarządu czy zakaz prowadzenia indywidualnych egzekucji (przez co zapewniona zostaje równość wierzycieli oraz zniwelowane niebezpieczeństwo naruszenia struktury przedsiębiorstwa).

Wobec tego zdaniem autorów nie sposób postawić dłużnikowi, który dokonał otwarcia uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego, zarzutu działania nagannego i naruszającego bezpieczeństwo obrotu gospodarczego. W konsekwencji jeżeli układ zostanie zawarty, a w innym wypadku jeśli dłużnik postąpi zgodnie z regułami opisanymi w art. 25 ust. 1 *in fine* ustawy o UPR, nie powinien ponosić odpowiedzialności, o której mowa w art. 373 PU i art. 586 ksh.

PODSUMOWANIE

Wprowadzenie uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego należy ocenić bardzo pozytywnie. Stanowiąc połączenie pozytywnych rrozwiązań pochodzących z różnych obowiązujących dotychczas rodzajów postępowań restrukturyzacyjnych, stwarza ono sprawny mechanizm umożliwiający efektywne przeprowadzenie restrukturyzacji. Najbliższy czas pokaże, na ile postępowanie to spełni wiązane z nim oczekiwania i znajdzie uznanie tak wśród przedsiębiorców, jak i wierzycieli, którzy mogą znaleźć narzędzie sprawnej restrukturyzacji dłużnika. Nowa konstrukcja oparta na dotychczasowym postępowaniu o zatwierdzenie układu uzupełniona o elementy z innych postępowań może przy jej stosowaniu stwarzać pewne problemy interpretacyjne. W publikowanym artykule podjęto próbę omówienia i rozstrzygnięcia niektó-

[32] Por. w tym zakresie Rodzynkiewicz M., [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do art. 586*; A. Opalski (red.), Legalis 2016, wskazujący na potrzebę dokonywania w tym kontekście wykładni funkcjonalnej art. 586 ksh; podobnie w kontekście spójności systemowej z art. 21 ust. 3 PU i art. 299 ksh: Maśnicka M., *Postępowanie restrukturyzacyjne a odpowiedzialność karna członków zarządu spółek i likwidatorów za niezłożenie wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie*, „Palestra" 2018, nr 1-2, s. 114-120; odmiennie: Gąsior A., *Wejście w życie ustawy – Prawo restrukturyzacyjne a odpowiedzialność karna za niezłożenie wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie*, „Dor. Restr." 2016, nr 4, s. 104-114.

[33] Królikowski M., [w:] *Restrukturyzacja i upadłość przedsiębiorstw 2.1. Rozdz. X. Modyfikacja normy z art. 586 KSH po wejściu w życie Prawa restrukturyzacyjnego*, red. R. Adamus, M. Geromin, B. Groele, Z. Miczek, Legalis 2019.

rych z nich. Niezależnie od możliwego doprecyzowania przepisów w drodze interwencji ustawodawcy usunięcie przynajmniej części wątpliwości będzie możliwe przy zastosowaniu odpowiednich reguł wykładni.

Jeżeli regulacja sprawdzi się w praktyce, należy oczekiwać, że zostanie utrzymana bądź stanie się podstawą zmian w Prawie restrukturyzacyjnym. Sam ustawodawca zakłada przeniesienie przyjętych rozwiązań do Prawa restrukturyzacyjnego w ramach planowego dostosowania polskich regulacji restrukturyzacyjnych do postanowień Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1023 z 20 czerwca 2019 r. w sprawie ram restrukturyzacji zapobiegawczej, umorzenia długów i zakazów prowadzenia działalności oraz w sprawie środków zwiększających skuteczność postępowań dotyczących restrukturyzacji, niewypłacalności i umorzenia długów, a także zmieniającej dyrektywę (UE) 2017/1132 (dyrektywa o restrukturyzacji i upadłości), która powinna zostać transponowana do krajowego porządku prawnego do 17 lipca 2021 r.[34]

[34] Por. uzasadnienie projektu ustawy o UPR.

Norbert Frosztęga[1]

UPROSZCZONE POSTĘPOWANIE RESTRUKTURYZACYJNE – ZAGADNIENIA WYBRANE

24 czerwca 2020 r. weszła w życie ustawa o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami Covid-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem Covid-19[2], zwana powszechnie tarczą 4.0. Choć podany akt prawny nakierowany jest przede wszystkim na wsparcie dla jednostek samorządu terytorialnego w walce z konsekwencjami finansowymi wywołanymi pandemią koronawirusa, wprowadza również tzw. uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne. Lektura przepisów normujących rzeczone postępowanie oraz pierwsze tygodnie ich obowiązywania i stosowania pozwalają dostrzec pojawiające się spory interpretacyjne.

W ramach publikacji autor przedstawia wybrane zagadnienia problematyczne dostrzegane na gruncie instytucji uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego, prezentując zarazem możliwy sposób ich rozstrzygnięcia. Należy jednak założyć, że w miarę upływu czasu, tak jak pojawiać się będą kolejne wątpliwości interpretacyjne, tak też niektóre z nich znajdą swoje rozwiązania w praktyce restrukturyzacyjnej.

UPROSZCZONE POSTĘPOWANIE RESTRUKTURYZACYJNE

Uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne nie jest procedurą zupełnie autonomiczną. Nie jest piątym postępowaniem restrukturyzacyjnym, obok postępowania o zatwierdzenie układu, przyspieszonego postępowania układowego, postępowania układowego oraz postępowania sanacyjnego. Jest to postępowanie o zatwierdzenie układu, które wyróżnia się tym, że – decyzją dłużnika – toczy się przy uwzględnieniu odrębności wynikających z przepisów art. 15-25 tarczy 4.0. To dłużnik decyduje, czy wdrażając procedurę restrukturyzacyjną, wybierze „klasyczne" postępowanie o zatwierdzenie układu, postępowanie o zatwierdzenie układu z modyfikacjami wynikającymi z tarczy 4.0, czy też inne postępowanie restrukturyzacyjne. Choć rozdział 6 ustawy zatytułowany został „Uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne", to obwieszczenie w Monitorze Sądowym i Gospodarczym skutkuje otwarciem postępowania o zatwierdzenie układu. Jest ono prowadzone w oparciu o przepisy ustawy – Prawo restrukturyzacyjne[3] znajdujące zastosowanie właśnie do postępowania o zatwierdzenie układu, ale ze zmianami wynikającymi ze wspominanych przepisów tarczy 4.0. Konkluzja ta znajduje wsparcie w wykładni poszczególnych przepisów, ulokowanych w rozdziale 6 ustawy[4], gdzie konsekwentnie jest mowa o postępowaniu o zatwierdzenie układu. Posłużenie się przez ustawodawcę określeniem „uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne" prowadzi więc wyłącznie do odróżnienia procedury wszczynanej w oparciu o przepisy tarczy 4.0 od „klasycznego" postępowania o zatwierdzenie układu, ale nadal jest to ten sam rodzaj postępowania restrukturyzacyjnego.

Akceptacja wskazanego spostrzeżenia nakazuje przyjąć regułę interpretacyjną, w myśl której przepisy normujące uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne należy wykładać zgodnie z zasadami i istotą postępowania o zatwierdzenie układu. O ile zatem w przepisach tarczy 4.0 nie postanowiono inaczej, wszędzie tam, gdzie dane rozwiązanie (instytucja prawna) nie znajduje zastosowania do postępowania o zatwierdzenie układu, czy to z mocy wyraźnego przepisu, czy też z uwagi na ich charakter, nie znajdzie zastosowania także do uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego.

[1] Adwokat i wspólnik w Kancelarii Zimmerman i Wspólnicy, doradca restrukturyzacyjny w Zimmerman Filipiak Restrukturyzacja S.A.

[2] Ustawa z 19 czerwca 2020 r. (Dz. U. z 2020 r., poz. 1086), dalej również jako „tarcza 4.0" lub „ustawa".

[3] Ustawa z 15 maja 2015 r., t.j. z 16 kwietnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r., poz. 814).

[4] Przykładowo: art. 15 ust. 1, art. 16 ust. 1 i 3, art. 20 ust. 1.

Warto również dodać, że zaprojektowane dla uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego rozwiązania pozostają w zgodzie z instrumentami służącymi przeprowadzeniu sprawnej restrukturyzacji, zawartymi w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1023 z 20 czerwca 2019 r. w sprawie ram restrukturyzacji zapobiegawczej, umorzenia długów i zakazów prowadzenia działalności oraz w sprawie środków zwiększających skuteczność postępowań dotyczących restrukturyzacji, niewypłacalności i umorzenia długów, a także zmieniającej dyrektywę (UE) 2017/1132 (dyrektywa o restrukturyzacji i upadłości), która powinna zostać transponowana do krajowego porządku prawnego do 17 lipca 2021 r. Implementacja rozwiązań przyjętych w podanej dyrektywie, jak można zakładać, nie nastąpi w formie dodania do ustawy – Prawo restrukturyzacyjne kolejnego (nowego) postępowania, lecz właśnie poprzez stosowną modyfikację przepisów normujących zwłaszcza postępowanie o zatwierdzenie układu.

SPOSÓB LICZENIA GŁOSÓW

Postępowanie o zatwierdzenie układu, w kształcie dotychczas obowiązującym, umożliwia zawarcie układu w wyniku samodzielnego zbierania głosów wierzycieli przez dłużnika bez udziału sądu. W odróżnieniu od pozostałych procedur restrukturyzacyjnych ma ono charakter postępowania pozasądowego, zaś aktywność sądu uwidacznia się dopiero w końcowej jego fazie, po złożeniu wniosku o zatwierdzenie układu. Może być prowadzone, jeżeli suma wierzytelności spornych uprawniających do głosowania nad układem nie przekracza 15% sumy wierzytelności uprawniających do głosowania nad układem.

Pozasądowy przebieg postępowania o zatwierdzenie układu został przez ustawodawcę powiązany z wprowadzeniem odmiennych zasad liczenia większości niezbędnych do zawarcia układu. Wprowadzając do obrotu prawnego ustawę – Prawo restrukturyzacyjne, założono, że skoro po ustaleniu dnia układowego to dłużnik zbiera głosy na piśmie, przedstawiając wierzycielom karty do głosowania, to sytuacja taka może rodzić pole do nadużyć ze strony nierzetelnych dłużników. Dlatego też w tej procedurze dla zawarcia układu konieczne jest, aby za jego przyjęciem wypowiedziała się większość wierzycieli uprawnionych do głosowania nad układem, mających łącznie co najmniej dwie trzecie sumy wierzytelności uprawniających do głosowania nad układem[5]. Odmienność względem pozostałych procedur restrukturyzacyjnych sprowadza się zatem do tego, że wymagana większość jest liczona od sumy wierzycieli głosujących, nie zaś od uprawnionych do głosowania. Jak wyjaśniono w uzasadnieniu do projektu p.r., „Różnica w tym zakresie wynika z konieczności wyeliminowania działań dłużnika, które zmierzałyby do braku rzeczywistego powiadomienia wierzycieli (braku doręczenia im propozycji układowych) i przedstawienia ich przed sądem jako wierzycieli biernych, którzy nie będą brani pod uwagę przy ustalaniu niezbędnych większości. W pozostałych bowiem postępowaniach to sąd dokonuje odpowiednich zawiadomień wierzycieli, a zatem wyeliminowane będzie ryzyko tendencyjnie niewłaściwego doręczania propozycji układowych"[6]. Nie oceniając zasadności takich obaw (zwłaszcza wobec wymogu z art. 219 ust. 2 pkt 2 p.r.)[7], zauważyć trzeba, że choć aktualnie stan prawny uległ zmianie polegającej na tym, że w pozostałych postępowaniach (przyspieszonym postępowaniu układowym, postępowaniu układowym oraz postępowaniu sanacyjnym) to nie sąd dokonuje zawiadomień wierzycieli, lecz pozasądowy organ postępowania restrukturyzacyjnego (nadzorca sądowy lub zarządca)[8], to jednak nadal kompetencji tej nie powierzono dłużnikowi. We wszystkich innych postępowaniach niż postępowanie o zatwierdzenie układu uprawnienia związane z zawiadamianiem wierzycieli o terminie zgromadzenia pozostają w gestii organu postępowania (nadzorcy sądowego lub zarządcy), a nie dłużnika.

Jedną z cech wyróżniających uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne jest wprowadzenie możliwości wyznaczenia przez nadzorcę układu terminu zgromadzenia wierzycieli w celu głosowania nad układem. *Verba legis* wyznaczenie terminu zgromadzenia wierzycieli może nastąpić „niezależnie od zbierania głosów, o którym mowa w art. 212 ustawy z 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne". Przywołane rozwiązanie budzi dwie podstawowe niejasności interpretacyjne. Pierwsza odnosi się do sposobu liczenia większości niezbędnych do przyjęcia układu w sytuacji wyznaczenia zgromadzenia wierzycieli, druga zaś do relacji samodzielnego zbierania głosów przez dłużnika względem wyznaczenia zgromadzenia

[5] Zob. art. 217 ust. 1 p.r.

[6] Uzasadnienie do projektu ustawy – Prawo restrukturyzacyjne, s. 45-46.

[7] Wymóg dołączenia do wniosku o zatwierdzenie układu dowodu wysłania kart do głosowania wierzycielom, którzy nie głosowali, wydaje się dostatecznie chronić interesy wierzycieli, niemniej jednak można w tym zakresie zgłosić co najwyżej wniosek *de lege ferenda* zrównania zasad liczenia głosów w ramach każdej z procedur restrukturyzacyjnych (tj. liczenia głosów wyłącznie wierzycieli ważnie głosujących).

[8] Zob. art. 105 ust. 5-6 p.r. Dokonana w tym zakresie nowelizacja nie narusza interesów wierzycieli. Nadzorca lub zarządca jest organem postępowania restrukturyzacyjnego. Szczególne wymogi stawiane przed kandydatami na doradcę restrukturyzacyjnego, wymóg posiadania licencji oraz polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, a także znaczna samodzielność oraz status prawny oznaczają, że w zakresie wykonywanych obowiązków powinien on być traktowany jako profesjonalista (por. w odniesieniu do syndyka: wyrok SN z 21 sierpnia 2013 r., II CSK 707/12, OSNC 2014, nr 4, poz. 48).

wierzycieli w kontekście wzajemnego nakładania się bądź wykluczania tych trybów.

W art. 19 tarczy 4.0, przewidującym możliwość zwołania zgromadzenia wierzycieli przez nadzorcę układu, w ust. 6 wskazano, że „przyjęcie układu określonego niniejszymi przepisami ustala się w oparciu o art. 119 ustawy z 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne. Przyjęcie układu stwierdza nadzorca układu". Oznacza to, że przyjęcie takiego układu ustala się według reguł liczenia głosów właściwych dla innych procedur restrukturyzacyjnych niż postępowanie o zatwierdzenie układu, a więc większość potrzebna do przyjęcia układu obliczana jest według liczby ważnie głosujących wierzycieli (a nie uprawnionych do głosowania)[9]. Przyjęte rozwiązanie rodzi pytanie, czy liczenie głosów zgodnie z art. 119 p.r. ma zastosowanie w każdym uproszczonym postępowaniu restrukturyzacyjnym, czy też tylko wówczas gdy dochodzi w jego ramach do wyznaczenia terminu zgromadzenia wierzycieli. Odpowiedź na to pytanie jest absolutnie fundamentalna, jeśli idzie o etap liczenia głosów i stwierdzania przez nadzorcę, czy układ został przyjęty, co z kolei rzutuje na powodzenie całego postępowania.

Zdaniem autora, na gruncie uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego ustalenie przyjęcia układu w oparciu o art. 119 p.r. (a więc uwzględniając wierzycieli ważnie głosujących) ma miejsce tylko w tych postępowaniach, w których doszło do wyznaczenia przez nadzorcę układu zgromadzenia wierzycieli (nawet jeśli równocześnie głosy zbiera samodzielnie dłużnik). Jeśli zaś zgromadzenie nie zostało wyznaczone i głosowanie opiera się wyłącznie na samodzielnym zbieraniu głosów przez dłużnika (czyli tak jak w „klasycznym" postępowaniu o zatwierdzenie układu), niezmienna pozostaje zasada, że aby doszło do przyjęcia układu, za jego przyjęciem musi wypowiedzieć się większość wierzycieli uprawnionych do głosowania nad układem, mających łącznie co najmniej dwie trzecie sumy wierzytelności uprawniających do głosowania nad układem. Innymi słowy, dopóki nie dojdzie do wyznaczenia terminu zgromadzenia wierzycieli, dopóty przyjęcie układu w uproszczonym postępowaniu restrukturyzacyjnym ustala się w oparciu o art. 217 p.r.

Jak już wspominano, w art. 19 ust. 6 ustawy ustawodawca wskazał, że przyjęcie układu „określonego niniejszymi przepisami" ustala się w oparciu o art. 119 p.r. Nietrafne byłoby wywodzenie z tego sformułowania poglądu, że przyjęcie układu „niniejszymi przepisami" oznacza przyjęcie każdego układu w każdym uproszczonym postępowaniu restrukturyzacyjnym. Uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne nie jest odrębną procedurą restrukturyzacyjną, lecz postępowaniem o zatwierdzenie układu z modyfikacjami wynikającymi z tarczy 4.0. Jedną z takich modyfikacji jest przewidziana w art. 19 ustawy możliwość wyznaczenia terminu zgromadzenia wierzycieli w celu głosowania nad układem. Przepis ten reguluje kwestie związane z takim zgromadzeniem, w tym odsyłając do odpowiedniego stosowania przepisów o zgromadzeniu wierzycieli zawartych w p.r. oraz art. 264 p.r. Skoro zatem przepis wskazujący na przyjęcie układu w oparciu o art. 119 p.r. znajduje się w art. 19, tj. artykule będącym jednostką redakcyjną tekstu zawierającą przepisy prawne normujące możliwość zwołania zgromadzenia wierzycieli w uproszczonym postępowaniu restrukturyzacyjnym, to odesłanie w ust. 6 do „niniejszych przepisów" należy rozumieć jako zawężenie stosowania tego przepisu do sytuacji, gdy doszło do wyznaczenia terminu zgromadzenia wierzycieli. Układ „określony niniejszym przepisami" w rozumieniu art. 19 ust. 6 ustawy to układ, który został – na zasadzie modyfikacji względem przepisów ogólnych – zawarty w sytuacji, gdy zwołano zgromadzenie wierzycieli. Gdyby ustawodawca chciał wprowadzić generalną zasadę, że w uproszczonym postępowaniu restrukturyzacyjnym przyjęcie układu zawsze następuje przy zastosowaniu reguł z art. 119 p.r., to przepis ten wyodrębniłby do odrębnego artykułu (nie wiążąc tej kwestii z instytucją zgromadzenia wierzycieli), ale przede wszystkim pominąłby sformułowanie „określonego niniejszym przepisami", skoro wszystkie przepisy rozdziału 6 tarczy 4.0 odnoszą się do procedury uproszczonej restrukturyzacji. W art. 15 ust. 1 ustawy wprost przecież wskazano, że dłużnik może obwieścić w MSiG o otwarciu postępowania o zatwierdzenie układu prowadzonego w oparciu o przepisy p.r. znajdujące zastosowanie do postępowania o zatwierdzenie układu „ze zmianami wynikającymi z poniższych przepisów". Każda zmiana wynikająca z „poniższych przepisów", a więc wszystkich przepisów rozdziału 6 tarczy 4.0, nakłada się zatem na przepisy p.r. normujące postępowanie o zatwierdzenie układu. Tym samym dodawanie w danym przepisie (jak w art. 19 ust. 6) raz jeszcze dookreślenia, że chodzi o układ „określony niniejszym przepisami", byłoby nielogiczne.

Na gruncie zasad techniki prawodawczej[10] przyjmuje się, że jeżeli norma ma znajdować zastosowanie we wszyst-

[9] Art. 119 ust. 1 p.r. stanowi, że uchwała zgromadzenia wierzycieli o przyjęciu układu zapada, jeżeli wypowie się za nią większość głosujących wierzycieli, którzy oddali ważny głos, mających łącznie co najmniej dwie trzecie sumy wierzytelności przysługujących głosującym wierzycielom.

[10] Rozporządzenie z 20 czerwca 2002 r. Prezesa Rady Ministrów w sprawie „Zasad Techniki Prawodawczej" (t.j. z 29 lutego 2016 r.; Dz. U. z 2016 r., poz. 283, ze zm.), dalej jako „zasady techniki prawodawczej".

kich okolicznościach, w przepisie prawnym nie określa się okoliczności jej zastosowania (§ 145 ust. 1). Natomiast jeżeli norma ma znajdować zastosowanie tylko w określonych okolicznościach, okoliczności te jednoznacznie i wyczerpująco wskazuje się w przepisie prawnym przez rodzajowe ich określenie. Gdyby art. 19 ust. 6 ustawy przewidujący przyjmowanie układu według art. 119 p.r. miał mieć zastosowanie we wszystkich okolicznościach, czyli we wszystkich uproszczonych postępowaniach, nie powinno się określać okoliczności stosowania tego przepisu. Skoro jednak ustawodawca w art. 19 ust. 6 ustawy ponownie (dodatkowo względem art. 15 ust. 1) posłużył się określeniem „niniejszym przepisami", to należy przyjąć, że zrobił to właśnie po to, aby wyczerpująco i jednoznacznie zakreślić przypadki zastosowania tej normy, tj. wskazać, że ma ona zastosowanie tylko wówczas, gdy układ jest zawierany w okolicznościach, o których mowa w przepisie art. 19, czyli w przypadku wyznaczenia zgromadzenia wierzycieli.

Przede wszystkim jednak na rzecz poglądu, że przyjęcie układu w uproszczonym postępowaniu restrukturyzacyjnym ustala się w oparciu o art. 119 p.r. tylko w sytuacji, gdy dojdzie do wyznaczenia terminu zgromadzenia wierzycieli, przemawia przywołane wcześniej uzasadnienie wprowadzenia odmiennego sposobu liczenia głosów w ramach głosownia nad układem w postępowaniu o zatwierdzenie układu. Ustawodawca dążył w ten sposób do wyeliminowania działań dłużnika, które zmierzałyby do braku rzeczywistego powiadomienia wierzycieli, przedstawiając ich jako wierzycieli biernych, pomijanych przy ustalaniu niezbędnych większości. Jeśli więc w ramach danego uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego nadzorca układu nie wyznacza terminu zgromadzenia wierzycieli, to podmiotem zarządzającym głosowaniem (tj. zbierającym głosy, przedstawiając wierzycielom karty do głosowania) jest dłużnik. W tych warunkach niezmienna pozostaje zaś konieczność ochrony interesów wierzycieli przed nierzetelnym działaniem dłużnika i nie ma uzasadnienia, aby – odmiennie niż na gruncie „klasycznego" postępowania o zatwierdzenie układu – liczyć głosy tylko wierzycieli faktycznie i ważnie glosujących (a nie uprawnionych do głosowania). Interpretacja przeciwna prowadziłaby do niezrozumiałej rozbieżności pomiędzy zasadami liczenia głosów w ramach uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego (w opcji bez zwoływania zgromadzenia) oraz w „klasycznym" postępowaniu o zatwierdzenie układu. W każdym z tych przypadków głosy zbierałby bowiem samodzielnie dłużnik, a mimo to głosy liczyłoby się w odmienny sposób.

Kolejnym zagadnieniem budzącym wątpliwości jest to, czy wyznaczenie terminu zgromadzenia wierzycieli przez nadzorcę układu oznacza, że dłużnik traci uprawnienie do samodzielnego zbierania głosów (stosownie do art. 212 p.r.), czy też głosowanie może odbywać się dwutorowo (równolegle), tj. zarówno w ramach zwołanego zgromadzenia, jak i w drodze zbierania przez dłużnika głosów na piśmie.

Ogólną zasadą postępowań restrukturyzacyjnych jest głosowanie na zgromadzeniu wierzycieli w sposób pisemny, przy czym wierzyciel obecny na zgromadzeniu może głosować również ustnie. Zasada ta nie doznaje wyłomu na gruncie uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego, gdy dojdzie do wyznaczenia terminu zgromadzenia wierzycieli przez nadzorcę układu. Do zgromadzenia takiego stosuje się bowiem odpowiednio przepisy o zgromadzeniu wierzycieli zawarte w p.r. (art. 19 ust. 5 ustawy), z tą zmianą, że – z uwagi na brak sędziego-komisarza – to nadzorca układu przewodniczy zgromadzeniu oraz stwierdza przyjęcie układu.

Wskazane rozwiązanie może nasuwać konkluzję, że skoro w obu wariantach (tj. przy samodzielnym zbieraniu głosów przez dłużnika i w sytuacji wyznaczenia zgromadzenia wierzycieli) zasadą jest głosowanie pisemne, to w ramach danego uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego może być wdrożony tylko jeden wariant, tj. albo dłużnik sam zbiera głosy, albo wyznaczany jest termin zgromadzenia. Taka ocena analizowanych regulacji byłaby jednak nietrafna. Otóż, już w warstwie literalnej art. 19 ust. 1 tarczy 4.0 ustawodawca posłużył się sformułowaniem, że nadzorca układu może wyznaczyć termin zgromadzenia wierzycieli w celu głosowania nad układem „niezależnie od zbierania głosów, o którym mowa w art. 212 ustawy z 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne". Oznacza to, że, po pierwsze, wyznaczenie terminu zgromadzenia wierzycieli nie jest obligatoryjne, po drugie zaś, że chodzi o możliwość zwołania zgromadzenia zamiast (w miejsce) lub obok samodzielnego zbierania głosów przez dłużnika. Nie ma więc przeszkód prawnych ani faktycznych, aby każda z tych procedur toczyła się równolegle w ramach jednego postępowania.

Taki pogląd ma uzasadnienie również celowościowe. Ustawa nie określa terminu, w którym nadzorca układu może zwołać zgromadzenie. Jedynym limitem jest to, że uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne nie może trwać dłużej niż 4 miesiące od dnia obwieszczenia[11], zaś

[11] Licząc do momentu wpływu wniosku o zatwierdzenie układu do sądu restrukturyzacyjnego.

obwieszczenie o zwołaniu zgromadzenia musi być dokonane co najmniej na 2 tygodnie przed wyznaczonym terminem. Choć zatem z założenia instytucji nadzorcy układu, który działa w oparciu o umowę z dłużnikiem, na etapie całego postępowania pomiędzy dłużnikiem a doradcą restrukturyzacyjnym powinna następować zgodna i rzetelna współpraca, to jednak nie ma powodów, aby – pomimo przyznania nadzorcy układu suwerennego prawa wyznaczenia terminu zgromadzenia – dłużnikowi odbierać prawo samodzielnego zbierania głosów, tym bardziej, że uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne można przeprowadzić tylko raz. Takie rozwiązanie, dopuszczające równolegle zbieranie głosów przez dłużnika i zwołanie zgromadzenia, pozwala dłużnikowi w zasadzie natychmiast po obwieszczeniu o otwarciu postępowania przystąpić do przedstawienia kart wierzycielom i zbierania głosów, zwiększając tym samym szanse powodzenia całej procedury. Konsekwentnie należy przyjąć, że w sytuacji, gdy dłużnik samodzielnie zbiera głosy, a mimo to wyznaczone zostanie zgromadzenie wierzycieli, pozyskane przez dłużnika głosy zachowują ważność, zaś nadzorca układu winien je uwzględnić przy głosowaniu na zgromadzeniu wierzycieli.

Analizując przedmiotową kwestię od strony praktycznej, pożądane jest jednak, aby decyzja w sprawie zwołania zgromadzenia wierzycieli została podjęta (przez nadzorcę w porozumieniu z dłużnikiem) już na wstępnym etapie postępowania, gdyż równoległe zbieranie głosów przez dłużnika oraz wyznaczenie terminu zgromadzenia przez nadzorcę układu może budzić niepewność po stronie wierzycieli co do sposobu (trybu) oddania głosu[12].

SPIS WIERZYTELNOŚCI

W „klasycznym" postępowaniu o zatwierdzenie układu nie dochodzi do otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego, tylko do zatwierdzenia układu. Dopiero postanowienie w przedmiocie zatwierdzenia układu podlega obwieszczeniu (obecnie jeszcze w MSiG). Dzień otwarcia postępowania jest w tym przypadku zastąpiony dniem układowym, który musi przypadać nie wcześniej niż 3 miesiące i nie później niż dzień przed dniem złożenia wniosku o zatwierdzenie układu. Dzień układowy ma doniosłe znaczenie prawne, gdyż według stanu z tego dnia określa się uprawnienia wierzycieli do głosowania nad układem oraz skutki przyjętego układu. Ponadto wierzytelności powstałe po dniu układowym nie są objęte układem. Dzień układowy pełni zatem w tym postępowaniu analogiczną funkcję do dnia otwarcia postępowania w innych postępowaniach restrukturyzacyjnych. Zostało to dodatkowo potwierdzone przez ustawodawcę w art. 189 ust. 2 p.r., zgodnie z którym w postępowaniu o zatwierdzenie układu uznaje się, że skutki otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego powstają z dniem układowym.

Na gruncie uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego sytuacja jest nieco inna. Postępowanie to inicjowane jest przez złożenie przez dłużnika wniosku o dokonanie obwieszczenia w Monitorze Sądowym i Gospodarczym o otwarciu postępowania o zatwierdzenie układu[13]. Dzień dokonania obwieszczenia jest z kolei dniem otwarcia postępowania o zatwierdzenie układu. Zgodnie z art. 16 ust. 2 ustawy dzień układowy nie może przypadać wcześniej niż 7 dni przed złożeniem wniosku o dokonanie obwieszczenia i nie później niż 7 dni po dniu jego złożenia. W przypadku uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego mamy zatem do czynienia zarówno z wyznaczeniem dnia układowego, jak i dniem otwarcia postępowania o zatwierdzenie układu.

Wyróżnienie, ale też rozróżnienie tych dwóch zdarzeń (dnia układowego oraz dnia otwarcia postępowania o zatwierdzenie układu) stawia pytanie o ustalenie momentu, w oparciu o który należy sporządzić spis wierzytelności. O ile bowiem w „klasycznym" postępowaniu o zatwierdzenie układu spis sporządza się – wobec braku dnia otwarcia takiego postępowania – według stanu na koniec dnia poprzedzającego dzień układowy, o tyle w innych procedurach (tj. wszędzie tam, gdzie dochodzi do otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego) relewantnym punktem czasowym jest koniec dnia poprzedzającego dzień otwarcia postępowania[14].

Odpowiadając na sygnalizowaną wątpliwość, należy wskazać, że podstawową przyczyną uznania dnia dokonania obwieszczenia w MSiG za dzień otwarcia postępowania o zatwierdzenie układu jest to, że wszczęcie uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego rodzi szereg różnych skutków. Chodzi o przewidziane

[12] Wprawdzie zgodnie z art. 264 ust. 1 p.r. o terminie zgromadzenia wierzycieli zwołanego w celu przyjęcia układu nadzorca zawiadamia wierzycieli umieszczonych w spisie wierzytelności, jednocześnie doręczając im propozycje układowe, informację o podziale wierzycieli umieszczonych w spisie wierzytelności ze względu na kategorie interesów, informację o sposobie głosowania na zgromadzeniu wierzycieli oraz pouczenie o treści przepisów art. 107-110, art. 113 i art. 115-119, to jednak zasadne – od strony czysto praktycznej i porządkowej – wydaje się wysyłanie przez nadzorcę równocześnie „kart do głosowania", które powinny odpowiadać treściowo karcie do głosowania sporządzonej w zgodzie z art. 213 p.r.

[13] W świetle art. 15 ust. 1 tarczy 4.0 to dłużnik składa wniosek o obwieszczenie w MSiG o otwarciu postępowania, a nie doradca restrukturyzacyjny, z którym zawarto umowę, o jakiej mowa w art. 210 p.r.

[14] Zob. m.in. Zimmerman P., *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz.* Wyd. 6, Warszawa 2020, Legalis, komentarz do art. 76, gdzie autor ten wskazuje: „ze względu na datę powstania zobowiązania wszystkie wierzytelności należy podzielić na powstałe przed dniem otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego i powstałe po tym dniu. Dokładniej, układ obejmuje wszystkie wierzytelności powstałe do końca dnia poprzedzającego dzień otwarcia postępowania (odpowiednio dzień układowy)".

w art. 16 ust. 3 ustawy: zawieszenie egzekucji, zakaz wszczęcia postępowania egzekucyjnego, zakaz regulowania zobowiązań układowych[15], niedopuszczalność potrąceń w określonych okolicznościach czy ochronę umów przed wypowiedzeniem[16]. Tego rodzaju skutków „klasyczne" postępowanie o zatwierdzenie układu nie przewiduje. Nie ulega zaś wątpliwości, że każdy z nich stanowi istotną ingerencję w interesy wierzycieli. Konieczne było więc wprowadzenie formy notyfikacji o wdrożeniu uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego, tak aby wiedzę o tym mógł powziąć każdy uczestnik obrotu gospodarczego[17]. Brak takiego rozwiązania, a więc poprzestanie na tym, że pierwszym obwieszczeniem byłoby dopiero obwieszczenie o złożeniu wniosku o zatwierdzenie układu[18], powodowałoby szereg różnego rodzaju sporów i niejasności w odniesieniu do aktualnego statusu dłużnika, zagrażając obrotowi gospodarczemu, ale też utrudniając zawarcie układu. Tymczasem dzięki obwieszczeniu w MSiG o otwarciu postępowania o zatwierdzenie układu jest to informacja powszechnie dostępna, zawarta w ogólnopolskim dzienniku urzędowym.

Pomimo doniosłych następstw otwarcia postępowania o zatwierdzenie układu, nie zmienia się zasada, że to według stanu z dnia układowego określa się uprawnienia wierzycieli do głosowania nad układem oraz skutki przyjętego układu, jak również to, że wierzytelności powstałe po dniu układowym nie są objęte układem. Rzeczonych zasad tarcza 4.0 nie modyfikuje, a tym samym należy je konsekwentnie stosować. Przyjęcie stanowiska, że skoro w uproszczonym postępowaniu restrukturyzacyjnym dzień obwieszczenia jest dniem otwarcia postępowania, to spis wierzytelności należy sporządzać na dzień poprzedzający dzień otwarcia, pozbawione byłoby sensu. Dzień otwarcia postępowania nie determinuje tego, którzy wierzyciele będą objęci układem, gdyż co do zasady dzień układowy będzie różny od dnia otwarcia postępowania[19], a zatem sporządzanie spisu na przeddzień otwarcia postępowania o zatwierdzenie układu powodowałoby, że spis taki nie spełniałby swojej podstawowej funkcji. Nie określałby sumy, z którą wierzyciel uczestniczy w postępowaniu restrukturyzacyjnym, ponieważ krąg wierzycieli objętych układem oraz krąg wierzycieli uwzględnionych na takim spisie byłby różny.

Wobec tego nie powinno ulegać kwestii, że na gruncie uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego to dzień układowy jest wyznacznikiem takich okoliczności, jak to: czy dany podmiot jest wierzycielem spółki, jaka jest wysokość jego wierzytelności głównej oraz odsetkowej, czy jest wierzycielem spornym, czy może głosować nad układem, jaka jest ogólna suma wierzytelności spornych oraz czy przekracza 15% ogółu wierzytelności uprawnionych[20]. Konsekwentnie należy więc przyjąć, że spis wierzytelności i spis wierzytelności spornych sporządza się według stanu na dzień układowy (precyzyjnie: na koniec dnia poprzedzającego dzień układowy).

ZAKRES WSTRZYMANIA EGZEKUCJI WIERZYCIELI ZABEZPIECZONYCH RZECZOWO

Istotną cechą wyróżniającą uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne jest to, że z dniem dokonania obwieszczenia o otwarciu postępowania o zatwierdzenie układu do dnia umorzenia lub zakończenia tego postępowania: (i) postępowanie egzekucyjne dotyczące wierzytelności objętej z mocy prawa układem oraz dotyczące wierzytelności, o której mowa w art. 17, wszczęte przed dniem otwarcia postępowania ulega zawieszeniu z mocy prawa, a nadto że (ii) wszczęcie postępowania egzekucyjnego oraz wykonanie postanowienia o zabezpieczeniu roszczenia lub zarządzenia zabezpieczenia roszczenia wynikającego z wierzytelności objętej z mocy prawa układem oraz wierzytelności, o której mowa w art. 17, jest niedopuszczalne.

Otwarcie omawianego postępowania, w odróżnieniu od „klasycznego" postępowania o zatwierdzenie układu, wywołuje więc niektóre ze skutków właściwych innym procedurom restrukturyzacyjnym. O ile wykładnia art. 16 i 17 ustawy nie rodzi sporu co do tego, że w przypadku każdego uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego, bez względu na treść przedkładanych propozycji układowych, na okres trwania tego postępowania istnieje zakaz wszczynania egzekucji co do wierzytelności objętych układem z mocy prawa, a wszczęte przed otwarciem ulegają *ex lege* zawieszeniu, o tyle niejasny jest los wierzytelności zabezpieczonych rzeczowo na majątku dłużnika. Chodzi tu o zabezpieczenie w postaci hipoteki, zastawu, zastawu rejestrowego, zastawu skarbowego lub hipoteki morskiej, ale także przez przewłaszczenie

[15] Warto zauważyć, że pomimo iż krąg wierzycieli układowych wyznacza dzień układowy, to jednak moment aktualizacji zakazu regulowania zobowiązań układowych na gruncie uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego powiązano z dniem otwarcia tegoż postępowania, czyli z dniem obwieszczenia. Do czasu obwieszczenia wierzytelności powstałe przed dniem układowym mogą być regulowane (z zastrzeżeniem ew. zarzutu faworyzowania wierzycieli).

[16] Nie jest to wyliczenie enumeratywne.

[17] Zgodnie z art. 15 ust. 1 zd. 1 ustawy z 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (t.j. z 19 lipca 2019 r., Dz. U. z 2019 r., poz. 1500, ze zm.) „od dnia ogłoszenia w Monitorze Sądowym i Gospodarczym nikt nie może zasłaniać się nieznajomością ogłoszonych wpisów".

[18] Art. 222 ust. 3 zd. 1 p.r.

[19] Jakkolwiek może dojść do sytuacji, że dzień układowy zostanie wyznaczony na okres po złożeniu wniosku o obwieszczenie i akurat zbiegnie się z datą obwieszczenia w MSiG.

[20] Wymóg związany z progiem sporności ma zastosowanie także do uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego.

na zabezpieczenie. Niejasne jest to, czy zabezpieczone w ten sposób wierzytelności są objęte immunitetem egzekucyjnym tylko w sytuacji, o której mowa w art. 17 ustawy, a więc gdy złożone przez dłużnika propozycje układowe przewidują pełne ich zaspokojenie (w terminie określonym w układzie, wraz z należnościami ubocznymi, które były przewidziane w umowie będącej podstawą ustanowienia zabezpieczenia, nawet jeżeli umowa ta została skutecznie rozwiązana lub wygasła) albo ich zaspokojenie w stopniu nie niższym od tego, jakiego można się spodziewać w przypadku dochodzenia wierzytelności wraz z należnościami ubocznymi z przedmiotu zabezpieczenia, czy też są objęte immunitetem egzekucyjnym bez względu na treść propozycji układowych (tj. w każdym postępowaniu), zaś rolą art. 17 ustawy jest tylko określenie, kiedy do objęcia tych wierzytelności układem nie jest konieczna zgoda wierzyciela. Zdaniem autora prawidłowa jest druga z przedstawionych ścieżek interpretacyjnych, czyli że czym innym jest kwestia zakazu egzekucji wierzytelności zabezpieczonych rzeczowo w trakcie uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego, czym innym zaś kwestia objęcia ich układem bez konieczności wyrażania zgody przez wierzyciela. Zakaz egzekucji występuje w każdym uproszczonym postępowaniu restrukturyzacyjnym, bez względu na składane wierzycielom rzeczowym propozycje układowe, natomiast objęcie tych wierzytelności układem bez ich zgody (a więc nawet wbrew ich woli) jest możliwe tylko w sytuacji spełnienia przesłanek z art. 17 ustawy.

Na rzecz przywołanego poglądu przemawia kilka niezależnych argumentów. Po pierwsze, przepisy art. 16 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy, które wprowadzają zakaz prowadzenia egzekucji oraz zawieszenie uprzednio wszczętej, odnoszą się *expressis verbis* do „wierzytelności, o której mowa w art. 17". W zakresie, w jakim odwołują się do art. 17, odwołują się po prostu do rodzaju wierzytelności w tym przepisie określonej, a nie sytuacji wierzyciela czy losu wierzytelności w nim określonej. Innymi słowy, odwołanie nie polega na tym, że przewiduje określone skutki w zakresie immunitetu egzekucyjnego tylko w sytuacji ziszczenia się przesłanek z art. 17 ustawy, a więc sytuacji, w której wierzytelności w nim określone są objęte układem bez względu na zgodę wierzyciela, lecz odwołanie polega tym, że odnosi skutki do rodzaju (charakteru) wierzytelności, o której mowa w art. 17. W istocie jest to odesłanie dwuetapowe, gdyż rzeczony art. 17 sam również nie określa rodzaju (charakteru) wierzytelności, do której się odnosi, lecz zawiera dalsze odesłanie do art. 260 ust. 1 p.r. (a przez art. 17 ust. 2 także do art. 249 p.r.). Z kolei w podanym art. 260 ust. 1 p.r. już wprost mowa o wierzytelności zabezpieczonej na mieniu dłużnika hipoteką, zastawem, zastawem rejestrowym, zastawem skarbowym lub hipoteką morską, zaś w art. 249 p.r. o wierzytelności zabezpieczonej powierniczo.

Po drugie, w uzasadnieniu do projektu ustawy wskazano – w zakresie ograniczenia uprawnień dłużnika w okresie trwania postępowania – że „skoro wierzyciele w okresie trwania postępowania nie mogą prowadzić egzekucji z tytułu wierzytelności, nawet zabezpieczonych rzeczowo, dłużnik nie może dokonywać czynności przekraczających zwykły zarząd, bez zgody nadzorcy układu"[21]. Nie ma tu więc mowy o powiązaniu skutku zakazu prowadzenia egzekucji z poziomem proponowanego zaspokojenia wierzycieli zabezpieczonych rzeczowo. Wpisuje się to zresztą w samą ideę uproszczonego postępowania, które ma na celu umożliwienie dłużnikowi podjęcie negocjacji z wierzycielami bez konieczności formalnego otwierania postępowania przez sąd, ale z jednoczesną ochroną przed egzekucją prowadzoną przez wierzycieli działających indywidualnie. Wyłączenie obowiązku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, o którym mowa w art. 15zzra ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem Covid-19, nie chroni dłużnika przed egzekwowaniem wierzytelności przez jego wierzycieli. W praktyce, w odniesieniu do wielu uczestników obrotu gospodarczego, oznacza to konieczność złożenia wniosku o upadłość mimo realnych szans na kontynuowanie działalności po przeprowadzeniu działań naprawczych, w tym przede wszystkim przez zawarcie układu z większością wierzycieli[22]. Dzięki mechanizmowi wstrzymania trwających egzekucji i blokadzie ich wszczynania dłużnik – na czas trwania uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego – ma zapewnioną możliwość skoncentrowania swoich działań na poszukiwaniu porozumienia z wierzycielami, dążąc do przekonania ich co do oddania głosu za układem. Gdyby wierzyciele rzeczowi (najczęściej podmioty finansujące) mogli prowadzić egzekucję pomimo otwarcia postępowania o zatwierdzenie układu, efektywność tej procedury drastycznie by malała. Nie dość, że dłużnik musiałby dzielić starania pomiędzy rozmowy z wierzycielami a obronę przed egzekucją, to jeszcze owe egzekucje stanowiłyby czynnik „odstraszający" innych wierzycieli, nawet niezabezpieczonych, rodząc po ich stronie dalsze wątpliwości co do sytuacji dłużnika.

Po trzecie, choć objęcie immunitetem egzekucyjnym także wierzycieli zabezpieczonych rzeczowo niewątpli-

[21] Zob. Rządowy projekt ustawy o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych na zapewnienie płynności finansowej przedsiębiorcom dotkniętym skutkami Covid-19 oraz o zmianie niektórych innych ustaw. Druk nr 382, s. 17.

[22] Tamże.

wie ingeruje w ich interesy, to jednak ingerencja ta jest na różne sposoby niwelowana. Chodzi mianowicie o konieczność pozyskiwania przez dłużnika zgody nadzorcy układu na czynności przekraczające zwykły zarząd, prawo wystąpienia przez wierzyciela (każdego, także zabezpieczonego rzeczowo) z wnioskiem o uchylenie skutków otwarcia postępowania (w tym skutku w postaci immunitetu egzekucyjnego) czy też ograniczenie czasu trwania postępowania do 4 miesięcy. Dodatkowo dla zabezpieczenia interesów wierzycieli przewidziano obowiązek naprawienia szkody przez dłużnika, który złożył wniosek o otwarcie postępowania w złej wierze. Zakres ilościowy i jakościowy instrumentów chroniących prawa wierzycieli (także zabezpieczonych rzeczowo na majątku dłużnika) w czasie trwania uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego jest znaczny. W ten sposób ustawodawca wyważył zatem interesy dłużnika i wierzycieli, czyniąc to zdaniem autora w sposób na tyle dostateczny, aby z powodzeniem bronić tezy, iż immunitet egzekucyjny względem wierzytelności zabezpieczonych rzeczowo występuje w każdym uproszczonym postępowaniu restrukturyzacyjnym, bez względu na to, czy propozycje układowe będą spełniały wymogi z art. 17 ustawy, a więc bez względu na to, czy dla objęcia takiego wierzyciela układem konieczna będzie jego zgoda, czy też nie.

Zauważyć jeszcze należy, że przyjęcie odmiennej interpretacji, a więc zawężającej wstrzymanie egzekucji i zawieszenie trwających w zakresie wierzytelności zabezpieczonych rzeczowo tylko do sytuacji, w których propozycje układowe przewidują pełne ich zaspokojenie albo zaspokojenie nie niższe niż na wypadek egzekucji z przedmiotu zabezpieczenia, rodziłoby szereg praktycznych trudności. Abstrahując od sygnalizowanych utrudnień w zbieraniu głosów przez dłużnika w warunkach prowadzonych egzekucji, chodzi przede wszystkim o to, kto i na jakim etapie miałby rozstrzygać, czy propozycje układowe kierowane do wierzycieli zabezpieczonych na majątku dłużnika spełniają przesłanki z art. 17 ustawy. W praktyce kompetencja, a zarazem obowiązek rozstrzygania tej kwestii spadałby na komorników, względem których zabezpieczeni wierzyciele oczekiwaliby prowadzenia egzekucji, twierdząc, że przesłanki z art. 17 ustawy nie są spełnione, podczas gdy jednocześnie dłużnik pozostawałby w przekonaniu, że jest odwrotnie, a zatem immunitet egzekucyjny obowiązuje. Nie trzeba specjalnie przekonywać, że komornicy dylematów takich nie byliby w stanie roztrząsać i nie chodzi o brak kompetencji, ale po prostu o brak stosownej legitymacji do takich czynności. Co więcej, uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne nie zakazuje zamiany propozycji układowych przez dłużników w czasie jego trwania, co dodatkowo komplikowałoby określenie, które propozycje w danym momencie są popierane, a tym samym w którym momencie można mówić o tym, że dłużnik złożył propozycje skutkujące zakazem prowadzenia egzekucji (tj. z chwilą ich przedstawienia nadzorcy układu, w momencie doręczenia wierzycielom czy w innym jeszcze punkcie czasowym). Po przyjęciu układu i jego zatwierdzeniu przez sąd restrukturyzacyjny sytuacja jest zaś zupełnie inna, gdyż przewidziany w układzie sposób zaspokojenia wierzyciela rzeczowego jest ostatecznie znany i niemożliwy do dowolnej zmiany, a tym samym gdyby doszło do sporu w zakresie spełnienia przesłanek z art. 17 ustawy, zaś wierzyciel posiadałby tytuł egzekucyjny (wykonawczy), dłużnik ma prawo wytoczenia powództwa o ustalenie, że tytuł ten został pozbawiony wykonalności z tej przyczyny, że obejmuje wierzytelność objętą układem. Zgodnie bowiem z art. 170 ust. 3 p.r. tytuły wykonawcze lub egzekucyjne, obejmujące wierzytelności objęte układem, tracą wykonalność z mocy prawa.

EMITENCI OBLIGACJI

Doniosłym zagadnieniem praktycznym jest także kwestia dopuszczalności otwarcia postępowania o zatwierdzenie układu wobec podmiotu emitującego obligacje. Przepisy p.r. przewidują bowiem odrębne postępowanie restrukturyzacyjne m.in. wobec emitentów obligacji (art. 362 i n. p.r.). Ma ono zastosowanie do wszystkich podmiotów emitujących obligacje, z wyłączeniem emitentów obligacji przychodowych, jeśli w treści obligacji odpowiedzialność emitenta została ograniczona do kwoty przychodów lub wartości majątku przedsięwzięcia. Co jednak istotne, przepis art. 362 ust. 3 p.r. przewiduje, że wobec emitenta obligacji nie prowadzi się postępowania o zatwierdzenie układu, z wyjątkiem układu częściowego, jeżeli układem częściowym nie są objęte wierzytelności z tytułu emisji obligacji.

Przywołane wyłączenie rodzi wątpliwość, czy w takim razie wobec emitentów obligacji można w ogóle prowadzić uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne, skoro postępowanie to jest postępowaniem o zatwierdzenie układu. Odpowiedź dodatkowo komplikuje się w przypadku emitentów (dłużników), którzy mają wierzycieli zabezpieczonych rzeczowo na ich majątku. W myśl bowiem przepisów tarczy 4.0, w razie objęcia układem wierzycieli posiadających wierzytelność zabezpieczoną na mieniu dłużnika hipoteką, zastawem, zastawem rejestrowym, zastawem skarbowym, hipoteką morską lub zabezpieczoną powierniczo, wierzycieli takich należy traktować jako odrębną kategorię interesów. Tymczasem w orzecznictwie pojawiają się poglądy, iż układ częścio-

wy nie przewiduje podziału na kategorie interesów, co wynikać ma z art. 180 ust. 2 p.r., który stanowi o wyodrębnieniu wierzycieli objętych układem częściowym, a nie o grupach wierzycieli obejmujących poszczególne kategorie interesów[23]. Również w literaturze przedmiotu podnosi się, że konstrukcja art. 186 p.r. wskazuje, że w postępowaniu restrukturyzacyjnym zmierzającym do zawarcia układu częściowego nie ma miejsca na podział na grupy interesu[24].

Akceptacja poglądu, że na gruncie układu częściowego dłużnik jest pozbawiony możliwości zgłoszenia propozycji układowych przewidujących podział wierzycieli na grupy obejmujące poszczególne kategorie interesów, prowadzi do wniosku, że w przypadku emitentów obligacji, którzy posiadają wierzytelności zabezpieczone rzeczowo na swoim majątku, nie ma możliwości przeprowadzenia uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego. W takim bowiem przypadku z jednej strony konieczne byłoby przeprowadzenie układu częściowego, nieobejmującego wierzytelności z tytułu emisji obligacji (art. 362 ust. 3 p.r.), z drugiej zaś wierzyciele rzeczowi z mocy art. 19 ust. 2 p.r. musieliby być traktowani jako odrębna kategoria interesów, co w przypadku układu częściowego jest niedopuszczalne. Jednocześnie nie wchodzi w grę rozwiązanie proponowane przez zwolenników poglądu o braku możliwości wyróżniania grup wierzycieli w wariancie układu częściowego, polegające na tym, aby w to miejsce zawrzeć kilka układów częściowych. Takie rozwiązanie wymagałoby bowiem otwarcia tylu postępowań o zatwierdzenie układu, ile układów częściowych miałoby być zawartych, co z kolei jest prawnie niemożliwie z uwagi na art. 16 ust. 2 tarczy 4.0 stanowiący, że obwieszczenia o otwarciu postępowania o zatwierdzenie układu każdy z uprawnionych może dokonać tylko jednokrotnie. Uprawnionym do zainicjowania takiego postępowania jest wyłącznie dłużnik, a więc ma on prawo wdrożyć procedurę uproszczonej restrukturyzacji tylko raz (a więc może zawrzeć tylko jeden układ).

Teoretycznie można by rozważać taką wykładnię art. 19 ust. 2 ustawy, że wierzyciele zabezpieczonych rzeczowo na majątku dłużnika należy traktować jako odrębną kategorię interesów, ale tylko wówczas, gdy objęcie ich układem następuje bez ich zgody, co jest możliwe w warunkach przewidzianych w art. 17 ust. 1, czyli wówczas gdy propozycje układowe przewidują pełne zaspokojenie takich wierzytelności albo zaspokojenie w stopniu nie niższym od tego, jakiego można się spodziewać w przypadku dochodzenia wierzytelności wraz z należnościami ubocznymi z przedmiotu zabezpieczenia. Jeśli natomiast dłużnik nie proponuje wierzycielom takich warunków, to dla objęcia wierzycieli rzeczowych konieczna jest ich zgoda, a skoro tak – to jako wierzyciele z zasady nieobjęci układem nie są traktowani jako odrębna kategoria interesów[25]. Taki kierunek wykładni byłby jednak o tyle absurdalny, że nawet jeśli dłużnik chciałby zaproponować wierzycielom zabezpieczonym rzeczowo pełne zaspokojenie i nawet miał na to środki, to i tak by nie mógł, gdyż wówczas owi wierzyciele byliby – z mocy samego art. 19 ust. 2 ustawy – traktowani jako odrębna kategoria interesów, co byłoby nie do pogodzenia z istotą układu częściowego. Przywołana sytuacja wypaczałaby zatem sens i istotę postępowania restrukturyzacyjnego. Co więcej, istniałby także sygnalizowany już wcześniej problem, kto i na jakim etapie postępowania miałby rozstrzygać, że przesłanki z art. 17 ustawy zostały spełnione.

Zdaniem autora publikacji, o ile należy zgodzić się z tym, że wobec emitenta obligacji nie można prowadzić uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego, z wyjątkiem układu częściowego, jeżeli układem częściowym nie są objęte wierzytelności z tytułu emisji obligacji, o tyle dalece nietrafne jest stanowisko, że w ramach układu częściowego niedopuszczalny jest podział wierzycieli na kategorie interesów. W tym zakresie należy w całości zgodzić się z argumentami wyrażonymi przez K. Jeleńskiego, że pogląd stanowiący, że w postępowaniu zmierzającym do zawarcia układu częściowego nie ma miejsca na podział na grupy interesu jest: (i) sprzeczny z celami postępowania w sprawie układu częściowego wyrażonymi w art. 180 ust. 1 p.r., (ii) niespójny z przepisem art. 180 ust. 2 i 3 p.r. dotyczącym zasad doboru grupy wierzycieli, którzy mogą być objęci układem częściowym, oraz (iii) narusza art. 181 p.r. wymagający zróżnicowania propozycji układowych w ramach grupy wierzycieli objętych układem częściowym w sytuacji, w której tylko część wierzytelności objętych układem częściowym jest zabezpieczona na majątku dłużnika[26].

[23] Zob. SO w Warszawie w postanowieniu z 29 lipca 2017 r., XXIII Gz 486/17, Legalis.

[24] Zob. Zimmerman P., *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz.* Wyd. 6, Warszawa 2020; tak też: Zalewski C., *Układ częściowy*, „Doradca Restrukturyzacyjny" nr 10 [4/2017].

[25] Autor broni zarazem poglądu, że art. 19 ust. 2 ustawy należy rozumieć w ten sposób, że wierzyciele zabezpieczeni rzeczowo stanowią odrębną kategorię interesów zawsze wówczas, gdy dłużnik kieruje do nich propozycje układowe. Wprawdzie literalnie w przepisie tym jest mowa o tym, że „w razie objęcia układem" wierzytelności, o których mowa w art. 17, wierzycieli należy traktować jako odrębną kategorię interesów, natomiast to, czy będą oni ostatecznie objęci układem, czy też nie zależy od przyjęcia układu i zatwierdzenia układu przez sąd restrukturyzacyjny. Do tego momentu mamy do czynienia tylko z propozycjami układowymi, a nie układem. Konsekwentnie, do tego momentu wierzyciele zabezpieczeni rzeczowo mogą być „objęci układem" tylko w tym sensie, że są im przedstawiane propozycje układowe i w ramach głosowania nad tymi propozycjami stanowią odrębną kategorię interesów.

[26] Zob. Jeleński K., *Czy układy częściowe wciąż mają sens?*, „Doradca Restrukturyzacyjny" nr 20 [2/2020], s. 122 i n. oraz powołana tam literatura.

Aprobując zatem pogląd o dopuszczalności podziału wierzycieli na kategorie interesów w ramach układu częściowego, wynika z tego konkluzja, że wobec emitentów obligacji możliwe jest otwarcie postępowania o zatwierdzenie układu, z tym tylko zastrzeżeniem, że układ musi mieć charakter częściowy, nieobejmujący wierzytelności z tytułu emisji obligacji. Jeśli zarazem dłużnik taki ma wierzycieli zabezpieczonych rzeczowo na majątku, będą oni – po myśli art. 19 ust. 2 ustawy – stanowili odrębną kategorię interesów.

PODSUMOWANIE

Wprowadzenie do polskiego porządku prawnego możliwości przeprowadzenia postępowania o zatwierdzenie układu, charakteryzującego się określonymi zmianami względem „klasycznego" postępowania o zatwierdzenie układu, należy ocenić pozytywnie. Jest to postępowanie wyczekiwane, zwłaszcza jeśli chodzi o automatyzm otwarcia oraz jego skutki. Szczególnie istotny jest w tym aspekcie immunitet egzekucyjny dla dłużnika na czas trwania postępowania, gdyż jego brak na gruncie zwykłego postępowania o zatwierdzenie układu stanowi główny czynnik zniechęcający dłużników do wyboru tej procedury.

Pierwsze tygodnie stosowania przepisów normujących uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne uwidaczniają pojawiające się doniosłe problemy interpretacyjne. Część z nich przedstawiono w ramach tej publikacji, w każdym przypadku proponując określony, aprobowany przez autora, sposób wykładni. Nie ma jednak wątpliwości, że na styku przepisów o uproszczonym postępowaniu restrukturyzacyjnym oraz ustawy – Prawo restrukturyzacyjne, jak i ustawy – Prawo upadłościowe powstanie jeszcze wiele niejasności. Z drugiej strony okres obowiązywania uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego stanowi swoisty czas próby dla niektórych rozwiązań, dzięki czemu wprowadzenie dyrektywy zapobiegawczej będzie mogło nastąpić w sposób oczekiwany przez praktykę i odpowiadający obrotowi gospodarczemu.

Mirosław Mozdżeń[1]

TOBOR I MOZDŻEŃ
kancelaria prawnicza

PRZYGOTOWANA UPADŁOŚĆ – ZAKRES KONTROLI SPRAWOWANEJ PRZEZ SYNDYKA

PRE-PACK – ZALETY I ZAGROŻENIA

Ustawą z 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U.2020.814.t.j.) wprowadzono do ustawy – Prawo upadłościowe (Dz.U.2020.1228.t.j.) instytucję tzw. przygotowanej likwidacji (pre-pack). Pozwala ona na sprzedaż przedsiębiorstwa upadłego, jego części lub określonych aktywów na rzecz nabywcy za cenę ustaloną przez biegłego sądowego. Wniosek o zatwierdzenie warunków sprzedaży może złożyć uczestnik postępowania, a więc zarówno dłużnik, jak i każdy z wierzycieli. Musi on wskazywać co najmniej nabywcę i oferowaną cenę. Rozwiązanie to ma wiele zalet. Pozwala przede wszystkim zrealizować zasadę szybkości postępowania. Likwidacja masy upadłości na zasadach ogólnych jest często czasochłonna. Od szybkości działania zależy niejednokrotnie możliwość zachowania przedsiębiorstwa dłużnika, miejsc pracy czy realizacji innych interesów publicznych. Może równocześnie przyczynić się do zwiększenia stopnia zaspokojenia wierzycieli i to w krótszym czasie. Procedura ta niesie jednak ze sobą poważne zagrożenia, w szczególności w przypadku gdy będziemy mieli do czynienia z nierzetelnym dłużnikiem nadużywającym tej instytucji.

Po pierwsze, wskazać należy, że wyceny będącej podstawą do wydania orzeczenia przez sąd dokonuje biegły wskazywany przez uczestnika postępowania w oparciu o dane przez niego przekazane. Po drugie, jako składniki do pre-packu mogą zostać wskazane tylko takie aktywa, które po odłączeniu spowodują istotny spadek wartości pozostałych. Może się też okazać, że wyższa cena uzyskana ze zbycia części przedsiębiorstwa w ramach pre-packu zostanie skonsumowana przez koszty likwidacji składników majątkowych pozostałych w masie upadłości. Po trzecie, klauzula interesu społecznego może służyć jako narzędzie do bezobciążeniowego przeniesienia aktywów pomiędzy podmiotami powiązanymi kapitałowo lub osobowo. To uproszczona procedura sprzedaży, która w części realizowana jest przez dłużnika – to on wykonuje obowiązki z art. 319 i 320 pr. upadł., a więc opisuje, wycenia majątek i wyszukuje nabywcę. W normalnej procedurze sprzedaży prowadzonej przez syndyka w toku postępowania upadłościowego te czynności są sformalizowane. Tu ciężar spada na organy postępowania upadłościowego w zakresie sprawdzenia jej poprawności.

KONTROLA UPRZEDNIA

Ustawodawca wprowadza trzystopniowy system zabezpieczeń, mających na celu ochronę interesu wierzycieli. Jest ona wykonywana zarówno przed, jak i po rozpoznaniu wniosku. Kontrola uprzednia wykonywana jest przez tymczasowego nadzorcę sądowego i sąd upadłościowy. Kontrola następcza – przez syndyka w oparciu o art. 56h pr. upadł. Ustawą z 30 sierpnia 2019 r. (Dz. U. z 2019 r., poz. 1802), która weszła w życie 24 marca 2020 r., ustawodawca wprowadził obowiązek powołania tymczasowego nadzorcy sądowego w każdym postępowaniu w przedmiocie ogłoszenia upadłości, w którym wystąpiono z wnioskiem o zatwierdzenie warunków sprzedaży (art. 56aa pr. upadł.). Zmianę tę należy ocenić pozytywnie. Nadzorca posiada większą możliwość kontaktu z dłużnikiem i inwestorem/nabywcą, co pozwala mu na zgromadzenie wiedzy będącej podstawą do podjęcia decyzji co do pre-packu przez sąd.

W uprzednim stanie prawnym uwzględnienie wniosku o zatwierdzeniu pre-packu bez kontroli ze strony nadzorcy mogło doprowadzić w wielu przypadkach do jego uchylenia. Wiąże się to z powstaniem w masie upadłości dodatkowych kosztów i zmniejsza zaspokojenie wierzycieli. Aktualnie sąd, ogłaszając upadłość dłużnika, podejmuje decyzję

[1] Radca prawny, doradca restrukturyzacyjny, wspólnik w Kancelarii prof. dr hab. Z. Tobor, M.Mozdżeń sp.j.

w przedmiocie zatwierdzenia warunków sprzedaży, opierając się na twierdzeniach dłużnika i opinii tymczasowego nadzorcy sądowego. Jeżeli wniosek spełnia warunki formalne, sąd uwzględnia lub może uwzględnić wniosek, jeżeli cena jest wyższa niż lub zbliżona do kwoty możliwej do uzyskania w postępowaniu upadłościowym przy likwidacji na zasadach ogólnych, pomniejszonej o koszty postępowania i inne zobowiązania masy upadłości, które należałoby ponieść przy likwidacji w takim trybie (art. 56c ust. 1 i 2 pr. upadł. w brzmieniu sprzed 24 marca 2020 r.).

KONTROLA NASTĘPCZA

Współpraca dłużnika z syndykiem

Sprzedaż w trybie przygotowanej upadłości należy uznać za szczególny tryb likwidacji masy upadłości, w którym wymagana jest pełna współpraca między dłużnikiem, nabywcą i syndykiem. Obowiązkiem syndyka, który powstaje wraz z ogłoszeniem upadłości, jest przede wszystkim objąć majątek upadłego, zarządzać nim i zabezpieczyć przed zniszczeniem, uszkodzeniem lub zabraniem przez osoby postronne (art. 173 pr. upadł.). W kontekście pre-packu oznacza to, że syndyk musi sprawdzić, czy przedsiębiorstwo zostało prawidłowo opisane i wycenione, oraz zadbać, by nabywcy wydano wyłącznie to, co zostało objęte ofertą i w konsekwencji postanowieniem o zatwierdzeniu pre-packu. Do tego potrzebny jest pełny dostęp do ksiąg, którego tymczasowy nadzorca sądowy nie posiada, gdyż nie zarządza przedsiębiorstwem. Dopiero syndyk może to zweryfikować. Konieczna jest zatem współpraca ze strony dłużnika.

Przeprowadzenie rzetelnej kontroli nie będzie możliwe, jeśli dłużnik nie współpracuje z syndykiem, odmawia przekazania ksiąg i dokumentacji spółki bądź też przekazuje jedynie częściowe dane lub dane niezgodne z rzeczywistością. Pamiętać przy tym należy, że w przypadku procedury pre-packu dochodzi do sprzedaży, która ma skutki egzekucyjne, a więc nieodwracalne. W dodatku to syndyk ponosi odpowiedzialność za prawidłowe przeprowadzenie transakcji sprzedaży i nie może dopuścić do tego, aby zbyto własność osób trzecich zwłaszcza za cenę, która rażąco odbiega od rynkowej, bądź wskutek kalkulacji ceny w związku z interesem publicznym, bądź w związku z np. wprowadzeniem biegłego w błąd co do istnienia, rodzaju i wartości środka trwałego. Może to spowodować istotną szkodę dla wierzycieli, np. gdy w skład ZCP wchodzi majątek osób trzecich, którym dłużnik włada w oparciu o tytuł prawny (lub bez tytułu), zwłaszcza gdy zbycie ma nastąpić za obniżoną cenę w oparciu o art. 56c ust. 2 pr. upadł.

W postępowaniu upadłościowym również może zdarzyć się sytuacja, w której syndyk, nie mając dostępu do ksiąg spółki, dokona zbycia przedmiotu należącego do osoby trzeciej. Kwestie te reguluje art. 72 pr. upadł. Wtedy jednak ryzyko poniesienia szkody przez wierzyciela będzie niewielkie, gdyż syndyk dokonuje zbycia w transparentnej procedurze pod kontrolą sądu i tak uzyskane świadczenie wzajemne wydaje wierzycielowi. Brak tu możliwości korekty ceny w oparciu o interes publiczny.

Dlatego aby uniknąć wątpliwości w tym zakresie, należy postulować *de lege ferenda* wprowadzenie obligu uchylenia postanowienia w przedmiocie zatwierdzenia warunków sprzedaży w przypadku, gdy dłużnik nie współpracuje, nie udziela wyjaśnień i nie przekazuje dokumentacji.

Aby zobrazować skalę problemu, jaki może pojawić się w praktyce, należy posłużyć się przykładem, z którym autor spotkał się w swojej praktyce[2]. Wniosek o ogłoszenie upadłości wraz z wnioskiem o zatwierdzenie warunków sprzedaży zorganizowanej części przedsiębiorstwa został złożony pod koniec lutego 2020 r. Do wniosku dołączona została opinia rzeczoznawcy majątkowego obejmująca opis i oszacowanie zorganizowanej części przedsiębiorstwa (ZCP), zaś podmiot, który złożył ofertę nabycia, wpłacił na rachunek depozytowy sądu równowartość ceny zakupu. Dłużnik wskazał, że zobowiązania nie są zabezpieczone rzeczowo na majątku spółki, złożył również oświadczenie o prawdziwości danych zawartych we wniosku. Jednocześnie zarówno dłużnik, jak i nabywca złożyli oświadczenia, że nie istnieje pomiędzy nimi stosunek powiązania, o którym mowa w art. 128 pr. upadł. W skład ZCP wchodziło ponad 50 z prawie 90 punktów sprzedaży. W każdym punkcie pre-packiem objęto wyposażenie, prawa z umów najmu i zasoby ludzkie. Ze sprzedaży wyłączone zostały zapasy. Nie wspomniano, jakie mają być losy produkcji w toku. Po złożeniu wniosku nie powołano tymczasowego nadzorcy sądowego (nie było takiego obowiązku w stanie prawnym przed 24 marca 2020 r.).

Postanowieniem z połowy marca 2020 r. sąd ogłosił upadłość dłużnika i zatwierdził warunki sprzedaży zorganizowanej części przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu wyjaśnił, że oparł się na dokumentach przedstawionych przez dłużnika i ustalonych przez niego kosztach postępowania, oraz uznał, że zaproponowana przez oferenta cena sprzedaży jest wyższa niż kwota możliwa do uzyskania w postępowaniu upadłościowym przy likwidacji

[2] W artykule pominięte zostaną dane podmiotu, wobec którego została ogłoszona upadłość, oraz inne informacje mogące identyfikować toczące się postępowanie.

na zasadach ogólnych, pomniejszona o koszty postępowania, które należałoby ponieść w związku z likwidacją w takim trybie. Pod koniec marca 2020 r. syndyk złożył wniosek o uchylenie pre-packu, w drugiej połowie kwietnia 2020 r. sąd uchylił postanowienie w zakresie zatwierdzenia warunków sprzedaży. Okoliczności, które legły u podstaw rozstrzygnięcia, zostaną omówione w dalszej części opracowania.

POPRAWNOŚĆ OPERATU SZACUNKOWEGO, WŁASNOŚĆ OSÓB TRZECICH W ZCP

Jak wskazano, wycena majątku zbywanego w ramach procedury pre-packu nie jest dokonywana przez biegłego wyznaczonego przez sąd lub syndyka, lecz przez rzeczoznawcę zatrudnionego przez dłużnika. Fakt ten nie podważa w żadnej mierze jego bezstronności i rzetelności sporządzonej wyceny, jednak nakłada na tymczasowego nadzorcę sądowego oraz syndyka masy upadłości obowiązek weryfikacji poprawności sporządzenia tego opracowania. To z kolei wymaga nie tylko pełnego dostępu do dokumentacji spółki, ale również współpracy ze strony dłużnika.

W postępowaniu będącym tłem publikowanego opracowania syndyk po zawiadomieniu zarządu spółki o wydaniu postanowienia o ogłoszeniu upadłości wezwał upadłego do wydania majątku, przekazania całości dokumentacji oraz udzielenia niezbędnych wyjaśnień. Majątek nie został wydany, przekazano jedynie szczątkową dokumentację (stanowiącą głównie powielenie danych zawartych we wniosku o ogłoszenie upadłości), zaś większość z 28 pism i wezwań skierowanych do dłużnika w ciągu miesiąca po ogłoszeniu upadłości pozostała bez odpowiedzi. Co szczególnie istotne syndykowi nie wydano ksiąg rachunkowych, mimo że dłużnik prowadził je również w wersji elektronicznej[3].

W ramach dokumentacji syndyk otrzymał dwa wykazy majątku: jeden dotyczył majątku wchodzącego do ZCP, zaś drugi majątku pozostającego w spółce. Oba zawierały nazwę składnika majątku i wartość szacunkową, ale bez określenia, jaką metodą wartość była szacowana. Z tego względu należało założyć, że oba tożsame co do formy wykazy zostały sporządzone tożsamą metodologią. Istniały jednak różnice pomiędzy wartościami podobnych co do rodzaju składników majątku, występujące na obu spisach, które wzbudziły wątpliwości co do rzetelności sporządzenia oszacowania. Dłużnik prowadził działalność w różnych miejscach na terenie całego kraju, przy czym składniki majątku potrzebnego do prowadzenia każdego punktu sprzedaży, co do zasady, były do siebie zbliżone. Okazało się, że średnia wartość szacunkowa majątku jednego punktu przeznaczonego do sprzedaży w ramach ZCP wynosiła nieco ponad 20 tys. zł, zaś analogiczna wartość w przypadku punktów pozostających w spółce wynosiła prawie 65 tys. zł, a więc była ponad trzy razy wyższa. To sugerowało, że oszacowanie salonów przeznaczonych do sprzedaży w ramach ZCP mogło zostać celowo zaniżone, zaś oszacowanie salonów pozostających w ramach spółki zawyżone (być może po to, aby utwierdzić sąd w przekonaniu, że pozostały w spółce majątek wystarczy na pokrycie kosztów postępowania).

Okazało się też, że na wykazie majątku, którego własność miała przejść na nabywcę, ujęte zostały rzeczy będące własnością leasingodawcy. W opisie i oszacowaniu zorganizowanej części przedsiębiorstwa nie umieszczono adnotacji, że część składników majątku stanowi własność osób trzecich. Nie wskazano również, w jakich lokalizacjach znajdują się poszczególne rzeczy. Dłużnik nie odpowiedział też na wezwanie do wyjaśnienia, jaki majątek jest leasingowany, nie wydał umów w tym przedmiocie. Leasingodawca również złożył wniosek o uchylenie pre-packu. W swoim piśmie nie tylko wyszczególnił wszystkie przedmioty, które w sposób nieprawidłowy zostały ujęte na tym wykazie, ale dodatkowo wyjaśnił, że domagał się ich zwrotu w związku z brakiem zapłaty za korzystanie z nich. Ponadto wniósł o zobowiązanie syndyka przez sąd do zaniechania wydania nabywcy majątku stanowiącego własność leasingodawcy. Następnie leasingodawca przedstawił szacunkową wartość składników majątku stanowiącego jego własność, która była trzykrotnie wyższa niż cena sprzedaży całości zorganizowanej części przedsiębiorstwa objętej pre-packiem.

Powiązania pomiędzy dłużnikiem a nabywcą

Kolejną kwestią wymagającą weryfikacji było sprawdzenie, czy pomiędzy dłużnikiem a nabywcą rzeczywiście nie istnieją powiązania, o których mowa w art. 128 pr. upadł., oferenta z upadłym. W literaturze podnosi się, że Prawo upadłościowe, posługując się pojęciem „powiązania" czy też „dominacji", ani nie wyjaśnia znaczenia tych pojęć, ani też nie odsyła *expressis verbis* do żadnego innego aktu prawnego. Tymczasem w różnych ustawach istnieją róż-

[3] Ramy publikowanego opracowania nie pozwalają nawet na ogólne przedstawienie wszystkich działań podejmowanych przez reprezentanta upadłego. Uchylając się od wykonania obowiązków, bardzo często zmieniał zdanie i przedstawiał inną argumentację, np. początkowo powoływał się na trwającą epidemię Covid-19 i pracę zdalną, co uniemożliwiało stawiennictwo w siedzibie spółki celem wydania majątku (następnie w pismach kierowanych do sądu zarzucał syndykowi brak podjęcia działań w celu objęcia majątku), wskazywał na brak posiadania przez spółkę licencji do programu księgowego (mimo że wartość tej licencji została ujęta w bilansie), co miało uniemożliwiać udzielenie dostępu do programu syndykowi. Jednocześnie w każdym piśmie podkreślał, że współpracuje z syndykiem i wydał mu cały majątek i dokumentację.

ne definicje tych pojęć (np. w KSH, ustawie o rachunkowości, ustawie o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych czy Prawie bankowym). Choć praktyka upadłościowa posługuje się definicjami zaczerpniętymi z KSH, to jednak z uwagi na coraz częściej spotykane w praktyce łańcuchy powiązań poszczególnych podmiotów, które mają charakter nieformalny (tj. teoretycznie, celowo nie podpadają pod definicje z KSH), stan powiązań czy dominacji, należy badać *a casu ad casum*. Innymi słowy, brak ustawowej definicji podmiotów powiązanych z upadłym wymaga indywidualnej oceny każdego przypadku, a ścisłe trzymanie się wąskiej definicji z KSH nie ma uzasadnienia w świetle zasady optymalizacji. Zawsze wówczas, gdy pozycja faktyczna określonych osób w danym podmiocie jest na tyle istotna, że mogą one wpływać na postępowanie prawnych piastunów podmiotu (najczęściej po prostu wypełniających ich polecenia), należy wziąć to pod uwagę. Trudno bowiem zaakceptować sytuację, w której osoba, która zarządza danym podmiotem z tzw. tylnego siedzenia, nie spełnia przesłanki powiązania czy dominacji. Byłby to pogląd skrajnie formalistyczny, godzący w prawa innych wierzycieli[4].

Opinię tę należy w całości podzielić. W dodatku trzeba postulować, aby oceny powiązań pomiędzy spółkami dokonywać w ujęciu szerokim, obejmującym również inne podmioty i to także w ujęciu historycznym. Te same osoby mogą bowiem występować w różnych podmiotach w różnych okresach czasu w różnych funkcjach. Dopiero uwzględnienie wszystkich wspomnianych okoliczności pozwala na ustalenie, czy w rzeczywistości wspomniane powiązanie występuje. Taka sytuacja miała miejsce w prezentowanym przypadku. Dokonano oceny nie tylko spółki dłużnika i nabywcy, ale też podmiotów, z którymi te firmy współpracowały. Okazało się, że wąska grupa osób występowała w nich w różnych okresach w różnym charakterze: jako członek zarządu, prokurent bądź udziałowiec. W dodatku osoba pełniąca funkcję prezesa zarządu nabywcy (zmiana prezesa nastąpiła dopiero w dniu podpisania oferty) w rzeczywistości zarządzała przedsiębiorstwem dłużnika przed złożeniem wniosku o upadłość[5].

Weryfikacja wskazanej okoliczności ma szczególnie istotne znacznie z punktu widzenia wartości transakcji. W myśl art. 56b ust. 1 pr. upadł. sprzedaż w ramach procedury pre-packu na rzecz podmiotów wskazanych w art. 128 dopuszczalna jest wyłącznie po cenie sprzedaży nie niższej niż cena oszacowania. W omawianym przypadku wartość zorganizowanej części przedsiębiorstwa została oszacowana na kwotę nieco ponad 1,36 mln zł, zaś oferta jej nabycia opiewała na kwotę 100 000 zł. Oznacza to, że zaoferowana cena stanowiła jedynie 7,35% wartości oszacowania majątku. Ustalenie faktu istnienia powiązania pomiędzy podmiotami powoduje, że cena sprzedaży staje się rażąco niska, zaś możliwość pokrzywdzenia wierzycieli wręcz oczywista.

Zastawy i hipoteki

W toku czynności inwentaryzacyjnych dokonywanych przez syndyka ustalono, że w oddziałach, które miały zostać wydane nabywcy, znajdują się również zapasy magazynowe, na których zastaw rejestrowy posiada bank. Tymczasem we wniosku o ogłoszenie upadłości zawarte było stwierdzenie, że „żadna z wierzytelności nie jest zabezpieczona na majątku dłużnika", zaś załącznikiem do wniosku było oświadczenie o prawdziwości danych. Co więcej, dłużnik zataił nie tylko fakt istnienia zabezpieczenia, pominął również samego wierzyciela i wysokość przysługującej mu wierzytelności. Należy przy tym zaznaczyć, że nie był to jedyny wierzyciel, który nie został ujawniony.

Do chwili ukazania się tej publikacji lista wierzytelności nie została jeszcze zatwierdzona. Nie sposób zatem oszacować, ilu wierzycieli i na jaką kwotę zostało pominiętych. Poza tym właściciele lokali wynajmowanych przez dłużnika dla poszczególnych punktów sprzedaży zgłosili prawo zastawu ustawowego co do rzeczy wniesionych do przedmiotu najmu. Jeśli doszłoby do transakcji na zasadach zaproponowanych w ramach przygotowanej upadłości, wierzyciele zabezpieczeni zastawem otrzymaliby zaspokojenie w wysokości wielokrotnie niższej, aniżeli to, które uzyskają przy likwidacji na zasadach ogólnych. Sprzedaż prowadzona przez syndyka odbywa się po cenach oszacowania, zaś cena oferowana w pre-packu wynosiła zaledwie 7,35% oszacowania. Co istotne, zamiarem dłużnika było wydanie ZCP bez uprzedniego zinwentaryzowania majątku, który się w nich znajduje (a więc również z zapasami, które nie były zinwentaryzowane i nie były objęte pre-packiem). O możliwych stratach dla masy i odpowiedzialności syndyka z tego tytułu piszę w dalszej części artykułu.

[4] Zimmerman P., *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*. Wyd. 6, Warszawa 2020, s. 351-352.

[5] W tym zakresie pomocne okazały się informacje od pracowników spółki oraz jej wierzycieli, którzy w swoich pismach, relacjonując przebieg negocjacji, częściej przywoływali rozmowy i ustalenia dokonane z osobą rzeczywiście zarządzającą tym przedsiębiorstwem niż z prezesem zarządu.

OFEROWANA CENA W ODNIESIENIU DO KOSZTÓW I INNYCH ZOBOWIĄZAŃ MASY. WZROST ZNACZENIA PRZESŁANKI INTERESU PUBLICZNEGO

W postanowieniu o ogłoszeniu upadłości i zatwierdzeniu warunków sprzedaży sąd oparł się na twierdzeniach dłużnika i przyjął, że cena możliwa do uzyskania w ramach procedury pre-packu jest wyższa niż kwota możliwa do uzyskania w postępowaniu upadłościowym przy likwidacji na zasadach ogólnych, pomniejszona o koszty postępowania, które należałoby ponieść przy likwidacji w takim trybie. Sąd przyjął (słusznie), że zachodzi ważny interes publiczny i możliwość zachowania przedsiębiorstwa. Pominął jednak, że wyliczone przez dłużnika koszty postępowania obejmowały między innymi koszty związane ze zwolnieniami grupowymi (kilka milionów złotych). W dacie złożenia wniosku i w dacie wydania postanowienia o ogłoszeniu upadłości obowiązywał jednak art. 56c pr. upadł. w brzmieniu, które umożliwiało otwarcie upadłości, jeśli cena możliwa do uzyskania w ramach procedury pre-packu była wyższa niż kwota możliwa do uzyskania w postępowaniu upadłościowym przy likwidacji na zasadach ogólnych, pomniejszona o koszty postępowania, które należałoby ponieść przy likwidacji w takim trybie. Tymczasem należności ze stosunku pracy przypadające za czas po ogłoszeniu upadłości nie wchodzą do kosztów postępowania, lecz do tzw. innych zobowiązań masy upadłości w rozumieniu art. 230 ust. 2 pr. upadł. Te z kolei sąd może wziąć pod uwagę przy wydaniu postanowienia w przedmiocie pre-packu dopiero po zmianie art. 56c pr. upadł. wprowadzonej w życie 24 marca 2020 r.

Zmiana przepisu art. 56c pr. upadł. w zakresie interesu publicznego wydaje się zbyt daleko idąca. Pozwala na odjęcie z ceny sprzedaży np. kosztów zwolnień grupowych pracowników. Są to kwoty znaczne. Może jest to rozwiązanie dobre na czas epidemii koronawirusa, ale nie na stałe. Pracownicy, a więc wyspecjalizowana i doświadczona kadra, są często głównym aktywem przedsiębiorstwa. Firmy wydają setki tysięcy złotych na rekrutację i szkolenie załogi po to, by w przypadku upadłości potraktować ją jako ciężar. W dotychczasowej praktyce zbywano wiele przedsiębiorstw w ruchu wraz z załogą. Zdarzało się, że w toku przetargów jako argumentem do obniżenia ceny posługiwano się kosztami zwolnień grupowych. Zauważyć jednak trzeba, że wtedy w procesie uczestniczyła cała konkurencja, a sam proces był transparentny. Można było w oparciu o ten czynnik obniżyć cenę, ale pod kontrolą sądu i konkurencji. Tu mamy do czynienia ze wskazaniem podmiotu, który „kasuje" premię za to, że został wybrany przez dłużnika. Wydaje się, że ten sam cel (zachowanie przedsiębiorstwa i miejsc pracy) można by osiągnąć poprzez dzierżawę przedsiębiorstwa lub ZCP od syndyka i sprzedaż w toku postępowania. Jest jasne, że pre-pack ma zalety, gdyż można od razu inwestować w przedsiębiorstwo, rozbudowywać je, wdrożyć w swoje struktury. To jednak nie jest cel postępowania upadłościowego.

W dużych postępowaniach pre-pack może się nie sprawdzić, gdyż potrzeba otwarcia postępowania bywa pilna, a przygotowanie transakcji może trwać zbyt długo (np. nieuregulowany stan prawny nieruchomości, konieczność dokonania inwentaryzacji i wyceny, konieczność doręczenia wniosku wierzycielom rzeczowym). Wtedy można by wprowadzić przepis (np. do art. 316 ust. 2), jako konkurencyjny do pre-packu, który do dzierżawy przedsiębiorstwa lub ZCP zawartej za zgodą sędziego-komisarza, z prawem pierwokupu (lub pierwszeństwem zakupu), nakazuje stosowanie art. 317 ust. 2a. pr. upadł. Oznaczałoby to, że przy dzierżawie, tak jak przy nabyciu w toku upadłości, nie ma skutku następstwa prawnego z art. 23(1) kodeksu pracy w zakresie wstąpienia w zobowiązania związane ze stosunkiem pracy.

WYDANIE PRZEDMIOTU PRE-PACKU NABYWCY

Przebieg opisanego postępowania upadłościowego wykazał, że dłużnik zataił szereg zabezpieczeń rzeczowych i zobowiązań wobec wierzycieli. Ponadto procedura pre-packu przewidywała zbycie nie tylko majątku spółki, ale również majątku osób trzecich (w dodatku wbrew ich woli) na rzecz podmiotu powiązanego z dłużnikiem. W tym miejscu docieramy do przepisu, który ma szczególnie istotne znaczenie z punktu widzenia całej procedury – do art. 56f ust. 1 pr. upadł. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli do wniosku o zatwierdzenie warunków sprzedaży był dołączony dowód wpłaty pełnej ceny na rachunek depozytowy sądu, wydanie przedmiotu sprzedaży nabywcy następuje niezwłocznie po wydaniu postanowienia o ogłoszeniu upadłości. Cel i zakres tej regulacji dotychczas wydawały się oczywiste. Doświadczenia praktyki zobowiązują jednak, aby ponownie przyjrzeć się sposobowi interpretacji tego przepisu.

W doktrynie przyjmuje się, że wydanie przedsiębiorstwa powinno nastąpić niezwłocznie, czyli nawet w dniu wydania postanowienia o ogłoszeniu upadłości z zatwierdzeniem warunków sprzedaży lub w dniu następnym. Chodzi o zapewnienie nieprzerwanego i niczym niezakłóconego funkcjonowania tego przedsiębiorstwa. Z tego względu wydanie przedsiębiorstwa nabywcy

następuje bezpośrednio do rąk nabywcy, jedynie przy udziale syndyka[6].

W praktyce rodzi to szereg problemów interpretacyjnych. Przepis milczy odnośnie do tego, jakie czynności mają zostać podjęte przed wydaniem majątku i jakie dokumenty mają zostać przeanalizowane. Nie wiadomo zatem, czy organ sądowy ma przeprowadzić inwentaryzację majątku, który ma zostać wydany, czy ograniczyć się do sprawdzenia inwentaryzacji wykonanej przez dłużnika i porównania przedstawionych przez niego dokumentów z księgami rachunkowymi. Przeprowadzenie takiej inwentaryzacji przez syndyka, zwłaszcza w przypadku dużych przedsiębiorstw, będzie czasochłonne, przez co wydanie majątku „niezwłocznie" nie będzie możliwe. Z kolei opieranie się wyłącznie na dokumentach przedstawionych przez dłużnika obarczone jest ryzykiem sporządzenia inwentaryzacji w sposób nierzetelny i zatajenia części majątku. Dodatkowo przeprowadzenie inwentaryzacji i badanie ksiąg może się odbyć tylko wtedy, gdy dłużnik wyda syndykowi majątek i księgi.

W prezentowanym przypadku praktycznie w każdym punkcie sprzedaży znajdywał się zarówno majątek wchodzący w skład zorganizowanej części przedsiębiorstwa, która miała zostać wydana nabywcy, jak i majątek, który miał pozostać w spółce. Jednocześnie dłużnik i nabywca w kolejnych pismach kierowanych do sądu podkreślali, że nie ma potrzeby sporządzania szczegółowego spisu związanego z przekazaniem. Przygotowany przez nich dokument przekazania był stosunkowo lakoniczny, zawierał jedynie zapis o wydaniu danego punktu sprzedaży wraz z całym wyposażeniem i ruchomościami. Taki sposób dokumentowania przekazania majątku uzasadniali faktem istnienia postanowienia o zatwierdzeniu warunków sprzedaży, które zostało wydane na podstawie opisu i oszacowania sporządzonego przez rzeczoznawcę. Przyjmowali zatem, że dokumentem określającym, jakie składniki majątku mają być wydane, jest wspomniana opinia rzeczoznawcy stanowiąca załącznik do wniosku o ogłoszenie upadłości.

Ich zdaniem rola syndyka w czynności przejęcia zorganizowanej części przedsiębiorstwa miała się sprowadzać jedynie do sprawdzania, czy upadły wyraża wolę dobrowolnego przekazania zorganizowanej części przedsiębiorstwa. Miał on jedynie podpisać dokument bez sprawdzenia, jaki majątek zostaje przekazany. Takie rozumienie roli syndyka przy przekazaniu majątku sprowadziłoby istotną szkodę majątkową na wierzycieli. Doszłoby do wydania niezinwentaryzowanych zapasów, na których ustanowiony został zastaw rejestrowy, oraz do wydania i sprzedaży rzeczy osób trzecich wbrew ich woli, za cenę rażąco niską w stosunku do ich wartości rynkowej (7,35%). Wiązałoby się to również niewątpliwie z odpowiedzialnością dyscyplinarną i odszkodowawczą syndyka w związku z nienależytym pełnieniem obowiązków.

PODSUMOWANIE

1. Instytucja przygotowanej upadłości z pewnością ma wiele zalet, ale w związku z tym, że jest przygotowywana przez dłużnika, należy dochować szczególnej staranności przy ocenie przesłanek do zatwierdzenia oferty w ramach tej procedury.

2. Syndyk zobowiązany jest z urzędu podjąć działania zmierzające do kontroli prawidłowości planowanej transakcji. W szczególności sprawdzeniu podlegać powinien operat szacunkowy oraz istnienie powiązań pomiędzy dłużnikiem a nabywcą. W aktualnym stanie prawnym obowiązki te ciążą również na tymczasowym nadzorcy sądowym, którego powołanie jest obligatoryjne.

3. Syndyk pełni aktywną rolę przy przekazaniu przedmiotu pre-packu przez dłużnika bezpośrednio do rąk nabywcy. W szczególności powinien sprawdzić, czy przedmiot, który ma zastać przekazany, jest tożsamy z opisanym we wniosku o zatwierdzenie oferty. Jeśli wraz z przedmiotem pre-packu nastąpi przekazanie innych przedmiotów, muszą one zostać wyraźnie oznaczone i opisane, aby w przyszłości możliwe było ich odebranie lub rozliczenie. Syndyk nie powinien dopuścić do tego, by w ramach pre-packu dokonano sprzedaży rzeczy osób trzecich. Kwestię własności należy ustalić w oparciu o księgi dłużnika.

4. *De lege ferenda* przesłanką dyskwalifikującą transakcję w ramach przygotowanej upadłości powinna być odmowa upadłego w zakresie wydania majątku i ksiąg oraz odmowa udzielenia wyjaśnień (zwłaszcza w sytuacji występowania powiązań pomiędzy dłużnikiem a oferentem). Instytucja ta powinna być traktowana jako przywilej dla uczciwego dłużnika.

[6] Zimmerman P., *Prawo upadłościowe..., op. cit.*, s. 188-189.

dr hab. Rafał Adamus
prof. Uniwersytetu Opolskiego[1]

PROBLEM PRZEKAZANIA DO MASY UKŁADOWEJ W PRZYSPIESZONYM POSTĘPOWANIU UKŁADOWYM SUM UZYSKANYCH W ZAWIESZONYM POSTĘPOWANIU EGZEKUCYJNYM

Zgodnie z art. 278 ust. 2 p.r. – regulującym skutki otwarcia postępowania układowego – sumy uzyskane w zawieszonym postępowaniu egzekucyjnym, a jeszcze niewydane, przelewa się do masy układowej niezwłocznie po wydaniu postanowienia o otwarciu postępowania układowego. Analogiczną regulację zawiera art. 312 ust. 3 p.r., który nakazuje organom egzekucyjnym przelanie do masy sanacyjnej sum uzyskanych w zawieszonym postępowaniu egzekucyjnym, a jeszcze niewydanych, niezwłocznie po wydaniu postanowienia o otwarciu postępowania sanacyjnego. Odpowiednika tych przepisów brakuje w przyspieszonym postępowaniu układowym. Powstaje zatem pytanie, czy w przypadku otwarcia przyspieszonego postępowania układowego sumy uzyskane w zawieszonym postępowaniu egzekucyjnym, a jeszcze niewydane wierzycielom egzekwującym, przelewa się do masy układowej niezwłocznie po wydaniu postanowienia o otwarciu przyspieszonego postępowania układowego?

Przede wszystkim wypada zacząć od stwierdzenia, że przepisy Prawa restrukturyzacyjnego należy traktować jako *lex specialis* w stosunku do przepisów o postępowaniu egzekucyjnym. Ponadto organy egzekucyjne działają w oparciu o zasadę legalizmu. Powinny zatem z urzędu stosować prawo. Z tytułu naruszenia zasady legalizmu i wyrządzenia szkody system prawa przewiduje odpowiedzialność odszkodowawczą Skarbu Państwa.

„STANDARDOWE" SKUTKI OTWARCIA PRZYSPIESZONEGO POSTĘPOWANIA UKŁADOWEGO DLA POSTĘPOWAŃ EGZEKUCYJNYCH

Jeżeli sąd restrukturyzacyjny otworzy przyspieszone postępowanie układowe, wówczas znajdzie zastosowanie przepis art. 259 ust. 1 zd. 1 p.r. Postępowanie egzekucyjne dotyczące wierzytelności objętej z mocy prawa układem (a zatem nie wszystkich wierzytelności), wszczęte przed dniem otwarcia przyspieszonego postępowania układowego, ulega zawieszeniu z mocy prawa z dniem otwarcia postępowania. Skutek ten miał miejsce z godziną 0.00 dnia otwarcia postępowania[2]. Następuje on z mocy prawa, automatycznie, bez potrzeby wydawania jakiegokolwiek postanowienia, bez inicjatywy dłużnika, bez badania faktycznej konieczności zawieszenia postępowania egzekucyjnego. Dotyczy to każdego postępowania egzekucyjnego: sądowego i administracyjnego.

Zgodnie z art. 170 ust. 1 p.r. – który odnosi się także do innych postępowań restrukturyzacyjnych: układowego i sanacyjnego – z dniem uprawomocnienia się postanowienia zatwierdzającego układ postępowania zabezpieczające i egzekucyjne prowadzone przeciwko dłużnikowi w celu zaspokojenia wierzytelności objętych układem ulegają umorzeniu z mocy prawa.

Ponadto z mocy art. 259 ust. 3 p.r. po dniu otwarcia przyspieszonego postępowania układowego – z mocy samego prawa – wszczęcie postępowania egzekucyjnego oraz wykonanie postanowienia o zabezpieczeniu roszczenia lub zarządzenia zabezpieczenia roszczenia wynikającego z wierzytelności objętej z mocy prawa układem jest niedopuszczalne.

Zgodnie z art. 260 ust. 1 p.r. wierzyciel posiadający wierzytelność zabezpieczoną na mieniu dłużnika hipoteką, zastawem, zastawem rejestrowym, zastawem skarbowym lub hipoteką morską może w toku przyspieszo-

[1] Uniwersytet Opolski, Katedra Prawa Gospodarczego i Podatkowego, www.adamusrafal.pl.

[2] Zob. np. Hrycaj A., [w:] *System prawa handlowego. Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe*, t. 6, red. A. Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz, wyd. 2, Warszawa 2020, s. 248; Gurgul S., *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 1209.

nego postępowania układowego prowadzić egzekucję wyłącznie z przedmiotu zabezpieczenia. Przepisy te ilustrują „standardowe" skutki otwarcia przyspieszonego postępowania układowego spółki. Dłużnik w przyspieszonym postępowaniu układowym może uzyskać bardziej intensywną ochronę przed postępowaniem egzekucyjnym. Niemniej zyskanie dalej idącej ochrony wymaga pewnej aktywności.

„PONADSTANDARDOWE" SKUTKI OTWARCIA PRZYSPIESZONEGO POSTĘPOWANIA UKŁADOWEGO DLA POSTĘPOWAŃ EGZEKUCYJNYCH

Po pierwsze, zgodnie z art. 259 ust. 1 zd. 2-3 p.r. na wniosek dłużnika lub nadzorcy sądowego sędzia-komisarz ustanowiony w postępowaniu postanowieniem stwierdza zawieszenie postępowania egzekucyjnego. Postanowienie doręcza się również organowi egzekucyjnemu. Innymi słowy, możliwe jest uzyskanie deklaratoryjnego orzeczenia sądowego potwierdzającego stan rzeczy sprzed wydania postanowienia. Samo postanowienie nie ma mocy zawieszenia postępowania egzekucyjnego. Jaki jest sens takiej regulacji? Otóż Prawo restrukturyzacyjne wprowadza „na zapas" instrument ochronny dla dłużnika, gdyby ktokolwiek kwestionował stan zawieszenia postępowania egzekucyjnego z mocy prawa[3].

Po drugie, na podstawie art. 259 ust. 2 zd.1 p.r. sędzia-komisarz na wniosek dłużnika lub nadzorcy sądowego może uchylić zajęcie dokonane przed dniem otwarcia przyspieszonego postępowania układowego w postępowaniu egzekucyjnym lub zabezpieczającym dotyczącym wierzytelności objętej z mocy prawa układem, jeżeli jest to konieczne dla dalszego prowadzenia przedsiębiorstwa. Postanowienie doręcza się również organowi egzekucyjnemu[4].

Po trzecie, zgodnie z art. 260 ust. 2 p.r. sędzia-komisarz na wniosek dłużnika lub nadzorcy sądowego może zawiesić postępowanie egzekucyjne co do wierzytelności nieobjętych z mocy prawa układem, jeżeli egzekucję skierowano do przedmiotu zabezpieczenia niezbędnego do prowadzenia przedsiębiorstwa. Łączny czas zawieszenia postępowania egzekucyjnego nie może przekroczyć 3 miesięcy. Zwolnienie zajętego przedmiotu spod zajęcia może nastąpić zgodnie z przepisami kodeksu postępowania cywilnego.

[3] Hrycaj A., [w:] *System...*, s. 248, Gurgul S., *Prawo...*, s. 1210.
[4] Hrycaj A., [w:] *System...*, s. 249.

OCHRONA PRZED POSTĘPOWANIAMI EGZEKUCYJNYMI W POSTĘPOWANIU SANACYJNYM I UKŁADOWYM

Zakres ochrony dłużnika przed postępowaniami egzekucyjnymi jest najpełniejszy w postępowaniu sanacyjnym[5]. Zgodnie z art. 312 ust. 1 p.r. wszelkie[6] postępowanie egzekucyjne skierowane do majątku dłużnika wchodzącego w skład masy sanacyjnej – bez względu na to, czy dotyczą wierzytelności układowych, czy pozaukładowych[7] – wszczęte przed dniem otwarcia postępowania sanacyjnego ulega zawieszeniu z mocy prawa z dniem otwarcia postępowania. Równie szeroki jest zakres ograniczeń dla przyszłych postępowań egzekucyjnych, gdyż skierowanie jakiejkolwiek[8] egzekucji do majątku dłużnika wchodzącego w skład masy sanacyjnej oraz wykonanie postanowienia o zabezpieczeniu roszczenia lub zarządzenia zabezpieczenia roszczenia na tym majątku jest niedopuszczalne po dniu otwarcia postępowania sanacyjnego[9]. Natomiast w postępowaniu układowym dochodzi do ochrony dłużnika przed postępowaniami egzekucyjnymi – co do zasady – w zakresie wierzytelności objętej z mocy prawa układem (art. 278 p.r.). Pomiędzy przyspieszonym postępowaniem układowym a postępowaniem układowym nie ma takich różnic konstrukcyjnych, które uzasadniałyby różny poziom ochrony dłużnika. Przesłanka wyboru jednego z tych trybów jest sztywna, zależy jedynie od poziomu wierzytelności spornych (art. 3 p.r.)[10].

PROBLEM OBOWIĄZKU WYDANIA SUM DO MASY UKŁADOWEJ UZYSKANYCH PRZEZ ORGAN EGZEKUCYJNY W ZAWIESZONYM POSTĘPOWANIU EGZEKUCYJNYM

Analizę zagadnienia obowiązku wydania sum do masy układowej uzyskanych przez organ egzekucyjny w zawieszonym postępowaniu egzekucyjnym wypada zacząć od powołania się na przepis art. 278 ust. 2 i art. 312 ust. 3 p.r.[11] Przekazanie tych sum następuje bez względu na prawomocność postanowienia sądu. Regulacja art. 278 ust. 2 i art. 312 ust. 3 p.r. całkowicie abstrahuje od ryzyka, że układ w postępowaniu układowym albo w postępowaniu sanacyjnym może nie zostać zawarty. Dla przekazania przez organ egzekucyjny sum do masy układowej w postępowaniu układowym czy do masy

[5] Tamże, s. 258.
[6] Z zastrzeżeniem ust. 5 art. 314 p.r.
[7] Hrycaj A., [w:] *System...*, s. 258.
[8] Z zastrzeżeniem ust. 5 art. 314 p.r.
[9] Hrycaj A., [w:] *System...*, s. 259.
[10] Adamus R., *Przedmiotowe przesłanki otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego*, „Monitor Prawa Bankowego" nr 12/2015, s. 19-27.
[11] Przepis ten jest odpowiednikiem art. 146 ust. 2 p.u., zgodnie z którym sumy uzyskane w zawieszonym postępowaniu egzekucyjnym, a jeszcze niewydane, przelewa się do masy upadłości po uprawomocnieniu się postanowienia o ogłoszeniu upadłości.

sanacyjnej dłużnik nie musi spełniać jakichkolwiek dodatkowych warunków. Ustawodawca zatem wyraźnie przesądza, że nie ma sensu, aby środki pieniężne pozostawały w dyspozycji organu egzekucyjnego bez względu na przewidywania co do prawdopodobieństwa zawarcia i zatwierdzenia układu.

Czy wobec literalnego braku w art. 259 p.r. odpowiednika art. 278 ust. 2 i art. 312 ust. 3 p.r. można wyciągnąć wniosek, że w przypadku przyspieszonego postępowania układowego organ egzekucyjny nie ma kompetencji do przelania zgromadzonych sum do masy układowej?

W literaturze przedmiotu wyrażony został trafny pogląd, że „regulacja art. 312 ust. 2 i 3 jest tożsama z regulacją art. 259 ust. 2 i art. 278 ust. 2 PrRestr."[12]. Można zatem bronić zapatrywania, że przepis art. 312 ust. 3 p.r. jest normą prawną, której sens wynika z innych przepisów prawa[13]. W publikowanym opracowaniu przedstawione zostanie szersze uzasadnienie takiego stanowiska.

Po pierwsze, wskazać należy, że sumy zgromadzone przez organ egzekucyjny w toku postępowania egzekucyjnego, a niewydane wierzycielom egzekwującym, są środkami należącymi do dłużnika. Ograniczenie prawa własności poprzez postępowanie egzekucyjne zawsze powinno mieć wymiar proporcjonalny.

Po drugie, ani ustawa – Prawo restrukturyzacyjne, ani przepisy o sądowym postępowaniu egzekucyjnym i o postępowaniu egzekucyjnym w administracji nie zakazują przelania do masy układowej w przyspieszonym postępowaniu układowym środków pieniężnych zgromadzonych w postępowaniu egzekucyjnym, które zostało zawieszone z mocy prawa z chwilą otwarcia przyspieszonego postępowania układowego.

Po trzecie, istotne znaczenie będzie tu odgrywała wykładnia celowościowa. Zgodnie z art. 3 ust. 1 p.u. celem postępowania restrukturyzacyjnego jest uniknięcie ogłoszenia upadłości dłużnika przez umożliwienie mu restrukturyzacji w drodze zawarcia układu z wierzycielami przy zabezpieczeniu słusznych praw wierzycieli. Restrukturyzacja dłużnika jest zatem zagadnieniem centralnym. W uzasadnieniu projektu ustawy – Prawo restrukturyzacyjne podniesiono, że „doświadczenia międzynarodowe wskazują, że poprawienie warunków skutecznej restrukturyzacji i szybkiej likwidacji przedsiębiorstw stanowi istotny element dla wzrostu potencjału gospodarczego państwa. Reforma oparta jest na założeniu ochrony wartości ekonomicznej przedsiębiorstwa i poszanowaniu praw wierzycieli, co realizują następujące cele regulacji: (a) Zapewnienie przedsiębiorcom i ich kontrahentom skutecznych instrumentów do restrukturyzacji przy jednoczesnej maksymalizacji ochrony praw wierzycieli; (b) Zapewnienie instytucjonalnej autonomii postępowań restrukturyzacyjnych w oderwaniu od stygmatyzujących postępowań upadłościowych; (c) Wprowadzenie zasady subsydiarności postępowania upadłościowego jako *ultima ratio* wobec ekonomicznego fiaska restrukturyzacji (...)". W uzasadnieniu projektu ustawy – Prawo restrukturyzacyjne wskazano na zasadę ochrony dłużnika. Podniesiono, że „postępowanie restrukturyzacyjne będzie prowadzone w interesie dłużnika – celem postępowania jest restrukturyzacja przedsiębiorstwa dłużnika i zapobieżenie jego likwidacji. Z tego powodu (...) przewiduje możliwość udzielenia dłużnikowi ochrony przed wierzycielami przez regulacje dotyczące zawieszania postępowań egzekucyjnych i możliwość uchylenia zajęć"[14]. Zatem przepis art. 3 ust. 1 p.r. determinuje taką wykładnię prawa, która będzie uwzględniała potrzebę rzeczywistej restrukturyzacji dłużnika. Zatrzymanie przez organ egzekucyjny środków pieniężnych należących do dłużnika, np. niezbędnych dla sfinansowania wypłaty wynagrodzenia jego pracowników, narusza przepis art. 3 ust. 1 p.r.

Po czwarte, dłużnik po otwarciu restrukturyzacji potrzebuje dalszego finansowania, najczęściej zewnętrznego, swojej działalności. Czy zatem organ egzekucyjny powinien przetrzymywać środki pieniężne dłużnika, np. potrzebne na wypłatę wynagrodzeń pracowników, aby mu je zwrócić po prawomocnym zatwierdzeniu układu, czy raczej powinien je bezzwłocznie przelać do masy układowej? Komisja Narodów Zjednoczonych ds. Międzynarodowego Prawa Handlowego (UNCITRAL) opracowała rekomendacje legislacyjne dotyczące prawa upadłościowego i restrukturyzacyjnego. Umieszczone są one m.in.

[12] Hrycaj A., [w:] *System...*, s. 259.

[13] Zapatrywanie przeciwne w literaturze przedmiotu zaprezentował Chrapoński D., [w:] *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, red. A. Torbus, A. Witosz, A.J. Witosz, Warszawa 2016, s. 658. Zdaniem tego autora nie ma podstawy normatywnej do przelania sum do masy układowej. Niemniej D. Chrapoński podstaw do zatrzymania sum przez organ egzekucyjny doszukuje się w argumentacji opartej o odesłanie: „podstaw prawnych do zatrzymania środków pieniężnych przez organ egzekucyjny należy szukać w treści art. 179 § 3 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c., przyjmując, że w trakcie zawieszenia postępowania egzekucyjnego organy egzekucyjne nie wykonują żadnych czynności, do których również należy przekazanie otrzymanych od dłużnika świadczeń." Również Zimmerman P., *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa 2016, s. 1511, opowiedział się przeciwko przekazywaniu jakichkolwiek sum do masy układowej przed prawomocnym zatwierdzeniem układu.

[14] W tym samym kierunku zmierza prawo Unii Europejskiej. Zgodnie z art. 6 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1023 z 20 czerwca 2019 r. w sprawie ram restrukturyzacji zapobiegawczej, umorzenia długów i zakazów prowadzenia działalności oraz w sprawie środków zwiększających skuteczność postępowań dotyczących restrukturyzacji, niewypłacalności i umorzenia długów, a także zmieniającej dyrektywę (UE) 2017/1132 (dyrektywa o restrukturyzacji i upadłości) państwa członkowskie zapewniają, aby dłużnicy mogli korzystać ze wstrzymania indywidualnych czynności egzekucyjnych, aby pomóc w negocjowaniu planu restrukturyzacji w ramach restrukturyzacji zapobiegawczej.

w dokumencie: *Legislative Guide on Insolvency Law*[15]. Rekomendacje UNCITRAL nie mają na celu tego, aby stać się bezpośrednio elementem danego porządku prawnego. Są rekomendacją dla modelowych rozwiązań prawnych w obszarze prawa o niewypłacalności. UNCITRAL dostrzega i eksponuje okoliczność, że po otwarciu restrukturyzacji istnieje ekonomiczna potrzeba dalszego finansowania działalności dłużnika. Wskazuje także na wagę kontynuowania prowadzenia zadłużonego przedsiębiorstwa i okoliczność, że finansowanie może się okazać potrzebne już na bardzo wczesnym etapie[16]. UNCITRAL podnosi dalej, że w niektórych systemach prawnych możliwe jest uzyskanie wyższego uprzywilejowania przez podmiot finansujący upadłego po dacie ogłoszenia upadłości względem istniejących zabezpieczonych wierzytelności (*priming lien*)[17]. W efekcie, zdaniem UNCITRAL, prawo o niewypłacalności powinno ułatwiać i dostarczać zachęt do finansowania dłużnika po otwarciu procedur związanych z jego niewypłacalnością, jeżeli jest to niezbędne dla kontynuacji albo zachowania przedsiębiorstwa upadłego, albo dla zachowania lub zwiększenia wartości majątku. W tym kontekście można postawić tezę, że jeżeli na etapie projektowania przepisów kładzie się tak duży nacisk, aby wprowadzić zachęty dla zewnętrznego finansowania dłużnika, to w procesie wykładni prawa nie powinno się wyprowadzać wniosku, że organ egzekucyjny powinien przetrzymywać środki pieniężne dłużnika – niezbędne np. na wypłatę wynagrodzeń dla pracowników – do czasu umorzenia postępowania egzekucyjnego (co jest następstwem zatwierdzenia układu). Należy zauważyć, że wobec zawieszenia postępowania egzekucyjnego z mocy samego prawa organ egzekucyjny nie może dokonać przekazania zgromadzonych sum wierzycielom egzekwującym. Jak przyjmuje się w literaturze, „zawieszenie postępowania egzekucyjnego oznacza, że organ egzekucyjny nie może podejmować żadnych czynności"[18]. Sumy te nie mogą – w czasie trwania postępowania restrukturyzacyjnego – zostać wykorzystane dla potrzeb egzekwującego wierzyciela. Ich przetrzymywanie przez organ egzekucyjny wydaje się być nieefektywne.

Po piąte, należy zauważyć, że art. 252 ust. 1 p.r. wprowadza moratorium na spłatę zobowiązań układowych. Zgodnie z tym przepisem od dnia otwarcia przyspieszonego postępowania układowego do dnia jego zakończenia albo uprawomocnienia się postanowienia o umorzeniu przyspieszonego postępowania układowego spełnianie przez dłużnika albo zarządcę świadczeń wynikających z wierzytelności, które z mocy prawa są objęte układem, jest niedopuszczalne[19]. Gdyby zatem dłużnik zrobił blokadę środków finansowych na pokrycie zobowiązań względem wierzycieli układowych, utrzymywanie takiej blokady byłoby nieracjonalne.

Po szóste, jeżeli ustawodawca przewiduje obligatoryjne zawieszenie postępowań egzekucyjnych wraz z otwarciem przyspieszonego postępowania układowego i dopuszcza uchylenie zajęć na mocy postanowienia sądu, to w konsekwencji pozwala – pomimo bytu postępowania egzekucyjnego – na skierowanie strumienia pieniądza do dłużnika z pominięciem organu egzekucyjnego. Zatem jeżeli dłużnik – od chwili uchylenia zajęć – ma tytuł do przejmowania środków pieniężnych do masy układowej od swoich kontrahentów, to – *mutatis mutandis* – przejmuje także środki zgromadzone w postępowaniu egzekucyjnym przed uchyleniem zajęć.

Po siódme, możliwe jest zastosowanie do przyspieszonego postępowania układowego przepisu art. 278 ust. 2 p.r. i art. 312 ust. 3 p.r. w drodze *analogii legis*. W kontekście funkcji restrukturyzacyjnej przyspieszonego postępowania układowego i znaczenia, jakie przykłada się do zapewnienia odpowiedniego finansowania, można założyć, że o ile w przepisach byłaby luka prawna[20], to należałoby ją zapełnić odpowiednią regulacją z innego typu postępowania. Jest to jednocześnie argument z wykładni systemowej ustawy – Prawo restrukturyzacyjne.

Po ósme, można posłużyć się następującym argumentem. Gdyby postępowanie egzekucyjne było w toku, wówczas dłużnik mógłby wystąpić do organu egzekucyjnego o zwolnienie odpowiednich sum celem wypłaty wynagrodzeń dla pracowników. Organ egzekucyjny teoretycznie mógłby zwolnić zajęte środki pieniężne na wypłaty dla pracowników. Czy po otwarciu przyspieszonego postępo-

[15] Nowy Jork 2005, s. 1-384.
[16] *Legislative Guide*..., cz. II, s. 114.
[17] Tamże, s. 115.
[18] Hrycaj A., [w:] *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, red. A. Hrycaj, P. Filipiak, Warszawa 2017, s. 860. Zgodnie jednak z art. 145 ust. 1 p.r. zawieszenie postępowania egzekucyjnego nie stoi na przeszkodzie przysądzeniu własności nieruchomości, jeżeli przybicia prawomocnie udzielono przed ogłoszeniem upadłości, a nabywca egzekucyjny wpłaci w terminie cenę nabycia.
[19] Świadczenie spełnione wbrew komentowanej regulacji ma status świadczenia nienależnego. Sąd Najwyższy w wyroku z 18 lipca 2014 r., IV CSK 684/13, na tle poprzedniego stanu prawnego wyraził zachowujący aktualność pogląd, że „zawsze, ze względu na ochronę masy upadłości, spełnienie świadczenia wbrew zakazowi z art. 87 p.u.n. [odpowiednik ust. 1 komentowanego przepisu] powoduje to, że świadczenie jest nienależne". Przyjęcie koncepcji świadczenia nienależnego ma dalsze konsekwencje. W wyroku Sądu Najwyższego z 27 maja 2015 r., II CSK 412/14, wskazano, że „ze względu na wyjątkowe okoliczności można uznać, że pomimo spełnienia przesłanek określonych w art. 87 p.u.n., czyli w przepisie bezwzględnie obowiązującym, i wykonania przez zarządcę masy upadłości świadczenia, które stało się nienależne po ogłoszeniu upadłości przedsiębiorcy z możliwością zawarcia układu, nie powstanie obowiązek zwrotu tego świadczenia, jeśli jego spełnienie okaże się zgodne z zasadami współżycia społecznego, a żądaniu zwrotu sprzeciwia się poczucie sprawiedliwości (art. 411 pkt 2 k.c.)."
[20] Pomiędzy przyspieszonym postępowaniem układowym a postępowaniem układowym nie ma takich różnic konstrukcyjnych, które uzasadniałyby różny poziom ochrony dłużnika przed egzekucją.

wania układowego sytuacja dłużnika powinna być gorsza niż w czasie postępowania egzekucyjnego, jeżeli potrzebowałby tych sum na wypłatę dla pracowników? Otóż przyspieszone postępowanie układowe wiąże się z ochroną dłużnika przed skutkami postępowań egzekucyjnych.

PODSUMOWANIE

De lege lata należy bronić poglądu, że w przypadku otwarcia przyspieszonego postępowania układowego sumy uzyskane w zawieszonym postępowaniu egzekucyjnym, a jeszcze niewydane wierzycielom egzekwującym, niezbędne dłużnikowi w całości na wypłaty dla pracowników, przelewa się do masy układowej niezwłocznie po wydaniu postanowienia o otwarciu przyspieszonego postępowania układowego.

Dla uniknięcia istniejących wątpliwości należałoby *de lege ferenda* w przepisach o przyspieszonym postępowaniu układowym umieścić odpowiednik art. 278 ust. 2 p.r., albowiem nie ma uzasadnionych racji konstrukcyjnych przemawiających za nierównym poziomem ochrony dłużnika przed skutkami egzekucji w przyspieszonym postępowaniu układowym i w postępowaniu układowym.

Wojciech Bokina[1]
Małgorzata Woźniak[2]
Magdalena Michalik[3]

Brysiewicz & Wspólnicy
RADCOWIE PRAWNI

CZY OTWARCIE POSTĘPOWANIA RESTRUKTURYZACYJNEGO LUB UPADŁOŚCIOWEGO BENEFICJENTA W CIĄGU 12 MIESIĘCY OD PRZYZNANIA POMOCY PUBLICZNEJ ZWIĄZANEJ Z COVID-19 POWODUJE KONIECZNOŚĆ ZWROTU DOTACJI?

W przestrzeni publicznej można często spotkać się z twierdzeniami, że złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub wniosku restrukturyzacyjnego powoduje konieczność zwrotu przyznanej pomocy publicznej. Czy rzeczywiście tak jest? O ile taki skutek definitywnie, na ten moment, obowiązuje przy tzw. „tarczy finansowej" Polskiego Funduszu Rozwoju dla MŚP, tak kolejne „ustawy covidowe" w odmienny sposób regulują, kto i na jakich zasadach może ubiegać się o pomoc publiczną oraz kiedy zobowiązany jest do jej zwrotu. Jest to w szczególności istotne z perspektywy doradców restrukturyzacyjnych i sądów, którzy powinni mieć świadomość konsekwencji toczących się postępowań dla udzielonej już lub planowanej do pozyskania pomocy publicznej.

Sytuacja nie jest jednorodna, gdyż przyznawana pomoc opiera się na kolejnych decyzjach Komisji Europejskiej, przepisach krajowych, które nie zawsze konsekwentnie traktują przedsiębiorców w trudnej sytuacji finansowej, regulaminach poszczególnych programów, a także umowach, które są zawierane z beneficjentami. Początkowo polski ustawodawca mniej korzystnie traktował podmioty w trudnej sytuacji ekonomicznej, wykluczając je całkowicie ze wsparcia lub wyraźnie zapowiadając konieczność zwrotu otrzymanej pomocy. Takie regulacje mogą mieć jednak daleko idące negatywne skutki, które zostaną przedstawione. Nowsze programy pomocowe są bardziej elastyczne w tym zakresie, wobec czego uzasadniony jest postulat rozważenia przez ustawodawcę, czy restrykcyjnych wobec przedsiębiorców w upadłości lub w restrukturyzacji warunków nie należałoby zmienić, uwzględniając przepisy prawa europejskiego i polskiego.

POMOC PUBLICZNA W UE

Pomoc publiczna oznacza wszelką pomoc przyznawaną przedsiębiorcom przez państwo lub ze środków państwowych. Co do zasady, prawo unijne zakazuje udzielania takiej pomocy, gdyż zakłóca ona lub grozi zakłóceniem konkurencji poprzez sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom w zakresie, w jakim wpływa na wymianę handlową między przedsiębiorcami[4]. W uzasadnionych przypadkach możliwe jest zastosowanie wyjątków od zakazu udzielania pomocy publicznej za zgodą Komisji Europejskiej, która nie tylko kontroluje pomoc publiczną przed jej udzieleniem, ale weryfikuje również, w jaki sposób i na jakich warunkach została ona uzyskana i wykorzystana. W przypadku udzielenia pomocy niezgodnie z rynkiem wewnętrznym bądź wykorzystania niezgodnie z przeznaczeniem komisja może nakazać państwu członkowskiemu zwrot udzielonej pomocy wraz z odsetkami[5].

Aby umożliwić państwom unijnym wykorzystanie wyjątków i wsparcie gospodarki zagrożonej w wyniku zakłóceń związanych z pandemią koronawirusa, 19 marca 2020 r. Komisja Europejska przyjęła Tymczasowe ramy środków pomocy państwa w celu wsparcia gospodarki w kontekście trwającej epidemii Covid-19[6], w których przewidziano, jakiego rodzaju i na jakich warunkach państwa członkowskie mogą udzielać pomocy publicznej w postaci środków pomocowych, które uprzednio muszą być notyfikowane i zatwierdzane przez Komisję Europejską w formie decyzji[7]. Państwa członkowskie zgłaszające określone środki

[1] Radca prawny, doradca restrukturyzacyjny, wspólnik w kancelarii Brysiewicz i Wspólnicy sp. k.
[2] Aplikantka adwokacka w Brysiewicz i Wspólnicy sp. k.
[3] Doktorantka w Katedrze Prawa Unii Europejskiej na Uniwersytecie Warszawskim, prawnik w kancelarii Brysiewicz i Wspólnicy sp. k.

[4] Art. 107 Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Gospodarczą (Dz. U. z 2004 r. nr 90, poz. 864/2 z późn. zm.; dalej jako „TFUE").
[5] Postuła I., Werner A., *Pojęcie pomocy publicznej. Część pierwsza*, [w:] *Prawo pomocy publicznej.* Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, 2008.
[6] Komunikat Komisji: Tymczasowe ramy środków pomocy państwa w celu wsparcia gospodarki w kontekście trwającej epidemii Covid-19 (Dz. U. UE. C. z 2020 r., s. 91 z późn. zm.; dalej jako „tymczasowe ramy").
[7] Rzotkiewicz M., *4.1.2. Kompetencje przysługujące Komisji w zakresie pomocy publicznej prze jej udzieleniem*, [w:] *Pomoc publiczna dla przedsiębiorców. Wybrane zagadnienia.* Wolters Kluwer Polska, 2020.

pomocowe na podstawie tymczasowych ram muszą wykazać, że są one konieczne, odpowiednie i proporcjonalne, aby zaradzić poważnym zaburzeniom w gospodarce danego państwa członkowskiego oraz że spełnione są wszystkie warunki udzielania pomocy, szczegółowo określone w tymczasowych ramach. Z tego względu wsparcie publiczne dla przedsiębiorców, oparte o poszczególne decyzje KE w odniesieniu do poszczególnych programów pomocowych, musi być zawsze udzielane przez państwo zgodnie z zasadami regulującymi przyznawanie pomocy publicznej w Unii Europejskiej. Weryfikując zgodność „covidowych" programów pomocowych z perspektywy regulacji unijnych, należy oceniać ich brzmienie na gruncie regulacji TFUE, treści tymczasowych ram oraz każdej z poszczególnych decyzji zatwierdzających dany program wsparcia.

Polska notyfikowała dotychczas 13 programów pomocowych[8], które uzyskały pozytywne decyzje KE zatwierdzające pomoc publiczną opartą o treść tymczasowych ram. Na gruncie przepisów krajowych są one regulowane na poziomach (1) ustawy lub rozporządzeń, których treść powinna być spójna z brzmieniem (2) tymczasowych ram i (3) decyzjami Komisji Europejskiej. W przeciwnym razie istnieje ryzyko uznania przez komisję udzielonej pomocy za niezgodną z prawem i domagania się jej zwrotu od państwa członkowskiego. Ponadto, oprócz unijnej i krajowej podstawy prawnej, część programów opiera się również na (4) regulaminach, które szczegółowo określają zasady ubiegania się i przeznaczenie otrzymanego przez przedsiębiorców wsparcia, w tym również jego zwrotu w określonych przypadkach. Przeważająca liczba zatwierdzonych programów opiera się także na (5) umowach zawieranych pomiędzy podmiotami udzielającymi wsparcia a beneficjentami, które regulują ich wzajemne uprawnienia i obowiązki, w tym również zasady i terminy zwrotu danego wsparcia.

Wynika z tego, że reżim prawny udzielanego przedsiębiorcom wsparcia może być analizowany na kilku poziomach. Nie ma wątpliwości, iż każdy zatwierdzony przez KE na podstawie tymczasowych ram program musi pozostawać z nimi w zgodzie. Dotyczy to m.in.: limitów udzielanej pomocy, zasad kumulacji z innymi rodzajami pomocy publicznej, rodzajów instrumentów wsparcia lub sytuacji prawnej aplikującego podmiotu. W konsekwencji pierwszy istotny wniosek, jaki należy poczynić, jest taki, że analizując przyznane przedsiębiorcy wsparcie, trzeba mieć na względzie w szczególności wielopoziomowość odnoszących się do niego regulacji. Nie zawsze bowiem będzie tak, że skoro z decyzji KE ani z przepisów krajowych wprost nie wynika obowiązek zwrotu pomocy w przypadku np. otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego, takie postanowienia nie będą wprowadzone na gruncie zawartej umowy lub odwrotnie. Konieczność szybkiego projektowania programów, które mają zapewniać doraźną pomoc, pozbawioną proceduralnych barier, może niestety skutkować nie zawsze pełną przejrzystością, dlatego świadomość tego, gdzie mogą ukrywać się pułapki dla przedsiębiorców, jest tak istotna.

Każde państwo członkowskie może wprowadzać własne warunki udzielanej pomocy w celu zapobiegania koronawirusowi, które, o ile pozostają w zgodzie z brzmieniem tymczasowych ram, mogą wprowadzać dodatkowe lub bardziej surowe przesłanki wobec aplikujących i beneficjentów, w tym również zasady ich zwrotu. Takie postanowienia mogą również zostać uregulowane umową zawieraną z danym wnioskodawcą lub beneficjentem. W tym miejscu warto nadmienić, że w przypadku tychże umów zastosowanie znajdą uwagi czynione w stosunku do umów o dofinansowanie projektów finansowanych ze środków unijnych, dla których orzecznictwo zarówno sądów powszechnych, jak i sądów administracyjnych wyraźnie wskazuje na ich adhezyjny charakter, a co oznacza, że swoboda regulacji umownej zostaje poważnie ograniczona. Wynika to z faktu, że analogicznie jak w przypadku umów o dofinansowanie, sposób zawarcia i treść takiej związanej z określonym programem pomocy umowy są w dużej mierze zdeterminowane przez przepisy obowiązującego prawa, co powoduje, że wnioskodawca lub beneficjent ma niewielkie możliwości negocjowania i wpływania na jej postanowienia[9]. W konsekwencji treść zawieranych umów dotyczących przyznawanego wsparcia jest ściśle determinowana charakterem i regulacjami danego programu pomocy. Zatem w przypadku konieczności zwrotu wsparcia przyznawanego na mocy umowy najbardziej prawdopodobnym scenariuszem dochodzenia zwrotu pomocy będzie droga cywilnoprawna, z zastrzeżeniem możliwej odpowiedzialności prawnokarnej za ewentualne oszustwa lub fałszerstwa.

W konsekwencji opisana mnogość i różnorodność regulacji, które składają się na podstawę udzielanego przedsiębiorcy wsparcia, nie oznacza, że mają one tożsamą treść. Niewątpliwie muszą one pozostawać w odpowiedniej spójności, co wynika z unijnych mechanizmów zapobiegania udzielaniu pomocy publicznej niezgodnej z prawem UE, jednak nie wyklucza to aktywności ustawodawcy,

[8] Stan na 17 lipca 2020 r. Kolejne programy są wciąż przygotowywane do notyfikacji lub znajdują się w trakcie procedury zatwierdzania przez Komisję Europejską.

[9] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 5 listopada 2012 r., sygn. akt I ACa 436/12.

który może wprowadzić własne warunki dla wnioskodawców i beneficjentów.

Dlatego na pytanie, czy i na jakiej podstawie otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego lub upadłościowego w stosunku do beneficjenta w ciągu 12 miesięcy od przyznania pomocy publicznej dotyczącej Covid-19 powoduje konieczność zwrotu dotacji, odpowiedź brzmi, że zależy to od programu, w ramach którego doszło do udzielenia pomocy publicznej. Aby ustalić, czy taki skutek następuje, należy przeanalizować przepisy unijne i krajowe dotyczące tego konkretnego programu oraz regulamin tego programu, jeśli takowy istnieje, i sprawdzić, czy taki skutek przewiduje umowa zawarta pomiędzy beneficjentem a instytucją udzielającą wsparcia. O ile bowiem taki skutek następuje w przypadku np. „tarczy finansowej" udzielanej przez PFR dla MŚP, to podobnego warunku nie ma już w tarczy finansowej dla dużych przedsiębiorców. Od prawidłowości zakwalifikowania środków do zwrotu zależała będzie skuteczność wielu postępowań restrukturyzacyjnych, dlatego tak ważna jest świadomość nie tylko samych beneficjentów, ale także doradców restrukturyzacyjnych, na jakich zasadach opiera się ewentualna konieczność zwrotu i gdzie znajduje się jej podstawa prawna, a także jakie mogą być skutki otwarcia postępowań z zakresu ich specjalizacji dla obsługiwanych przedsiębiorców, którzy mogą być jednocześnie beneficjentami pomocy publicznej lub o taką pomoc się ubiegać. Również sądy i pełnomocnicy stron powinni być odpowiednio zorientowani w tym zagadnieniu, aby rzetelnie ocenić sytuację prawną danego podmiotu, a to nie zawsze jest proste.

RAMY POMOCY PUBLICZNEJ OKREŚLONE PRZEZ KE

Programy pomocy notyfikowane przez Komisję Europejską i przez nią zatwierdzane, związane z pomocą publiczną udzielaną przedsiębiorcom, którzy ucierpieli w wyniku pandemii Covid-19, oparte są na warunkach przewidzianych w tymczasowych ramach. W pierwszej kolejności należy podkreślić, że treść tego aktu w żadnym miejscu nie zawiera zastrzeżenia, z którego wynikałoby, iż w przypadku, w którym w ciągu 12 miesięcy od przyznania pomocy (ani jakiegokolwiek innego przedziału czasowego) wobec beneficjenta zostanie otwarte postępowanie restrukturyzacyjne lub upadłościowe, prowadzi to do konieczności zwrotu pozyskanego wsparcia. Na gruncie regulacji unijnych taki wymóg nie został ujęty w żadnej z sekcji tymczasowych ram, co oznacza, że z perspektywy europejskiej taka zasada nie wynika w sposób bezpośredni z warunków udzielania wsparcia ani też nie można jej wyprowadzić pośrednio z brzmienia wskazywanych unormowań. Nie oznacza to jednakowoż, że sytuacja finansowa wnioskodawców i beneficjentów pozostaje z tej perspektywy całkowicie irrelewantna.

Poszczególne sekcje tymczasowych ram określają rodzaje środków wsparcia w formie: ograniczonych kwot pomocy (sekcja 3.1), gwarancji kredytowych (sekcja 3.2), pomocy w formie subsydiowanych stóp oprocentowania pożyczek (sekcja 3.3), gwarancji i pożyczek udzielanych za pośrednictwem instytucji kredytowych lub innych instytucji finansowych (sekcja 3.4), krótkoterminowych ubezpieczeń kredytów eksportowych (sekcja 3.5), pomocy na badania i rozwój związanych z epidemią Covid-19 (sekcja 3.6), pomocy inwestycyjnej przeznaczonej na infrastrukturę służącą do testowania i przygotowania produktu do masowej produkcji (sekcja 3.7), pomocy inwestycyjnej na produkcję wyrobów służących do zwalczaniu epidemii Covid-19 (sekcja 3.8), pomocy w formie odroczenia płatności podatku lub składek na ubezpieczenie społeczne (sekcja 3.9), pomocy w formie subsydiowania wynagrodzeń pracowników w celu uniknięcia zwolnień podczas epidemii Covid-19 (sekcja 3.10), środków w zakresie dokapitalizowania (sekcja 3.11). Pomoc ta, jak wynika z regulacji dla poszczególnych sekcji tymczasowych ram, nie może być przyznawana przedsiębiorstwom, które 31 grudnia 2019 r. znajdowały się w trudnej sytuacji w rozumieniu ogólnego rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych[10]. Zgodnie z art. 2 pkt 18 Rozporządzenia GBER „przedsiębiorstwo znajdujące się w trudnej sytuacji oznacza przedsiębiorstwo, wobec którego zachodzi co najmniej jedna z poniższych okoliczności: a) w przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (innej niż MŚP, które istnieje od mniej niż trzech lat lub, do celów kwalifikowalności pomocy na finansowanie ryzyka, MŚP w okresie siedmiu lat od daty pierwszej sprzedaży komercyjnej, które kwalifikuje się do inwestycji w zakresie finansowania ryzyka w następstwie przeprowadzenia procedury *due diligence* przez wybranego pośrednika finansowego), w przypadku gdy ponad połowa jej subskrybowanego kapitału zakładowego została utracona w efekcie zakumulowanych strat. Taka sytuacja ma miejsce, gdy w wyniku odliczenia od rezerw (i wszystkich innych elementów uznawanych za część środków własnych przedsiębiorstwa) zakumulowanych strat powstaje ujemna skumulowana kwota, która przekracza połowę subskrybowanego kapitału zakładowego. Do celów tego przepisu zwrot »spółka z ograniczoną odpowiedzialnością« odnosi się w szczególności do rodzajów jednostek podanych w załączniku I do dyrektywy 2013/34/UE (1),

[10] Rozporządzenie Komisji (UE) nr 651/2014 z 17 czerwca 2014 r., uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu (Dz. U. L 187 z 26 czerwca 2014, s. 1; dalej jako „Rozporządzenie GBER").

a »kapitał zakładowy« obejmuje, w stosownych przypadkach, wszelkie premie emisyjne; b) w przypadku spółki, w której co najmniej niektórzy członkowie ponoszą nieograniczoną odpowiedzialność za jej zadłużenie (innej niż MŚP, które istnieje od mniej niż trzech lat lub, do celów kwalifikowalności pomocy na finansowanie ryzyka, MŚP w okresie siedmiu lat od daty pierwszej sprzedaży komercyjnej, które kwalifikuje się do inwestycji w zakresie finansowania ryzyka w następstwie przeprowadzenia procedury *due diligence* przez wybranego pośrednika finansowego), w przypadku gdy ponad połowa jej kapitału wykazanego w sprawozdaniach finansowych tej spółki została utracona w efekcie zakumulowanych strat. Do celów niniejszego przepisu »spółka, w której co najmniej niektórzy członkowie ponoszą nieograniczoną odpowiedzialność za jej zadłużenie« odnosi się w szczególności do rodzajów jednostek wymienionych w załączniku II do dyrektywy 2013/34/UE; c) w sytuacji gdy przedsiębiorstwo podlega zbiorowemu postępowaniu w związku z niewypłacalnością lub spełnia kryteria na mocy obowiązującego prawa krajowego, by zostać objętym zbiorowym podstępowaniem w związku z niewypłacalnością na wniosek jej wierzycieli; d) w sytuacji gdy przedsiębiorstwo otrzymało pomoc na ratowanie i nie spłaciło do tej pory pożyczki ani nie zakończyło umowy o gwarancję lub otrzymało pomoc na restrukturyzację i nadal podlega planowi restrukturyzacyjnemu; e) w przypadku przedsiębiorstwa, które nie jest MŚP, jeśli w ciągu ostatnich 2 lat: 1) księgowy stosunek kapitału obcego do kapitału własnego tego przedsiębiorstwa przekracza 7,5; oraz 2) wskaźnik relacji pokrycia odsetek do EBITDA tego przedsiębiorstwa wynosi poniżej 1,0".

Warunek ten umotywowany jest założeniem, że głównym celem tymczasowych ram jest zapewnienie ukierunkowanego wsparcia dla rentownych firm, które znalazły się w trudnej sytuacji finansowej „w wyniku wybuchu pandemii koronawirusa". W związku z tym przedsiębiorstwa, które znajdowały się w trudnej sytuacji przed 31 grudnia 2019 r., nie kwalifikują się do pomocy na podstawie tymczasowych ram prawnych, ale mogą korzystać z pomocy na podstawie istniejących przepisów dotyczących pomocy państwa, w szczególności wytycznych dotyczących ratowania i restrukturyzacji. Wytyczne te jasno określają warunki, zgodnie z którymi takie przedsiębiorstwa muszą zdefiniować rozsądne plany restrukturyzacji, pozwalające im osiągnąć długoterminową rentowność[11]. Należy również zaznaczyć, że tymczasowe ramy były już czterokrotnie rozszerzane, a czwarta zmiana datowana na 29 czerwca 2020 r. wprowadziła wyjątek od wykluczenia ze wsparcia przedsiębiorstw znajdujących się w trudnej sytuacji na 31 grudnia 2019 r., z którego wynika, że „w drodze odstępstwa (...) pomoc można przyznać mikroprzedsiębiorstwom i małym przedsiębiorstwom (w rozumieniu załącznika I do ogólnego rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych), które 31 grudnia 2019 r. już znajdowały się w trudnej sytuacji, pod warunkiem, że nie są objęte zbiorowym postępowaniem upadłościowym na podstawie prawa krajowego oraz nie otrzymały pomocy na ratowanie[12] ani pomocy na restrukturyzację[13]".

TARCZA FINANSOWA PFR DLA MŚP

Wskazany warunek odnoszący się do sytuacji finansowej podmiotów gospodarki i wynikający wprost z tymczasowych ram znajduje swoje odzwierciedlenie w treściach kolejnych decyzji zatwierdzających polskie programy pomocowe. Jak wynika z analizy wszystkich zatwierdzonych decyzji[14], pomoc w ramach każdego z poszczególnych środków nie może być udzielona podmiotom, które na 31 grudnia 2019 r. znajdowały się w trudnej sytuacji w rozumieniu Rozporządzenia GBER[15]. Zamieszczenie takiego warunku wynika wprost z regulacji przewidzianych przez komisję w ramach tymczasowych ram. Nie odnosi się to jednak nadal do sytuacji, w której wobec beneficjenta, jakiemu udzielono już wsparcia[16], otwarte zostało postępowanie restrukturyzacyjne lub upadłościowe, co miałoby warunkować konieczność zwrotu pomocy. Takie założenie znalazło bezpośrednie unormowanie w jednej z zatwierdzonych decyzji, tj. decyzji KE z 27 kwietnia 2020 r. (SA. 56996[17]) dotyczącej tzw. tarczy finansowej dla mikro, małych i średnich przedsiębiorstw[18].

Jak wynika z pkt 25 i 27 wskazanej decyzji, 100% przekazanej subwencji będzie musiało zostać zwrócone w przypadku, w którym w stosunku do beneficjenta wystąpi (i) zaprzestanie lub zawieszenie działalności gospodarczej, (ii) postępowanie likwidacyjne lub (iii) postępowanie upadłościowe/restrukturyzacyjne, w ciągu 12 miesięcy od dnia, w którym subwencja ta została przyznana. W kon-

[11] Komunikat prasowy KE z 29 czerwca 2020 r., https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1221.

[12] „Albo, jeżeli otrzymały pomoc na ratowanie, w czasie przyznania pomocy zgodnie z niniejszym komunikatem już spłaciły pożyczkę lub umowę gwarancji".

[13] „Albo, jeżeli otrzymały pomoc na restrukturyzację, w czasie przyznania pomocy zgodnie z niniejszym komunikatem nie podlegały już planowi restrukturyzacji".

[14] Pełna lista zatwierdzonych dotychczas decyzji: www.uokik.gov.pl/covid19_a_pomoc_publiczna.php#faq3971.

[15] Część zatwierdzonych decyzji powołuje się dodatkowo lub zamiennie na rozporządzenie Komisji (UE) nr 702/2014 uznające niektóre kategorie pomocy w sektorach rolnym i leśnym oraz na obszarach wiejskich za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 TFUE; dalej jako „ABER"; rozporządzenie Komisji (UE) nr 1388/2014 z 16 grudnia 2014 r. uznające niektóre kategorie pomocy udzielanej przedsiębiorstwom prowadzącym działalność w zakresie produkcji, przetwórstwa i wprowadzania do obrotu produktów rybołówstwa i akwakultury za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej; dalej jako „FBER".

[16] Który nie znajdował się dotychczas w trudnej sytuacji (przyp. autorów).

[17] https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202018/285702_2151574_32_2.pdf.

[18] Dalej jako „Tarcza Finansowa PFR dla MŚP".

sekwencji należy założyć, że z perspektywy europejskiej konieczność zwrotu pomocy wynika wyłącznie z treści decyzji zatwierdzającej Tarczę Finansową PFR dla MŚP, z zastrzeżeniem, że nie jest to wynikiem woli ustawodawcy unijnego, lecz krajowego, który notyfikując wskazany środek, wprowadził do niego bezpośrednio warunek zwrotu pomocy. *Ratio legis* takiego unormowania można upatrywać w charakterystyce tego środka – nie jest to bowiem wsparcie całkowicie bezzwrotne. Jak wskazuje PFR, „subwencja finansowa będzie miała w znacznej mierze charakter bezzwrotny, uzależniony jednak od spełnienia przez przedsiębiorcę dodatkowych warunków"[19]. Warunki te można w sposób ogólny sprowadzić do konieczności kontynuowania działalności i utrzymania zatrudnienia przez beneficjentów, co jest weryfikowane na koniec 12. miesiąca kalendarzowego, licząc od pierwszego pełnego miesiąca kalendarzowego po dniu udzielenia subwencji finansowej. Dlatego również w Regulaminie ubiegania się o udział w programie rządowym Tarczy Finansowej PFR dla MŚP[20] [§ 4 ust. 3 lit. a) oraz § 5 ust. 3 lit. a)], a także w zawieranych z przedsiębiorcami umowach subwencji finansowej[21] zostały zamieszczone postanowienia, które nawiązując do postanowień decyzji zatwierdzającej, nakazują zwrot udzielonego wsparcia w przypadku otwarcia postępowania upadłościowego lub restrukturyzacyjnego w ciągu 12 miesięcy od udzielenia wsparcia.

Z podsumowania rozważań wynika wniosek, że negatywny wpływ upadłości lub restrukturyzacji beneficjenta na pomoc udzieloną w ramach Tarczy Finansowej PFR dla MŚP ma swoją podstawę w (i) treści decyzji Komisji Europejskiej zatwierdzającej ten środek pomocy, (ii) Regulaminie Tarczy Finansowej PFR dla MŚP opartym na treści uchwały Rady Ministrów nr 51/2020 z 27 kwietnia 2020 r.[22] oraz (iii) umowie o udzielenie subwencji finansowej zawieranej między PFR (udzielającym wsparcia) i beneficjentem. Jednocześnie nie można tracić z pola widzenia faktu, że konieczność zwrotu w opisywanych przypadkach ma swoje źródło na szczeblu krajowym, gdyż nie wynika bezpośrednio ani pośrednio z treści tymczasowych ram. Zaprojektowanie i notyfikowanie programu wsparcia o tak określonej treści skutkowało ujęciem tego wymogu wprost w decyzji komisji, stąd też chęć zmiany wskazanego wymogu wymagałaby nie tylko modyfikacji przepisów krajowych, lecz przede wszystkim zmiany decyzji na szczeblu unijnym. Co więcej, beneficjent programu na dzień składania wniosku o przyznanie subwencji finansowej musi spełniać warunki określone regulaminem (§ 10 ust. 8), które stanowią, że (1) nie wszczęto wobec niego postępowania upadłościowego w rozumieniu Prawa upadłościowego[23], (2) nie wszczęto wobec niego postępowania restrukturyzacyjnego w rozumieniu Prawa restrukturyzacyjnego[24]. Takie zastrzeżenie stanowi kolejny przejaw aktywności na polu krajowym, co już wyjaśniono, zaś tymczasowe ramy odnoszą się do trudnej sytuacji wnioskodawcy, która wyłącza możliwość ubiegania się o pomoc, jednak wyłącznie na 31 grudnia 2019 r.

W tym miejscu należy zadać pytanie o słuszność takiego szerokiego wyłączenia ze wsparcia, które obejmuje nie tylko trudną sytuację na 31 grudnia 2019 r., ale również na chwilę składania wniosku lub podpisywania dokumentów dotyczących ubiegania się o pomoc. Doświadczenia praktyczne prowadzą do wniosku, iż taka regulacja może stać się narzędziem dla konkurentów wnioskodawcy lub nieuczciwych wierzycieli, którzy inicjując takie postępowanie wobec danego przedsiębiorcy, mogą skutecznie uniemożliwić mu uzyskanie wsparcia lub doprowadzić do konieczności jego całkowitego zwrotu. Dlatego świadomość doradców restrukturyzacyjnych, jakie konsekwencje mogą dotknąć danego przedsiębiorcę w zakresie pomocy publicznej w przypadku toczącego się wobec niego postępowania restrukturyzacyjnego lub upadłościowego, jest tak istotna i wymaga szczególnej ostrożności.

Co więcej, przewidywany przez twórców Tarczy Finansowej PFR dla MŚP okres 12 miesięcy może powodować sytuację, w której podmiot, chcąc zachować przyznane wsparcie, będzie czekał z otwarciem postępowania restrukturyzacyjnego, a to może mieć w dalszej perspektywie niekorzystne skutki. Przedsiębiorcy staną więc przed dylematem: zwracać pozyskaną subwencję czy „przeczekać" 12 miesięcy, nie ryzykując koniecznością oddania pomocy publicznej, za to mogąc później dotkliwie odczuć opóźnianie otwarcia postępowania? Środkiem, który pozwoliłby uniknąć takich trudnych wyborów, jest modyfikacja przez ustawodawcę opisywanych warunków z uwzględnieniem interesów podmiotów, jakie znajdą się w sytuacji uzasadniającej otwarcie postępowania upadłościowego lub restrukturyzacyjnego, a dla których konieczność zwrotu całej pomocy może mieć katastrofalne skutki. W naszej ocenie taka zmiana jest możliwa przy zachowaniu odpowiednich wymogów proceduralnych, a niewątpliwie korzystnie wpłynęłaby na sytuację

[19] https://pfrsa.pl/dam/serwis-korporacyjny-pfr/documents/tarcza-finansowa-pfr/qa_tarcza_finansowa.pdf.

[20] https://pfrsa.pl/dam/serwis-korporacyjny-pfr/documents/tarcza-finansowa-pfr/regulamin_programu_tarcza_finansowa_pfr_dla_mmsp.pdf.

[21] Przykładowy wzór zawieranej umowy subwencji: https://www.pocztowy.pl/pdf/Tarcza_Finansowa/umowa-subwencji-finansowej-wzor.pdf.

[22] Nieopublikowana (przyp. autora).

[23] Ustawa z 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1228; dalej jako „Prawo upadłościowe".

[24] Ustawa z 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 814).

przedsiębiorców zagrożonych utratą płynności finansowej w związku z koronawirusem.

TARCZA FINANSOWA PFR DLA DUŻYCH PRZEDSIĘBIORSTW

Opisane komplikacje ilustruje między innymi fakt, że już w treści innych decyzji KE zatwierdzających środki składające się na tzw. Tarczę Finansową PFR dla dużych przedsiębiorstw, która przewiduje różne formy pomocy (decyzja KE z 29 maja 2020 r. SA. 57054[25] – umorzenie pożyczek, decyzja KE z 11 czerwca 2020 r. SA. 57055[26] – inwestycje kapitałowe, decyzja KE z 25 maja 2020 r. SA. 57306[27] – pożyczka płynnościowa), warunek zwrotu pomocy w przypadku otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego lub upadłościowego nie został zamieszczony. Nie wynika on również z krajowej podstawy prawnej udzielanego wsparcia, tj. art. 21 ustawy o systemie instytucji i rozwoju[28], ani z regulaminu tego środka[29], który odnosi się wyłącznie do wykluczenia ze wsparcia podmiotów, które na 31 grudnia 2019 r. znajdowały się w trudnej sytuacji, a które na dzień składania wniosku o wsparcie lub na dzień podpisania stosownych dokumentów finansowania programowego nie były w likwidacji, upadłości lub restrukturyzacji według prawa polskiego. Natomiast już zmiana statusu przedsiębiorcy (tj. np. wszczęcie postępowania restrukturyzacyjnego lub upadłościowego) nie stanowi podstawy do zwrotu finansowania, chyba że jest wynikiem nadużycia ze strony przedsiębiorcy (§ 5 ust. 17 regulaminu), co stanowi istotną różnicę w porównaniu do Tarczy Finansowej PFR dla MŚP.

Na chwilę obecną nie zostały udostępnione wzory umów, jednak, jak wskazuje PFR, podstawowe kryteria i warunki finansowania dla poszczególnych instrumentów są przedstawione w regulaminie i załącznikach[30]. Warunkiem stawianym przed przedsiębiorstwem jest, **aby na dzień składania wniosku lub na dzień podpisania stosownych dokumentów finansowania programowego** nie było w likwidacji, upadłości lub restrukturyzacji na podstawie prawa polskiego – w takim wypadku podmioty te zostaną wyłączone od możliwości wsparcia. W tym miejscu należy również zwrócić uwagę na istotny aspekt praktyczny – sytuacja prawna wnioskodawcy może ulec zmianie pomiędzy chwilą składania wniosku a dniem otrzymania decyzji o przyznaniu subwencji (dniem udzielenia pomocy w formie subwencji jest dzień wydania decyzji przez PFR). Tym bardziej rodzi to pytanie o zasadność wykluczania ze wsparcia tych, którzy na etapie wnioskowania spełniali warunki bycia beneficjentem danego programu, jednak w chwili udzielenia pomocy mogli już podlegać wykluczeniu. Po raz kolejny trzeba podkreślić, że tak sformułowane kryterium może stać się narzędziem dla innych podmiotów, które mogą chcieć je wykorzystać na szkodę potencjalnego beneficjenta.

POZOSTAŁE POLSKIE PROGRAMY POMOCY PUBLICZNEJ ZWIĄZANE Z COVID-19

Pozostałe zatwierdzone na ten moment decyzje odnoszące się do polskich środków wsparcia nie zawierają w swej treści odniesień do sytuacji finansowej beneficjenta po udzieleniu pomocy. Potencjalna konieczność zwrotu wsparcia musiałaby więc wynikać z treści aktów krajowych lub z zawieranych z przedsiębiorcami umów, o ile ich zawarcie zostało przewidziane. Oznacza to, że w przypadku, w którym ustawodawca chciałby z takiego warunku zrezygnować, w zakresie, w jakim nie został on umieszczony w decyzji dotyczącej danego środka, nie wiązałoby się to z koniecznością uprzedniej akceptacji takiej przez Komisję Europejską, o ile oczywiście nie wpływałoby to na pozostałe warunki przewidziane w tymczasowych ramach.

Ustawa z 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem Covid-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych[31] stanowi krajową podstawę dla programów pomocy zatwierdzonych przez KE następującymi decyzjami: (i) decyzją z 3 kwietnia 2020 r. (SA. 56876[32]) dotyczącą polskiego programu gwarancji publicznych na wsparcie gospodarki w związku z pandemią koronawirusa, (ii) decyzją z 23 kwietnia 2020 r. (SA. 56922[33]) odnoszącą się do dopłat do wynagrodzeń, ulg podatkowych i w zakresie składek na ubezpieczenia społeczne oraz inne środki.

W ramach pierwszej z wymienionych decyzji, która pozwala Bankowi Gospodarstwa Krajowego udzielać we własnym imieniu i na własny rachunek poręczeń i gwarancji spłaty kredytów lub innych zobowiązań, zaciągnię-

[25] https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202023/285705_2161296_70_2.pdf.
[26] https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202028/285936_2171492_129_2.pdf.
[27] https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202023/286143_2160938_122_2.pdf.
[28] Ustawa z 4 lipca 2019 r. o systemie instytucji rozwoju (Dz. U. poz. 1572 z późn. zm.).
[29] https://pfrsa.pl/dam/serwis-korporacyjny-pfr/documents/tarcza-finansowa-pfr-250/Regulamin_programu_Tarcza_Finansowa.pdf.
[30] https://pfrsa.pl/tarcza-finansowa-pfr/tarcza-finansowa-pfr-dla-duzych-firm-faq.html.
[31] Dz. U. poz. 374 z późn. zm.; dalej jako „ustawa antykryzysowa".
[32] https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202015/285329_2145486_43_2.pdf; na poziomie regulacji krajowych: art. 15zzzd ustawy antykryzysowej.
[33] https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202017/285396_2151002_48_2.pdf; na poziomie regulacji krajowych: art. 15m, art. 15p, art. 15q, art. 15zzb, art. 15zzc, art. 15zzd, art. 15zze, art. 15zzze, art. 15zzzf, art. 15zzzg, art. 31zo ustawy antykryzysowej.

tych przez przedsiębiorców, ustawodawca nie przewidział na mocy uchwalonych przepisów obowiązku zwrotu pozyskanego wsparcia. Nie wyklucza to jednak takich postanowień wprowadzonych na mocy umowy, ale należy zaznaczyć, że opublikowane przez BGK warunki uzyskania gwarancji spłaty kredytu w ramach portfelowej linii gwarancyjnej dotyczą sytuacji finansowej przedsiębiorstwa na 31 grudnia 2019 r.[34]

W przypadku drugiej z wskazanych decyzji, która wprowadza różne rodzaje instrumentów wsparcia, należy zwrócić uwagę na art. 15zzc ust. 7 ustawy antykryzysowej odnoszący się do dofinansowania części kosztów prowadzenia działalności gospodarczej dla przedsiębiorców będących osobami fizycznymi niezatrudniającymi pracowników. Zgodnie z nim w przypadku nieprowadzenia działalności gospodarczej przez okres, na który zostało przewidziane dofinansowanie, przedsiębiorca jest obowiązany do zwrotu otrzymanego dofinansowania bez odsetek, proporcjonalnie do okresu nieprowadzenia działalności gospodarczej, w terminie 30 dni od dnia doręczenia wezwania starosty. W przypadku pożyczek udzielanych jednorazowo ze środków Funduszu Pracy możliwość ich umorzenia uzależniona jest od prowadzenia działalności gospodarczej przez beneficjenta przez 3 miesiące od dnia jej udzielenia, co wynika z art. 15zzd ust. 7 ustawy antykryzysowej. Dla środka w postaci dofinansowania części kosztów wynagrodzeń pracowników w przypadku spadku obrotów w następstwie wystąpienia Covid-19 (art. 15zzb ustawy antykryzysowej) przedsiębiorca jest obowiązany do utrzymania w zatrudnieniu pracowników objętych umową o dofinansowanie przez okres, na który zostało przyznane. W przypadku niedotrzymania tego warunku przedsiębiorca zwraca dofinansowanie bez odsetek, proporcjonalnie do okresu nieutrzymania w zatrudnieniu pracownika, w terminie 30 dni od dnia doręczenia wezwania starosty (art. 15zzb ust. 8-9 ustawy antykryzysowej).

Co istotne, wniosek o dofinansowanie przedsiębiorca składa wraz z oświadczeniem, że brak jest przesłanek do ogłoszenia jego upadłości, o których mowa w art. 11 lub art. 13 ust. 3 Prawa upadłościowego (art. 15zzb ust. 10 pkt 2, art. 15zzc ust. 8 pkt 2). Oznacza to w praktyce, że podmioty, wobec których zachodzą przesłanki do ogłoszenia upadłości, będą wyłączone ze wsparcia, przy czym jednocześnie ustawodawca milczy w tym zakresie na temat potencjalnych skutków postępowania restrukturyzacyjnego. Postanowień skutkujących koniecznością zwrotu udzielonego wsparcia można spodziewać się również w umowach zawieranych z beneficjentami. W tym zakresie zwrot wsparcia we wskazanych przypadkach zaprzestania prowadzonej przez beneficjenta działalności wynika wprost z ustawodawstwa krajowego, wobec czego ewentualna rezygnacja z takiego uregulowania wiąże się z koniecznością zmiany dokonywanej na poziomie krajowym.

Kolejna decyzja KE z 8 kwietnia 2020 r. (SA. 56896[35]) odnosi się do pomocy państwa w formie instrumentów zwrotnych w ramach programów operacyjnych w postaci pożyczek, poręczeń i gwarancji. Na poziomie krajowym środek ten został uregulowany Rozporządzeniem Ministra Funduszy i Polityki Regionalnej z 14 kwietnia 2020 r. w sprawie udzielania pomocy z instrumentów finansowych w ramach programów operacyjnych na lata 2014-2020 w celu wsparcia polskiej gospodarki w związku z wystąpieniem Covid-19[36]. Z treści tego aktu wynika, że pomoc ta udzielana jest na podstawie umowy zawieranej z beneficjentem, dlatego wszelkie regulacje dotyczące warunków zwrotu zależne będą od postanowień w niej zawartych. Jednocześnie do tego zagadnienia bezpośrednio nie odnosi się treść rozporządzenia z 14 kwietnia 2020 r., ograniczając się do wskazania, że o wsparcie może ubiegać się przedsiębiorca, który w dniu jej udzielenia nie znajdował się w trudnej sytuacji w rozumieniu rozporządzenia GBER, FBER lub ABER lub 31 grudnia 2019 r**.** nie znajdował się w trudnej sytuacji w rozumieniu rozporządzenia GBER, FBER lub ABER**, ale po tym dniu znalazł się w trudnej sytuacji z powodu wystąpienia pandemii Covid-19.**

Zatwierdzony decyzją KE z 10 kwietnia 2020 r. (SA. 56979[37]) program dopłat do oprocentowania został uregulowany w art. 2-14 ustawy z 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami Covid-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem Covid-19[38]. Wskazana ustawa określa zasady stosowania dopłat do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych podmiotom, które znalazły się w trudnej sytuacji finansowej w związku z ponoszeniem negatywnych konsekwencji ekonomicznych wynikających z rozprzestrzeniania się zakażeń koronawirusem. Analogicznie do treści tymczasowych ram, o udzielenie kredytu, do którego oprocentowania stosowana jest dopłata, nie może ubiegać się przedsiębiorca, który na 31 grudnia 2019 r. spełniał kryteria przedsiębiorstwa znajdującego się w trudnej sytuacji

[34] www.bgk.pl/files/public/Pliki/Przedsiebiorstwa/Poreczenia_i_Gwarancje/Warunki_uzyskania_gwarancji_z_FGP_.pdf.

[35] https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202015/285360_2146793_78_2.pdf.

[36] Dz. U. poz. 670; dalej jako „rozporządzenie z 14 kwietnia 2020 r.".

[37] https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202017/285474_2149886_54_2.pdf.

[38] Dz. U. poz. 1086.

w rozumieniu rozporządzenia GBER. Ustawodawca nie wskazał jednakowoż żadnego warunku, z którego wynikałaby konieczność zwrotu wsparcia w przypadku otwarcia postępowania upadłościowego lub restrukturyzacyjnego. Co więcej, art. 4 ust. 4 tej ustawy wprost wskazuje, że warunkiem ubiegania się o pomoc jest utrata płynności finansowej rozumianej jako zdolność do spłaty w terminie wymagalnych zobowiązań lub zagrożenie utratą płynności w związku z konsekwencjami rozprzestrzeniania się Covid-19.

Kolejny program wsparcia dotyczy pomocy publicznej ze środków instrumentów inżynierii finansowej podlegających ponownemu wykorzystaniu w celu wsparcia polskiej gospodarki, a został zatwierdzony decyzją KE z 22 kwietnia 2020 r. (SA. 57065[39]). Na gruncie przepisów krajowych odnosi się do niego Rozporządzenie Ministra Funduszy i Polityki Regionalnej z 29 kwietnia 2020 r. w sprawie udzielania pomocy ze środków instrumentów inżynierii finansowej podlegających ponownemu wykorzystaniu w celu wspierania polskiej gospodarki w związku z wystąpieniem pandemii Covid-19[40]. Pomoc w ramach tego środka udzielana jest przez pośredników finansowych w formie pożyczki, poręczenia lub gwarancji, których szczegółowe warunki określone są na mocy zawieranej z beneficjentem umowy. Analogicznie jak w przypadku programu wsparcia zatwierdzonego decyzją SA. 56896, rozporządzenie z 29 kwietnia 2020 r. nie odnosi się do warunków zwrotu pomocy, ograniczając się do wskazania, iż o wsparcie może ubiegać się przedsiębiorca, który w dniu jej udzielenia nie znajdował się w trudnej sytuacji w rozumieniu rozporządzenia GBER, FBER czy ABER lub 31 grudnia 2019 r. nie znajdował się w trudnej sytuacji w rozumieniu rozporządzenia GBER, FBER lub ABER, ale po tym dniu znalazł się w trudnej sytuacji z powodu wystąpienia pandemii Covid-19.

Program pomocowy zatwierdzony decyzją KE z 24 kwietnia 2020 r. (SA. 57015[41]), polegający na pomocy państwa w formie dotacji lub pomocy zwrotnej w ramach programów operacyjnych, został uregulowany w Rozporządzeniu Ministra Funduszy i Polityki Regionalnej z 28 kwietnia 2020 r. w sprawie udzielania pomocy w formie dotacji lub pomocy zwrotnej w ramach programów operacyjnych na lata 2014-2020 w celu wspierania polskiej gospodarki w związku z wystąpieniem pandemii Covid-19[42]. Pomoc może być udzielana mikroprzedsiębiorcom, małym i średnim przedsiębiorcom oraz dużym przedsiębiorcom na cele inwestycyjne lub obrotowe nakierowane na łagodzenie skutków wystąpienia pandemii koronawirusa, o ile w dniu jej udzielenia nie znajdują się w trudnej sytuacji w rozumieniu rozporządzenia GBER, FBER lub ABER, albo przedsiębiorcom, którzy nie znajdowali się w trudnej sytuacji 31 grudnia 2019 r., ale po tym dniu znaleźli się w trudnej sytuacji z powodu wystąpienia pandemii Covid-19. Pomoc udzielana jest na podstawie umowy lub decyzji o dofinansowaniu projektu.

11 maja 2020 r. KE zatwierdziła decyzją (SA. 57191[43]) kolejny program pomocy publicznej w uproszczonej formie wsparcia zwrotnego ze środków instrumentów inżynierii finansowej podlegających ponownemu wykorzystaniu w celu wspierania polskiej gospodarki polegający na wsparciu udzielanym w formie pożyczek, poręczeń lub gwarancji. Podstawą prawną dla tego środka jest Rozporządzenie Ministra Funduszy i Polityki Regionalnej z 26 maja 2020 r. w sprawie udzielania pomocy w uproszczonej formie wsparcia zwrotnego ze środków instrumentów inżynierii finansowej podlegających ponownemu wykorzystaniu oraz z instrumentów finansowych w ramach programów operacyjnych na lata 2014-2020 w celu wspierania polskiej gospodarki w związku z wystąpieniem pandemii Covid-19[44]. Analogicznie jak w przypadku wsparcia udzielanego w formie dotacji lub pomocy zwrotnej w ramach programów operacyjnych (Decyzja KE SA. 57015) pomoc może być udzielana wyłącznie przedsiębiorcom, którzy w dniu jej udzielenia nie znajdują się w trudnej sytuacji w rozumieniu rozporządzenia GBER, FBER czy ABER, lub przedsiębiorcom, którzy nie znajdowali się w trudnej sytuacji 31 grudnia 2019 r., ale po tym dniu znaleźli się w trudnej sytuacji z powodu wystąpienia pandemii Covid-19. Po przeprowadzeniu wniosku pomoc udzielana jest na podstawie umowy z podmiotem jej udzielającym.

Decyzją Komisji Europejskiej z 18 czerwca 2020 r. (SA. 57519[45]) zatwierdzone zostało wsparcie na działalność badawczo-rozwojową związaną z wystąpieniem pandemii Covid-19, pomoc inwestycyjna na infrastrukturę służącą do testowania i przygotowania do masowej produkcji produktów służących zwalczaniu pandemii Covid-19 oraz pomoc inwestycyjna na produkcję produktów służących zwalczaniu pandemii Covid-19 w ramach programów operacyjnych na lata 2014-2020. Podstawę prawną na gruncie krajowym dla wskazanego środka będzie stanowiło rozporządzenie przygotowane przez ministra

[39] https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202017/285639_2150358_58_2.pdf.
[40] Dz. U. poz. 783; dalej jako „rozporządzenie z 29 kwietnia 2020 r."
[41] https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202018/285700_2151298_41_2.pdf.
[42] Dz. U. poz. 773; dalej jako: „rozporządzenie z 28 kwietnia 2020 r.".
[43] https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202020/285920_2155413_36_2.pdf.
[44] Dz. U. poz. 949; dalej jako „rozporządzenie z 26 maja 2020 r.".
[45] https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202027/286598_2168965_58_2.pdf.

funduszy i polityki regionalnej, które nie zostało jeszcze uchwalone[46].

12 czerwca 2020 r. KE (SA. 57568[47]) zaakceptowała trzynasty program pomocowy dotyczący dopłat do oprocentowania dla rolników. Wsparcie, w formie dopłat do oprocentowania, otwarte będzie dla wszystkich przedsiębiorców działających w sektorze produkcji pierwotnej produktów rolnych. Pomoc przyznana będzie na pokrycie do 2% oprocentowania pożyczek dla małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) oraz do 1% w przypadku dużych przedsiębiorstw. Jak wynika z informacji udostępnionej przez BGK, o udzielenie kredytu, do którego stosowana jest dopłata do oprocentowania, może ubiegać się przedsiębiorca, który 31 grudnia 2019 r. nie spełniał kryteriów przedsiębiorstwa znajdującego się w trudnej sytuacji. Kolejne polskie środki wsparcia są na etapie notyfikacyjnym, wobec czego ich zatwierdzenia można spodziewać się w najbliższym czasie.

Analiza wskazanych decyzji i programów wsparcia pozwala na wniosek, że nowsze środki pomocy publicznej w korzystniejszy sposób traktują beneficjentów w trudnej sytuacji finansowej, nie formułując wobec nich tak restrykcyjnych konsekwencji, jak przy wyraźnym obowiązku zwrotu 100% otrzymanej pomocy w przypadku Tarczy Finansowej PFR dla MŚP. Niewątpliwie doradcy restrukturyzacyjni powinni z dużą uwagą podejść również do postanowień umów zawieranych z przedsiębiorcami, niemniej jednak ustawodawca poczynił tu krok w dobrą stronę, nie wykluczając ze wsparcia tych podmiotów, które w wyniku pandemii mogą być zmuszone do otwarcia postępowań restrukturyzacyjnych czy upadłościowych. Wobec tego zasadne jest rozszerzenie takiego podejścia również w stosunku do wsparcia opartego na wcześniejszych decyzjach komisji.

TARCZA 2.0 OBSŁUGIWANA PRZEZ ARP

Z perspektywy doradców restrukturyzacyjnych istotne będą również instrumenty i regulacje wprowadzone przez tzw. tarczę 2.0, tj. ustawę o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 z 16 kwietnia 2020 r.[48]

Po pierwsze, pomoc ta nie została notyfikowana ani zatwierdzona decyzją Komisji Europejskiej, stąd w obecnej sytuacji nie jest poddawana ocenie z perspektywy regulacji tymczasowych ram. Tarcza 2.0 oferuje instrumenty wsparcia w postaci leasingu operacyjnego z karencją w spłacie, pożyczki obrotowej oraz pożyczki na finansowanie deficytu w kapitale obrotowym. Jednak, co najistotniejsze, na mocy art. 2 ust. 3 wskazanej ustawy wyłączono możliwość skorzystania z tych instrumentów przez przedsiębiorców, wobec których ogłoszono upadłość, oraz przedsiębiorców, wobec których otwarte zostało postępowanie restrukturyzacyjne. W przypadku przedsiębiorców, względem których zgłoszono wnioski we wskazanych postępowaniach, do czasu ich prawomocnego rozpatrzenia procedura udzielenia wsparcia ulega zawieszeniu. Tak sformułowany przepis nie tylko nie wyklucza z możliwości ubiegania się o pomoc w upadłości lub w restrukturyzacji, ale co więcej, pozwala wykorzystać jego brzmienie na niekorzyść przedsiębiorców, np. przez ich konkurentów lub wierzycieli. Nietrudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której zewnętrzny podmiot, wykorzystując możliwość wszczęcia takiego postępowania, skutecznie blokuje danego przedsiębiorcę od wsparcia aż do czasu prawomocnego rozstrzygnięcia sądu. Tym samym zawarty w projekcie ustawy tarczy 2.0. cel przyspieszonego udzielenia pomocy podmiotom w trudnej sytuacji płynnościowej będzie całkowicie zniwelowany, gdyż, po pierwsze, może skutkować koniecznością dokonywania każdorazowej analizy, czy w ogóle opłaca się wszczynać takie postępowanie, skoro blokuje to możliwość uzyskania wsparcia, a po drugie, pozwoli wykorzystywać ten warunek przeciwko przedsiębiorcom przez zewnętrzne podmioty, które mogą kierować się zamiarem pozbawienia ich możliwości ubiegania się o pomoc.

INNE PAŃSTWA CZŁONKOWSKIE

Na podstawie tymczasowych ram komisja zatwierdziła i wciąż zatwierdza kolejne plany pomocowe dla innych państw członkowskich UE, które w ten sam sposób jak Polska dążą do wspierania zakłóconej przez koronawirusa gospodarki. W całej Europie jednym z podstawowych celów jest zapobieganie bankructwom spowodowanym kryzysem – szok gospodarczy uderza zarówno w zdrowe finansowo przedsiębiorstwa, jak i te, które są uzależnione od innych podmiotów. Podkreśla się, że wiele przedsiębiorstw, które posiadały solidny model biznesowy na początku 2020 r., może być zmuszonych do składania wniosków upadłościowych – takiej sytuacji zapobiegać ma wsparcie udzielane przez krajowe organy.

Inne państwa członkowskie aktywniej korzystają z możliwości udzielenia zgody przez Komisję Europejską na wsparcie publiczne na mocy tymczasowych ram. Analiza

[46] https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12333406.
[47] https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202025/286427_2164104_45_2.pdf.
[48] Ustawa z 16 kwietnia 2020 r. o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 (Dz. U. poz. 695 z późn. zm.).

decyzji zatwierdzających kolejne programy pomocy prowadzi do wniosku, że projektowane są one nie tylko dla „zdrowych" przedsiębiorstw, lecz przede wszystkim dla tych, które doświadczają już realnych problemów z płynnością finansową, a co oznacza, że z grona beneficjentów nie są w przeważającej liczbie akceptowanych programów wyłączone podmioty, które w chwili ubiegania się o wsparcie mogą znajdować się w trudnej sytuacji finansowej.

Przykładowo duński pakiet gwarancyjny dla MŚP zatwierdzony decyzją z 21 marca 2020 r. (SA. 56708[49]) wyraźnie wskazuje, że z pomocy wyłączone są przedsiębiorstwa, które były w trudnej sytuacji finansowej 31 grudnia 2019 r. W treści decyzji KE brak jednak jakichkolwiek przesłanek, które prowadziłyby do wniosku, iż późniejsze zmiany w sytuacji finansowej beneficjenta mogą mieć dla niego negatywne skutki. Francuski plan zabezpieczenia finansowego przedsiębiorstw zaakceptowany decyzją z 21 marca 2020 r. (SA. 56709[50]) również nie wyłącza przedsiębiorstw, które po 31 grudnia 2019 r. znalazły się w trudnej sytuacji, wręcz przeciwnie, wyraźnie wskazuje, że w przypadku, w którym podmiot popadł w trudności finansowe po wybuchu pandemii koronawirusa, kwalifikuje się do pomocy (pkt 12 decyzji).

Można również porównawczo wskazać na program notyfikowany przez władze Luksemburga, zaakceptowany decyzją KE z 24 marca 2020 r. (SA. 56742[51]), z którego wyłączone są podmioty znajdujące się w trudnej sytuacji ekonomicznej przed 1 stycznia 2020 r., natomiast pomoc jest przyznawana na podstawie wniosku, w którym oprócz kosztów kwalifikowanych trzeba będzie zawrzeć plan naprawy przedsiębiorstwa. W razie poprawy kondycji finansowej beneficjenta otrzymana zaliczka ulega zwrotowi na specjalnych zasadach. Te kilka przykładów ilustruje szerszy kontekst udzielanego przez poszczególne kraje wsparcia – ryzyko utraty płynności przedsiębiorstw po wybuchu pandemii jest niewątpliwie wysokie i czasem nieuniknione. Nie oznacza to jednak, że taki podmiot od razu powinien być spisany „na straty" i wyłączony spod możliwości aplikowania o wsparcie lub zmuszony do jego zwrotu. Sensem programów pomocy opartych o tymczasowe ramy jest przecież wsparcie kontynuowania działalności przedsiębiorców, dlatego projektowane środki w największym i najszerszym możliwym stopniu starają się takiej sytuacji zapobiec.

[49] https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202013/285084_2142369_67_2.pdf.

[50] https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202012/285133_2141269_36_2.pdf.

[51] https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202014/285130_2143352_83_2.pdf.

Na gruncie tych rozważań warto zwrócić uwagę na jeszcze jeden postulat o źródle ponadnarodowym. Prezydium Konferencji Europejskiego Prawa Restrukturyzacyjnego i Upadłościowego[52] (dalej jako „CERIL") – niezależna organizacja non-profit zrzeszająca europejskich prawników i innych praktyków zajmujących się restrukturyzacją i upadłością, profesorów prawa i sędziów (upadłościowych) – uważa również, że przepisy dotyczące niewypłacalności w Europie mogą nie zapewniać adekwatnej odpowiedzi na sytuację, w jakiej znajduje się obecnie wiele przedsiębiorstw. W oświadczeniu opublikowanym w marcu 2020 r.[53] zarząd CERIL wezwał unijnych i europejskich ustawodawców do podjęcia natychmiastowych działań w celu dostosowania przepisów dotyczących niewypłacalności tak, aby zapobiec niepotrzebnym bankructwom związanym z koronawirusem. CERIL sugeruje, że europejscy prawodawcy krajowi powinni niezwłocznie podjąć dwa kroki.

Po pierwsze, należy zawiesić obowiązek wszczęcia postępowania upadłościowego z powodu nadmiernego zadłużenia. Takie obowiązki istnieją w kilku państwach członkowskich UE, na przykład: w Austrii, Niemczech, Grecji, Włoszech, Łotwie, Polsce i Hiszpanii. Obecna niepewność gospodarcza ogranicza skuteczność tego obowiązku, który ma na celu wybór nierentownych przedsiębiorstw. Ponadto w oświadczeniu CERIL zaleca się, aby prawodawcy unijni i krajowi rozważyli dalsze środki. Dostosowując w trybie pilnym przepisy dotyczące niewypłacalności, powinny one obejmować środki zapewniające tymczasowe finansowanie (kryzysowe), zawieszenie obowiązku złożenia wniosku z powodu niezdolności do zapłaty, zapewnienie „swoistej hibernacji" (małych) przedsiębiorstw za pomocą ogólnego moratorium lub odroczenie płatności oraz zapewnienie środków do życia dla przedsiębiorców i ich pracowników.

PODSUMOWANIE I POSTULATY *DE LEGE FERENDA*

Przeprowadzona analiza prowadzi do kilku sygnalizowanych już wniosków, które pozwalają także sformułować postulaty *de lege ferenda* kierowane wobec autorów krajowych programów wsparcia związanych z pandemią koronawirusa. Po pierwsze, pokutujące w przestrzeni publicznej przekonanie, że złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub wniosku restrukturyzacyjnego w ciągu 12 miesięcy od przyznania pomocy skutkuje koniecznością jej całkowitego zwrotu, nie jest w pełni prawdziwe. Dopuszczalność ubiegania się o wsparcie, a także ewen-

[52] The Conference on European Restructuring and Insolvency Law (dalej jako „CERIL").

[53] www.ceril.eu/news/ceril-statement-2020-1.

tualna konieczność jego zwrotu wynika ze specyfiki danego programu i może się opierać na różnych podstawach. Dlatego tak ważna jest świadomość, że oceniając sytuację przedsiębiorcy w kontekście konieczności wszczęcia takich postępowań, pozyskane i planowane do pozyskania wsparcie powinno być brane pod uwagę oraz analizowane z punktu widzenia treści odpowiedniej decyzji KE, krajowych przepisów prawa, regulaminów danego środka i umów zawieranych z beneficjentami. Definitywna konieczność zwrotu znalazła się w uregulowaniach Tarczy Finansowej PFR dla MŚP, część starszych programów pomocy wyłączyła również z możliwości ubiegania o wsparcie te podmioty, co do których otwarto wskazane postępowania lub zaszły do tego przesłanki, przy czym nowsze programy w tym zakresie są bardziej korzystne, przewidując możliwość pogorszenia się sytuacji przedsiębiorcy już po 31 grudnia 2019 r.

Kolejny wniosek wiąże się z koniecznością formułowania postulatu *de lege ferenda* polegającego na zmianie obowiązujących warunków wyłączających pewne grupy podmiotów z udzielanej pomocy, które znalazły się w kilku analizowanych programach. W szczególności jeśli chodzi o konieczność zwrotu środków z Tarczy Finansowej PFR dla MŚP w przypadku otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego w ciągu 12 miesięcy od dnia przyznania pomocy czy uniemożliwienia skorzystania z tarczy 2.0 obsługiwanej przez ARP w przypadku otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego wobec podmiotu ubiegającego się o pomoc lub chociażby złożenia wniosku restrukturyzacyjnego czy upadłościowego, który może być złożony przez działającego w złej wierze wierzyciela.

W przypadku Tarczy Finansowej PFR dla MŚP, która wprost w treści decyzji określa konieczność zwrotu, wymagałoby to nie tylko modyfikacji regulacji krajowych w tym zakresie, lecz w pierwszej kolejności rekonstrukcji programu na poziomie unijnym. Niemniej jednak, jak wyraźnie podkreślono, taka konieczność zwrotu wsparcia nie wynika z treści tymczasowych ram, które nie odnoszą się bezpośrednio do sytuacji beneficjentów następującej po udzieleniu wsparcia, stąd można z odpowiednią ostrożnością zakładać, iż modyfikacja mogłaby zostać oceniona przez KE pozytywnie. Kolejne powoływane środki, co do których podkreślono, iż na gruncie krajowym przewidują konieczność zwrotu w przypadku m.in. zaprzestania przez beneficjenta działalności po udzieleniu pomocy, nie zawierają stosownych regulacji w treści notyfikowanych i zatwierdzanych decyzji. Wskazywane zastrzeżenia dotyczące konieczności zwrotu wynikają z prawodawstwa krajowego lub ewentualnie z treści umów zawieranych z beneficjentami. Ewentualna zatem zmiana tychże ograniczeń wymagałaby wyłącznie inicjatywy legislacyjnej na poziomie krajowym, co zdecydowanie upraszcza proces, jednocześnie umożliwiając dokonanie jej w szybkim czasie, uwzględniając postulaty przedsiębiorców i doktryny. W sytuacji, w której warunek taki nie wynika z aktów prawnych, lecz znajduje swój wyraz w postanowieniach zawieranych umów, sytuacja jest jeszcze prostsza, gdyż modyfikacji podlegałyby jedynie warunki umowne, co w konsekwencji nie powinno spotykać się ze sprzeciwem beneficjentów, dla których jest to przecież korzystne założenie.

Uzasadniając takie postulaty *de lege ferenda*, należy podkreślić nie tylko konieczność skierowania pomocy do szerokiego kręgu przedsiębiorców, którzy w wyniku Covid-19 mogą tracić płynność finansową, ale przede wszystkim zauważyć, że obecne ograniczenia mogą powodować ich wykorzystywanie przez inne podmioty celem pozbawiania konkretnych przedsiębiorców wsparcia udzielanego przez państwo, a także stawiają podmioty i doradców restrukturyzacyjnych przez dylematem, czy czekać z otwarciem takiego postępowania, nawet jeżeli jest to uzasadnione, jednakże może powodować konieczność zwrotu wsparcia, co może być bardzo dotkliwe dla kondycji finansowej danego podmiotu.

Nie pozostaje to w konsekwencji obojętne dla przygotowywania procesu restrukturyzacji przez doradców, którzy muszą brać pod uwagę, jakie wsparcie i na jakich warunkach zostało przyznane przedsiębiorcy oraz jakie będą konsekwencje zmiany sytuacji prawnej podmiotu. Wiedza ta ma również istotne znaczenie dla pełnomocników stron oraz sądów, gdyż niekiedy skutki te będą wiązały się nawet z koniecznością zwrotu całej pozyskanej pomocy, gdy w innym przypadku nie będzie takiego obowiązku. Od prawidłowości zakwalifikowania środków do zwrotu będzie zależała skuteczność wielu postępowań restrukturyzacyjnych, dlatego świadomość konieczności szczegółowego zbadania sytuacji przedsiębiorcy w zakresie pozyskanego i planowanego do pozyskania wsparcia jest niezwykle istotna. Przeznaczone dla polskich przedsiębiorców programy wsparcia niewątpliwie pełnią istotną i pozytywną rolę w celu ochrony stabilności gospodarki. Oferowana przez PFR tarcza finansowa oraz kolejne tarcze antykryzysowe mogą być jednym z podstawowych źródeł finansowania pozwalającym przetrwać przedsiębiorcom czas kryzysu, jednakże ich pełna skuteczność zależna jest od objęcia pomocą publiczną jak największej możliwej grupy podmiotów. Dlatego zasadne jest ulepszenie obecnych regulacji w opisanym zakresie.

dr Bartosz Merczyński[1]
Ewa Tkaczuk[2]

ZASTRZEŻENIE PRAWA WŁASNOŚCI RZECZY SPRZEDANEJ W REŻIMIE PRAWA UPADŁOŚCIOWEGO I RESTRUKTURYZACYJNEGO

Praktyka obrotu towarowego, zwłaszcza w obszarze handlu między podmiotami profesjonalnymi, naraża sprzedawców na szereg ryzyk związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązań kontraktowych przez kupujących. Wśród obszernego katalogu mechanizmów ich niwelowania istotne znaczenie ma, doskonale ugruntowana w systemie polskiego prawa cywilnego, instytucja zastrzeżenia prawa własności rzeczy sprzedanej. Tematyce zastrzeżenia własności poświęcono już wiele opracowań naukowych. Jednak w prawie upadłościowym i restrukturyzacyjnym materia ta nie została wyczerpana. Wręcz przeciwnie, praktyka pokazuje, że w kontekście niewypłacalności kupującego zagadnienie to pozostaje skomplikowane i wciąż budzi wiele wątpliwości interpretacyjnych.

W artykule podjęto próbę omówienia kluczowych zagadnień związanych z zastrzeżeniem prawa własności w toku postępowań insolwencyjnych oraz zaprezentowano propozycje interpretacyjne dotyczące wybranych zagadnień spornych.

KREDYT KUPIECKI A RYZYKO NIEWYPŁACALNOŚCI NABYWCY

W ostatnim roku w Polsce znacząco wzrósł poziom wartości sprzedaży B2B zrealizowanej w oparciu o kredyt kupiecki. W 2017 r. i w 2018 r. wartość ta kształtowała się na poziomie ok. 30%, podczas gdy w 2019 r. wzrosła do 48,5%. Dostawcy wydłużyli również swoim odbiorcom terminy płatności, które w 2019 r. wyniosły średnio 38 dni od daty wystawienia faktury (tj. o 8 dni więcej niż w 2018 r.)[3]. Dostawcy coraz dłużej czekają na spieniężenie zaległych faktur (56 dni w 2019 r. w porównaniu z 54 dniami w roku 2018). Odnotowano także znaczny wzrost odsetka faktur nieściągalnych (w 2019 r. wyniósł on średnio 1,9% łącznej wartości należności B2B w porównaniu z 1% w roku 2018 r.)[4]. Ryzyko sprzedających rokrocznie wzrasta, a jest ono potęgowane konstrukcją prawną umowy sprzedaży.

W polskim systemie prawa prywatnego zapłata ceny nie jest ustawowym warunkiem przejścia prawa własności rzeczy na kupującego. Co do zasady, prawo własności rzeczy sprzedanej, oznaczonej co do tożsamości, przechodzi na kupującego z mocy samej umowy już z chwilą jej zawarcia (art. 155 § 1 k.c.[5]), natomiast przeniesienie własności rzeczy oznaczonych co do gatunku lub przyszłych wymaga, poza zawarciem umowy, dodatkowo przeniesienia ich posiadania (art. 155 § 2 k.c.). W przypadku dostawy towarów (stanowiących rzeczy oznaczone co do gatunku) kupujący staje się ich właścicielem z chwilą dostarczenia towarów przez sprzedającego (art. 155 § 2 k.c.)[6]. W rezultacie kupujący może zbyć zakupiony (ale jeszcze nieopłacony) towar osobom trzecim czy obciążyć go, ustanawiając zabezpieczenia na rzecz instytucji finansujących jego działalność (najczęściej w formie zastawu rejestrowego na zapasach).

W konsekwencji, w przypadku ogłoszenia upadłości kupującego wielu sprzedawców w nieznacznym stopniu odzyskuje swoje należności. Przede wszystkim w pierwszej kolejności zaspokajane są koszty postępowania upadłościowego oraz inne zobowiązania masy upadłości

[1] Radca prawny, partner w kancelarii Allen & Overy, A. Pędzich sp. k.
[2] Radca prawny w kancelarii Allen & Overy, A. Pędzich sp. k.
[3] Pod względem długości średnie terminy zapłaty plasują się na trzecim miejscu w Europie Wschodniej, zaraz po zanotowanych w Turcji (59 dni) i Rumunii (40 dni). Średnia dla regionu wynosi natomiast 37 dni. Zob. *Barometr praktyk płatniczych*, Atradius, wrzesień 2019 r., s. 3-4.
[4] Por. *Barometr praktyk*..., s. 4.
[5] Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1145 z późn. zm., dalej „k.c.").
[6] W ocenie autorów, systemowo konstrukcję przejścia własności należy ocenić pozytywnie. Taki model podyktowany jest przede wszystkim zapewnieniem swobodnej wymiany handlowej/towarów, np. poprzez umożliwienie płatności w ratach czy znaczącego odroczenia terminu płatności. Ponadto zapewnia bezpieczeństwo obrotu gospodarczego. Zapłata ceny, jako warunek przejścia własności, często może być trudny, a wręcz niemożliwy do zweryfikowania przez osobę trzecią.

(art. 343 p.u.[7]). Wierzytelności dostawców z tytułu ceny sprzedaży zaspokajane są dopiero w drugiej kategorii, po uprzednim zaspokojeniu wierzytelności uprzywilejowanych (z kategorii pierwszej) oraz wierzytelności zabezpieczonych rzeczowo, zaspokajanych z likwidacji obciążonych składników. Na marginesie wskazać należy, że w praktyce często obciążonymi składnikami majątku dłużnika są zapasy towarów, zbyte przez dostawcę i nieopłacone przez upadłego. Nadto zgodnie z najnowszym rankingiem Banku Światowego *Doing Business 2019* średni czas trwania postępowania upadłościowego w Polsce wynosi 3 lata[8], a praktyka postępowań pokazuje, że stopień odzysku wierzytelności niezabezpieczonych rzeczowo i nieuprzywilejowanych jest nieznaczny.

ZASTRZEŻENIE WŁASNOŚCI – FORMA I BRAK REJESTRU

Wobec tego sprzedający, zawierając umowy na dostawę towarów w ramach kredytu kupieckiego, poszukują różnego rodzaju instrumentów lub mechanizmów, które pozwoliłyby zabezpieczyć zapłatę ceny oraz zminimalizować ryzyko transakcyjne w sytuacji, kiedy świadczenia stron nie następują jednocześnie (art. 488 k.c.). W tym celu często odchodzą od ustawowego modelu przejścia własności, decydując się na wprowadzenie umownej klauzuli zastrzeżenia prawa własności (*pactum reservati dominii*).

Potrzebę zapewnienia możliwości jej stosowania dostrzegł zarówno prawodawca europejski w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/7/UE z 16 lutego 2011 r. w sprawie zwalczania opóźnień w płatnościach w transakcjach handlowych, jak i polski w art. 589 k.c. i nast. Na tle przepisu art. 589 k.c. zarysowano podstawową konstrukcję zastrzeżenia własności, zgodnie z którą przeniesienie własności następuje pod warunkiem zawieszającym zapłaty umówionej ceny przez kupującego. Skutek rzeczowy w postaci przejścia prawa własności na kupującego nastąpi wówczas automatycznie wraz ze spełnieniem się tego warunku. Do ważności zastrzeżenia własności wymagana jest uprzednia zgoda kupującego[9].

Zastrzeżenie własności nie wymaga zasadniczo szczególnej formy[10]. Jeżeli jednak ma być skuteczne względem wierzycieli kupującego, konieczne jest zachowanie formy pisemnej z datą pewną (art. 590 § 1 k.c.)[11]. Niezachowanie tej formy istotnie osłabia pozycję prawną sprzedawcy, zarówno w toku egzekucji singularnej, kiedy rzecz stanowiąca *de facto* własność sprzedawcy może posłużyć zaspokojeniu należności innych wierzycieli, jak i w toku postępowania upadłościowego, gdzie skuteczność zastrzeżenia prawa własności wobec masy upadłości wprost uzależniona została od zachowania wskazanej formy (art. 101 p.u.). Przepisy nie wprowadzają innych wymogów dla ważności i skuteczności zastrzeżenia prawa własności. W szczególności należy zwrócić uwagę na brak publicznego rejestru rzeczy objętych zastrzeżeniem własności (analogicznego do rejestru zastawów)[12]. W praktyce kupujący nie prowadzą również ewidencji towarów stanowiących własność dostawców przed zapłatą ceny. Z reguły nie są one w żaden sposób fizycznie oznaczone ani tym bardziej odseparowane od rzeczy stanowiących własność kupującego. Z tych powodów syndyk w postępowaniu upadłościowym oraz nadzorca sądowy lub zarządca[13] w postępowaniu restrukturyzacyjnym powinni dokładnie zweryfikować dokumentację dłużnika pod kątem zastosowania przez strony klauzuli zastrzeżenia własności. Nie należy zapominać, że kandydatom na syndyka/nadzorcę sądowego stawiane są szczególne wymogi, a w zakresie wykonywanych obowiązków powinni być traktowani jako profesjonaliści działający ze starannością wyższą od przeciętnej, a nade wszystko zaś w zgodzie z przepisami prawa[14]. Dlatego powinni dokładnie zweryfikować, czy majątek, którym dysponuje dłużnik, w rzeczywistości do niego należy. W tym celu syndyk/nadzorca sądowy powinien ze szczególną uwagą przede wszystkim przeanalizować treść umów ramowych czy poszczególnych umów sprzedaży zawartych przez dłużnika w odniesieniu do zastosowania klauzuli zastrzeżenia własności, prawa rządzonego tą umową oraz zachowania formy pisemnej z datą pewną (szerzej na temat daty pewnej poniżej)[15]. Syndyk, sporządzając spis inwentarza, powinien także dokładnie zweryfikować, które z towarów zostały opłacone przez dłużnika. Taka rzetelna

[7] Ustawa z 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 498, ze zm., dalej: „p.u.").

[8] Zob. ranking Banku Światowego *Doing Business 2019*, dostęp online, 17 lipca 2020 r: www.worldbank.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2019-report_web-version.pdf.

[9] Por. Haładyj K., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2020, komentarz do art. 589, nb. 1. Analogiczny model zastrzeżenia własności został przyjęty w większości krajów europejskich, jak Niemcy, Austria, Francja, Słowenia czy Wielka Brytania.

[10] Forma pisemna zastrzeżona jest jedynie dla celów dowodowych (art. 590 k.c. w zw. z art. 74 k.c.).

[11] Prawo polskie przyjęło w tej kwestii model włoski. Systemowi niemieckiemu nie jest znana w ogóle forma daty pewnej. Tak Karasek I., *Kolizyjnoprawna problematyka nieposesoryjnych zabezpieczeń rzeczowych ustanowionych pod rządem praw obcych*, [w:] „Transformacje Prawa Prywatnego" 2/2006, s. 22.

[12] Taki rejestr funkcjonuje w niektórych jurysdykcjach europejskich, jak: Włochy, Szwajcaria czy Litwa. Por. Kirsiene J., *Retention of title by the seler in cases of the buyer's insolvency*, [w:] „Baltic Journal of Law & Politics", vol. 2, nr 1, 2009, s. 8-9.

[13] Na potrzeby tego artykułu termin nadzorca sądowy odnosi się również do zarządcy w postępowaniu restrukturyzacyjnym.

[14] Zob. wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z 21 sierpnia 2013 r., sygn. II CSK 707/12, Legalis nr 738142.

[15] W orzecznictwie prezentowane jest stanowisko, zgodnie z którym zawarte w doręczonej kupującemu fakturze zastrzeżenie, że do chwili całkowitej zapłaty ceny towar pozostaje własnością sprzedawcy, spełnia warunki określone w art. 589 k.c. (tak m.in. wyrok Sądu Najwyższego z 24 lipca 2008 r., sygn. IV CSK 87/08, LEX nr 464784; Wyrok Sądu Najwyższego z 10 października 2003 r., sygn. II CK 119/02). Należy jednak zauważyć, że taka faktura nie spełnia wymogu formy pisemnej z datą pewną. Z tego względu wierzyciel nie może powoływać się na skuteczność tak zastrzeżonego prawa własności w postępowaniu upadłościowym.

weryfikacja pozwoli uniknąć konieczności wszczynania sformalizowanego postępowania o wyłączenie rzeczy z masy upadłości (w trybie art. 73 i 74 p.u.), niejednokrotnie długotrwałego i kosztownego, czy ponoszenia przez syndyka odpowiedzialności chociażby z tytułu utraty wartości rzeczy wskutek upływu czasu.

SKUTECZNOŚĆ ZASTRZEŻENIA PRAWA WŁASNOŚCI W PRZYPADKU OGŁOSZENIA UPADŁOŚCI

Zgodnie z art. 101 p.u. zastrzeżenie prawa własności w umowie sprzedaży na rzecz sprzedającego nie wygasa z powodu ogłoszenia upadłości nabywcy, jeżeli jest skuteczne wobec jego wierzycieli według przepisów kodeksu cywilnego, tj. umowa została zawarta w formie pisemnej z datą pewną (art. 590 k.c.). W innym przypadku rzecz objęta zastrzeżeniem własności stanowi składnik majątku upadłego, wchodzącego w skład masy upadłości, służącej zaspokojeniu wierzycieli upadłego.

Skuteczność zastrzeżenia prawa własności w postępowaniu upadłościowym umożliwia sprzedawcy (wierzycielowi) wystąpienie z jednym z dwóch roszczeń, tj. żądaniem wyłączenia rzeczy z masy upadłości (art. 73 p.u.) lub zgłoszeniem wierzytelności z tytułu zapłaty ceny sprzedaży nieuiszczonej przez upadłego (art. 236 i nast. p.u.)[16]. Z punktu widzenia sprzedawcy wydawać by się mogło, że najkorzystniejszym rozwiązaniem będzie wystąpienie z żądaniem wyłączenia rzeczy z masy upadłości[17]. Przepis art. 73 p.u. nie wprowadza terminu na złożenie wniosku o wyłączenie z masy, w związku z czym z takim wnioskiem można wystąpić na każdym etapie postępowania upadłościowego, w tym jeszcze przed sporządzeniem spisu inwentarza przez syndyka[18]. Niezwłoczne złożenie wniosku zmniejsza jednak ryzyko utraty wartości rzeczy czy zbycia rzeczy przez syndyka w toku postępowania upadłościowego. Natomiast zgłoszenie wierzytelności powinno nastąpić w terminie wskazanym w postanowieniu o ogłoszeniu upadłości, tj. w ciągu 30 dni od dnia obwieszczenia postanowienia o ogłoszeniu upadłości w MSiG (art. 236 p.u. w zw. z art. 51 ust. 1 pkt 4 p.u.). Oczywiście po upływie tego terminu wierzycielowi nadal przysługuje uprawnienie do zgłoszenia wierzytelności, niemniej poniesie on koszty spóźnienia, nawet jeśli nastąpiło bez jego winy[19].

Po drugie, w przypadku wyłączenia rzeczy z masy upadłości wierzyciel ma możliwość jej dalszej sprzedaży po cenie odpowiadającej jej wartości rynkowej. Oczywiste jest natomiast, że sprzedaż w toku postępowania upadłościowego następuje po cenie odpowiadającej wartości likwidacyjnej towaru. Cena ta nierzadko bywa jeszcze znacząco obniżana w toku kolejnych przetargów organizowanych przez syndyka. Im zaś niższe wpływy do masy upadłości z tytułu likwidacji rzeczy, tym niższy stopień zaspokojenia wierzycieli. Dodatkowo syndyk ponosi koszty przechowania, ochrony czy konserwacji rzeczy wchodzących w skład masy, które zaspokajane są z ceny sprzedaży uzyskanej przez syndyka, co również obniża poziom odzysku należności.

W tym kontekście należy rozważyć, czy w sytuacji, w której syndyk bezzasadnie sprzeciwia się wyłączeniu rzeczy z masy upadłości lub też wydaje taką rzecz z opóźnieniem, a rzecz ta traci na wartości wskutek np. upływu czasu czy zmiany technologii (co często dzieje się w przypadku sprzętu elektronicznego) bądź też syndyk w toku postępowania upadłościowego sprzedaje rzecz podlegającą wyłączeniu po niższej cenie niż jej wartość rynkowa, może ponosić odpowiedzialność odszkodowawczą wobec osoby, której przysługuje prawo do rzeczy. Na to pytanie należy odpowiedzieć twierdząco. Artykuł 160 ust. 3 p.u. wyraża ogólną regułę odpowiedzialności syndyka, zgodnie z którą odpowiada on za szkodę wyrządzoną nienależytym wykonywaniem obowiązków. Podstawą odpowiedzialności jest zasada winy, tj. reżim deliktowy (art. 415 k.c.)[20]. Przesłankami tej odpowiedzialności są: szkoda, zawinione nienależyte wykonanie przez syndyka masy upadłości obowiązków wynikających z przepisów prawa upadłościowego oraz adekwatny związek przyczynowy pomiędzy szkodą a nienależytym wykonaniem obowiązków. Skoro zatem bezpodstawne niewydanie lub spóźnione wydanie rzeczy przez syndyka podlegających wyłączeniu z masy upadłości

[16] Zwłoka w zapłacie ceny przez kupującego uprawnia wierzyciela do żądania wydania rzeczy bądź wystąpienia z roszczeniem o zapłatę ceny. W ocenie autorów roszczenia te naprzemiennie przysługują wierzycielowi do momentu zaspokojenia jednego z nich. Tak też wyrok Sądu Najwyższego z 16 września 2003 r., sygn. IV CKN 468/01, w którym wskazano, że „uzyskanie przez sprzedawcę, który zastrzegł własność rzeczy sprzedanej (art. 589 k.c.), wyroku zasądzającego od kupującego nieuiszczoną cenę i wszczęcie postępowania egzekucyjnego nie pociąga za sobą utraty przysługującego mu prawa własności".

[17] Nie jest to jednak reguła uniwersalna, szczególnie jeżeli sprzedana rzecz straciła na wartości z racji upływu czasu, co dotyczy szczególnie elektroniki użytkowej.

[18] Zob. Piłat W., *Wyłączenie przedmiotu z masy upadłości w postępowaniu upadłościowym z opcją likwidacyjną,* [w:] „Przegląd Prawa Handlowego" 2013, nr 11.

[19] Koszty spóźnionego zgłoszenia wierzytelności to m.in. koszty ogłoszenia w MSiG o uzupełniającej liście wierzytelności, koszty postępowania dowodowego, wynagrodzenia syndyka i zatrudnionych przez niego osób czy nawet koszty sprzeciwu wniesionego przez innego wierzyciela od listy uzupełniającej. Koszty postępowania związane z przygotowaniem uzupełniającej listy wierzytelności wynoszą równowartość 15% przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw bez wypłat nagród z zysku w trzecim kwartale roku poprzedniego, ogłoszonego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (art. 235 p.u.).

[20] Syndyk odpowiada za każdą postać winy, w tym winę nieumyślną. Odpowiedzialność obejmuje pełną szkodę, tzn. poniesione straty i utracone korzyści (art. 361 § 2 k.c.), a syndyk ponosi odpowiedzialność za normalne następstwa działania i zaniechania, z którego szkoda wynikła (art. 361 § 1 k.c.).

powoduje szkodę w majątku osoby trzeciej, syndyk może ponosić odpowiedzialność z tego tytułu na podstawie art. 160 ust. 3 p.u. w zw. z art. 415 k.c. Co więcej Sąd Najwyższy zajął stanowisko, że w razie wyrządzenia szkody wskutek zbycia przez syndyka mienia podlegającego wyłączeniu z masy upadłości roszczenie o jej naprawienie nie jest ograniczone do świadczenia przewidzianego w art. 71 ust. 2 p.u., tj. do świadczenia wzajemnego uzyskanego w zamian za to mienie[21].

Po trzecie wreszcie, wierzyciel zgłaszający wierzytelność z tytułu ceny, nieuprzywilejowaną i niezabezpieczoną rzeczowo, zostanie zaspokojony dopiero w dalszej kolejności, w ramach tzw. drugiej kategorii, obejmującej „inne należności", tj. po uprzednim zaspokojeniu kosztów postępowania oraz innych zobowiązań bieżących masy (art. 343 p.u.), których spłata odbywa się poza formalnym podziałem funduszów masy, z bieżących wpływów uzyskiwanych przez syndyka, w tym przede wszystkim ze sprzedaży przedmiotów wchodzących w skład masy upadłości, wierzytelności z kategorii pierwszej czy wierzytelności zabezpieczonych rzeczowo (zaspokajanych z wpływów uzyskanych z likwidacji obciążonego składnika).

Według najnowszego rankingu Banku Światowego *Doing Business 2019* średni wskaźnik odzysku wierzytelności w Polsce w postępowaniach upadłościowych wynosi ok. 61%[22], przy czym zaznaczyć należy, że ranking nie różnicuje stopnia odzysku wierzytelności zabezpieczonych i niezabezpieczonych rzeczowo. Uwzględniając praktykę postępowań upadłościowych, nie będzie nadużyciem stwierdzenie, że stopień odzysku wierzytelności niezabezpieczonych i nieuprzywilejowanych jest niejednokrotnie znacznie niższy bądź niemalże zerowy.

SKUTECZNOŚĆ ZASTRZEŻENIA PRAWA WŁASNOŚCI W PRZYPADKU OTWARCIA POSTĘPOWANIA RESTRUKTURYZACYJNEGO

W prawie restrukturyzacyjnym nie wprowadzono przepisu analogicznego do art. 101 p.u. Niemniej nie ma podstaw do przyjęcia, że zastrzeżenie własności traci skuteczność po otwarciu postępowania restrukturyzacyjnego. Żaden przepis nie wyłącza roszczeń z tytułu zastrzeżenia własności, wręcz przeciwnie art. 151 ust. 1 pkt 2 p.r. wskazuje, że układ nie obejmuje roszczeń o wydanie mienia. Wątpliwości może budzić natomiast, czy dla skuteczności zastrzeżenia własności konieczne jest – podobnie jak w prawie upadłościowym – zachowanie formy pisemnej z datą pewną. W tej sprawie w doktrynie zarysował się spór. Według pierwszego z poglądów wobec braku w przepisach prawa restrukturyzacyjnego wymogu zawartego w art. 590 § 1 k.c. (jak ma to miejsce na gruncie art. 101 ust. 1 p.u.) nie jest konieczne zastrzeżenie prawa własności w formie pisemnej z datą pewną[23]. Zgodnie z drugim zapatrywaniem art. 101 p.u. stanowi swoiste *superfluum* ustawowe, a zachowanie daty pewnej jest warunkiem, od którego zależy skuteczność zastrzeżenia własności wobec wierzycieli kupującego, rozciągającym się na wszystkie stosunki prawne łączące kupującego. Tym samym nie należy ich ograniczać wyłącznie do postępowania egzekucyjnego czy upadłościowego[24]. W ocenie autorów za trafny należy uznać drugi z przedstawionych poglądów. Przede wszystkim wymóg zachowania daty pewnej dla zastrzeżenia własności w postępowaniu restrukturyzacyjnym chroni interesy ogółu wierzycieli przed nieuczciwymi praktykami ze strony dłużnika i jednego z jego wierzycieli, polegającymi na antydatowaniu umów i zastrzeganiu w nich prawa własności. Ze wskazanych względów brak takiego wymagania w prawie restrukturyzacyjnym, a w konsekwencji brak spójności systemowej prawa restrukturyzacyjnego z pozostałymi źródłami prawa powszechnie obowiązującymi, takimi jak kodeks cywilny czy prawo upadłościowe, należy ocenić jednoznacznie negatywnie.

W kontekście skuteczności zastrzeżenia własności warto zwrócić uwagę, że umowy zawierające taką klauzulę mogą być rządzone prawem obcym (wszak zastrzeżenie własności jest instytucją powszechnie stosowaną w obrocie międzynarodowym). Powstaje wówczas pytanie: jakie prawo będzie właściwe dla oceny skuteczności zastrzeżenia własności w polskim postępowaniu upadłościowym czy restrukturyzacyjnym, w tym w szczególności, czy musi zostać zachowana forma pisemna z datą pewną (która nie jest znana we wszystkich porządkach prawnych). Należy wskazać, że skuteczność zastrzeżenia własności powinna być ustalana w oparciu o prawo statutu rzeczowego, wyznaczanego zasadniczo przez

[21] Zob. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z 21 sierpnia 2013 r., II CSK 707/12, Legalis nr 738142, w którym wskazano, że: „Zasada pełnej i osobistej odpowiedzialności syndyka, wprost statuowanej przepisem art. 160 ust. 3 p.u., wyklucza przyjęcie, że szkoda osoby trzeciej może być ograniczona do wysokości świadczenia wzajemnego uzyskanego tytułem ceny w zamian za zbycie mienia podlegającego wyłączeniu, a jej dalej idące roszczenie wobec syndyka nie powstaje. Świadczenie powyższe jest jedynie ekwiwalentem bezpodstawnie uzyskanym przez masę upadłości, podlegającym zwrotowi na podstawie art. 71 ust. 2 p.u., a wydając go, syndyk działa w jej imieniu, a nie własnym. Podstawą prawną obowiązku odszkodowawczego, ciążącego samodzielnie na syndyku jest powołany przepis art. 160 ust. 3 p.u. w zw. z art. 363 § 1 KC."

[22] W Norwegii stopień odzysku wierzytelności wynosi średnio 92%, natomiast w Belgii 89%.

[23] Por. Chrapoński D., [w:] *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, red. A. Torbus, A.J. Witosz, A. Witosz, Warszawa 2016, art. 249, nb. 6.

[24] Zob. Danielak W., Medyński M., *Skuteczność zastrzeżenia prawa własności w postępowaniu upadłościowym i restrukturyzacyjnym*, „Monitor Prawa Bankowego", wrzesień 2018 r., s. 105-107.

miejsce położenia rzeczy (*lex rei sitae*), zgodnie z art. 41 p.p.m.[25] Norma kolizyjna *lex contractus*, wskazana w rozporządzeniu Rzym I[26], nie znajduje bowiem zastosowania do uprawnień prawnorzeczowych[27]. Dlatego przy ocenie klauzuli zastrzeżenia własności zastosowanie znajdą przepisy polskiego kodeksu cywilnego, w tym dotyczące daty pewnej.

Podobnie jak w przypadku postępowania upadłościowego należy uznać, że wierzyciel wstępuje do postępowania z dwoma roszczeniami o: wydanie rzeczy (wyłączenie z masy układowej) oraz zapłatę ceny z tytułu sprzedaży. Odnosząc się do pierwszego z roszczeń, należy zaznaczyć, że restrukturyzacja dłużnika nie może naruszać prawa własności osób trzecich. Konstytucja RP udziela prawu własności powszechnej ochrony (art. 64 ust. 2 Konstytucji RP). Elementem ochrony jest konstytucyjny zakaz dowolnego kształtowania przez ustawodawcę treści prawa własności i jego pozycji w obrocie prawnym. Treść ustawy nie może naruszyć istoty własności (art. 64 ust. 3 Konstytucji RP), a każde ograniczenie wprowadzone wobec własności musi, obok ustawowej formy, spełnić też kryteria proporcjonalności i konieczności[28]. Prawo restrukturyzacyjne nie wprowadza natomiast takich ograniczeń, o czym świadczy m.in. treść przepisu art. 151 ust. 1 pkt 2 p.r. Rzeczy objęte zastrzeżeniem własności, nieopłacone przed otwarciem postępowania, a tym samym nienależące do dłużnika, powinny zostać wyłączone z masy układowej i wydane osobie, której przysługuje do nich prawo własności[29]. Roszczenie o wydanie rzeczy nie jest objęte układem *ex lege* (art. 151 ust. 1 pkt. 2 p.r.[30]).

W przepisie art. 249 p.r. wskazano, że do przedmiotów objętych zastrzeżeniem własności rzeczy sprzedanej na rzecz sprzedającego oraz do zabezpieczonych w ten sposób wierzytelności stosuje się odpowiednio przepisy prawa restrukturyzacyjnego dotyczące zastawu[31]. W związku z poczynionymi już uwagami dotyczącymi wydania rzeczy uznać należy, że norma art. 249 p.r. nie stanowi przepisu szczególnego, wyłączającego roszczenie o wydanie towaru objętego zastrzeżeniem własności. Istotą zastrzeżenia własności jest odroczenie skutku rzeczowego umowy sprzedaży, a w konsekwencji pozostawienie prawa własności po stronie sprzedającego, aż do czasu uzyskania przez sprzedawcę umówionej ceny. Wydanie towaru kupującemu powoduje jedynie, że staje się on jego posiadaczem zależnym, a prawo własności przysługuje w dalszym ciągu sprzedawcy. Kupujący traci uprawnienie do posiadania rzeczy wskutek zwłoki w zapłacie ceny[32]. Wówczas to wyłącznie do sprzedawcy należy decyzja, czy zdecyduje się na żądanie wydania towaru, czy wystąpi przeciwko kupującemu z roszczeniem o zapłatę ceny z tytułu sprzedaży. Przepis art. 249 p.r. znajduje zastosowanie w przypadku drugiego z roszczeń, o zapłatę ceny. Wobec takiego brzmienia przepisu wierzytelność o zapłatę nie jest objęta układem w części, w jakiej znajduje pokrycie w wartości przedmiotu zabezpieczenia (chyba, że wierzyciel wyrazi zgodę na objęcie układem) (art. 249 w zw. z art. 151 ust. 2 p.r.).

DALSZA ODSPRZEDAŻ RZECZY OBJĘTEJ ZASTRZEŻENIEM WŁASNOŚCI OSOBIE TRZECIEJ

Zastrzeżenie własności rzeczy nie zabezpiecza sprzedawcy przed dalszą odsprzedażą towaru osobom trzecim przez dłużnika, a w konsekwencji utratą prawa własności. Zgodnie z zasadą *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet* zbywający nie może przenieść na drugą stronę więcej praw, niż sam posiada. Niemniej zasada ta doznaje ograniczeń na gruncie prawa cywilnego, m.in. w art. 169 k.c. Nie budzi wątpliwości, że art. 169 ust. 1 k.c. znajdzie zastosowanie w sytuacji, w której kupujący zbywa – jako własny – towar na rzecz osoby trzeciej, działającej w dobrej wierze[33]. Art. 169 k.c. nie został wyłączony w postępowaniu upadłościowym ani restrukturyzacyjnym. Na tym tle konieczne jest zatem rozstrzygnięcie kluczowych z punktu widzenia sprzedającego zagadnień, a mianowicie:

1) czy (a jeśli tak, w jaki sposób) wierzyciel może zapobiec zbyciu rzeczy objętej zastrzeżeniem własności przez syndyka/nadzorcę sadowego w trakcie postępowania o wyłączenie z masy upadłości/masy układowej;

[25] Ustawa z 4 lutego 2011 r. – Prawo prywatne międzynarodowe (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 1792, dalej „p.p.m.").

[26] Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I) (t.j. Dz. U. UE.L. z 2008 r., 177.6, dalej „Rzym I").

[27] Por. Glicz M., Górecki J., [w:] *Prawo prywatne międzynarodowe. System Prawa Prywatnego. Tom 20B*, red. M. Pazdan, Warszawa 2015, rozdz. XIV, § 57.

[28] Zob. Machnikowska M., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Załucki, Warszawa 2019, komentarz do art. 140 k.c., nb. 2.

[29] Por. Gurgul S., [w:] *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz.* Wyd. 12, Warszawa 2020, art. 151.

[30] Ustawa z 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 243, dalej „p.r.").

[31] Ustawodawca, odsyłając do stosowania przepisów o zastawie, nie sprecyzował jednakże jego rodzaju, co czyni zasadnym wniosek, że należy stosować przepisy o zastawie zwykłym (art. 306-335 k.c.).

[32] Zob. wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z 21 stycznia 1999 r., sygn. I CKN 955/97, Legalis nr 43571.

[33] Zastosowania nie znajdzie przepis art. 169 ust. 2 k.c. Sprzedawca powierza kupującemu towar przed zapłatą ceny, a więc nie mamy do czynienia z utratą towaru wbrew jego woli. Tym samym brak wymogu upływu 3 lat do nabycia własności przez osobę trzecią. Por. Szpunar A., *Zastrzeżenie własności rzeczy sprzedanej*, „Państwo i Prawo" 1993/6, s. 37; Siemiątkowski T., Radomski P., *Sprzedaż z zastrzeżeniem prawa własności*, [w:] „Przegląd Prawa Handlowego", 2001/2, s. 17.

2) jaka jest podstawa zwrotu wierzycielowi środków uzyskanych przez syndyka/nadzorcę sądowego w przypadku sprzedaży rzeczy objętej zastrzeżeniem własności.

ZAKAZ ZBYWANIA MIENIA OBJĘTEGO ŻĄDANIEM WYŁĄCZENIA Z MASY UPADŁOŚCI/MASY UKŁADOWEJ

Z dniem ogłoszenia upadłości majątek należący do upadłego staje się masą upadłości, która służy zaspokojeniu jego wierzycieli (art. 61 p.u.). Ustalenie składu masy upadłości następuje poprzez sporządzenie spisu inwentarza i spisu należności. W celu ułatwienia syndykowi obejmowania masy upadłości oraz ograniczenia roszczeń kierowanych do masy w art. 69 ust. 3 p.u. wprowadzono domniemanie, że rzeczy znajdujące się w posiadaniu upadłego w dniu ogłoszenia upadłości należą do jego majątku[34]. W doktrynie podniesiono, że wprowadzenie domniemania powoduje, że to po stronie osoby twierdzącej, iż przysługuje jej prawo do rzeczy znajdującej się w posiadaniu upadłego w chwili ogłoszenia upadłości, tj. po stronie wierzyciela, leży obowiązek wykazania, że to prawo jej rzeczywiście służy[35].

Z takim stwierdzeniem nie sposób się zgodzić. Domniemanie nie może zwalniać syndyka od rzetelnego analizowania dokumentów upadłego, w tym umów, pod kątem m.in. zastrzeżenia prawa własności i praw przysługujących osobom trzecim. Niemniej takie ukształtowanie przepisów zezwala syndykowi, co do zasady po sporządzeniu spisu inwentarza, na dysponowanie składnikami mienia niestanowiącymi własności upadłego, lecz objętymi masą upadłości. Przy czym zaznaczyć należy, że spis inwentarza (także w postępowaniu restrukturyzacyjnym) nie tworzy żadnego nowego tytułu prawnego, a w szczególności nie powoduje przejścia prawa własności na masę upadłości (czy masę układową). Jak już wskazano, w sytuacji gdy syndyk odmówi wydania rzeczy należącej do osoby trzeciej i błędnie uzna ją za składową masy upadłości, wierzycielowi przysługuje żądanie wyłączenia składnika z masy w drodze wniosku skierowanego do sędziego-komisarza (art. 73 p.u.). Aby zapobiec konieczności wszczynania sformalizowanego postępowania o wyłączenie, wierzyciel może, niezwłocznie po ogłoszeniu upadłości, zasygnalizować syndykowi, że rzecz stanowi jego własność.

Złożenie wniosku o wyłączenie nie tamuje likwidacji składnika objętego żądaniem wyłączenia z masy upadłości. W związku z tym powstaje pytanie: czy wierzycielowi przysługują środki mające na celu zapobieżenie zbycia rzeczy przez syndyka, w tym przede wszystkim możliwość żądania zabezpieczenia roszczenia o wydanie poprzez ustanowienie zakazu zbywania lub obciążania mienia objętego żądaniem wyłączenia z masy upadłości. Treść art. 73 p.u. nie zawiera bowiem odpowiednika art. 74 ust. 4 p.u.[36] Z tego względu w doktrynie zarysował się spór, czy wierzycielowi przysługuje uprawnienie do skorzystania z takiego zabezpieczenia.

Z jednej strony wskazano, że skoro przepis art. 229 p.u., w zakresie postępowania po ogłoszeniu upadłości, odsyła do odpowiedniego stosowania przepisów księgi pierwszej części pierwszej kodeksu postępowania cywilnego, tj. przepisów o postępowaniu procesowym, to w konsekwencji wyłączona zostaje możliwość żądania przez wierzyciela zabezpieczenia roszczenia w trybie art. 755 k.p.c.[37] Z drugiej strony przedstawionemu poglądowi zarzucono zbyt formalistyczne podejście, wskazując, że nie ma żadnych powodów dla uznania, że przedmiotowy środek zabezpieczenia może zostać ustanowiony tylko w jednym z postępowań dotyczących wyłączenia z masy upadłości i to w dodatku chronologicznie późniejszym (art. 74 ust. 4 p.u.). W ocenie autorów, wobec treści art. 229 p.u., na etapie złożenia wniosku o wyłączenie rzeczy z masy w trybie art. 73 p.u., podstawy uzyskania zabezpieczenia przed likwidacją masy przez syndyka należy poszukiwać w art. 152 ust. 1 p.u. Zgodnie z tym przepisem sędzia-komisarz m.in. sprawuje nadzór nad czynnościami syndyka, a także oznacza czynności, których wykonywanie przez syndyka jest niedopuszczalne bez jego zezwolenia. Nie ma przeszkód, aby w tym trybie sędzia-komisarz zakazał syndykowi likwidacji rzeczy objętych wnioskiem o wyłączenie.

W postępowaniu restrukturyzacyjnym masa układowa została zdefiniowana szerzej od masy upadłości. Masa układowa/sanacyjna obejmuje zarówno mienie należące do dłużnika, jak i mienie służące prowadzeniu przedsiębiorstwa, niestanowiące jego własności (art. 240 i 294 p.r.). Taka konstrukcja masy układowej pozostaje uza-

[34] W doktrynie zgodnie podnosi się, że domniemanie to nie obejmuje rzeczy, w stosunku do których upadły jest wyłącznie posiadaczem zależnym, tj. użytkowanych na podstawie umowy najmu, dzierżawy czy leasingu. Por. Adamus A., *Prawo upadłościowe. Komentarz*, Warszawa 2019, komentarz do art. 69, nb. 12; Buk H., Chrapoński D., [w:] *Prawo upadłościowe. Komentarz*, red. A.J. Witosz, Warszawa 2017, komentarz do art. 69, nb. 4.

[35] Tak Zimmerman P., *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Warszawa 2020, komentarz do art. 69, nt. 5.

[36] W razie oddalenia wniosku o wyłączenie mienia z masy upadłości (art. 73 p.u.) wierzyciel może wystąpić z takim żądaniem w trybie powództwa z art. 74 p.u. Zgodnie z art. 74 ust. 4 p.u. sąd może zabezpieczyć powództwo przez ustanowienie zakazu zbywania lub obciążania mienia objętego żądaniem wyłączenia z masy upadłości.

[37] Por. Chrapoński D., [w:] *Prawo upadłościowe*..., komentarz do art. 73, nt. 8.

sadniona odmiennymi celami postępowania upadłościowego i postępowania restrukturyzacyjnego, a w konsekwencji odmienną funkcją masy upadłości oraz masy układowej. Podstawową funkcją masy upadłości jest bowiem zaspokojenie wierzycieli poprzez jej likwidację. Natomiast masa układowa ma na celu zapewnienie wykonania układu i uzdrowienie przedsiębiorstwa[38].

Należy jednak podkreślić, że objęcie masą układową rzeczy nienależących do dłużnika w żaden sposób nie pozbawia praw do tych rzeczy osób trzecich, w tym także w związku z zastrzeżeniem własności. Wierzycielowi, który dostarczył towar nieopłacony przez dłużnika, nadal przysługuje roszczenie o jego wydanie, nieobjęte układem *ex lege* (art. 151 p.r.). Przepisy prawa restrukturyzacyjnego nie regulują procedury wyłączenia rzeczy z masy upadłości, analogicznej do art. 73 czy 74 p.u. W braku przepisów należy uznać, że wierzyciel powinien wystąpić do dłużnika/nadzorcy sądowego z wnioskiem o wydanie rzeczy. W przypadku odmowy wierzycielowi pozostaje powództwo windykacyjne. Wówczas wierzyciel może jednocześnie wystąpić z żądaniem zabezpieczenia roszczenia w trybie art. 755 k.p.c. Nie ma również przeszkód, żeby wierzyciel wystąpił do sędziego-komisarza w trybie nadzoru nad czynnościami nadzorcy sądowego (art. 19 p.r.) z żądaniem, podobnie jak w postępowaniu upadłościowym, zakazania nadzorcy sprzedaży rzeczy objętej zastrzeżeniem własności, w toku bieżącej działalności dłużnika.

ZABEZPIECZENIE ŚRODKÓW UZYSKANYCH ZE SPRZEDAŻY RZECZY PRZEZ SYNDYKA/NADZORCĘ SĄDOWEGO

Prawo upadłościowe odmiennie reguluje skutki zbycia rzeczy, stanowiącej własność osoby trzeciej, przez upadłego i syndyka (art. 71 ust. 1 i 2 p.u.). W takim przypadku roszczenie o wyłączenie z masy wygasa, bowiem rzeczy znajdującej się w masie już nie ma.

W sytuacji, w której rzecz podlegająca wyłączeniu została zbyta przez upadłego (jeszcze przed ogłoszeniem upadłości), wierzycielowi przysługuje świadczenie otrzymane za zbyte mienie, pod warunkiem że świadczenie to istnieje (nie zostało zużyte) oraz zostało wyodrębnione w masie upadłości (art. 71 ust. 1 p.u.). W praktyce najczęściej świadczeniem wzajemnym są środki pieniężne, które tracą cechę wyodrębnienia po ich zmieszaniu z innymi środkami, chyba że zostały zgromadzone na specjalnie wyodrębnionym rachunku. Jeżeli środki wpłyną do masy po ogłoszeniu upadłości, należy uznać je za wyodrębnione[39].

W sytuacji, w której rzecz podlegającą wyłączeniu zbywa syndyk, wierzyciel może żądać wydania świadczenia wzajemnego uzyskanego w zamian za ten składnik (niezależnie czy zostało wyodrębnione) (art. 71 ust. 2 p.u.). Należy jednak pamiętać, że mienie sprzedawane w toku postępowania upadłościowego zbywane jest po cenie odpowiadającej jego wartości likwidacyjnej. Tym samym świadczenie uzyskane przez wierzyciela będzie z reguły niższe niż w sytuacji, w której to sam wierzyciel dokonałby dalszej sprzedaży. Okoliczność ta, po ogłoszeniu upadłości, powinna motywować wierzyciela do niezwłocznego złożenia wniosku o wyłączenie towaru z masy upadłości.

W prawie restrukturyzacyjnym nie przewidziano instytucji wyłączenia zastępczego, o którym mowa w art. 71 p.u. Przede wszystkim dlatego, że w postępowaniu restrukturyzacyjnym, co do zasady, nie następuje likwidacja składników masy, która, tak jak wspomniano, ma służyć zapewnieniu wykonania układu i umożliwić restrukturyzację przedsiębiorstwa dłużnika. Jednak i w tym postępowaniu nie sposób uniknąć ryzyka sprzedaży towarów objętych zastrzeżeniem własności w ramach bieżącej działalności dłużnika po otwarciu postępowania restrukturyzacyjnego. Wówczas pojawia się pytanie: na jakiej podstawie wierzyciel może domagać się zwrotu środków otrzymanych przez dłużnika ze sprzedaży tych towarów.

Odpowiedzialność zbywcy (dłużnika) można oprzeć przede wszystkim na gruncie przepisów bezpodstawnego wzbogacenia (art. 405 i nast. k.c.). Zbywca pozostaje odpowiedzialny względem właściciela rzeczy według przepisu art. 406 k.c. Przepis ten wprowadza zasadę surogacji, zgodnie z którą przedmiotem roszczenia restytucyjnego sprzedawcy może być surogat korzyści bezpośrednio uzyskanej przez dłużnika. Przedmiotem roszczenia wierzyciela może być zatem wszystko, co dłużnik uzyskał w zamian za zbycie rzeczy od osoby trzeciej[40]. W takim przypadku roszczenie o wydanie surogatu, jako zobowiązanie powstałe po otwarciu postępowania restrukturyzacyjnego, nieobjęte dyspozycją art. 252 p.r. i niewchodzące do układu, powinno zostać zaspokojone przez dłużnika pod rygorem umorzenia postępowania w trybie art. 326 ust. 2 p.r. W przypadku umorzenia postępowania restrukturyzacyjnego i ogłoszenia upadłości

[38] Zob. Hrycaj A., [w:] *System prawa handlowego. Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe, t. 6*, red. A. Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz, Warszawa 2016, Legalis, komentarz do art. 240 p.r., nt. 6.2.1.

[39] Por. Zimmerman P., *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz.* Wyd. 6, Warszawa 2020, komentarz do art. 71, nb. 1.

[40] Zob. Księżak P., [w:] *Kodeks cywilny…*, komentarz do art. 406, nb. 1.

roszczenie o zwrot surogatu powinno zostać zaspokojone w ramach kategorii pierwszej, jako należność powstała z czynności dłużnika dokonanych po otwarciu postępowania restrukturyzacyjnego (art. 342 ust. 1 pkt 1 p.u.).

Szczególna sytuacja powstaje w postępowaniu sanacyjnym. Przepis art. 323 ust. 1-4 p.r. określa zasady regulujące skutki sprzedaży dokonywanej w ramach tego postępowania, które zrównane zostały ze sprzedażą w postępowaniu upadłościowym. W takim wypadku zarządca sporządza odrębny plan podziału sum uzyskanych ze sprzedaży rzeczy obciążonych rzeczowo (zastawem czy hipoteką). Zaznaczyć należy jednak, że przepis ten dotyczy sprzedaży składników mienia „należących do dłużnika i wchodzących w skład masy sanacyjnej" (art. 323 ust. 1 p.r.). Wobec brzmienia przepisu należy wyłączyć możliwość sprzedaży na jego podstawie rzeczy objętych zastrzeżeniem własności, a zatem stanowiących własność wierzyciela. Jeśli do takiej sprzedaży dojdzie, wierzyciel, któremu przysługiwało prawo własności sprzedanych rzeczy, zostanie zaspokojony ze środków uzyskanych ze sprzedaży w ramach odrębnego planu podziału.

Należy zwrócić uwagę, że przepis art. 323 ust. 5 p.r. reguluje sprzedaż składników majątku nie w ramach działań sanacyjnych, lecz w ramach bieżącej działalności dłużnika. Jeżeli zarządca sprzedaje składniki majątkowe dłużnika w związku z prowadzoną przez niego działalnością gospodarczą i sprzedaż ta nie przekracza zakresu zwykłego zarządu, przepisów art. 323 ust. 1-4 p.r. (w tym obowiązku sporządzenia planu podziału) nie stosuje się. Jeżeli w ramach takiej sprzedaży zostanie zbyty towar objęty zastrzeżeniem własności, aktualne pozostają uwagi dotyczące powstania roszczenia z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia.

W związku z brakiem w prawie restrukturyzacyjnym regulacji zbliżonej do art. 71 p.u. należy rozważyć, czy na etapie zawierania umowy i kształtowania klauzuli zastrzeżenia własności wierzyciel może skorzystać z rozwiązań, które zminimalizowałyby ryzyko braku odzyskania rzeczy stanowiących własność sprzedającego bądź nieuzyskania zapłaty za dostarczony towar na wypadek otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego.

Sprzedający mógłby upoważnić kupującego do dalszej odsprzedaży nieopłaconego jeszcze towaru osobom trzecim. Zabezpieczeniem dla dalszej odsprzedaży byłaby cesja wierzytelności przyszłych wobec kontrahenta kupującego, pod warunkiem zawieszającym braku zapłaty ceny przez kupującego. Jednak i to rozwiązanie nie jest pozbawione istotnych mankamentów. W wielu przypadkach sprzedający zapewnia dostawy towarów, które kolejno sprzedawane są bezpośrednio przez kupującego na rzecz konsumentów (np. w ramach dużych sieci handlowych). W praktyce w takiej sytuacji niemożliwe jest dochodzenie przez sprzedającego roszczeń, przelanych z kupującego na sprzedającego, bezpośrednio od konsumentów. Cena sprzedaży uiszczona zostaje bowiem, co do zasady, w chwili zakupu towaru. Po otrzymaniu zapłaty przez kupującego od osoby trzeciej wierzytelność objęta cesją w związku z zastrzeżeniem prawa własności wygaśnie. Żadna ze stron nie ma również możliwości poinformowania o cesji osób nabywających towary bezpośrednio w sklepie (art. 512 k.c.). Ryzyka nie da się również zminimalizować w przypadku dalszej odsprzedaży na rzecz innego przedsiębiorcy (profesjonalisty). On sam może okazać się bowiem niewypłacalny. Ponadto kupujący i nabywca mogą kierować się nieuczciwymi praktykami i oficjalnie zaniżać ceny nabywanych towarów. Nadto cesja wierzytelności przyszłych nadal rodzi kontrowersje na tle przepisu art. 249 p.r. W doktrynie i orzecznictwie pojawiają się głosy, że taka cesja jest bezskuteczna w zakresie wierzytelności powstałych po otwarciu postępowania restrukturyzacyjnego[41].

WNIOSKI *DE LEGE FERENDA*

W świetle poczynionych uwag zasadne jest sformułowanie wniosków *de lege ferenda*. Po pierwsze, w celu rozstrzygnięcia wątpliwości pojawiających się w doktrynie należałoby wskazać, ze zastrzeżenie własności jest skuteczne, o ile umowa została zawarta z datą pewną. Po drugie, konieczne pozostaje doprecyzowanie skutków zastrzeżenia własności w prawie restrukturyzacyjnym. Przede wszystkim należy zabezpieczyć roszczenia wierzyciela w przypadku nieuprawnionej sprzedaży rzeczy przez kupującego osobom trzecim. Postulowana zmiana polega na wprowadzeniu do prawa restrukturyzacyjnego, analogicznego do art. 71 p.u., przepisu. Skoro układem nie jest objęte żądanie wydania rzeczy (art. 151 p.r.), w przypadku jej dalszej odsprzedaży przez dłużnika wierzycielowi z mocy ustawy powinno przysługiwać roszczenie o świadczenie uzyskane w jej zamian.

PODSUMOWANIE

Przepisy prawa upadłościowego zapewniają sprzedającemu, jako beneficjentowi umownego zastrzeżenia prawa własności, satysfakcjonujący poziom ochrony. Klarowna regulacja art. 71 i nast. p.u. zapewnia sprze-

[41] Zob. postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z 3 stycznia 2017 r., sygn. XX GCo 435/16.

dającemu przewidywany sposób zaspokojenia roszczeń wierzyciela wobec kupującego z przychodów z likwidacji przez syndyka obciążonej rzeczy. Konstatacja ta nie ma natomiast zastosowania do postępowań restrukturyzacyjnych. Z powodu braku przepisu analogicznego do art. 71 p.u. pozycja właściciela rzeczy objętej zastrzeżeniem własności jest istotnie słabsza. Taki stan rzeczy należy ocenić jednoznacznie negatywnie. Brak jest jakichkolwiek argumentów natury funkcjonalnej lub systemowej, które uzasadniałyby istnienie takiego zróżnicowania w poziomie ochrony beneficjenta zastrzeżenia prawa własności.

Maciej Geromin[1]
Marcin Krawczyk[2]

SPRZEDAŻ SZPITALA W RAMACH PRE-PACKU – WYBRANE ZAGADNIENIA

W publikowanym artykule autorzy chcieliby podzielić się swoimi praktycznymi doświadczeniami związanymi z przeprowadzeniem, jak się zdaje, pierwszej w Polsce sprzedaży w pełni funkcjonującego szpitala w ramach procedury uporządkowanej likwidacji (pre-pack). Omawiany przypadek dotyczył niepublicznego zakładu opieki zdrowotnej, który został sprzedany w ciągu niespełna 5 miesięcy od dnia złożenia wniosku, w sytuacji gdy ogłoszenie upadłości i proces przygotowania umowy sprzedaży przypadały na szczyt stanu epidemii Covid-19. Szpital nie zaprzestał prowadzenia działalności ani na chwilę, mimo szeregu innych trudności: zakończenia nieudanego postępowania restrukturyzacyjnego, konfliktów właścicielskich, braku zarządu oraz prowadzenia w stosunku do niego indywidualnej egzekucji, która w pewnym momencie mogła doprowadzić do interwencyjnego zamknięcia.

Przeprowadzenie tej transakcji stanowiło merytoryczne i organizacyjne wyzwanie dla autorów publikowanego artykułu. W tym miejscu trzeba jednak podkreślić, że końcowy efekt to dzieło innych osób niż prawnicy: właściciela, nabywcy i zarządzających, ale przede wszystkim efekt zaufania i oddania dla pracy załogi szpitala: lekarzy, pielęgniarek, pracowników administracyjnych i socjalnych, których na sądowym etapie postępowania wsparły sprawna organizacja wymiaru sprawiedliwości i zaangażowanie Narodowego Funduszu Zdrowia, tymczasowego nadzorcy sądowego, a następnie syndyka. Tym wszystkim osobom autorzy przekazują również serdecznie podziękowania za wspólne zaangażowanie i pracę.

[1] Adwokat, doradca restrukturyzacyjny, członek zarządu SG Doradcy Restrukturyzacyjni Sp. z o.o., wiceprzewodniczący Sekcji Prawa Upadłościowego przy Warszawskiej Izbie Adwokackiej.

[2] Radca prawny, przez blisko 15 lat sędzia Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy w Warszawie zajmujący się sprawami upadłościowymi i restrukturyzacyjnymi, kierujący największym wydziałem sądu upadłościowego w Polsce.

ZAŁOŻENIA PRE-PACKU

Pre-pack, choć uregulowany w przepisach p.u., powszechnie uważany jest za formę restrukturyzacji, bowiem pozwala na przeniesienie aktywa w postaci przedsiębiorstwa niewypłacalnego dłużnika na nowy podmiot wraz z ogłoszeniem upadłości dłużnika lub chwilę po ogłoszeniu upadłości, przy zapewnieniu nieprzerwanego działania przedsiębiorstwa. Takie założenia przyświecały realizacji omawianej transakcji.

Brak sprzedaży przedsiębiorstwa szpitala (jako działającej całości) w ramach pre-packu i jego likwidacja na zasadach ogólnych mogły doprowadzić do powiększenia się jego zadłużenia choćby z uwagi na konieczność poniesienia przez upadłego kosztów zamknięcia szpitala, zapewnienia pacjentom opieki medycznej w innych placówkach leczniczych czy powstania dodatkowych kosztów związanych z brakiem realizacji kontraktów medycznych z NFZ lub z koniecznością kontrolowanej utylizacji leków. Choć proceduralnie omawiany pre-pack był realizowany w oparciu o przepisy sprzed nowelizacji wchodzącej w życie 24 marca 2020 roku, to jednak podstawowe wyzwania dla zapewnienia spójności realizacji jego celów i wymagania ustaw szczególnych będą miały zastosowanie również do realizacji tego typu transakcji wg obecnie obowiązujących przepisów.

ZDOLNOŚĆ UPADŁOŚCIOWA

Nie ulegało wątpliwości, że dłużnik w opisywanej sprawie posiadał zdolność upadłościową. Zgodnie z art. 10 p.u. w zw. z art. 5 ust. 1 p.u. upadłość ogłasza się w stosunku do przedsiębiorcy w rozumieniu k.c. Dłużnik był przedsiębiorcą w rozumieniu art. 43^1 k.c. i jednocześnie nie był publicznym samodzielnym zakładem opieki zdrowotnej, w stosunku do którego wniosek o ogłoszenie upadłości podlegałby oddaleniu na zasadzie art. 6 pkt 3 p.u.

Samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej tworzone są na podstawie przepisów ustawy z 15 kwietnia 2011 roku o działalności leczniczej[3]. Zakłady te są wpisywane do rejestru stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji oraz samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej, nie są natomiast wpisywane do rejestru przedsiębiorców, nawet gdyby prowadziły działalność gospodarczą (art. 49 ust. 1 w zw. z art. 50 ustawy z 20 sierpnia 1997 roku o Krajowym Rejestrze Sądowym[4]). Dłużnik był natomiast przedsiębiorcą (spółką z ograniczoną odpowiedzialnością) wpisanym do rejestru przedsiębiorców. Posiadał więc zdolność upadłościową[5]. Dodatkowo w wykazie szpitali wpisanych do rejestru prowadzonego przez właściwego wojewodę figurował jako szpital niepubliczny, co przesądzało, że mogła w stosunku do niego zostać ogłoszona upadłość, a w konsekwencji mógł zostać również zatwierdzony pre-pack.

NABYWCA PRZEDMIOTU SPRZEDAŻY

Informacją istotną z punktu widzenia transakcji był fakt, że nabywcą przedsiębiorstwa szpitala była nowo utworzona spółka celowa (spółka z ograniczoną odpowiedzialnością), która nie prowadziła wcześniej działalności gospodarczej, w tym nie była również podmiotem leczniczym w rozumieniu ustawy z 27 sierpnia 2004 roku o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych[6]. Zasadniczo procedura sprzedaży szpitali ma miejsce poprzez ich konsolidację (przejmowanie) przez istniejące placówki medyczne, które spełniają już wymagania stawiane w ustawach, w tym m.in. ustawie o świadczeniach czy ustawie z 6 września 2001 roku – Prawo farmaceutyczne[7].

W omawianym przypadku spółka, która miała być nabywcą szpitala, „stawiana" była od początku jako nowy podmiot, który nie posiadał jakiegokolwiek doświadczenia i zaplecza do prowadzenia szpitala. Jej celem było nabycie szpitala dłużnika i prowadzenie tylko jego. Co istotne, w stosunku do szpitala dłużnika nie znaleziono innych podmiotów, które byłyby chętne do przejęcia. Okoliczności te przełożyły się na konieczność dodatkowych działań związanych z przekonaniem właściwych organów administracji publicznej, że choć przepisy ustaw szczególnych, regulujących funkcjonowanie szpitali, nie były dostosowane do procedury sprzedaży szpitala w ramach upadłości (w tym przede wszystkim w ramach pre-packu), to odpowiednia interpretacja i zastosowanie przepisów, przy uwzględnieniu celów postępowania upadłościowego z opcją pre-packu i przepisów ustaw szczególnych, na taką transakcję pozwala.

PRZEDMIOT SPRZEDAŻY

W omawianym przypadku przedmiotem sprzedaży było przedsiębiorstwo szpitala – niepublicznego zakładu opieki zdrowotnej świadczącego usługi medyczne w jednym z powiatów. Szpital, wobec wcześniejszego postępowania restrukturyzacyjnego, znajdował się w schyłkowej fazie wykonywania układu. Z uwagi na okoliczności zewnętrzne nie był jednak w stanie zrealizować wszystkich postanowień układu. Dodatkowo szpital nie posiadał uregulowanej struktury właścicielskiej, co przekładało się na brak zarządu, funkcjonującego w oparciu o spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością. Okoliczności te przysporzyły szeregu trudności, które, z uwagi na przedmiot artykułu, nie będą omawiane.

Odnośnie do przedmiotu sprzedaży, zgodnie z treścią art. 56a ust. 1 p.u. przedmiotem sprzedaży w ramach przygotowanej likwidacji (pre-pack) może być przedsiębiorstwo dłużnika, jego zorganizowana część lub składniki majątkowe stanowiące znaczną część jego przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 55^1 k.c. przedsiębiorstwo jest zorganizowanym zespołem składników niematerialnych i materialnych przeznaczonym do prowadzenia działalności gospodarczej. Ogół składników składających się na przedmiot sprzedaży – szpital – wpisywał się w tę definicję.

Z całości przedsiębiorstwa, jako przedmiotu sprzedaży, wyłączono jedynie wierzytelności, jakie przysługują dłużnikowi w stosunku do pracowników z tytułu pożyczek pracowniczych, środki pieniężne na rachunkach i w kasie oraz nakłady – środki trwałe w budowie – tj. system teleinformatyczny finansowany ze środków unijnych.

Wyłączenie wierzytelności z tytułu pożyczek pracowniczych wynikało z założeń biznesowych nabywcy przedsiębiorstwa, który nie był zainteresowany ich nabyciem. Środki pieniężne w kasie i wierzytelności z rachunków bankowych (środki pieniężne na rachunkach bankowych) nie zostały objęte sprzedażą z uwagi na chęć zachowania zdolności operacyjnej szpitala w okresie pomiędzy ogłoszeniem upadłości i zatwierdzeniem warunków sprzedaży szpitala a chwilą zawarcia i wykonania umowy sprze-

[3] Ustawa z 15 kwietnia 2011 roku o działalności leczniczej (t.j. Dz. U. z 2016 roku, poz. 1638 ze zm.), dalej jako: „Ustawa o działalności leczniczej".

[4] Ustawa z 20 sierpnia 1997 roku o Krajowym Rejestrze Sądowym (t.j. Dz. U. z 2019 roku, poz. 1500 ze zm.).

[5] Gurgul S., *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz.* Wyd. 11, Warszawa 2018.

[6] Ustawa z 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1510), dalej jako: „Ustawa o świadczeniach".

[7] Ustawa z 6 września 2001 roku (t.j. Dz. U. z 2020 roku, poz. 944 ze zm.), dalej jako: „PrFarm".

daży. Dodatkowo środki te stanowiły płynne aktywo o zmiennym składzie, stąd ich nabycie mogło nastręczać dodatkowych trudności na ewentualnym etapie sądowej zmiany przedmiotu pre-packu i zaakceptowania przez sąd nowych warunków sprzedaży.

Odnośnie do środków trwałych w budowie przyjęto, że w wypadku ogłoszenia upadłości z dużym prawdopodobieństwem nie będą wchodziły w skład masy upadłości na podstawie art. 63 ust. 1 pkt 1 p.u. w zw. z art. 831 § 1 pkt 2a k.p.c. w zw. z art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy z 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 roku, poz. 869).

W opisywanej sprawie wszystkie zainteresowane strony procesu chciały doprowadzić do nieprzerwanego funkcjonowania przedsiębiorstwa szpitala. Struktura zatrudnienia w szpitalu opierała się na dwóch filarach: pracownikach zatrudnionych w oparciu o stosunek pracy i współpracownikach (głównie lekarzach), którzy świadczyli usługi na zasadzie podpisanych ze szpitalem i realizowanych kontraktów.

Przejście pracowników w ramach sprzedaży przedsiębiorstwa jest wprost uregulowane w art. 23^1 k.p. Przejście kontraktów z lekarzami i pielęgniarkami wymagało odpowiedniego, wcześniejszego porozumienia tych ostatnich z potencjalnym nabywcą. Ostatecznie wskutek negocjacji prowadzonych z nieetatowymi współpracownikami szpitala udało się uzyskać pisemne porozumienia w zakresie gotowości na przejęcie praw i obowiązków z tych umów z przedsiębiorstwa szpitala na przedsiębiorstwo nabywcy szpitala, za zgodą wszystkich stron na etapie przed ogłoszeniem upadłości.

Nabywca szpitala, dłużnik i wierzyciel (wnioskodawca) zorganizowali spotkania mające na celu uzyskanie oświadczeń lekarzy, pielęgniarek (oraz innych kontraktowych pracowników szpitala), w których strony potwierdziły gotowość do dalszego świadczenia na rzecz nabywcy po przejęciu przez niego szpitala. Analogiczne rozmowy prowadzone były również z dostawcami innych usług. Uzyskanie tego typu listów intencyjnych (promes) było istotne dla pozyskiwania dalszych zgód organów administracji publicznej. Dawało to możliwość, w oparciu o promesy, wykazywania przez nabywcę zdolności do świadczenia usług medycznych nie tylko w oparciu o zespół składników majątkowych, które miały stanowić przedmiot sprzedaży szpitala w ramach pre-packu, ale także w oparciu o składnik osobowy w postaci lekarzy i pielęgniarek, którzy nie „przeszliby automatycznie" do nowego szpitala. Zarówno obecna, jak i wcześniejsza konstrukcja pre-packu nie pozwala na twierdzenie, że wraz z zawarciem umowy sprzedaży przedsiębiorstwa albo jego zorganizowanej części na nabywcę przechodzą prawa i obowiązki z umów (czy też same umowy), za wyjątkiem praw i obowiązków wynikających z umów najmu i dzierżawy. Możliwość cesji praw i obowiązków z innych umów wymaga porozumienia dłużnika z nabywcą, ale przede wszystkim z drugą stroną kontraktu, która na taką cesję (choćby pod warunkiem prawomocnego zatwierdzenia pre-packu oraz sprzedaży przedsiębiorstwa) musi wyrazić zgodę.

Wzajemna i stała komunikacja pośrednich i bezpośrednich uczestników procesu miała kluczowe i determinujące znaczenie dla transakcji. Pozwoliła na przekazanie niezbędnej wiedzy i umożliwiła oswojenie całego modelu transakcji, co, przynajmniej częściowo, umożliwiło wygaszenie albo zapobieżenie części sporów prawnych i pozytywne zaangażowanie pracowników szpitala w realizację założenia transakcji, która stała się również ich celem.

KONTRAKTY Z NFZ

Prócz kontraktów z lekarzami i pielęgniarkami oraz kontraktów z pozostałymi podmiotami świadczącymi usługi albo dostarczającymi towary do szpitala, konieczne było zapewnienie przejścia z przedsiębiorstwa szpitala na rzecz nabywcy szpitala tzw. kontraktów krytycznych, tj. kontraktów medycznych z NFZ.

Zgodnie z art. 155 ustawy o świadczeniach oraz mając na uwadze przepis art. 34 Rozporządzenia Ministra Zdrowia z 8 września 2015 roku w sprawie ogólnych warunków umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej[8], pod pewnymi warunkami możliwe jest przeniesienie funkcjonujących kontraktów medycznych NFZ z jednego podmiotu na drugi. Zgodnie z art. 155 ust. 1 ustawy o świadczeniach do umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej stosuje się przepisy k.c. Z kolei zgodnie z art. 155 ust. 5 ustawy o świadczeniach, jeżeli umowa o udzielenie świadczeń opieki zdrowotnej nie stanowi inaczej, przeniesienie na osobę trzecią praw i obowiązków wynikających z umowy wymaga pisemnej zgody dyrektora wojewódzkiego oddziału funduszu. Zgoda ta stanowi ustawowy wymóg (przesłankę) ważności czynności prawnej mającej za przedmiot prawa i obowiązki z umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej.

Należy jednak wskazać, że przepis ten ma charakter względnie obowiązujący, co oznacza, że strony w umo-

[8] Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 8 września 2015 roku w sprawie ogólnych warunków umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej (Dz. U. z 2016 roku, poz. 1146).

wie mogą wyłączyć obowiązek uzyskania zgody dyrektora oddziału[9], o ile tak stanowił kontrakt. W omawianym przypadku kontrakty medyczne z NFZ zawierały klauzulę obligującą do pozyskania zgody dyrektora wojewódzkiego oddziału funduszu. Z uwagi na fakt, iż procedura przeniesienia praw i obowiązków z kontraktów medycznych NFZ zazwyczaj ma miejsce w wypadku nabywania szpitali przez inne szpitale, konieczne było przekonanie NFZ co do zasadności i dopuszczalności zakładanej procedury pre-packu w szczególności w sytuacji, gdy nabywcą był nowo utworzony podmiot prawa handlowego, który nie prowadził wcześniej działalności gospodarczej.

Zgodnie z ustawą o świadczeniach nabywcą praw i obowiązków wynikających z kontraktów medycznych NFZ może być tylko i wyłącznie podmiot posiadający status świadczeniodawcy, spełniający wymagania w zakresie udzielania świadczeń opieki zdrowotnej. Przed podjęciem decyzji NFZ ma obowiązek zbadać, czy podmiot przejmujący prawa i obowiązki wynikające z umowy spełnia wszelkie wymagania zawarte w obowiązujących przepisach, stawiane świadczeniodawcom w konkursie ofert. W szczególności dotyczy to wpisów w odpowiednich rejestrach, lokalu, personelu, ubezpieczenia OC, ustalenia, czy świadczeniodawca będzie udzielał świadczeń samodzielnie, czy z udziałem podwykonawców itd. Przejmujący prawa i obowiązki z kontraktu z NFZ powinien przedstawić, wraz z wnioskiem o wyrażenie zgody na przeniesienie, następujące dokumenty:

a. odpis z KRS lub CEIDG (lub oświadczenie o wpisach do właściwych rejestrów wraz z numerem wpisu);
b. zaświadczenie o wpisie do rejestru podmiotów wykonujących działalność leczniczą z wpisem komórek organizacyjnych niezbędnych do realizacji świadczeń będących przedmiotem umowy (lub oświadczenie o wpisach do właściwego rejestru wraz z numerem księgi rejestrowej);
c. umowę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej zawartą na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy o działalności leczniczej lub art. 136b ustawy o świadczeniach;
d. umowę przeniesienia praw i obowiązków lub inny dokument, z którego wynika przeniesienie praw i obowiązków;
e. w przypadku tożsamości miejsca, personelu i sprzętu zbywcy i nabywcy, zbywca i nabywca przedstawiają dokumenty, z których wynika sposób przekazania potencjału.

[9] Pietraszewska-Macheta A. (red.), *Ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Komentarz*, wyd. III, Lex.

W świetle wskazanych regulacji dotyczących procedury przeniesienia kontraktów medycznych z NFZ istotne było przesądzenie dopuszczalności przeniesienia takich kontraktów między podmiotami przy założeniu, że nabywca przedsiębiorstwa szpitala uzyska uprawnienia do dalszej realizacji kontraktów dopiero z chwilą przeniesienia na niego przedsiębiorstwa szpitala. Wcześniej nie będzie miał takiej możliwości, bowiem nie będzie posiadał tytułu prawnego do zasobów pozwalających na prowadzenie szpitala. Z tego wynikały określone trudności.

Data uzyskania zasobów jest „ruchoma" i, po pierwsze, zależy od zgody sądu. Data podjęcia tej decyzji nie jest możliwa do określenia co do konkretnego dnia, żaden uczestnik postępowania nie ma wpływu na dzień rozpoznania wniosku przez sąd, a ten może taką zgodę wydać na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron.

Po drugie, należy uwzględnić, że pomiędzy zatwierdzeniem możliwości sprzedaży przedsiębiorstwa szpitala przez sąd a zawarciem umowy sprzedaży przedsiębiorstwa szpitala pomiędzy nabywcą a syndykiem może minąć określony czas, który jest uwarunkowany zachowaniem uczestników postępowania oraz sądu. W najgorszym wypadku okres ten może wynosić nawet kilka miesięcy, w razie złożenia przez wierzyciela zażalenia na postanowienie o zatwierdzeniu warunków sprzedaży w ramach pre-packu.

Po trzecie, opisany sposób przeprowadzania transakcji, uzależniony od prawomocnej zgody sądu, ma uzasadnienie wtedy i tylko wtedy, kiedy wraz z zawarciem umowy sprzedaży przedsiębiorstwa szpitala będzie pewne, że nabywca będzie mógł wykonywać świadczenia objęte kontraktami medycznymi z NFZ. O ile bowiem przejście praw z umów z pozostałymi kontrahentami w ramach przejścia przedsiębiorstwa szpitala pod warunkiem prawomocnego zatwierdzenia warunków sprzedaży przedsiębiorstwa szpitala przez sąd i pod warunkiem zawarcia umowy sprzedaży przedsiębiorstwa szpitala na mocy umowy między nabywcą i syndykiem jest uzależnione wyłącznie od woli stron, o tyle w wypadku kontraktów medycznych z NFZ niezbędne jest spełnienie dodatkowych warunków, pozwalających na wydanie przez dyrektora wojewódzkiego oddziału funduszu zgody na dokonanie takiej cesji.

Podkreślić przy tym trzeba, że spełnienie tych warunków przez nowy podmiot (nabywcę przedsiębiorstwa szpitala) uzależnione jest jednocześnie od prawomocnego zatwierdzenia warunków sprzedaży przedsiębiorstwa szpitala przez sąd i od zawarcia umowy sprzedaży przedsiębiorstwa szpitala na mocy umowy między na-

bywcą i syndykiem – dopiero wtedy nabywca nabędzie przedsiębiorstwo szpitala, a więc także infrastrukturę niezbędną do spełnienia warunków cesji kontraktów medycznych z NFZ określonych w ustawie o świadczeniach i aktach wykonawczych. Jednocześnie zawarcie takiej umowy sprzedaży jest ekonomicznie uzasadnione wyłącznie wtedy, kiedy nabywca przedsiębiorstwa szpitala posiada pewność, że kontrakty medyczne z NFZ przejdą na niego i będzie możliwe prowadzenie przez niego działalności w zakresie prowadzenia szpitala na niezmienionych warunkach. Celem planowanej transakcji było bowiem zapewnienie możliwości nieprzerwanej kontynuacji działalności szpitala przy założeniu, że w istocie zmieni się jedynie podmiot go prowadzący, zaś ani w strukturze samego szpitala, ani w jego majątku, ani w zakresie personelu nie zajdą jakiekolwiek istotne zmiany.

Rozwiązanie tego problemu wymagało indywidualnych spotkań i negocjacji z NFZ, w efekcie których ostatecznie udało się wypracować konsensus co do modelu i założeń transakcji, przy uwzględnieniu regulacji publicznoprawnych NFZ. Finalnie uzyskano porozumienie między nabywcą, dłużnikiem i NFZ jeszcze przed złożeniem wniosku o ogłoszenie upadłości. Sama zaś umowa cesji kontraktów medycznych z NFZ miała miejsce w dniu zawarcia umowy sprzedaży szpitala przez syndyka i nabywcę.

SPRZEDAŻ APTEKI SZPITALNEJ I OGRANICZENIA W ZAKRESIE OBROTU LEKAMI

Kolejnym z istotnych problemów związanych z realizacją transakcji była konieczność uwzględnienia ograniczeń dotyczących obrotu lekami, które stanowiły wyposażenie szpitala, a znajdowały się w aptekach szpitalnych. Zgodnie z art. 87 ust. 6 PrFarm, poza przypadkiem określonym w art. 106 ust. 3 pkt 1 PrFarm, zakazane jest zbywanie przez podmiot wykonujący działalność leczniczą produktu leczniczego albo środka spożywczego specjalnego przeznaczenia żywieniowego lub wyrobu medycznego objętych refundacją. Zgodnie zaś z art. 87 ust. 5 PrFarm zakazane jest nabywanie przez podmiot wykonujący działalność leczniczą produktu leczniczego[10] albo środka spożywczego specjalnego przeznaczenia żywieniowego lub wyrobu medycznego objętych refundacją w innym celu niż udzielanie przez ten podmiot świadczenia opieki zdrowotnej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Stosowanie do art. 106 ust. 3 pkt 1 PrFarm apteka szpitalna może zaopatrywać w leki[11] podmioty lecznicze wykonujące na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej działalność leczniczą w rodzaju stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne lub w rodzaju ambulatoryjne świadczenia zdrowotne na podstawie umowy zawartej przez uprawnione do tego podmioty, pod warunkiem że nie wpłynie to negatywnie na prowadzenie podstawowej działalności apteki. Zgodnie z art. 87 ust. 1 PrFarm apteki dzielą się m.in. na apteki szpitalne prowadzone przy podmiotach leczniczych wykonujących stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne. Stosownie do art. 106 ust. 4 PrFarm w razie zawarcia umowy sprzedaży leków kierownik apteki szpitalnej obowiązany jest jedynie niezwłocznie powiadomić wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego o zawarciu umowy z innym podmiotem leczniczym, a także o zamiarze likwidacji apteki szpitalnej z podaniem przyczyn jej likwidacji.

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że apteki szpitalne tworzy się w szpitalach lub innych przedsiębiorstwach podmiotów leczniczych, wykonujących stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne. Szpital zaś to przedsiębiorstwo podmiotu leczniczego, w którym podmiot ten wykonuje działalność leczniczą w rodzaju świadczenia szpitalne, przy czym świadczenia szpitalne to wykonywane całą dobę kompleksowe świadczenia zdrowotne polegające na diagnozowaniu, leczeniu, pielęgnacji i rehabilitacji, które nie mogą być realizowane w ramach innych stacjonarnych i całodobowych świadczeń zdrowotnych lub ambulatoryjnych świadczeń zdrowotnych[12].

W tak zarysowanym stanie prawnym przeprowadzenie transakcji, której przedmiotem było również przeniesienie własności leków, wymagało dodatkowej analizy. Z jednej strony można było wskazać, że trudno w ogóle uznać, że w ramach sprzedaży przedsiębiorstwa szpitala w ramach pre-packu dochodzi do jakiejkolwiek „sprzedaży leków", skoro pozostaną one w aptece szpitalnej stanowiącej element przedsiębiorstwa szpitala[13]. Dodatkowo można było argumentować, że skoro ustawodawca dopuszcza również możliwość obrotu lekami (produktami leczniczymi) poprzez zaopatrywanie przez apteki szpitalne podmiotów leczniczych, to w opisywanej sprawie dopuszczalne będzie doprowadzenie do obrotu lekami w taki sposób, że ewentualna prawna analizy transakcji sprzedaży przedsiębiorstwa szpitala będzie wprost wskazywała, że leki

[10] Zgodnie z art. 2 pkt 32 PrFarm produktem leczniczym jest substancja lub mieszanina substancji przedstawiana jako posiadająca właściwości zapobiegania lub leczenia chorób występujących u ludzi lub zwierząt lub podawana w celu postawienia diagnozy, lub w celu przywrócenia, poprawienia lub modyfikacji fizjologicznych funkcji organizmu poprzez działanie farmakologiczne, immunologiczne lub metaboliczne.

[11] Na temat zamiennego posługiwania się w PrFarm podjęciem leku i produktu leczniczego por. Ignatowicz Z., Ulz Z., Żarnecka M., [w:] W. Olszewski (red.), *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, WK 2016, Lex/el komentarz do art. 2 pkt 32 PrFarm.

[12] Stefańczyk-Kaczmarzyk J., [w:] M. Kondrat (red.), *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, WK 2016, Lex/el komentarz do art. 106 PrFarm.

[13] Tamże.

zostały zbyte z jednej apteki przyszpitalnej w podmiocie leczniczym na rzecz innej apteki szpitalnej w drugim podmiocie leczniczym (u nabywcy).

Choć ze wskazanych przepisów wprost można było wywieść, że ustawodawca dopuszczał sytuację, w której dojdzie do sprzedaży leków z apteki szpitalnej na rzecz podmiotu leczniczego, to jednak kluczowym elementem transakcji było także zapewnienie bezpieczeństwa prawnego jej stron. Ogólny zakaz sprzedaży produktów leczniczych ma na celu przeciwdziałanie sytuacji, gdy produkty lecznicze będą sprzedawane podmiotom nieuprawnionym, bez kontroli nadzoru farmaceutycznego. Dlatego choć planowana transakcja pre-packu zakładała w rzeczywistości przejście funkcjonującego przedsiębiorstwa szpitala z jednego podmiotu prawa na drugi, bez jakichkolwiek zmian w zakresie prowadzonej działalności leczniczej oraz służebnej w stosunku do przedsiębiorstwa szpitala działalności aptecznej apteki szpitalnej, to strony transakcji ostatecznie wystąpiły o dodatkową interpretację nadzoru farmaceutycznego w tej sprawie.

PRZEJŚCIE KONCESJI I LICENCJI

Jednym z wpadkowych, dodatkowych zagadnień było również przesądzenie przejścia uprawnień i zaleceń stwierdzonych przez Państwowego Wojewódzkiego Inspektora Sanitarnego zobowiązujących dłużnika do wykonania obowiązków w terminach określonych w tych decyzjach. Chodziło o decyzje, których przedmiotem było dostosowanie szpitala do określonych, podwyższonych, standardów sanitarnych we wskazanym w decyzji czasie.

Nauka prawa administracyjnego dla wszelkiego rodzaju licencji, pozwoleń, certyfikatów, koncesji, zgód, wiz, akceptacji, zatwierdzeń lub legalizacji posługuje się generalnym określeniem zbiorczym, pojęciem zezwolenia administracyjnego[14]. Przez zezwolenie administracyjne należy rozumieć instytucje materialnego prawa administracyjnego, polegające na podejmowaniu przez organy władzy wykonawczej (i inne podmioty wykonujące z mocy lub na podstawie ustawy zadania z zakresu administracji publicznej) czynności umożliwiających jednostce przejawianie określonych zachowań, bez których zachowania takie byłyby prawnie niedopuszczalne (zakazane)[15].

Udzielenie zezwolenia administracyjnego może być dokonane zarówno w drodze wydania decyzji administracyjnej, jak i w formie wpisu do ewidencji czy rejestru. Nie ulega jednak wątpliwości, że zezwolenie administracyjne służy „zalegalizowaniu" bądź tylko „zaewidencjonowaniu" danego rodzaju działalności gospodarczej, dlatego że określony podmiot spełnia warunki do prowadzenia takiej działalności gospodarczej. Można postawić przy tym tezę, że zarówno nauka prawa administracyjnego, jak i ustawodawca jak dotąd nie przedstawili jednoznacznych kryteriów odróżniających zezwolenia administracyjne nazywane koncesjami, licencjami czy zezwoleniami[16].

Zgodnie z art. 317 ust. 1 p.u. na nabywcę przedsiębiorstwa upadłego przechodzą wszelkie koncesje, zezwolenia, licencje i ulgi, które zostały udzielone upadłemu, chyba że odrębne ustawy stanowią inaczej. Doprecyzowania wymagało przy tym, że odrębna ustawa może przewidywać w tym zakresie wyjątki (art. 317 ust. 1 p.u.n. – np. art. 32 ust. 7 ustawy z 24 maja 2004 roku o funduszach inwestycyjnych)[17]. W ramach wyjaśnień przedstawionych organowi sanitarnemu podkreślono, że przedmiot transakcji w ramach pre-packu nie jest niczym ograniczony i zależy wyłącznie od treści wniosku złożonego przez wnioskodawcę. Może to być zarówno całość majątku (przedsiębiorstwa) dłużnika, jak i jego zorganizowana część – mogą to być wreszcie, niestanowiące przedsiębiorstwa ani jego zorganizowanej części, składniki majątkowe[18], przy czym zasadniczym składnikiem majątku podlegającym sprzedaży jest przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 55^1 k.c. Oznacza to, że w razie sprzedaży przedsiębiorstwa wchodzą w jego skład również koncesje, licencje i zezwolenia, chyba że odrębna ustawa stanowi inaczej. Generalna sukcesja administracyjno-prawna wynikająca z przepisu art. 317 ust. 1 p.u. ma niewątpliwie służyć temu, aby nabywca przedsiębiorstwa nie musiał ponownie przechodzić długotrwałego postępowania administracyjnego. W związku z brzmie-

[14] Hauser R., Kijowski D., [w:] R. Hauser Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Prawo administracyjne materialne, System Prawa Administracyjnego, tom 7*, Warszawa 2017, s. 407 i n. oraz wskazane tam przykłady.

[15] Hauser R., Kijowski D., [w:] R. Hauser Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Prawo administracyjne materialne, System Prawa Administracyjnego, tom 7*, Warszawa 2017, s. 407 i n.

[16] Por. A. Błaś wskazujący, że (a) zezwolenie jest formą aktu administracyjnego ustalającego uprawnienia w sferze prawa administracyjnego lub wyrażającego zgodę na dokonywanie przedsięwzięć, lub podjęcie czynności dopuszczonej normami prawa administracyjnego, koncesja jest aktem administracyjnym, który osobie fizycznej lub prawnej nadaje uprawnienie do wykonywania określonej działalności, najczęściej produkcyjnej lub usługowej. Z kolei licencja ma być aktem administracyjnym ustalającym uprawnienia do wykonywania określonej działalności (niekoniecznie o charakterze gospodarczym) lub pracy zawodowej, gdy wykonywanie takiej działalności związane jest z posiadaniem odpowiednich kwalifikacji (Błaś A., [w:] J. Boć, *Prawo administracyjne*, 2004, s. 336). Inni autorzy wskazują, że zezwolenia i pozwolenia wydawane są w sferze działalności podlegającej ścisłej reglamentacji administracyjnej (mają charakter policyjny), natomiast koncesje i licencje traktują jako przejaw organizatorskiej aktywności administracji publicznej, stwierdzając, że te pierwsze nadają osobom fizycznym lub prawnym uprawnienia do prowadzenia działalności gospodarczej, a te drugie – do wykonywania pewnych czynności wymagających określonych prawem kwalifikacji (Wierzbowski M., Wiktorowska A., [w:] W. Wierzbowski, *Prawo administracyjne*, 2003, s. 277).

[17] Uzasadnienie rządowego projektu ustawy – Prawo restrukturyzacyjne, druk sejmowy Sejmu VII kadencji nr 2824, s. 86.

[18] Zimmerman P., *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Warszawa 2016.

niem przepisu art. 317 ust. 1 p.u. nie ulega wątpliwości, że ustawodawca wprost wskazał, że na nabywcę przedsiębiorstwa upadłego przechodzą wszelkie koncesje, zezwolenia, licencje i ulgi, które zostały udzielone upadłemu, chyba że odrębne ustawy stanowią inaczej.

Oznacza to, że jeżeli przepisy ustaw szczególnych wprost w swojej treści wskazują na określone skutki związane z ogłoszeniem upadłości dłużnika (np. powodujące utratę zezwolenia administracyjnego), to tylko taki skutek może mieć miejsce w wypadku ogłoszenia upadłości. W konsekwencji, jeżeli przepis szczególny nie przewiduje możliwości ograniczenia przejścia decyzji (zezwolenia administracyjnego) z upadłego na nabywcę przedsiębiorstwa, to taka decyzja wraz z nabyciem przedsiębiorstwa na nabywcę przechodzi. Istnieje bowiem szereg ustaw szczególnych, regulujących zasady przyznawania i odbierania zezwoleń administracyjnych, w których uregulowano, że postępowanie upadłościowe może stanowić podstawę do odebrania danego zezwolenia administracyjnego przedsiębiorcy. W tym zakresie organ administracyjny powinien każdorazowo wydać właściwą decyzję lub podjąć określone czynności zmierzające do wydania takiej decyzji, dokonując indywidualnej oceny sytuacji danego przedsiębiorcy. Takie stanowisko można również wyczytać z treści orzeczenia Naczelnego Sądu Administracyjnego z 14 marca 2014 roku (na gruncie p.u.n.), gdzie wskazano, że decyzje administracyjne (koncesje, zezwolenia, licencje i ulgi), o których mowa w art. 317 ust. 1 p.u.n., nie przechodzą na nabywcę upadłego tylko wtedy, gdy ustawa o ich udzieleniu stanowi inaczej[19].

Wobec faktu, że ustawa z 14 marca 1985 roku o Państwowej Inspekcji Sanitarnej[20] oraz ustawa z 5 grudnia 2008 roku o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi[21], na podstawie których zostały wydane decyzje, nie przewidywały jakichkolwiek rozwiązań na wypadek ogłoszenia upadłości, zatem zgodnie z zasadą wprowadzoną w art. 317 ust. 1 p.u., potwierdzoną wyraźnie w uzasadnieniu do projektu ustawy p.r., brak w ustawie szczególnej rozwiązania powodującego możliwość cofnięcia, zawieszenia lub zakazu przenoszenia zezwolenia administracyjnego należy uznawać za potwierdzenie, że tak ogłoszenie upadłości, jak i sprzedaż przedsiębiorstwa w całości lub w części w ramach postępowania upadłościowego nie mają jakiegokolwiek wpływu na wymienione decyzje. Taka interpretacja została również przyjęta przez organ sanitarny.

PODSUMOWANIE

Opisane zagadnienia nie wyczerpują wszystkich problemów, które pojawiły się w trakcie realizacji transakcji sprzedaży szpitala w ramach pre-packu. Wskazują one jednak na trzy istotne kwestie. Po pierwsze, procedura pre-packu może mieć zastosowanie do sprzedaży szpitali i z uwagi na jej efektywność ekonomiczną może stanowić atrakcyjne narzędzie restrukturyzacji tego typu placówek. Po drugie, sprzedaż szpitala w ramach pre-packu ujawnia niepełne dostosowanie przepisów administracyjnych do realizacji tego typu transakcji. Przekłada się to na konieczność większego zaangażowania ze strony interesariuszy transakcji w uzyskanie akceptacji szeregu organów administracyjnych w sytuacji, gdy transakcja pre-packu – w istocie służąca zachowaniu przedsiębiorstwa i zasadniczo niezmieniająca nic w zakresie relacji przedsiębiorca – państwo – powinna być „automatyczna". Po trzecie, realizacja tego typu transakcji jest możliwa w relatywnie krótkim, kilkumiesięcznym okresie. Ta ostatnia konkluzja cieszy najbardziej.

[19] Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 14 marca 2014 roku, sygn. akt II OSK 2542/12, Lex nr 1488175.

[20] Ustawa z 14 marca 1985 roku o Państwowej Inspekcji Sanitarnej (t.j. Dz. U. z 2019 roku, poz. 59 ze zm.).

[21] Ustawa z 5 grudnia 2008 roku o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (t.j. z 2019 roku, poz. 1239 ze zm.).

Wojciech Młocek[1]
Stefania Strzałka[2]

OBOWIĄZEK ZŁOŻENIA WNIOSKU O OGŁOSZENIE UPADŁOŚCI SPÓŁKI Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ BĘDĄCEJ KOMPLEMENTARIUSZEM SPÓŁKI KOMANDYTOWEJ W PRZYPADKU UPADŁOŚCI LUB LIKWIDACJI SPÓŁKI KOMANDYTOWEJ

Spółka komandytowa, której komplementariuszem jest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, jest bardzo atrakcyjną formą prowadzenia działalności gospodarczej. Stanowi o tym wykorzystanie atutów obu form w konstrukcji jednego podmiotu, mianowicie ograniczenie odpowiedzialności wspólników oraz uniknięcie podwójnego opodatkowania zysku spółki, co ma miejsce w przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. W związku z tymi korzyściami nie dziwi fakt, że konstrukcja spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa cieszy się ogromną popularnością.

W przypadku zdecydowanej większości spółek komandytowych funkcjonujących w polskim systemie gospodarczym rolę komplementariusza, czyli wspólnika, który zgodnie z art. 102 KSH ponosi nieograniczoną odpowiedzialność swoim majątkiem za zobowiązania spółki komandytowej, pełni spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Bardzo często wspólnikami takowej spółki są komandytariusze spółki komandytowej, co zapewnia im kontrolę nad spółką, która w kodeksowym modelu jest bardzo ograniczona, gdyż zgodnie z art. 121 § 2 KSH mają oni jedynie prawo sprzeciwu wobec decyzji zarządczych komplementariuszy przekraczających zakres zwykłego zarządu, które polega na konieczności uzyskania zgody komandytariuszy. Co szczególnie ważne, to „rozszerzenie" kontroli następuje z zachowaniem ograniczonej odpowiedzialności, ponieważ zgodnie z art. 151 § 4 KSH wspólnicy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością nie odpowiadają za zobowiązania spółki.

[1] Radca prawny, partner w kancelarii Tomasik Pakosiewicz Groele Adwokaci i Radcowie Prawni.
[2] Prawnik w kancelarii Tomasik Pakosiewicz Groele Adwokaci i Radcowie Prawni.

ODPOWIEDZIALNOŚĆ SPÓŁKI Z O.O. BĘDĄCEJ KOMPLEMENTARIUSZEM SPÓŁKI KOMANDYTOWEJ

Zgodnie z art. 103 § 1 KSH w sprawach nieuregulowanych względem spółki komandytowej należy odpowiednio zastosować przepisy o spółce jawnej. Dlatego aby ustalić, jak kształtuje się odpowiedzialność za zobowiązania w spółce komandytowej, należy zastosować odpowiednie przepisy dotyczący spółki jawnej. Odpowiedzialność za długi tego typu spółki jest zarazem solidarna i subsydiarna, co w kontekście omawianego zagadnienia jest niezwykle istotne, a zostanie omówione w dalszej części artykułu. Jak wynika z art. 22 § 2 KSH, każdy ze wspólników odpowiada za zobowiązania spółki solidarnie ze spółką oraz z pozostałymi wspólnikami. Zgodnie z art. 8 KSH spółka komandytowa, jako odrębna od wspólników osoba ustawowa, odpowiada za swoje zobowiązania własnym majątkiem. W przypadku komplementariusza będzie to odpowiedzialność nieograniczona, z kolei komandytariusz, zgodnie z art. 111 KSH, będzie odpowiadał do wysokości sumy komandytowej.

Należy zauważyć, że na mocy art. 31 § 1 KSH odpowiedzialność wspólników za zobowiązania spółki jest subsydiarna. Oznacza to, zgodnie z brzmieniem przepisu, że wierzyciel spółki może prowadzić egzekucję z majątku wspólnika dopiero wtedy, gdy egzekucja z majątku spółki okaże się bezskuteczna. Warto zaznaczyć, że wspomniana subsydiarność wpływa na kolejność zaspokajania wierzyciela, jednakże nie oddziałuje na fakt istnienia odpowiedzialności, która powstaje od samego początku, tj. od zaciągnięcia zobowiązania. Odpowiedzialność spółki będącej komplementariuszem spółki komandytowej ma charakter pełnej, abstrakcyjnej odpowiedzialności za zobowiązania spółki. Dlatego wspólnik staje się dłużnikiem jej wierzyciela już z chwilą zacią-

gnięcia przez nią zobowiązania[3]. Natomiast w znaczeniu „egzekucyjnym" odpowiedzialność ta powstaje dopiero z chwilą ziszczenia się przesłanki bezskuteczności egzekucji skierowanej do spółki. Dopiero wtedy uruchamia się możliwość skierowania przez wierzyciela egzekucji do majątku odpowiedzialnego wspólnika, czyli spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

Na gruncie analizowanego przypadku, gdzie komplementariuszem spółki komandytowej jest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, należy powziąć konkluzję, że spółka z ograniczoną odpowiedzialnością będąca komplementariuszem spółki komandytowej odpowiadać może dopiero wtedy, gdy okaże się, że majątek spółki komandytowej nie wystarcza w całości na zaspokojenie wierzycieli spółki komandytowej. Stanowisko takie potwierdził wyrok Sądu Najwyższego z 11 grudnia 2015 r.: „Odpowiedzialność komplementariusza powstaje więc dopiero, gdy egzekucja z majątku spółki okaże się bezskuteczna (art. 31 § 1 w związku z art. 103 § 1 KSH). Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością będąca komplementariuszem spółki komandytowej odpowiadać może dopiero wtedy, gdy okaże się, że majątek spółki komandytowej nie wystarcza w całości na zaspokojenie wierzycieli spółki komandytowej"[4].

SYTUACJA SPÓŁKI Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ BĘDĄCEJ KOMPLEMENTARIUSZEM NIEWYPŁACALNEJ SPÓŁKI KOMANDYTOWEJ

Zagadnieniem zasługującym na szczególną uwagę na gruncie dotychczas poczynionych rozważań jest kwestia aktualizacji obowiązku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki z ograniczoną odpowiedzialnością będącej komplementariuszem niewypłacalnej spółki komandytowej. Ustalenie momentu, w którym spółka z ograniczoną odpowiedzialnością będąca komplementariuszem powinna złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości, ma doniosłe znaczenie m.in. w kontekście odpowiedzialności członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z art. 299 KSH, art. 373 pr. up. oraz art. 115 o.p.

Zgodnie z art. 11 pr. up. upadłość ogłasza się w stosunku do dłużnika, który stał się niewypłacalny. Definicję niewypłacalności zawiera art. 11 ust. 1 pr. up. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu dłużnik jest niewypłacalny, jeżeli utracił zdolność do wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych. Kluczowe jest więc ustalenie momentu tej niewypłacalności dla spółki z ograniczoną odpowiedzialnością będącej komplementariuszem.

Prezentowane są dwa stanowiska w tej kwestii. Zgodnie z pierwszym spółka z ograniczoną odpowiedzialnością powinna złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości już w momencie zaistnienia przesłanek do ogłoszenia upadłości przez spółkę komandytową. Z kolei drugi pogląd stanowi, że spółka z ograniczoną odpowiedzialnością powinna złożyć takowy wniosek dopiero w momencie zaistnienia przesłanek do ogłoszenia upadłości bezpośrednio względem tej spółki, czyli po przeprowadzeniu bezskutecznej egzekucji wobec spółki komandytowej.

OBOWIĄZEK ZŁOŻENIA WNIOSKU O OGŁOSZENIE UPADŁOŚCI JUŻ W MOMENCIE ZAISTNIENIA PRZESŁANEK DO OGŁOSZENIA UPADŁOŚCI PRZEZ SPÓŁKĘ KOMANDYTOWĄ

Koncepcja obowiązku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości już w momencie zaistnienia przesłanek do ogłoszenia upadłości przez spółkę komandytową wynika z odpowiedzialności komplementariusza za długi spółki na zasadzie opisanej w art. 31 KSH, w związku z jego bezpośrednim stosowaniem do przepisów o spółce komandytowej. Skoro bowiem zobowiązanie wspólnika spółki istnieje już od momentu powstania zobowiązania spółki[5], to teoretycznie zarząd powinien złożyć stosowny wniosek o ogłoszenie upadłości w terminie 30 dni od zaistnienia przesłanki niewypłacalności. Pytanie brzmi: czy zobowiązanie to spełnia podstawową przesłankę do uznania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością za niewypłacalną, jaką staje się ona zgodnie z definicją prawa upadłościowego w momencie utraty zdolności do wykonywania **wymagalnych** zobowiązań pieniężnych. W tym kontekście należy przeanalizować tak zwaną subsydiarną odpowiedzialność wspólnika za długi spółki oraz odpowiedzieć na pytanie, kiedy dług wspólnika faktycznie staje się wymagalny.

Odpowiedzialność komplementariusza ma charakter osobisty, nieograniczony, solidarny i subsydiarny. Szczególnie istotny, w kontekście ustalenia momentu niewypłacalności, jest subsydiarny charakter tej odpowiedzialności. Zgodnie z przywoływanym już art. 31 KSH, który ma zastosowanie do komplementariusza spółki komandytowej, wierzyciel spółki może prowadzić egzekucję z majątku wspólnika, w przypadku gdy egzekucja z majątku spółki okaże się bezskuteczna, jednak nie stanowi to przeszkody do wniesienia powództwa przeciwko wspólnikowi.

[3] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 8 czerwca 2018 r., I ACa 143/18.
[4] Wyrok Sądu Najwyższego z 11 grudnia 2015 r., sygn. III CSK 12/15.
[5] Jara Z., *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2020, komentarz do art. 31 KSH, nb 3.

Rodzi się więc pytanie, czy samo skierowanie powództwa przeciwko wspólnikowi spółki komandytowej oraz uzyskanie tytułu egzekucyjnego przeciwko pierwotnemu dłużnikowi, jakim jest spółka komandytowa, i jednocześnie przeciwko wspólnikowi tej spółki powoduje powstanie wymagalnego roszczenia oraz czy może skutkować to niewypłacalnością wspólnika. Według omawianej koncepcji już możliwość uzyskania tytułu wykonawczego skutkuje wymagalnością roszczenia. Przy założeniu, że istnieje tytuł egzekucyjny skierowany zarówno przeciwko spółce komandytowej, jak i komplementariuszowi tej spółki, zachodzi wymagalność roszczenia względem obu podmiotów. Jeżeli zaś tytuł ten powoduje po stronie komplementariusza zaistnienie przesłanek domniemania niewypłacalności, to zarząd spółki z ograniczoną odpowiedzialnością powinien złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości równolegle z wnioskiem upadłościowym spółki komandytowej. Zachodzi więc tożsamość momentów niewypłacalności względem obu: spółki komandytowej i będącej wspólnikiem spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

W ocenie autora koncepcja ta nie jest słuszna. Wynika to przede wszystkim z zasady subsydiarnej odpowiedzialności komplementariusza za długi spółki komandytowej, która zakłada, że nawet pomimo posiadania przez wierzyciela tytułu egzekucyjnego przeciwko wspólnikowi spółki komandytowej musi on w pierwszej kolejności przeprowadzić egzekucję z majątku spółki[6].

OBOWIĄZEK ZŁOŻENIA WNIOSKU O OGŁOSZENIE UPADŁOŚCI W MOMENCIE ZAISTNIENIA PRZESŁANEK DO OGŁOSZENIA UPADŁOŚCI BEZPOŚREDNIO WZGLĘDEM SPÓŁKI Z O.O.

Druga koncepcja zakłada, że obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości komplementariusza nie następuje w momencie niewypłacalności spółki komandytowej, a dopiero po przeprowadzeniu bezskutecznej egzekucji wobec spółki komandytowej. W tym momencie należy przyjąć, że roszczenie względem komplementariusza staje się wymagalne.

Powszechnie przyjmuje się, że wymagalność to stan, w którym wierzyciel ma prawną możliwość żądania zaspokojenia przysługującej mu wierzytelności, a więc chwila, kiedy wierzyciel może skutecznie żądać od dłużnika określonego zachowania będącego przedmiotem jego zobowiązania i przedmiotem roszczenia[7]. Również zgodnie twierdzi się, że chwila wymagalności roszczenia jest zależna od charakteru zobowiązania. Sąd Najwyższy w wyroku z 12 lutego 1991 r., III CRN 500/90, potwierdził, że „początku wymagalności nie da się ująć w jedną regułę obowiązującą dla wszystkich stosunków prawnych, zależy on bowiem od charakteru zobowiązań i ich właściwości"[8]. Dlatego konieczne jest zbadanie rozumienia pojęcia wymagalności zobowiązań względem komplementariusza sp.k. Szczególne znaczenie ma odróżnienie terminu wymagalności od terminu spełnienia świadczenia. Doktryna wskazuje, że upływ terminu spełnienia świadczenia wskazuje na opóźnienie dłużnika i rozpoczęcie biegu odsetek za opóźnienie, jednak uzyskanie przez wierzyciela prawa do domagania się spełnienia świadczenia następuje z nadejściem terminu wymagalności[9].

Zgodnie z art. 31 § 1 KSH egzekucja z majątku wspólnika jest dopuszczalna jedynie wtedy, gdy uprzednio prowadzona egzekucja przeciwko spółce okaże się bezskuteczna. Jak wskazuje orzecznictwo, „badanie tej przesłanki powinno następować już na etapie postępowania klauzulowego, skoro nadanie klauzuli wykonalności warunkuje przeprowadzenie postępowania egzekucyjnego"[10]. Oznacza to, że w sytuacji gdy niewypłacalność spółki z ograniczoną odpowiedzialnością wynika ze zobowiązań spółki komandytowej, wymagalność zobowiązań względem spółki z ograniczoną odpowiedzialnością będzie miała miejsce nie w momencie upływu terminu spełnienia świadczenia przez spółkę komandytową, lecz dopiero po bezskutecznej egzekucji przeciwko spółce komandytowej. W konsekwencji obowiązek zgłoszenia wniosku o upadłość spółki będącej komplementariuszem spółki komandytowej powstanie dopiero wówczas, gdy jej zobowiązania staną się wymagalne wobec spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

Wymagalność ta jest tożsama z możliwością wszczęcia egzekucji z majątku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, co – jak już podnoszono – wiąże się z bezskutecznością egzekucji z majątku spółki komandytowej. Podobne stanowiska formułują A. Szumański[11] czy A. Kappes:

[6] Dumkiewicz M., *Kodeks spółek handlowych. Komentarz,* 2020: „Regulacja art. 31 k.s.h. stanowi uzupełnienie art. 22 § 2 k.s.h., ograniczając wierzycieli spółki w możliwości prowadzenia egzekucji z majątku wspólników. Mimo że ich odpowiedzialność za zobowiązania spółki jest solidarna (art. 22 § 2 k.s.h.) ze spółką i pozostałymi wspólnikami, to ma jednocześnie charakter subsydiarny (art. 31 § 1 k.s.h.) wobec pierwszorzędnej odpowiedzialności samej spółki. Z tego względu możliwość prowadzenia egzekucji z majątku wspólnika uwarunkowana jest bezskutecznością egzekucji z majątku spółki".

[7] Paweł J., *Prawo upadłościowe. Komentarz*, Warszawa 2020, komentarz do art. 11 pr. up., nb 3; Witosz A.J. (red.), *Prawo upadłościowe. Komentarz*, Warszawa 2017, komentarz do art. 11 pr. up., nb 2; Wyrok Sądu Najwyższego z 27 września 2013 r., I CSK 690/12; Wyrok Sądu Najwyższego z 12 lutego 1991 r., III CRN 500/90.

[8] Wyrok Sądu Najwyższego z 12 lutego 1991 r., III CRN 500/90.

[9] Kappes A., *Odpowiedzialność członków... op. cit.*, s. 9; Dąbrowa J., [w:] *System Prawa Cywilnego, t. 3, cz. 1. Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. Z. Radwański, Ossolineum 1981, s. 739-740; Zoll F., [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 6. *Prawo zobowiązań – część ogólna, Suplement*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2010, s. 61.

[10] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 13 lipca 2017 r., I ACa 756/16.

[11] *Prawo spółek handlowych. Tom 2A. System Prawa Handlowego*, red. A. Szumański, 2019.

„roszczenie wierzyciela sp.k. staje się wymagalne wobec komplementariusza dopiero z momentem zaistnienia bezskuteczności egzekucji skierowanej do majątku tej spółki. To z kolei prowadziłoby do wniosku, że dopiero ten moment jest relewantny dla powstania po stronie zarządu spółki z o.o. będącej komplementariuszem obowiązku złożenia wniosku o upadłość tej spółki"[12].

Podsumowując, dopiero po przeprowadzeniu bezskutecznej egzekucji z majątku spółki komandytowej pierwotny wierzyciel może faktycznie żądać od wspólnika spółki komandytowej, aby ten wykonał świadczenie, a ten powinien je wykonać, a więc dopiero wtedy możemy mówić o wymagalności świadczenia względem spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

Przykład:

ABC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa posiada wierzyciela X sp. z ograniczoną odpowiedzialnością na kwotę 100 000 zł. Termin spełnienia świadczenia przypada na 1 marca 2020 r. Spółka ABC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa nie kwestionuje roszczenia.

Wierzyciel X spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wytoczyła powództwo przeciwko spółce ABC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa oraz przeciwko wspólnikowi tej spółki ABC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Wierzyciel X spółka z ograniczoną odpowiedzialnością uzyskał tytuł egzekucyjny 30 czerwca 2020 r., któremu następnie nadał klauzulę wykonalności i wszczął egzekucję przeciwko spółce ABC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa. Ze względu na niewystarczający majątek ABC spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej postępowanie egzekucyjne zostało umorzone 15 lipca 2020 r. Wierzyciel nie wszczął egzekucji przeciwko komplementariuszowi ABC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

We wskazanym przykładzie ABC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa ma obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w pierwszej kolejności. W omawianym przykładzie względem spółki komandytowej termin spełnienia świadczenia pokrywa się z terminem wymagalności, czyli przypada na 1 marca 2020 r. Spółka powinna więc, zgodnie z domniemaniem z art. 11 ust. 1a pr. up. oraz art. 21 ust. 1 pr. up., złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości w terminie do 1 lipca 2020 r.

W stosunku do ABC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością przesłanki do ogłoszenia upadłości powinny być badane odrębnie. Wymagalność roszczenia względem komplementariusza przypadnie w momencie bezskuteczności egzekucji skierowanej do majątku spółki komandytowej, a więc w omawianym przykładzie będzie to 15 lipca 2020 r. Od tego terminu względem komplementariusza powinno się liczyć terminy do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości wynikające z prawa upadłościowego.

LIKWIDACJA SPÓŁKI KOMANDYTOWEJ A OBOWIĄZEK ZŁOŻENIA WNIOSKU O OGŁOSZENIE UPADŁOŚCI PRZEZ KOMPLEMENTARIUSZA

Kolejnym zagadnieniem, które w praktyce rodzi poważne problemy, jest kwestia obowiązku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości wspólnika spółki komandytowej w przypadku likwidacji spółki komandytowej.

Nie jest wykluczone, że niewypłacalność oraz niedobory w spółce komandytowej mogą również ujawnić się przy przeprowadzaniu likwidacji spółki przeprowadzanej ze względu na podstawę wskazaną w art. 58 § 1 pkt 1-6 KSH, niemniej na potrzeby tego artykułu autor pragnie skupić się wyłącznie na konieczności złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki z o.o. jako wspólnika spółki komandytowej w powiązaniu z likwidacją tejże spółki ze względu na oddalenie wniosku o ogłoszenie upadłości.

Sytuacja powiązania niewypłacalności spółki komandytowej oraz konieczności jej likwidacji ma najczęściej miejsce w przypadku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości przez spółkę komandytową oraz oddaleniem tego wniosku na podstawie art. 13 ust. 1 lub 2 pr. up. ze względu to, że majątek niewypłacalnego dłużnika nie wystarcza na zaspokojenie kosztów postępowania lub wystarcza jedynie na zaspokojenie tych kosztów, lub że majątek dłużnika jest obciążony hipoteką, zastawem, zastawem rejestrowym, zastawem skarbowym lub hipoteką morską w takim stopniu, że pozostały jego majątek nie wystarcza na zaspokojenie kosztów postępowania. Jednocześnie sąd rozpoznający wniosek nie wyrzeknie w przedmiocie wykreślenia rozwiązania podmiotu wpisanego do Krajowego Rejestru Sądowego bez przeprowadzania postępowania likwidacyjnego zgodnie z art. 13 ust. 2a pr. up. Konsekwencją tego jest dla spółki komandytowej konieczność przeprowadzenia zakończenia jej bytu prawnego zgodnie z procedurą likwidacji opisaną w KSH.

W procedurze likwidacji, zgodnie z przepisami art. 82 i 83 KSH, które mają zastosowanie do spółki komandytowej,

[12] Kappes A., *Odpowiedzialność członków… op. cit.*, s. 10.

powinno dojść do spłaty zobowiązań, podziału majątku i niedoboru. W związku z tym, że spółka komandytowa w omawianej sytuacji jest podmiotem niewypłacalnym na etapie likwidacji, szczególnie ważne wydaje się omówienie kwestii pojęcia niedoboru, jego podziału oraz możliwości dochodzenia wpłaty niedoboru przez likwidatorów od wspólników spółki komandytowej.

Przez pojęcie niedoboru należy rozumieć taką sytuację, gdy majątek spółki nie wystarcza na spłatę udziałów i długów[13]. Podział niedoboru odbywa się, co do zasady, w równych częściach, analogicznie do udziału w stratach spółki, zgodnie z art. 51 § 1 KSH, niemniej umowa spółki może określać udział w stratach w sposób dowolny, wyłączać wspólnika od udziału w stratach lub jak ma to miejsce najczęściej w spółkach komandytowych, zgodnie z art. 123 § 3 KSH, ograniczać udział wspólnika (komandytariusza) do wartości umówionego wkładu. W przypadku wyłączenia wspólnika od udziału w stratach nie uczestniczy on w ogóle w podziale niedoboru[14]. Wynika więc z tego, że w przypadku konstrukcji spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej całość lub zdecydowana większość niedoboru będzie obciążać komplementariusza, czyli spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością.

Pojawia się wobec tego pytanie, czy w związku z tym, że na wspólniku ciąży ustawowy obowiązek pokrycia niedoboru, to w konsekwencji spełnia on przesłanki niewypłacalności, o których mowa w art. 11 pr. up., jeżeli konieczność uzupełnienia niedoboru spowoduje utratę zdolności do wykonywania jego zobowiązań pieniężnych? Należy zatem odpowiedzieć, na pytanie: jaki charakter ma zobowiązanie do uzupełnienia niedoboru oraz kiedy staje się wymagalne.

Powszechnie zgodnie przyjmuje się, że art. 83 KSH nie wprowadza obowiązku wpłaty brakującej wartości do spółki przez wspólników[15]. Powołani likwidatorzy nie są uprawnieni do ściągania niedoboru od wspólników spółki osobowej i nie mogą skutecznie żądać od nich zapłaty stosownych kwot na pokrycie niedoboru[16]. Wynika z tego, że likwidatorzy spółki nie mogą postawić w stan wymagalności roszczenia o pokrycie niedoboru. Zgodnie zaś z przywoływaną wcześniej definicją niewypłacalności konieczną przesłanką do jej zastosowania jest istnienie wymagalnych zobowiązań pieniężnych. Wymagalność należy rozumieć jako możliwość prawnie skutecznego zażądania przez wierzyciela, by dłużnik spełnił świadczenie, a moment jego wykonania będzie wynikać z ustalonego terminu spełnienia świadczenia lub będzie następstwem wezwania dłużnika do wykonania zobowiązania[17]. Skoro więc:

a) przepis art. 83 KSH nie rodzi obowiązku wpłaty brakującej wartości do spółki przez wspólnika,
b) likwidatorzy nie mogą żądać od wspólników zapłaty stosownych kwot na pokrycie niedoboru,

należy przyjąć, że roszczenie to nie stanie się wymagalne, nie ziści się przesłanka niewypłacalności względem komplementariusza, a spółka z ograniczoną odpowiedzialnością nie będzie miała na tej podstawie obowiązku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości.

Rodzi się zetem pytanie: w jaki sposób zapewniona zostaje ochrona wierzycieli spółki komandytowej w przypadku faktycznego braku obowiązku uzupełnienia niedoboru przez wspólników spółki. Jak to już zostało wykazane, wierzyciele mogą skierować egzekucję bezpośrednio do majątku wspólników po bezskutecznej egzekucji z majątku spółki komandytowej.

WNIOSKI

Podsumowując rozważania, należy przyjąć, że:

1) Moment niewypłacalności spółki z ograniczoną odpowiedzialnością będącej komplementariuszem nie jest tożsamy z momentem niewypłacalności spółki komandytowej, a sama niewypłacalność wspólnika nie powstaje niejako „z automatu" po zaistnieniu przesłanek niewypłacalności przez spółkę komandytową.

2) Kluczowym elementem ustalenia przesłanek niewypłacalności komplementariusza jest wskazanie momentu wymagalności świadczenia. Za słuszną należy uznać koncepcję, zgodnie z którą wymagalność względem komplementariusza zachodzi dopiero w momencie, gdy wierzyciel ma możliwość egzekwowania swojego świadczenia, a nie możliwość uzyskania samego tylko tytułu wykonawczego.

3) Odpowiedzialność komplementariusza za długi spółki pojawia się dopiero w przypadku bezskutecznej egze-

[13] Bieniak J., *Kodeks spółek handlowych. Komentarz,* Warszawa 2020, komentarz do art. 83 KSH, nb 2.
[14] Pyzioł W., *Kodeks spółek handlowych. Komentarz,* 2008, komentarz do art. 83, nb 2.
[15] Por. Rodzynkiewicz M., *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, 2018, komentarz do art. 83; Kidyba A., *Komentarz aktualizowany do art. 1-300 Kodeksu spółek handlowych*, 2020, komentarz do art. 83; Jara Z., *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2020, komentarz do art. 83, nb 1.
[16] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 5 kwietnia 2016 r., sygn. akt I ACa 1022/15.
[17] Witosz A., *Prawo upadłościowe. Komentarz*, 2017, komentarz do art. 11 pr. up.

kucji względem spółki komandytowej (odpowiedzialność subsydiarna wspólnika), a więc dopiero ten moment skutkuje wymagalnością świadczenia względem spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

4) Przesłanka niewypłacalności powinna być badana odrębnie względem spółki komandytowej oraz spółki z ograniczoną odpowiedzialnością będącej wspólnikiem tej spółki, gdyż chwila niewypłacalności ze względu na inny termin wymagalności roszczenia może nie być tożsama dla obu tych podmiotów.

5) W przypadku likwidacji spółki komandytowej i pojawienia się niedoboru w spółce likwidatorzy nie są uprawnieni do żądania od wspólników zapłaty stosownych kwot na pokrycie niedoboru, a przepis art. 83 KSH nie rodzi obowiązku wpłaty brakującej wartości do spółki przez wspólnika. W konsekwencji należy przyjąć, że roszczenie to nie stanie się wymagalne, nie ziści się przesłanka niewypłacalności względem komplementariusza, a spółka z ograniczoną odpowiedzialnością nie będzie miała na tej podstawie obowiązku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości.

Ivan Smanio[1]

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 wierzycielami[2], o tyle te dwa rodzaje postępowania stanowią wyraz powrotu do założeń, w których postępowania restrukturyzacyjne i upadłościowe były odrębnie uregulowane i proceduralnie rozłączne[3].

Mediacja w postępowaniu cywilnym jest uregulowana w art. 183[1]-183[15] 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 prawa[4] niewątpliwie postępowanie upadłościowe (a także postępowanie restrukturyzacyjne) należy zakwalifikować jako rodzaj postępowania cywilnego, sądowego[5].

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 upadłości[6]. 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 postępowania[7].

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 postępowa-

[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, 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 rodzaj modelu wydaje się predestynowane postępowanie o zawarcie 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

[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.
[11] Tak Morawska S., *Mediacja jako alternatywa dla postępowań upadłościowych,* www.tnp.edu.pl/files/madiacje%20jako%20alternatywa%20dla%20postepowan%20upadlosciowych.pdf.
[12] Por. Krzanicka A., *Mediacja postępowaniu upadłościowym – przyczyny niekierowania spraw do mediacji w ramach postępowań upadłościowych, jej potencjał oraz możliwości zastosowania,* [w:] J. Czapska, M. Szeląg (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 konsumencka 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., *Społeczna 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 pozasądowym[15].

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 podyktowania 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 Francji[16], ale także w Belgii[17] oraz Grecji, gdzie mediacja jest stosowana w postępowaniu upadłościowym, aby uniknąć likwidacji przedsiębiorstwa dłużnika[18].

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 zawiązania układu z wierzycielami, ale też może się to przyczyniać do zwiększenia efektywności postępowania upadłościowego. Jak już wskazywano, taki zabieg został wprowadzony do prawa upadłościowego w ramach upadłości konsumenckich (art. 491[25] 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 odnosić 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 przyczyniać 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 każdy 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 likwidacyjnych[20].

Warto tu w szczególności odnieść się również do Stanów Zjednoczonych, gdzie mediacja jest wykorzystywana przez sądy upadłościowe jako narzędzie, które skraca proces upadłościowy[21].

[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 (πτωχευτικό 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 udostępnionej 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 upadłościowym[22] 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 sądownictwa[23]. 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 roszczeniach[24].

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 mediacyjnych[25], 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 upadłościowym[27]. W zasadzie jednak sąd upadłościowy unieważnił sprzeciwy 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 ugodą[28].

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 sądowy[29].

[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] Szerszej 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 wniosek 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. 491^2 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 dłużnika[30]. 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 pieniężnych[31]. 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 wnio-

[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 wierzytelność 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 prowadziłoby 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 wierzycieli[32]. 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 restrukturyzacyjne[34] 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 zrobi, 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 uregulowana 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 upadłości[35], 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 wierzytelności przed ugodą (tj. według daty wniosku o ogłoszenie upadłości). W literaturze podnosi się bowiem, iż „udowodnienie, że wierzycielowi służyła wierzytelność 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 mediować 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. Kruczalak-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 wariancie 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 upadłościowego[39]. 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 nadzorcy sądowego jest uprawniony do dokonywania czynności zwykłego zarządu. Na dokonanie czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu wymagana jest zgoda tymczasowego nadzorcy 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 nadzorcy sądowego skutkuje nieważnością czynności prawnej i może uzasadnić inne sposoby zabezpieczenia, 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 nadzorcy 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 dłużnika[40] 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 zarządu[41]. Analogicznie w przypadku mediacji warto każdorazowo uwzględnić, czy konieczna jest zgoda tymczasowego nadzorcy sądowego.

Z uwagi na ich umiejscowienie oraz brak wyraźnego ustawowego uregulowania w moim przekonaniu do tymczasowego nadzorcy 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 nadzorcy 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] Odmiennie 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.

Odmienna 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 bezwzględny[44]. 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 niedotyczących masy upadłości.

Ponieważ – jak wynika z przytoczonych przepisów – prawami materialnymi dysponuje syndyk, jako zastępca[45], 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 upadłości[46]. 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 funduszów 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. długi upadłego[49] 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.

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 odpowiednio[51]. 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

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

[49] Długi 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.

[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 upadłościowego[52]. 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 niedotyczących 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 syndykowi[54]. 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 szczególne 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. 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 sądu[55]. Również forma zawarcia ugody może mieć znaczenie, bowiem umowa przeniesienia własności rzeczy, wierzytelności lub innego prawa zawarta w celu zabezpieczenia wierzytelności 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 niepewność 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 upadłości[59].

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 upadłości[60].

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 upadłości[62]. Prawo syndyka do wstąpienia nie wymaga zgody stron procesu[63]. 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 stronę do mediacji (art. 183^8 § 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 nieważności[66], 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 upadłego[67].

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] Szerszej 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 przezeń 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 upadłego[70]. 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. 458^2 § 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 dyscyplinarną 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.).

Odmiennie 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 wierzytelności[73].

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

[69] Tak tamże, 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. tamże, 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 pozasądowej[75]. Spośród możliwych sposobów likwidacji wierzytelności (art. 331 pr. up.) w literaturze wskazuje się na ugodę[76].

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 zobowiązanym 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 korzysta 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 podjęta[78].

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, zarządem i likwidacją masy upadłości oraz ustaleniem wierzytelności (art. 230 ust. 1 pr. up.). Do takiego samego rezultatu prowadziłby 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 zaspokaja 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] Szerszej 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 zawieranym 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 egzekucyjny (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 części[81]. Zgodnie z art. 183^{15} § 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. 491^{25} ust. 3 pr. up. sąd uwzględnia 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. 491^{38} pr. up. odsyła, tak samo jak art. 266f pr. up., do prawa restrukturyzacyjnego[82], a zatem wydaje się, że wnioski są bardzo podobne do tych, które już sformułowałem, analizując układ w upadłości. Zgodnie z art. 491^{30} 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

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

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

[82] W szczególności zgodnie z art. 491^{38} 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 uchylenia stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne dotyczące przyspieszonego postępowania układowego.

mediacyjne są tym bardziej uzasadnione, jeżeli weźmiemy pod uwagę, iż zgodnie z art. 491[33] 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 wstępnie 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 słuszne 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 perspektywy 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.

Jacek Zin[1]

OKREŚLENIE WYSOKOŚCI KOSZTÓW NIEZBĘDNYCH DO PRZEPROWADZENIA POSTĘPOWANIA UPADŁOŚCIOWEGO PROWADZONEGO W STOSUNKU DO KONSUMENTA PRZYZNAWANYCH SYNDYKOWI W FORMIE ZALICZKI (ART. 491[7] PR. UP.)

Publikowany artykuł stanowi próbę zweryfikowania i zidentyfikowania wszystkich istotnych elementów mających wpływ na określenie wysokości kosztów postępowania, jakie powinny zostać przyznane syndykowi już na etapie ogłaszania upadłości w przypadku braku majątku i płynnych funduszy masy upadłości.

24 marca 2020 roku weszła w życie obszerna nowelizacja ustawy – Prawo upadłościowe uchwalona ustawą z 30 sierpnia 2019 roku (Dz. U. z 2019 r., poz. 1802). Wprowadziła ona do ustawy art. 491[7] ust. 3 pr. up. stanowiący, że „jednocześnie z ogłoszeniem upadłości sąd przyznaje syndykowi zaliczkę na pokrycie kosztów postępowania oraz zarządza jej niezwłoczną wypłatę tymczasowo ze środków Skarbu Państwa, chyba że majątek upadłego pozwala na bieżące pokrywanie kosztów postępowania. W dalszym toku postępowania, w razie potrzeby, sąd przyznaje syndykowi zaliczkę na pokrycie kosztów postępowania oraz zarządza jej niezwłoczną wypłatę tymczasowo ze środków Skarbu Państwa". Zgodnie natomiast z dodanym art. 491[7] ust. 5 pr. up. „w przypadku postępowania wszczętego wyłącznie na wniosek wierzyciela przepisów ust. 1 i 3 nie stosuje się, jeżeli dłużnik nie sprzeciwia się umorzeniu postępowania. Przed umorzeniem postępowania sąd wysłuchuje dłużnika".

Analiza wskazanych przepisów pozwala przyjąć, że już na etapie postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości konsumenckiej sąd powinien zbadać, czy majątek niewypłacalnego dłużnika wystarcza na pokrycie kosztów postępowania albo czy w masie upadłości znajdują się płynne fundusze na ich pokrycie. W przypadku braku majątku lub płynnych funduszy sąd winien w postanowieniu o ogłoszeniu upadłości określić, w jakiej wysokości przyznaje zaliczkę na pokrycie kosztów postępowania, oraz zarządzić jej niezwłoczną wypłatę tymczasowo ze środków Skarbu Państwa. Postanowienie w tym zakresie powinno stanowić element postanowienia o ogłoszeniu upadłości i zostać wydane w każdym wypadku, chyba że majątek upadłego pozwala na bieżące pokrywanie kosztów postępowania[2].

Należy podkreślić, że w poniższej analizie oraz próbie określenia wysokości kosztów postępowania, na pokrycie których powinna zostać przyznana syndykowi zaliczka, nie uwzględniono jego wynagrodzenia. W przypadku braku w masie upadłości majątku na pokrycie wynagrodzenia syndyka sąd na późniejszym etapie będzie uprawniony do określenia, że wynagrodzenie syndyka zostanie wypłacone ze środków Skarbu Państwa.

Dodatkowo zaznaczyć należy, że zgodnie z art. 230 pr. up. do kosztów postępowania upadłościowego w zakresie objętym tą tematyką zalicza się m.in. wydatki bezpośrednio związane z zabezpieczeniem, zarządem i likwidacją masy upadłości, w szczególności wynagrodzenie osób zatrudnionych przez syndyka oraz należności z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne od wynagrodzenia tych osób, koszty archiwizacji dokumentów, korespondencji, ogłoszeń, eksploatacji koniecznych pomieszczeń, podatki i inne daniny publiczne związane z likwidacją masy upadłości. W związku z faktem, że katalog kosztów postępowania nie ma charakteru zamkniętego, o czym świadczy użyty zwrot „w szczególności", należy zaznaczyć, że powstanie kosztów postępowania wiąże się z działalnością syndyka wykonywaną w ramach obowiązków nałożonych Prawem upadłościowym[3]. Do kosztów postępowania upadłościowego można więc

[1] Doradca restrukturyzacyjny, wspólnik w Kancelarii Syndyków sp. z o.o. z/s w Rzeszowie, wiceprezes Podkarpackiego Stowarzyszenia Doradców Restrukturyzacyjnych z/s w Rzeszowie.

[2] Zimmerman P., *Prawo upadłościowe. Komentarz*, wyd. 6, komentarz do art. 491[7].

[3] Janda P., *Prawo upadłościowe. Komentarz*, wyd. 2, komentarz do art. 230.

z całą pewnością – oprócz kosztów wymienionych wprost w art. 230 pr. up. – zaliczyć inne wydatki syndyka na czynności, których realizacja jest niezbędna w celu przeprowadzenia całego postępowania upadłościowego, tj. m.in.: zawiadomienie osób wymienionych w art. 176 ust. 1-3 pr. up., zarządzanie majątkiem upadłego pod kątem przygotowania go do likwidacji, np. oszacowanie majątku (art. 306 pr. up.) czy wybranie stosownej dokumentacji z odpowiednich rejestrów, zawiadomienie o sprzedaży w poczytnej gazecie (na zasadzie art. 221 ust. 2 pr. up.), ujawnienie postanowienia o ogłoszeniu upadłości w księgach wieczystych oraz innych rejestrach (art. 175 pr. up.), poszukiwanie majątku upadłego (art. 178 ust. 2 pr. up.), czynności związane z przechowywaniem i udostępnianiem akt zgłoszeń wierzytelności mających wpływ na koszty eksploatacji pomieszczeń.

Wszystkie wskazane czynności, a także inne opisane w publikowanym artykule stanowią niezbędny element prawidłowego przeprowadzenia postępowania upadłościowego, generują wydatki, a na ich pokrycie powinny być zabezpieczone środki, które w przypadku braku majątku lub płynnych środków funduszy masy upadłości powinny być przyznane syndykowi w formie zaliczki i niezwłocznie wypłacone tymczasowo ze środków Skarbu Państwa na podstawie art. 491^7 ust. 3 pr. up.

ZAŁOŻENIA

Dla potrzeb określenia kwoty niezbędnej syndykowi do przeprowadzenia postępowania upadłościowego osoby fizycznej nieprowadzącej działalności gospodarczej należy przyjąć następujące założenia:

a) kalkulacji dokonano w rozbiciu na następujące kategorie: upadłość bez masy upadłości, upadłość z majątkiem w postaci ruchomości, upadłość z majątkiem w postaci nieruchomości oraz określonej liczby wierzycieli

Jak wynika z analizy przeprowadzonych postępowań upadłościowych, największy wpływ na koszty, jakie należy pokryć, aby móc przeprowadzić upadłość, mają struktura majątkowa masy upadłości oraz liczba wierzycieli. W przypadku upadłości, w której głównym składnikiem masy jest nieruchomość, zachodzi potrzeba sfinansowania – oprócz kosztów podstawowych (koszty pracownika, najmu lokalu biurowego i mediów, poszukiwania majątku, dojazdu) – również innych dodatkowych, takich jak: koszt rzeczoznawcy majątkowego, opłat sądowych od wniosków o ujawnienie wzmianki o ogłoszeniu upadłości w księdze wieczystej, obwieszczeń o przetargach w prasie i internecie. Z kolei liczba wierzycieli bardzo istotnie wpływa na koszty korespondencji i materiałów biurowych, a także obsługę interesariuszy czy eksploatację biura.

b) postępowanie upadłościowe prowadzone w stosunku do osoby fizycznej nieprowadzącej działalności gospodarczej trwa średnio 12 miesięcy (założenie to przyjęto na podstawie analizy czasu trwania 50 upadłości „konsumenckich")

Jak wynika z przeprowadzonej analizy czasu trwania 50 upadłości „konsumenckich", średnia czasu trwania takiej upadłości wyniosła 14 miesięcy, jednakże z uwagi na fakt, że znowelizowane przepisy dotyczące upadłości osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej zakładają znaczne skrócenie czasu trwania postępowania, więc skorygowano ten okres o 2 miesiące.

c) przyjęto, że średnia liczba prowadzonych upadłości w stosunku do osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej przypadająca na doradcę restrukturyzacyjnego to 50

Na podstawie rejestru prowadzonego i ujawnionego na stronie internetowej www.krpu.pl średnia liczba prowadzonych upadłości konsumenckich przypadających na jednego doradcę restrukturyzacyjnego (wg właściwości Sądu Rejonowego w Rzeszowie) wynosi około 40. Dla potrzeb sporządzenia publikowanej opinii i zakładanego wzrostu prowadzonych spraw przyjęto, że na doradcę przypadać będzie 50 spraw upadłości osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej prowadzonych w jednym czasie.

d) przyjęto ceny brutto, czyli faktyczne kwoty, jakie musi pokryć syndyk

W postępowaniach upadłościowych prowadzonych wobec osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej ze względów oczywistych brak jest możliwości odliczenia podatku VAT. Dla potrzeb analizy przyjęto ceny brutto, a więc faktycznie ponoszone koszty. Wyniki ostateczne zaokrąglono do pełnych złotych.

e) uwzględniono średnie ceny rynkowe i czynnik rejonizacji

Z dotychczasowej praktyki i doświadczenia wynika jednoznacznie, że poszczególne postępowania upadłościowe różnią się od siebie pod względem wysokości ponoszonych na nie kosztów, a różnice te wynikają z wielu czyn-

ników, głównie z: liczby wierzycieli (zarówno wskazanych we wniosku o upadłość, jak i biorących udział w danym postępowaniu upadłościowym); ilości i rodzaju składników masy upadłości; odległości miejsca zamieszkania upadłego od siedziby syndyka itp. Dla potrzeb określenia wysokości kosztów postępowania upadłościowego przyjmować należy uśrednione wartości wszystkich kosztów, wychodząc z założenia, że jedynie uśrednione wartości mogą odzwierciedlić mniej więcej faktyczną wysokość ponoszonych kosztów.

Dokonane wyliczenia odzwierciedlać będą jedynie przybliżone kwoty, jednak w takiej wysokości, aby zabezpieczyć pod kątem finansowym obsługę postępowań upadłościowych prowadzonych w stosunku do osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej przez założony okres 12 miesięcy. W sytuacji gdyby kwota wskazana i wypłacona syndykowi okazała się zbyt niska (np. w postępowaniu upadłościowym występuje znaczna ilość składników masy upadłości lub zachodzą inne nieprzewidziane wcześniej okoliczności), może on się zwrócić odrębnym/kolejnym wnioskiem o przyznanie kwoty dodatkowej zaliczki, natomiast w sytuacji kiedy część zaliczki nie zostanie wykorzystana w całości, będzie ona podlegać zwrotowi na rachunek Skarbu Państwa w wysokości nominalnej[4].

W przykładowych wyliczeniach zostały uwzględnione koszty w wysokościach odpowiadających realiom województwa podkarpackiego, które mogą różnić się ze względu na lokalizację, głównie w przypadku kosztów wynagrodzenia i najmu. Niemniej jednak dla odzwierciedlenia faktycznych kosztów odpowiadających realiom w innej lokalizacji wystarczy zaktualizować odpowiednie pozycje w przykładowej tabeli sumarycznej znajdującej się na końcu artykułu, obliczając je wg zaproponowanych wzorów i założeń.

f) przyjęto, że w celu sprawnego przeprowadzenia postępowania upadłościowego w stosunku do osoby nieprowadzącej działalności gospodarczej niezbędne jest poniesienie przez syndyka następujących kosztów:
1) najmu lokalu biurowego i mediów,
2) pracownika,
3) materiałów biurowych,
4) dojazdu do upadłego,
5) korespondencji,
6) poszukiwania majątku,
7) bezpośrednio związanych z likwidacją majątku, tj. koszt wyceny, ogłoszeń.

[4] Janda P., *Prawo upadłościowe. Komentarz*, wyd. 2 komentarz do art. 491[7].

Ad. 1. Koszty najmu lokalu biurowego i mediów

Wejście w życie znowelizowanych przepisów prawa upadłościowego niemalże wymusiło na doradcach restrukturyzacyjnych konieczność prowadzenia profesjonalnie zorganizowanych biur. Wynika to chociażby z obowiązku zapewnienia uczestnikom postępowania dostępu do akt prowadzonych tradycyjnie (w wersji papierowej). Ponadto syndyk jest obowiązany do przyjmowania stron, zapewnienia stałości odbioru poczty itp. Z obserwacji dokonanej w środowisku doradców restrukturyzacyjnych wynika, że większość z tych osób posiada już biura, które stanowią jednocześnie siedziby ich kancelarii.

Dla potrzeb publikowanego opracowania przyjęto, że do prowadzenia jednocześnie około 50 postępowań niezbędne jest posiadanie lokalu biurowego o powierzchni min. 40 m^2. Jest to powierzchnia niezbędna syndykowi do przechowywania akt postępowań upadłościowych, w tym zgłoszeń wierzytelności, przyjmowania stron, świadczenia pracy przez zatrudnionego przez syndyka pracownika.

Z uwagi na fakt, że w wielu przypadkach w wynajmowanym biurze oprócz działalności związanej stricte z prowadzeniem upadłości konsumenckich doradca restrukturyzacyjny świadczy również inne usługi, tj. usługi doradcze, prowadzi działalność jako radca prawny, adwokat lub dzieli koszt wynajmowanego lokalu wspólnie z innymi osobami, przyjęto, iż koszt przypadający na obsługę postępowań upadłościowych stanowi 60% łącznych kosztów wynajmu lokalu oraz mediów.

Przykładowe wyliczenia kosztu najmu lokalu biurowego i mediów mogą przedstawiać się następująco. Średnie koszty wynajmu powierzchni biurowych dla województwa podkarpackiego w różnych miastach regionu kształtują się i wynoszą kolejno[5]: Rzeszów – 31-60 zł/m^2, Przemyśl – 18-34 zł/m^2, Krosno – 31-42 zł/m^2, Tarnobrzeg – 15-33 zł/m^2.

Przyjęto następujący średni koszt za metr kwadratowy powierzchni biurowej: 32 zł/m^2 x 40 m^2 = 1280,00 zł netto, tj. 1574,00 brutto. Jako średni koszt mediów (energia elektryczna, internet, telefon) przyjęto 300,00 zł brutto miesięcznie – łącznie 1874,00 zł brutto. Średni koszt miesięczny najmu lokalu biurowego wraz z mediami, wykorzystywanego na potrzeby prowadzenia upadłości w stosunku do osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej, przyjęto na poziomie 1124,40 zł brutto (1874,00 zł x 0,6).

[5] Średnie ceny najmu powierzchni biurowych na podstawie danych z portali olx.pl,otodom.pl.

W celu obliczenia średniego kosztu najmu lokalu biurowego wraz z kosztami mediów przypadającymi na jedną upadłość należy rozbić wskazaną wartość na średnią liczbę prowadzonych upadłości „konsumenckich" w jednym czasie i pomnożyć przez liczbę miesięcy przyjętą jako średnią długość prowadzenia jednego postępowania, tj. 12 mies., (1124,40 zł/50) x 12 = 269,86 zł.

Ad. 2) koszty pracownika

Jednym z głównych elementów kosztów postępowania upadłościowego zgodnie z art. 230 pr. up. są wydatki związane z wynagrodzeniem osób, które zostały zatrudnione przez syndyka albo którym zlecono wykonanie czynności, przy czym koszty te obejmują pełne wynagrodzenie wraz ze wszystkimi należnymi od tego wynagrodzenia składkami i podatkami. Fakt zatrudniania pracowników przez osoby pełniące funkcję syndyka w postępowaniach osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej jest zjawiskiem powszechnym i stanowi niezbędny element dobrze funkcjonującej kancelarii doradcy restrukturyzacyjnego. Konieczność zatrudnienia pracownika wynika – szczególnie na podstawie znowelizowanych przepisów – głównie z potrzeby zapewnienia obsługi administracyjno-biurowej kancelarii (odbieranie i wysyłanie poczty, prowadzenie i obsługa czytelni do przeglądania akt upadłościowych, prowadzenie książki korespondencji, nadawanie korespondencji w placówce pocztowej, zakup znaczków pocztowych, zakup materiałów biurowych, odbieranie telefonów, wykonywanie przelewów, prowadzenie akt zgodnie z wymogami itp.) oraz pomocy syndykowi w standardowych czynnościach upadłościowych (sporządzanie różnego rodzaju powtarzalnych pism typu zawiadomienia wierzycieli, małżonków, komorników, urzędów, zajęcia wierzytelności, sporządzanie wniosków do MSIG, prowadzenie rejestru ogłoszeń, obwieszczanie o przetargach w prasie i internecie, sporządzanie pism czy sprawozdań do sądu).

Z całą pewnością znowelizowane przepisy Prawa upadłościowego nakładają na syndyka (a tym samym pracownika) szereg obowiązków związanych ze zgłaszaniem wierzytelności, takich jak: prowadzenie akt zgłoszeń wierzytelności, nadawanie numerów ewidencyjnych kolejnym zgłoszeniom, prowadzenie rejestru zgłoszeń wierzytelności, analiza zgłoszeń pod względem formalnym (art. 241 pr. up.), sporządzanie wezwań do wierzycieli o usunięcie braków formalnych, sporządzanie wezwań do uiszczania opłat w przypadku zgłoszenia wierzytelności po terminie (art. 235 ust. 2 pr. up.), przekazywanie do sądu skarg na zarządzenie syndyka o zwrocie zgłoszenia wierzytelności (art. 242 a pr. up. ust. 5), przedkładanie odpisów zgłoszeń wierzytelności do sądu (obowiązek wynikający z wezwania doręczanego wraz z postanowieniem o ogłoszeniu upadłości – praktyka stosowana w SR w Rzeszowie).

Dla celów obliczenia, jaka kwota kosztów związanych z jednym pracownikiem powinna przypadać na jedno postępowanie upadłościowe, przyjęto, że łączny miesięczny koszt pracownika należy rozbić na średnią liczbę prowadzonych spraw i pomnożyć przez liczbę miesięcy przyjętą jako średnią długość prowadzenia postępowania upadłościowego, tj. 12 miesięcy.

Jako średnią kwotę wynagrodzenia jednego pracownika przyjęto 3800,00 zł brutto. Podane wynagrodzenie, w opinii autora, to kwota minimum, za jaką można pozyskać pracownika w województwie podkarpackim, który w dłuższym okresie będzie sumiennie, dokładnie i z zaangażowaniem wykonywał swoje obowiązki oraz który będzie w sposób kompetentny obsługiwać interesantów podczas nieobecności syndyka.

W tym przypadku przyjęto zaangażowanie jednego pracownika jedynie w sprawy upadłości konsumenckiej na poziomie 80%, tj. 3040,00 zł, pozostałe 20% to jego praca świadczona na potrzeby pracodawcy niezwiązana ściśle z upadłościami osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej. Łączny koszt pracownika przypadający na jedno postępowanie upadłościowe wg przyjętych założeń to: (3 040,00 /50) x 12= 729,60 zł.

Ad. 3) koszty materiałów biurowych

Na koszty materiałów biurowych niezbędnych do przeprowadzenia postępowania upadłościowego osoby nieprowadzącej działalności gospodarczej składają się:

- koszty wydruku – przyjęto, że na jedną upadłość przypada około 100 stron wydruku (zawiadomienia, zapytania, zajęcia, pisma do sądu, projekt planu spłaty dla upadłego i wszystkich wierzycieli – art. 491^{14}, inne) – jako koszt wydrukowania jednej strony przyjęto 10 gr[6] – łącznie na upadłość 10,00 zł;
- koszt segregatora – przyjęto, że niezbędne są dwa segregatory (akta główne, zgłoszone wierzytelności) – łączny koszt 9,00 zł;
- inne koszty (tusz do pieczątek, zszywki, spinacze, długopis) – 6,00 zł.

Łączny koszt materiałów biurowych – 25,00 zł.

[6] www.niepoddawajsie.pl/drukarki-do-biura-jaka-drukarke-kupic.

Koszty te skalkulowano na podstawie minimalnej liczby wierzycieli, tj. do 10 podmiotów. Mogą one różnić się w zależności od liczby wierzycieli, a wpływ na nie będą miały głównie koszty związane z prowadzeniem dokumentacji dotyczącej zgłoszeń wierzytelności (większa liczba stron wydruku, więcej segregatorów itp.). Przyjęto następujące założenia:

Tab. 1

Liczba wierzycieli	1-10	11-30	31 i więcej
Koszt materiałów biurowych	25,00	50,00	75,00

Ad. 4) koszty dojazdu do upadłego

Przyjęto, że w toku prowadzonej upadłości konsumenckiej syndyk składa jedną wizytę upadłemu, głównie na początku postępowania upadłościowego. Stwierdzono również, że miejsce zamieszkania dłużnika nie powinno znajdować się dalej niż 50 km od siedziby syndyka. Łącznie przyjęto równowartość iloczynu 100 km x 0,8358[7] = 83,58 zł.

Ad. 5) koszty korespondencji

Koszty korespondencji to jedna z kategorii kosztów postępowania upadłościowego, której wysokość kształtuje się w znacznej mierze w zależności od liczby wierzycieli i może mieć duży wpływ na strukturę kosztów w ogóle. Wynika to przede wszystkim z ciążącego na syndyku obowiązku informacyjnego wobec wierzycieli oraz wysokich kosztów usług świadczonych przez krajowego operatora pocztowego, tj. Pocztę Polską S.A. W toku prowadzonego postępowania istnieje konieczność ponoszenia następujących kosztów korespondencji:

- poinformowanie i zapytanie do naczelnika urzędu skarbowego (art. 491^{8} ust. 1 pr. up.), zapytanie do Krajowego Rejestru Sądowego (art. 491^{8} ust. 1 pr. up.), zajęcie wynagrodzenia/emerytury lub innej wierzytelności, poinformowanie o upadłości małżonka dłużnika (art. 491^{6a} ust. 2 pr. up.), zawiadomienie komorników (art. 176 ust. 1 pr. up.) , pisma do sądów, pismo do upadłego o projekcie planu spłaty (art. 491^{14} ust. 2 pr. up.) – średnio 15 listów poleconych – 15 x 5,9 zł = 88,50 zł;

- pisma do wierzycieli. Przyjęto, że w przypadku pism kierowanych do wierzycieli ze względu na biegnący termin do odwołania niezbędne jest wysłanie listu poleconego za zwrotnym potwierdzeniem odbioru. Koszt jednej takiej przesyłki to 8,50 zł[8].

Zgodnie ze znowelizowanymi przepisami prawo upadłościowe w toku prowadzonej upadłości zachodzi konieczność poinformowania każdego z wierzycieli dwukrotnie, tj.:

- powiadomienie o upadłości wraz z pouczeniem – art. 491^{6a} ust. 1 pr. up.;
- przesłanie projektu planu spłaty zgodnie z art. 491^{14} ust. 3 pr. up.

Koszt korespondencji do jednego wierzyciela to 17 zł.

Koszty korespondencji w zależności od liczby wierzycieli mogą przedstawiać się następująco:

Tab. 2

Liczba wierzycieli	1-10	11-30	31 i więcej
Koszt korespondencji	258,50 (10 x 17 + 88,50)	598,50 (30 x 17 + 88,50)	768,50 (40 x 17 + 88,50)

Ad. 6) Koszty poszukiwania majątku

Zgodnie ze znowelizowanym art. 178 pr. up. syndyk składa wniosek o poszukiwanie majątku upadłego przez komornika z ograniczeniem do poszukiwania w bazach danych, do których komornik ma dostęp. Ponieważ syndyk ma obowiązek złożenia takiego wniosku[9], niezbędne jest uwzględnienie w kosztach wydatku, jaki się z tym wiąże. Opłata stała za poszukiwanie majątku zgodnie z art. 44 ustawy o kosztach komorniczych wynosi 100,00 zł.

Ad. 7) koszty bezpośrednio związane z likwidacją majątku, tj. koszty wyceny, ogłoszeń

Niewątpliwie jedną z najistotniejszych pozycji po stronie kosztów w toku prowadzonej upadłości w stosunku do osoby fizycznej nieprowadzącej działalności gospodarczej są wydatki bezpośrednio związane z likwidacją masy upadłości. Oczywiście konieczność ponoszenia tych kosztów uzależniona jest od tego, czy w danym postępowaniu upadłościowym są składniki majątkowe typu nieruchomość lub ruchomości. O ile w przypadku ruchomości dopuszczalne jest, aby syndyk we własnym zakresie wycenił dany składnik (istnieje możliwość oparcia

[7] Stawkę za kilometr przyjęto na podstawie Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy (Dz. U. nr 27, poz. 271 ze zm.).

[8] Źródło: https://cennik.poczta-polska.pl/usluga,krajowy_przesylka_polecona.html.

[9] Zimmerman P., *Prawo upadłościowe. Komentarz*, wyd. 6, komentarz do art. 178.

się na różnego rodzaju internetowych portalach sprzedażowych), a koszty w takim przypadku zwiększają się o koszty ogłoszeń o zamiarze sprzedaży w prasie (przyjęto wzrost kosztów o 314,00 zł, tj. koszty 3 ogłoszeń po jednym module – 3 x 85 zł[10] = 255 zł netto – 313,65 zł brutto) oraz koszty zawiadomień wierzycieli o sposobie likwidacji wg poniższych założeń, tak w przypadku nieruchomości koszty te mogą znacznie wzrosnąć.

W poczet kosztów, których poniesienie jest niezbędne, aby zlikwidować nieruchomość, zaliczyć należy:

- koszty wyceny nieruchomości – zgodnie z art. 320 ust. 3 w zw. z art. 319 pr. up. biegły wybrany przez syndyka sporządza opis i oszacowanie nieruchomości – koszt tego typu usługi dla nieruchomości najczęściej występujących w toku prowadzonych upadłości, tj. dom, mieszkanie, działka, waha się od 1000,00 zł do 2500,00 zł Przyjęto średni koszt wyceny – 1700,00 zł brutto;
- koszt opłaty sądowej od wniosku o wpis wzmianki o ogłoszonej upadłości w księdze wieczystej – 100,00 zł[11];
- koszty sporządzenia przetargu – przyjęto koszt 3 ogłoszeń w prasie lokalnej (cena jednego ogłoszenia 3 moduły – 3 x 85 zł = 255 zł netto), tj. 314 zł brutto x 3 = 942 zł;
- koszty skompletowania dokumentów niezbędnych do sporządzenia aktu notarialnego, tj. wypis z rejestru gruntów (60 zł), zaświadczenie o lasach (17 zł), zaświadczenie o rewitalizacji (17 zł) – 94 zł;

Łącznie 2836,00 zł

- koszty zawiadomienia wierzycieli o sposobie likwidacji. Zgodnie z art. 491[11a] pr. up. syndyk zawiadamia wierzycieli (oraz sąd) o wyborze sposobu likwidacji nieruchomości oraz składników masy upadłości, których wartość oszacowania przekracza pięciokrotność przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw bez wypłat z zysku w trzecim kwartale roku poprzedniego, ogłoszonego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (tj. 4 x 5148,07 zł[12] = 20 592,28 zł). Wysokość kosztów tych zawiadomień przypadających na jedną upadłość wahać się będzie więc w zależności od liczby wierzycieli, a ponieważ na to zawiadomienie wierzycielowi przysługuje skarga, założyć należy, że konieczne jest wysyłanie takiego zawiadomienia listem poleconym za zwrotnym potwierdzeniem odbioru . Koszt jednej takiej przesyłki to 8,50 zł.

Łączny koszt likwidacji składnika masy upadłości w postaci ruchomości w zależności od wartości oszacowania oraz liczby wierzycieli może przedstawiać się następująco:

Tab. 3

Liczba wierzycieli	1-10	11-30	31 i więcej
Upadłość z masą upadłości w postaci jednej ruchomości (wartość oszacowania poniżej 20 592,28 zł)	314,00	314,00	314,00
Upadłość z masą upadłości w postaci jednej ruchomości (wartość oszacowania powyżej 20 592,28 zł)	399,00 (314,00 + 10 x 8,5)	569,00 (314,00 + 10 x 8,5)	654,00 (314,00 + 40 x 8,5)

Łączny koszt likwidacji składnika masy upadłości w postaci jednej nieruchomości w zależności od liczby wierzycieli może przedstawiać się następująco:

Tab. 4.

Liczba wierzycieli	1-10	11-30	31 i więcej
Koszt likwidacji składnika masy upadłości w postaci jednej nieruchomości	2921,00 (2836,00 + 10 x 8,5)	3091,00 (2 836,00 + 30 x 8,5)	3176,00 (2836,00 + 40 x 8,5)

Sumując, koszty niezbędne do przeprowadzenia jednego postępowania upadłościowego z podziałem na liczbę wierzycieli i strukturę majątkową przedstawiają się następująco:

[10] http://supernowosci24.pl/wp-content/uploads/pliki/biuro_ogloszen/cennik_ogloszen.pdf.

[11] Ustawa z 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, art. 44 ust. 1 (Dz. U. 2005 nr 167, poz. 1398).

[12] Źródło: https://stat.gov.pl/sygnalne/komunikaty-i-obwieszczenia/lista-komunikatow-i-obwieszczen/obwieszczenie-w-sprawie-miesiecznego-wynagrodzenia-w-sektorze-przedsiebiorstw-bez-wyplat-nagrod-z-zysku-w-iii-kwartale-2019-roku,59,24.html.

Tab. 5

Struktura majątku \ Liczba wierzycieli	1-10	11-30	31 i więcej
Upadłość bez masy upadłości/KOSZTY [zł]			
Koszty najmu lokalu biurowego wraz z kosztami mediów	270,00	270,00	270,00
Koszty pracownika	729,00	729,00	729,00
Koszty dojazdu	84,00	84,00	84,00
Koszty materiałów biurowych	25,00	50,00	75,00
Koszty korespondencji	258,00	598,00	768,00
Koszt poszukiwania majątku	100,00	100,00	100,00
(A) RAZEM	**1466,00**	**1831,00**	**2026,00**
Upadłość z masą upadłości w postaci jednej ruchomości (wartość oszacowania poniżej 20 592,28 zł) + 314,00 **(B1) RAZEM** **1780,00** **Upadłość z masą upadłości w postaci jednej ruchomości (wartość oszacowania powyżej 20 592,28 zł)** + 399,00 **(B2) RAZEM** **1865,00**	+ 314,00 **2145,00** + 569,00 **2400,00**	+ 314,00 **2340,00** + 654,00 **2680,00**
Upadłość z masą upadłości w postaci nieruchomości (C) RAZEM + 2921,00 **4387,00**	+ 3091,00 **4922,00**	+ 3176,00 **5202,00**

W związku z zaprezentowanymi wyliczeniami we wniosku o ogłoszenie upadłości zasadne jest przyznawanie kwoty zaliczki na koszty postępowania upadłościowego wg następujących wartości:

- w przypadku upadłości bez majątku – wiersz A,
- w przypadku upadłości, w której występuje składnik masy upadłości w postaci jednej ruchomości o wartości oszacowania poniżej 20 592,28 zł – wiersz B1,
- w przypadku upadłości, w której występuje składnik masy upadłości w postaci jednej ruchomości o wartości oszacowania powyżej 20 592,28 zł – wiersz B2,
- w przypadku upadłości, w której występuje składnik masy upadłości w postaci nieruchomości – wiersz C.

Winno to nastąpić w sytuacji, kiedy brak jest możliwości pokrywania bieżących kosztów z majątku upadłego. W przypadku występowania w masie upadłości większej ilości składników masy upadłości w postaci nieruchomości lub ruchomości wartości wynikające z wierszy B1, B2 i C mogą być odpowiednio mnożone przez ilość składników z zachowaniem odpowiednich proporcji kosztów składowych mających wpływ na łączną wysokość tych kosztów.

PODSUMOWANIE

Stanowisko przedstawione w publikowanym artykule może pomóc w pracy sędziom orzekającym w przedmiocie ogłoszenia upadłości i znacznie usprawnić procedurę upadłościową. Samą nowelizację ustawy w zakresie dotyczącym przyznawania syndykowi w określonych okolicznościach z urzędu zaliczki na koszty postępowania należy ocenić pozytywnie. Z całą pewnością przyczyni się to do przyspieszenia prowadzonych postępowań, a także zapobiegnie przypadkom, w których doradca restrukturyzacyjny pełniący funkcję syndyka z własnych środków pokrywa koszty postępowania[13].

Istotny jest również fakt, że wszystkie pozycje kosztowe mające wpływ na określenie ostatecznej wysokości kosztów przeprowadzenia postępowania upadłościowego w stosunku do osoby fizycznej nieprowadzącej działalności gospodarczej mieszczą się w kategorii kosztów postępowania upadłościowego i zgodnie z art. 230 ust. pr. up. powinny zostać pokryte obok (a nie z) wynagrodzenia syndyka.

[13] Zimmerman P., *Prawo upadłościowe. Komentarz*, wyd. 6, komentarz do art. 491^7.

Należy również podkreślić, że przeniesienie znaczącej części obowiązków administracyjnych z sądu na barki syndyka masy upadłości – na podstawie znowelizowanych przepisów Prawa upadłościowego – wiąże się również z przeniesieniem kosztów administracyjnych i biurowych prowadzenia postępowań właśnie na kancelarię syndyka. Obowiązki syndyka w tym zakresie wymagać będą zwiększenia wydatków, które należy uwzględnić jako koszty postępowania upadłościowego[14]. Ponadto, jak to już podniesiono w literaturze, bez ich „podniesienia" i „urealnienia" ekonomiczna efektywność prowadzenia postępowań upadłościowych może stanąć pod znakiem zapytania[15].

Dodatkowo należy zaznaczyć, że uwzględnienie wskazanych szacunków pozwoli ujednolicić procedurę w przedmiocie przyznawania zaliczki oraz uniknąć przypadków, gdy syndyk już w trakcie procedury upadłościowej będzie zmuszony wystąpić z wnioskiem o przyznanie kolejnej zaliczki. Rozpatrzenie takiego wniosku niewątpliwie stanowi dodatkowy nakład pracy dla sądu i przełoży się na wydłużenie postępowania o czas potrzebny na jego rozpatrzenie.

[14] Janda P., *Prawo upadłościowe. Komentarz*, wyd. 2 komentarz do art. 230.

[15] Geromin M., Krawczyk M., Mordasiewicz A., *Nowelizacja ustawy – Prawo upadłościowe i innych ustaw z 30.08.2019 r. – omówienie głównych zmian*, cz. 1, „Doradca Restrukturyzacyjny" 2019/4, s. 58.

Łukasz Trela[1]
Mateusz Kaliński, LL.M.[2]

KANCELARIA PRAWA RESTRUKTURYZACYJNEGO I UPADŁOŚCIOWEGO TATARA I WSPÓŁPRACOWNICY

GLOSA APROBUJĄCA DO WYROKU WOJEWÓDZKIEGO SĄDU ADMINISTRACYJNEGO WE WROCŁAWIU Z 27 LUTEGO 2020 R., SYGN. AKT I SA/WR 369/19 – UPADŁOŚĆ A JEDEN WIERZYCIEL – PRAWIDŁOWA WYKŁADNIA ART. 116 ORDYNACJI PODATKOWEJ

Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu w wyroku z 27 lutego 2020 r. w sprawie o sygn. I SA/Wr 369/19 stwierdził, że członek zarządu spółki nie będzie ponosił odpowiedzialności za jej zobowiązania podatkowe na podstawie art. 116 Ordynacji podatkowej, w sytuacji gdy spółka posiadała tylko jednego wierzyciela (urząd skarbowy), wobec czego nie istniały podstawy do złożenia wniosku o ogłoszenie jej upadłości.

Glosowane orzeczenie należy w pełni zaaprobować.

W pierwszej kolejności trzeba wskazać, w ramach uwag ogólnych, że glosowane orzeczenie idzie na przekór niekorzystnej dla członków zarządu linii orzeczniczej sądów administracyjnych, do czego również odniósł się krytycznie WSA we Wrocławiu. Autorzy glosy żywią nadzieję, że wypracowane stanowisko stanie się powszechne.

Zgodnie z art. 116 § 1 Ordynacji podatkowej „Za zaległości podatkowe spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji, spółki akcyjnej lub spółki akcyjnej w organizacji odpowiadają solidarnie całym swoim majątkiem członkowie jej zarządu, jeżeli egzekucja z majątku spółki okazała się w całości lub w części bezskuteczna". Przy czym członek zarządu odpowiedzialności tej nie poniesie, jeśli „we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości lub w tym czasie zostało otwarte postępowanie restrukturyzacyjne w rozumieniu ustawy z 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz. U. z 2019 r., poz. 243 i 326) albo zatwierdzono układ w postępowaniu o zatwierdzenie układu, o którym mowa w ustawie z 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne", albo „niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości nastąpiło bez jego winy". Członek zarządu zostanie także zwolniony z odpowiedzialności, jeśli wskaże mienie spółki, „z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości podatkowych spółki w znacznej części".

Problem, którego dotyczy glosowany wyrok, był już wielokrotnie rozpoznawany w orzecznictwie sądów administracyjnych, przy czym ukształtowały się w tym zakresie dwie rozbieżne linie interpretacyjne, gdzie odmiennie oceniano przesłankę wymogu (dla zwolnienia się z odpowiedzialności) złożenia przez członka zarządu w czasie właściwym wniosku o ogłoszenie upadłości.

Istotne jest przy tym to, że na gruncie Prawa upadłościowego powszechnie przyjmuje się, iż brak jest podstaw do ogłoszenia upadłości w sytuacji, gdy dłużnik ma tylko jednego wierzyciela. Postępowanie upadłościowe jest postępowaniem o charakterze zbiorowym, mającym na celu wspólne dochodzenie roszczeń [art. 1 ust. 1 pkt 1) Prawa upadłościowego], dlatego złożony w takich okolicznościach wniosek o ogłoszenie upadłości powinien ulec oddaleniu[3].

Zgodnie z pierwszym poglądem odnoszącym się do omawianego problemu – podtrzymanym ostatnio w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 16 stycznia 2020 r., I GSK 1670/18[4] – „okoliczność istnienia tylko jednego wierzyciela nie ma znaczenia dla określenia istnienia przesłanki wyłączającej odpowiedzialność członka zarządu spółki kapitałowej". Naczelny Sąd Administracyjny wskazał, że okoliczność taka nie pozbawia członka zarządu możliwości samodzielnego złożenia ta-

[1] Radca prawny w Kancelarii Prawa Restrukturyzacyjnego i Upadłościowego Tatara i Współpracownicy.

[2] Prawnik w Kancelarii Prawa Restrukturyzacyjnego i Upadłościowego Tatara i Współpracownicy, członek INSOL Europe, sekretarz INSO – Sekcji Prawa Upadłościowego i Restrukturyzacyjnego Instytutu Allerhanda.

[3] Por. np. wyrok Sądu Najwyższego z 22 czerwca 2010 r., IV CNP 95/09; postanowienie Sądu Najwyższego z 31 stycznia 2002 r., IV CKN 659/00; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 9 lipca 2015 r., III AUa 877/14.

[4] Por. także wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 28 kwietnia 2017 r., sygn. akt I FSK 1624/15, oraz z 22 listopada 2017 r., sygn. akt I FSK 1138/16.

kiego wniosku, natomiast ocena jego skuteczności stanowi odrębny problem badany w postępowaniu wszczętym takim wnioskiem. W orzeczeniach wpisujących się w ten kierunek wykładni zaznacza się, że „byli członkowie spółek, w których występuje jeden wierzyciel, byliby w uprzywilejowanej sytuacji, mogąc wykazywać, że w stosunku do nich dochodzi do zaistnienia przesłanek egzoneracyjnych określonych w art. 116 § 1 pkt 1 ordynacji podatkowej".

Z kolei w glosowanym orzeczeniu, reprezentującym drugi nurt interpretacyjny, przyjęto, że skoro w sytuacji zaistnienia jednego wierzyciela złożenie przez członka zarządu wniosku o ogłoszenie upadłości jest na gruncie przepisów Prawa upadłościowego niedopuszczalne, to „tym samym członek zarządu nie ma wynikającego z przepisów prawa obowiązku zgłoszenia wniosku, a w konsekwencji zaniechanie członka zarządu w tym zakresie nie może skutkować odpowiedzialnością za zobowiązania spółki. Nie można mu w takiej sytuacji przypisać elementu winy. Tej zaś zaistnienie jest konieczne w myśl art. 116 § 1 pkt 1 lit. b) O.p."[5].

Pogląd przyjęty w glosowanym wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z 27 lutego 2020 r. zasługuje na pełną akceptację. Sąd w sposób precyzyjny i wyczerpujący przedstawił argumenty przemawiające za przyjętym sposobem wykładni przesłanki wyłączającej odpowiedzialność członka zarządu.

Po pierwsze, wskazał, że sama konstrukcja przepisu odwołuje się wyraźnie do przepisów Prawa upadłościowego.

Po drugie, Wojewódzki Sąd Administracyjny słusznie zwrócił uwagę, że zgodnie z podjętą w poszerzonym składzie 7 sędziów uchwałą Naczelnego Sądu Administracyjnego z 10 sierpnia 2009 r., II FPS 3/09, członek zarządu może uwolnić się od odpowiedzialności na podstawie art. 116 Ordynacji podatkowej „jeżeli wykaże w postępowaniu podatkowym, że w okresie pełnienia przez niego funkcji członka zarządu nie było podstaw do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości lub postępowania zapobiegającego upadłości (postępowanie układowe)". Stąd też odpowiedzialność członka zarządu może wchodzić w rachubę tylko w sytuacji, gdy w stosunku do spółki wystąpiły przesłanki upadłości.

Po trzecie, podkreślił, przywołując orzecznictwo Sądu Najwyższego, że „ogłoszenie upadłości może nastąpić tylko wówczas, gdy istnieje co najmniej dwóch wierzycieli przedsiębiorcy, którego wniosek dotyczy, a to wobec zasadniczego celu, któremu służy instytucja upadłości, a mianowicie równomiernego zaspokojenia wszystkich wierzycieli dłużnika". „Skoro dłużnik ma tylko jeden dług, to nie ma obawy, że przez zaspokojenie roszczenia w drodze egzekucji inni wierzyciele poniosą straty. W takiej sytuacji wierzyciel może dochodzić swych roszczeń w drodze postępowania procesowego". Pogląd ten przyjmowany jest również w doktrynie Prawa upadłościowego. Wyprowadza się go z treści art. 1 ust. 1 pkt 1) Prawa upadłościowego stanowiącego, że ustawa określa zasady wspólnego dochodzenia roszczeń wierzycieli od niewypłacalnych dłużników.

Po czwarte, Wojewódzki Sąd Administracyjny zaznaczył, że winę członka zarządu w niezłożeniu w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości należy wprawdzie oceniać według kryteriów podwyższonej staranności uwzględniającej podwyższone – i obciążające członka zarządu jako profesjonalistę – ryzyko gospodarcze związane z prowadzeniem tej działalności, nie można jednak wskazywać, iż skarżący powinien był złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości we właściwym czasie, skoro z okoliczności faktycznych sprawy nie wynika, że był więcej niż jeden wierzyciel, zważywszy na treść art. 1 ust. 1 pkt 1) Prawa upadłościowego. Sąd dostrzegł także nieracjonalność żądania złożenia takiego wniosku w sytuacji, gdy generuje on również określone koszty po stronie przedsiębiorcy w postaci opłaty od wniosku w wysokości 1000 zł oraz zaliczki na wydatki, które pojawią się w toku postępowania upadłościowego (art. 22a Prawa upadłościowego). W ocenie autorów glosy, zważywszy na fakt, że zaliczka ta wynosi obecnie ponad 5000 zł, a całe koszty postępowania – w tym zwłaszcza wynagrodzenie syndyka – to w różnych sądach upadłościowych nawet 50-80 tys. zł, może powodować niecelowość uruchamiania postępowania w wielu przypadkach. Patrząc czysto ekonomicznie, nie biorąc pod uwagę przesłanek prawnych, niecelowe, a może nawet niegospodarne byłoby angażowanie takich środków tylko dla spłaty jednego wierzyciela, co dodatkowo uzasadnia prawidłowość i słuszność glosowanego orzeczenia i pozwala na odparcie argumentów podnoszonych w opisanym pierwszym możliwym wątku interpretacyjnym.

Sąd podkreślił w głosowanym orzeczeniu, że art. 1 ust. 1 pkt 1) Prawa upadłościowego jest jasny i jego literalne brzmienie nie budzi wątpliwości. Wobec tego „nie można twierdzić, że jedynie dla potrzeb odpowiedzialności osób trzecich członek zarządu, wbrew wyraźnemu zapisowi ustawy – Prawo upadłościowe, powinien był taki wniosek złożyć".

[5] Por. także wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z 25 lipca 2019 r., I SA/Wr 74/19; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 18 maja 2018 r., III SA/Wa 2394/17.

Tym bardziej trzeba podkreślić, zdaniem autorów, że w orzecznictwie sądów powszechnych na gruncie np. art. 299 Kodeksu spółek handlowych – występowanie tylko jednego wierzyciela ukazane jest jako brak podstaw do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości[6]. Nie można zatem doprowadzać do tak znacznych różnic przy ocenie podobnych przepisów, czyli przewidujących subsydiarną odpowiedzialność osób trzecich za zobowiązania spółek. Nie powinno być tutaj rozbieżności pomiędzy przepisami KSH i Ordynacji podatkowej, jak się wydaje, autonomia prawa podatkowego nie sięga aż tak daleko.

Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu krytycznie odniósł się również do argumentacji pojawiającej się w orzeczeniach prezentujących przeciwny pogląd na omawianą przesłankę wyłączenia odpowiedzialności członka zarządu, a sprowadzającej się do stwierdzenia o potrzebie równego traktowania podmiotów posiadających jednego bądź większą liczbę wierzycieli. Sąd zwrócił uwagę, że konstytucyjne ujęcie zasady równości dopuszcza odmienne traktowanie podmiotów, które nie posiadają określonej relewantnej cechy. W tym kontekście zaznaczył, że „inna jest sytuacja prawna podmiotu w postępowaniu, gdy ma on jednego wierzyciela, a inna podmiotu mającego co najmniej dwóch wierzycieli. W pierwszej sytuacji – Prawo upadłościowe nie ma zastosowania, w drugiej ma zastosowanie".

Sąd odwołał się w dalszej kolejności do zasad wykładni prawa, wśród których ujęty jest zakaz wykładni rozszerzającej przepisów nakładających obowiązki i mogących wywoływać negatywne skutki dla podatnika: „Nakaz wykładni literalnej przepisów prawa podatkowego stanowi konsekwencję zasady państwa prawnego, w której sądy powinny stosować prawo w takim kształcie, jaki nadał mu ustawodawca, i bez uzasadnionej potrzeby reguł tego prawa nie powinny rozszerzać. Zakaz wykładni rozszerzającej przepisów prawa podatkowego dotyczy zwłaszcza tych sytuacji, w których mogłoby to wywołać skutki negatywne dla podatnika (innego podmiotu), a w szczególności do rozszerzenia odpowiedzialności prawnej (...). Dlatego nie można nakładać na osobę trzecią obowiązku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w sytuacji będącej poza zakresem stosowania ustawy – Prawo upadłościowe, które nie wynikają z przepisu prawa (art. 1 ust. 1 pkt 1 upuin), a których konsekwencją jest odpowiedzialność podatkowa takiej osoby za cudzy dług, a w jej następstwie ingerencja w majątek osoby trzeciej. Taka wykładnia narusza bowiem wyrażoną w art. 2 Konstytucji RP zasadę demokratycznego państwa prawa, w tym zasadę pewności prawa, jak też wyrażone w art. 64 Konstytucji RP prawo do własności". Sąd słusznie stwierdził, że „jeżeli intencja ustawodawcy była odmienna od tej, która wynika z przepisów ustawy, nic nie stoi na przeszkodzie, aby inaczej sformułować w ustawie przesłanki odpowiedzialności osoby trzeciej. Nie jest rolą sądu poprawianie ustawodawcy na niekorzyść Strony, lecz kontrola legalności zaskarżonej decyzji."

Po piąte, Wojewódzki Sąd Administracyjny przywołał niezwykle istotny argument odwołujący się do potrzeby zapewnienia spójności systemu prawa. Wskazał, że „spójność systemu prawa gwarantuje określony stopień jego niesprzeczności i zupełności. Odrzucić należy jednak przypuszczenie, że ustawodawca dopuścił istnienie sprzeczności między dwiema normami wymagającymi współstosowania. (...) Interpretatorowi nie wolno zaś interpretować przepisów prawa w sposób prowadzący do ich sprzeczności z innymi przepisami".

Po szóste, WSA zaznaczył, że podwaliną zasady praworządności (art. 120 Ordynacji podatkowej, art. 7 Konstytucji RP) jest wywodząca się z prawa rzymskiego zasada, że nikt nie jest zobowiązany do rzeczy niemożliwych, zasadę tę organy podatkowe powinny zastosować w przedmiotowej sprawie, o ile stwierdzą istnienie jednego wierzyciela.

Wojewódzki Sąd Administracyjny odwołał się dodatkowo do argumentu systemowego. W obecnym stanie prawnym jedynym wyjątkiem w zakresie wymogu istnienia wielości wierzycieli jest upadłość konsumencka, co wynika z art. 491[2] ust. 2 Prawa upadłościowego. W ten sposób podkreślona została *a contrario* zasada, iż upadłość przedsiębiorcy zgodnie z przepisami ogólnymi nie może zostać ogłoszona, jeżeli podmiot posiada tylko jednego wierzyciela.

Skoro ustawodawca zdecydował się wyraźnie dopuścić ogłoszenie upadłości tzw. konsumenckiej przy jednym wierzycielu, to nieuprawnione, w ocenie autorów, a może także niezrozumiałe byłoby przyjęcie, aby możliwość taka istniała w upadłości przedsiębiorców na zasadach ogólnych.

Stanowisko i argumentacja przedstawione przez Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu są niewątpliwie słuszne. Kluczowa wydaje się uwaga odwołująca się do zasady spójności systemu prawa. Dziwić może, że w orzecznictwie (w tym Naczelnego Sądu Administra-

[6] Przykładowo zob. postanowienie Sądu Okręgowego w Toruniu, Wydział VI Gospodarczy, z 3 sierpnia 2017 r., sygn. akt VI Gz 139/17, lub Sądu Okręgowego w Łodzi, XIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, z 20 grudnia 2016 r., sygn. akt XIII Ga 402/16.

cyjnego) prezentującym pogląd odmienny na omawianą przesłankę wyłączenia odpowiedzialności nie dostrzegano systemowej sprzeczności, do której pogląd ten prowadzi, bądź nawet, dostrzegając ją, uznawano ten aspekt za nieistotny. Tymczasem chodzi tu nie tylko o konstrukcyjną spójność systemu, ale o zaufanie obywatela do państwa i jego instytucji. Trudno zaakceptować sytuację, w której w takich samych okolicznościach jedna norma prawa nakazuje złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości, a druga sprzeciwia się takiemu wnioskowi. Przedsiębiorca miałby prawo czuć się zdezorientowany, a przecież nie taki powinien być cel stosowania prawa. Z całą pewnością w takich okolicznościach nie sposób przypisać mu winy w niezłożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości. Nie można bowiem przerzucać na obywatela negatywnych konsekwencji ewentualnych niespójności systemu. Nieracjonalny jest ponadto wymóg składania wniosku o ogłoszenie upadłości tylko po to, aby sąd upadłościowy go oddalił. Wniosek taki nie pełni żadnej pozytywnej funkcji ani na gruncie Prawa upadłościowego, ani w kontekście art. 116 Ordynacji podatkowej, w szczególności nie przyczynia się do wzmocnienia ochrony wierzyciela.

Należy mieć nadzieję, że komentowany wyrok przyczyni się ostatecznie do zmiany dotychczasowej linii orzeczniczej prezentującej przeciwny, niekorzystny dla członków zarządu pogląd, będący wyrazem nieuzasadnionej profiskalnej wykładni ignorującej nie tylko zasadę niedokonywania wykładni rozszerzającej na niekorzyść obywateli i zasadę ochrony dobrej wiary, ale także pomijającej potrzebę zapewnienia spójności systemu. Przedstawiona przez Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu w glosowanym wyroku pogłębiona i wszechstronna argumentacja prowadzi do racjonalnych wniosków, zatem powinna przekonać przeciwników prezentowanego w nim stanowiska.

INSO
SEKCJA PRAWA UPADŁOŚCIOWEGO I RESTRUKTURYZACYJNEGO
INSTYTUT ALLERHANDA

INSO - Sekcja Prawa Upadłościowego i Restrukturyzacyjnego Instytutu Allerhanda zaprasza na:

XII Kongres Prawa Upadłościowego i Restrukturyzacyjnego INSO 2020 - tym razem tylko on-line

20 LISTOPADA 2020 r. (piątek)

Panele: Legislacyjny, Prawno-Ekonomiczny, Sędziowski

więcej informacji wkrótce na : www.inso.org.pl

PARTNER STRATEGICZNY

PARTNER ORGANIZACYJNY

PATRONAT

Krajowa Izba Doradców Restrukturyzacyjnych

PATRONAT MEDIALNY

DORADCA
restrukturyzacyjny

ISSN 2450-1956