

Warszawa, dnia 29 marca 2013 roku

Szanowny Pan Minister
Jarosław Gowin
Minister Sprawiedliwości
Al. Ujazdowskie 11
00-950 Warszawa

Szanowny Panie Ministrze,

W ślad za pismem z dnia 31 stycznia 2013 roku, pragniemy złożyć na ręce Pana Ministra nasze komentarze do rekomendacji zmian ustawy z dnia 28 lutego 2003 roku Prawo upadłościowe i naprawcze przygotowanych przez Zespołu ds. Nowelizacji Prawa Upadłościowego i Naprawczego („Komentarze”).

Stowarzyszenie Praktyków Restrukturyzacji w Polsce pragnie podkreślić, że kierunek przygotowanych przez Zespół ds. Nowelizacji Prawa Upadłościowego i Naprawczego zmian legislacyjnych zasługuje na aprobatę i wsparcie. Ze zdecydowanie pozytywnym odzewem w naszym środowisku spotkało się w szczególności położenie silnego nacisku na restrukturyzację jako sposób rozwiązania problemów finansowych przedsiębiorców. Część szczegółowych propozycji wymaga jednak naszym zdaniem dodatkowej dyskusji i ewentualnych zmian w kontekście dotychczasowych doświadczeń dotyczących procesów restrukturyzacyjnych, a w szczególności w kontekście ich częstych niepowodzeń prowadzących do likwidacji zadłużonych przedsiębiorców.

Szczegółowe uwagi sformułowane przez Stowarzyszenie Praktyków Restrukturyzacji w Polsce zawarte są załączonych Komentarzach. Pragniemy jednak w niniejszym piśmie wskazać i wyeksponować nasze postulaty związane z koniecznością doprecyzowania przepisów określających podstawy wszczęcia postępowań upadłościowych i restrukturyzacyjnych oraz postulaty dotyczące utrzymania i doprecyzowania dotychczasowych przepisów regulujących konsekwencje uchybienia przez dłużnika obowiązkowi złożenia wniosków wszczynających powyższe postępowania.

Rozważając zmiany przepisów dotyczących postępowań restrukturyzacyjnych należy



poddać weryfikacji przyjęte w obecnych przepisach ustawy z dnia 28 lutego 2003 roku Prawo upadłościowe i naprawcze („p.u.n.”) niesprawdzające się w praktyce dotychczasowe założenie, iż organy postępowania upadłościowego mogą skutecznie zarządzać procesami restrukturyzacyjnymi w sposób umożliwiający osiągnięcie przez dłużnika i wierzycieli porozumienia i zawarcie układu, zapewniając jednocześnie skuteczną ochronę interesów uczestników postępowania.

W konsekwencji, gruntownego przemyślenia wymaga zakres kompetencji uczestników postępowań restrukturyzacyjnych tzn. dłużnika i jego wierzycieli. Trudno zgodzić się z kierunkiem proponowanych zmian, które mają na celu ograniczenie roli dłużnika w takich postępowaniach (ustanawiania zarządcy w miejsce zarządu własnego dłużnika) i nie zakładają zwiększenia w postępowaniach restrukturyzacyjnych roli rady wierzycieli.

Stowarzyszenie Praktyków Restrukturyzacji w Polsce wyraża głęboką nadzieję, że Komentarze zostaną wzięte pod uwagę w trakcie procesu legislacyjnego. Pragniemy potwierdzić naszą gotowość do wzięcia udziału w debacie nad kształtem nowelizacji p.u.n. oraz spotkania z Zespołem ds. Nowelizacji Prawa Upadłościowego i Naprawczego.

W imieniu Stowarzyszenia Praktyków Restrukturyzacji w Polsce
członkowie grupy roboczej odpowiedzialnej za przygotowanie Komentarzy:



Michał Barłowski



Kazimierz Jeleński



Tomasz Ostrowski



Anna Maria Puksztó



Agnieszka Ziółka



Do wiadomości: Przewodniczącego Zespołu ds. Nowelizacji Prawa Upadłościowego i
Naprawczego, Pana Sędziego Janusza Płocha

KOMENTARZE

STOWARZYSZENIE PRAKTYKÓW RESTRUKTURYZACJI W POLSCE

DO REKOMENDACJI ZMIAN USTAWY Z DNIA 28 LUTEGO 2003 R.

PRAWO UPADŁOŚCIOWE I NAPRAWCZE

PRZYGOTOWANYCH PRZEZ ZESPÓŁ MINISTRA SPRAWIEDLIWOŚCI

DS. NOWELIZACJI PRAWA UPADŁOŚCIOWEGO I NAPRAWCZEGO

I. UWAGI DOTYCZĄCE POSTĘPOWAŃ RESTRUKTURYZACYJNYCH

1. Podstawowe istniejące problemy dotyczące obecnych postępowań restrukturyzacyjnych

- 1.1 Nie można nie podzielić zdania autorów Rekomendacji, iż obecne prawo w znikomym tylko stopniu umożliwia dokonanie restrukturyzacji podmiotu, który znalazł się w kryzysie, zaś procedury przewidziane p.u.n. w praktyce ostatnich dziewięciu lat okazały się nie być wystarczające dla zapewnienia przedsiębiorcom i ich wierzycielom efektywnych możliwości osiągnięcia porozumień restrukturyzacyjnych.
- 1.2 Dla dokonania oceny nowych procedur restrukturyzacyjnych przedstawionych w Rekomendacji kluczowe jest więc postawienie pytania dotyczącego celów dla ich wprowadzania, w kontekście przyczyn, dla których przewidziane obecnymi przepisami postępowanie upadłościowe przewidujące możliwość zawarcia układu oraz postępowanie naprawcze nie spełniły pokładanych w nich oczekiwań.
- 1.3 Dla zdefiniowania ogólnego celu procedur restrukturyzacyjnych kluczowy jest art. 14 p.u.n. Stanowi on, iż podstawową przesłanką, dla której stronom postępowania winno być umożliwione skorzystanie z obecnie przewidzianej przepisami procedury restrukturyzacyjnej (tzn. procedury upadłościowej w możliwością zawarcia układu) jest uprawdopodobnienie, iż w wyniku jej wdrożenia (oraz przyjęcia związanego z nią układu) wierzyciele zostaną zaspokojeni w wyższym stopniu, niż zostaliby zaspokojeni po przeprowadzeniu postępowania upadłościowego obejmującego likwidację majątku.
- 1.4 Z powyższego przepisu art. 14 p.u.n. w zw. z art. 2 p.u.n. wynikają bardzo daleko idące konsekwencje. Podkreśla on fakt, iż podstawowymi beneficjentami postępowań wszczętych w związku z niewypłacalnością dłużnika są jego wierzyciele. W sytuacji bowiem niewypłacalności dłużnika wartość jego kapitałów własnych jest często ujemna, zaś wartość wierzycielności wobec takiego dłużnika uzależniona jest od stopnia pokrycia ich aktywami lub możliwości ich spłaty z przyszłych przepływów pieniężnych. Innymi słowy, w wyniku niewypłacalności dłużnika, interesom wierzycieli winno być nadane wyraźne pierwszeństwo w stosunku do interesów samego dłużnika oraz jego udziałowców lub akcjonariuszy.
- 1.5 Uznanie prymatu interesów wierzycieli w postępowaniu upadłościowym nad interesami dłużnika nie oznacza, iż postępowanie to powinno rządzić się logiką windykacji, a więc być nakierowane na jak najszybsze spieniężenie majątku dłużnika celem spłaty wierzycieli. W większości przypadków przedsiębiorstwo dłużnika warte jest bowiem więcej jako zorganizowana całość, zdolna do generowania przepływów pieniężnych aniżeli suma wartości wchodzących w jego skład aktywów.

- 1.6 W kontekście postępowań mających na celu ochronę dłużnika zagrożonego niewypłacalnością, przyznanie prymatu interesów wierzycieli nad interesami dłużnika przestaje być oczywiste. Oczywista jednak pozostaje konieczność zachowania w takich postępowaniach zasady równoważenia interesów dłużnika oraz interesów wierzycieli oraz konieczność zapewnienie obydwu powyższym stronom efektywnych instrumentów motywujących je do osiągnięcia porozumienia oraz inkorporowania go w zawartym układzie.
- 1.7 Konsekwencją przyjęcia założeń opisanych w punktach 1.4 - 1.6 powyżej winna być teza, iż:
- (i) w postępowaniach upadłościowych wierzycielom, jako głównym ich beneficjentom, winny być zapewnione szerokie kompetencje dotyczące decydowania o zasadach prowadzenia postępowania, natomiast
 - (ii) w postępowaniach restrukturyzacyjnych (rozumianych jako postępowania, których celem jest osiągnięcie porozumienia co do zasad restrukturyzacji zadłużenia oraz zawarcia układu) wierzyciele winni być uprawnieni do aktywnego uczestniczenia w postępowaniu oraz współdecydowania o trybie jego prowadzenia.
- 1.8 Wychodząc z założenia, iż interesy uczestników postępowania restrukturyzacyjnego najlepiej będą chronione przez nich samych, nie należy zakładać, iż organy postępowania upadłościowego (np. sąd, sędzia komisarz lub jakiegokolwiek osoby przezeń powoływane) będą skuteczniej takich interesów chronić aniżeli zainteresowani uczestnicy. **Dlatego też rozważając zmiany przepisów dotyczących postępowań restrukturyzacyjnych należy poddać weryfikacji przyjęte w obecnych przepisach p.u.n. wadliwe założenie, iż organy postępowania upadłościowego mogą skutecznie zarządzać procesami restrukturyzacyjnymi w sposób umożliwiający osiągnięcie przez dłużnika i wierzycieli porozumienia i zawarcie układu, zapewniając jednocześnie skuteczną ochronę interesów uczestników postępowania.**
- 1.9 Wychodząc z założenia, iż interesy wierzycieli w postępowaniu restrukturyzacyjnym najlepiej będą chronione przez nich samych, weryfikacji należy poddać także obecne przepisy p.u.n. przewidujące zbyt wąski zakres uprawnień ciał reprezentujących wierzycieli i w konsekwencji uniemożliwiające aktywne włączenie się przez wierzycieli w procesy restrukturyzacyjne (w trakcie ich trwania).¹
- 1.10 Pierwsza część zawartych poniżej uwag dotyczących odzwierciedlonych w Rekomendacji propozycji zmian przepisów p.u.n. dotyczących procedur restrukturyzacyjnych poświęcona jest temu, w jakim zakresie opisane powyżej postulaty zostały odzwierciedlone w zawartych w Rekomendacji propozycjach legislacyjnych.

¹ Podkreślenia wymaga, iż paradoksalnie, szereg przepisów p.u.n. przewiduje obecnie zbyt szerokie uprawnienia indywidualnych wierzycieli do dochodzenia posiadanych zabezpieczonych na majątku dłużnika wierzytelności w trakcie trwania postępowania naprawczego lub układowego, co w konsekwencji prowadzić może do niemożliwości zawarcia układu. (zob. np. art. 140 w zw. z art. 273 ust. 2 p.u.n. lub art. 498 ust. 1 pkt 4 p.u.n.).

1.11 W drugiej części uwag odnosimy się do szeregu bardziej szczegółowych propozycji dotyczących postępowań restrukturyzacyjnych zgłoszonych przez autorów Rekomendacji.

2. UWAGI DOTYCZĄCE KIERUNKU PROPONOWANYCH ZMIAN PRZEPISÓW DOTYCZĄCYCH POSTĘPOWAŃ RESTRUKTURYZACYJNYCH

2.1 Zarząd przedsiębiorstwem dłużnika w postępowaniach restrukturyzacyjnych

2.1.1 Sprawowanie zarządu przedsiębiorstwem jako główna prerogatywa dłużnika w świetle obecnych przepisów p.u.n.

1. Jak wspomniano na wstępie, postępowania restrukturyzacyjne winny być oparte na zasadzie równoważenia interesów dłużnika oraz interesów wierzycieli oraz zapewnienie obydwu powyższym stronom efektywnych instrumentów motywujących je do osiągnięcia porozumienia oraz inkorporowania go w zawartym układzie.
2. Dłużnik (i jego zarząd) winien co do zasady odgrywać istotną rolę w postępowaniu restrukturyzacyjnym, ponieważ jako jedyny zna specyfikę prowadzonego przedsiębiorstwa, a rozumiejąc źródło problemów, które skutkowały koniecznością wszczęcia postępowania restrukturyzacyjnego, jest w dobrej pozycji, aby podjąć z wierzycielami dialog mający na celu ich rozwiązanie.
3. Zgodnie z obecnymi przepisami p.u.n. w orzeczeniu o ogłoszeniu upadłości z możliwością zawarcia układu sąd podejmuje decyzję o tym, czy zarząd spółką pozostawić dłużnikowi oraz ustanowić nadzorcę sądowego, czy też zarząd powierzyć wyznaczonemu zarządcy (art. 51 ust. 1 pkt 3) p.u.n.).
4. Z reguły więc zarząd pozostaje w ręku dłużnika, chyba iż upadły nie daje rękojmi należytego sprawowania zarządu (art. 76 ust. 1 p.u.n.).
5. Zgodnie z obecnymi przepisami p.u.n. zarząd własny dłużnika winien być uchylony przez sąd działający z urzędu w przypadku naruszenia przez dłużnika prawa lub prowadzenia spraw dłużnika w sposób niedający gwarancji wykonania układu.
6. Z perspektywy wierzycieli pozostawienie zarządu w ręku dłużnika jest rozwiązaniem korzystnym, ponieważ zapewnia możliwość kontynuacji dialogu z dłużnikiem.
7. Wątpliwości i praktyczne problemy budzi natomiast fakt nieposiadania przez wierzycieli wpływu na zasady sprawowania zarządu przedsiębiorstwem dłużnika oraz skupienie kompetencji w tym zakresie wyłącznie w ręku sądu.

2.1.2 Proponowane w Rekomendacji rozwiązanie – zastąpienie zarządu własnego dłużnika zarządem sprawowanym przez zarządcę

1. Autorzy Rekomendacji wydają się wychodzić z innych, aniżeli przedstawione w punktach 1.1 i 2 założeń dotyczących zasad zarządu przedsiębiorstwem dłużnika w postępowaniach restrukturyzacyjnych. Proponują oni, aby sąd otwierając postępowanie naprawcze (mające być w zamierzeniu autorów kluczowym postępowaniem restrukturyzacyjnym) pozbawiał przedsiębiorcę zarządu własnego oraz ustanawiał zarządcę.
2. Wyłącznie jeżeli odebranie zarządu własnego uniemożliwiłoby skuteczne przeprowadzenie postępowania naprawczego, a przedsiębiorca lub jego reprezentanci dawaliby gwarancję należytego sprawowania zarządu, sąd, zgodnie z Rekomendacją, pozostawiałby zarząd własny dłużnika i ustanawiałby nadzorcę sądowego.
3. Decyzja co do zasad zarządu przedsiębiorstwem dłużnika jest jedną z najważniejszych decyzji w postępowaniu restrukturyzacyjnym. Możliwość porozumienia się dłużnika z wierzycielami uwarunkowana jest z jednej strony wiarygodnością osób zarządzających przedsiębiorstwem dłużnika, a z drugiej zaś strony uwarunkowana jest zdolnością takich osób do podejmowania trafnych decyzji dotyczących kwestii operacyjnych.
4. Podtrzymanie działalności restrukturyzowanego przedsiębiorstwa jest podstawowym celem istotnym z perspektywy zarówno dłużnika, jak i jego wierzycieli.
5. W odróżnieniu od postępowania upadłościowego obejmującego likwidację majątku dłużnika, postępowanie restrukturyzacyjne winno stwarzać ramy dla kontynuacji działalności operacyjnej przez przedsiębiorcę obejmującej m.in. kontynuację działalności sprzedażowej oraz utrzymanie relacji z dostawcami. Pojawienie się problemów w powyższym zakresie wcześniej czy później przekładać się będzie na spadek lub wręcz brak przychodów po stronie dłużnika, co może istotnie utrudnić rozmowy restrukturyzacyjne z wierzycielami.
6. Zmiany osób zarządzających przedsiębiorstwem z reguły skutkują wyzwaniem natury operacyjnej. W szczególności jeżeli nową osobą zarządzającą jest osoba niemająca dotychczas kontaktu z restrukturyzowanym przedsiębiorcą, nieznająca specyfiki jego działalności, może ona mieć istotne problemy z podejmowaniem decyzji kluczowych dla działalności zarządzanego podmiotu. Błędne decyzje narażają ją na odpowiedzialność, zaś brak czy też opóźnienia decyzji mają istotny negatywny wpływ na stan finansów dłużnika.
7. W kontekście powyższego proponowany przez autorów Rekomendacji kierunek zmian przepisów p.u.n. zakładający zastępowanie w postępowaniach restrukturyzacyjnych (postępowaniu naprawczym) dotychczasowej kadry zarządzającej dłużnika osobami powołanymi przez sąd należy ocenić krytycznie.

2.1.3 Postulowany kierunek zmian dotyczących przepisów zarządzie przedsiębiorstwem dłużnika

1. Rekomendowanym rozwiązaniem dotyczącym zasad zarządu nad majątkiem restrukturyzowanego dłużnika jest utrzymanie, co do zasady, zarządu własnego dłużnika.
2. W kontekście dotychczasowych doświadczeń zasadne wydaje się natomiast zwiększenie zakresu uprawnień wierzycieli w celu zapewnienia im możliwości efektywnego nadzoru nad sprawowaniem zarządu majątkiem restrukturyzowanego przedsiębiorcy.
3. W sytuacji, w której głównym celem postępowań restrukturyzacyjnych jest zapewnienie dłużnikowi zdolności spłaty zaciągniętych zobowiązań, osoba zarządzająca majątkiem restrukturyzowanego dłużnika staje się powiernikiem interesów wierzycieli.
4. Wiarygodność osób zarządzających przedsiębiorstwem restrukturyzowanego dłużnika (także w relacji z wierzycielami) jest jednym z filarów, na których winny być oparte negocjacje restrukturyzacyjne. Zasada ta znajduje już obecnie odzwierciedlenie w art. 76 ust. 2 pkt 2) p.u.n. stanowiącym, iż sąd z urzędu uchyla zarząd własny upadłego i ustanawia zarządcę, jeżeli sposób sprawowania przez niego zarządu nie daje gwarancji wykonania układu.
5. Pojawia się tu pytania, czy ocena wiarygodności osoby zarządzającej przedsiębiorstwem dłużnika winna leżeć wyłącznie po stronie sądu, czy też może pewne uprawnienia w tym zakresie należałoby przyznać organom reprezentującym interesy wierzycieli.
6. Jeżeli uznać, iż osoby zarządzające przedsiębiorstwem restrukturyzowanego dłużnika są powiernikami interesów wierzycieli, a więc winny działać z uwzględnieniem interesów wierzycieli, prowadzi to do konkluzji, iż wierzyciele nie powinni być pozbawieni wpływu na zarząd restrukturyzowanym przedsiębiorstwem.
7. Brak wiarygodności po stronie dłużnika skutkujący problemami oraz opóźnieniami w prowadzeniu rozmów restrukturyzacyjnych z wierzycielami istotnie zwiększa ryzyko fiaska negocjacji układowych. Im dłużej trwa postępowanie restrukturyzacyjne, tym większe ryzyko braku możliwości spłaty zaciągniętego przezeń zadłużenia lub zwiększenia zakresu koniecznej restrukturyzacji zadłużenia.
8. Uprawnienia wierzycieli (działających za pośrednictwem reprezentujących ich organów, tzn. rady wierzycieli) dotyczące wpływu na zasady zarządu restrukturyzowanym przedsiębiorstwem winny ściśle wiązać się z ich kompetencjami nadzorczymi.
9. Jeżeli uznamy, iż rzetelne działający wierzyciel winien nadzorować sposób prowadzenia restrukturyzowanego przedsiębiorstwa celem zapobieżenia ewentualnym uszczupleniom majątku oraz innym zdarzającym się patologiom, prowadzić to powinno do wniosku, iż w razie zidentyfikowania takich patologii rzutujących na wiarygodność osób zarządzających

przedsiębiorstwem dłużnika, rada wierzycieli (reprezentująca dłużników wierzycieli) winna mieć prawo żądania zmiany zasad zarządu majątkiem dłużnika.

10. Postulować należy wprowadzenie jasno sformułowanego uprawnienia rady wierzycieli do żądania zmiany przez sąd zasad zarządu przedsiębiorstwem restrukturyzowanego dłużnika. Zakładać bowiem należy, iż w sytuacjach, w których wierzyciele osiągają konsensus co do konieczności zmiany sposobu zarządu, decyzja wierzycieli (jako posiadających największe zaangażowanie finansowe dotyczące restrukturyzowanego przedsiębiorstwa) winna być brana pod uwagę. Sędzia komisarz winien uszanować wolę wierzycieli dotyczącą zmiany zasad zarządu przedsiębiorstwem dłużnika jako podmiotów żywotnie zainteresowanych wynikiem działań restrukturyzacyjnych, chyba iż uwzględnienie żądania rady wierzycieli prowadziłoby do naruszenia przepisów prawa lub naruszałaby interesy ogółu wierzycieli.

2.2 Postulowane zmiany przepisów dotyczące roli i uprawnień wierzycieli w postępowaniach restrukturyzacyjnych

2.2.1 Rola uczestników postępowaniach restrukturyzacyjnych w kontekście istoty takich postępowań

1. Jak podkreślano powyżej, proces restrukturyzacji nadmiernego zadłużenia dłużnika winien być co do zasady procesem konsensualnym, tzn. procesem opartym o współdziałanie stron mające na celu wypracowanie długoterminowego porozumienia dłużnika i jego wierzycieli.
2. Naprawa finansów dłużnika polega na przywróceniu mu zdolności do regulowania zobowiązań oraz zdolności do utrzymania relacji z kontrahentami, w tym w szczególności z wierzycielami. Związana jest ona więc z naprawą stosunków dłużnika z wierzycielami nadwyrażonych naruszeniem przez dłużnika zobowiązań do spłaty długów.
3. W konsekwencji trudno nazywać dane postępowanie naprawczym, a także trudno w odniesieniu do danego postępowania mówić o restrukturyzacji, jeżeli nie zapewnia ono uczestnikom (tzn. dłużnikowi lub wierzycielom) możliwości aktywnego udziału oraz wpływu na kierunek planowanej restrukturyzacji.
4. Ważne jest podkreślenie postawionej w punkcie 1.7 tezy, że:
 - w postępowaniach upadłościowych wierzycielom, jako głównym ich beneficjentom, winny być zapewnione szerokie kompetencje dotyczące decydowania o zasadach prowadzenia postępowania, natomiast
 - w postępowaniach restrukturyzacyjnych (rozumianych jako postępowania, których celem jest osiągnięcie porozumienia co do zasad restrukturyzacji zadłużenia oraz zawarcia układu) wierzyciele winni być uprawnieni do aktywnego uczestniczenia w postępowaniu oraz współdecydowania o trybie jego prowadzenia.

W związku z powyższym, zakres uprawnień wierzycieli w postępowaniach restrukturyzacyjnych będących konsekwencją niewypłacalności dłużnika winien być szerszy aniżeli zakres takich uprawnień w postępowaniach wszczętych z powodu powstania zagrożenia jego niewypłacalności.

2.2.2 Obecny zakres kompetencji wierzycieli w postępowaniach restrukturyzacyjnych przewidzianych przepisami p.u.n. (na przykładzie postępowania upadłościowego z możliwością zawarcia układu) – uwagi ogólne

1. Zgodnie z przepisami p.u.n. wyłącznym gospodarzem postępowania upadłościowego z możliwością zawarcia układu jest sędzia komisarz. Podejmuje on w zasadzie wszystkie kluczowe decyzje mające wpływ na przebieg postępowania układowego.
2. Organami reprezentującymi wierzycieli są rada wierzycieli oraz zgromadzenie wierzycieli.
3. Z perspektywy analizy możliwości efektywnego bieżącego angażowania się przez wierzycieli w procesy restrukturyzacyjne, głównym organem, który winien im to umożliwić, jest rada wierzycieli „służąca pomocą (...) nadzorcy sądowemu albo zarządcy, kontrolująca ich czynności, udzielająca zgody na czynności, które mogą być dokonane tylko za jej zezwoleniem (...) oraz opiniująca proces upadłościowy” (art. 205 ust. 1 p.u.n.).
4. W świetle obecnych przepisów rada wierzycieli jest *de facto* pozbawiona kompetencji nadzorczych w stosunku do dłużnika posiadającego zarząd własny. Kompetencje w tym zakresie posiada sędzia komisarz oraz nadzorca sądowy. Art. 205 ust. 3 p.u.n. uprawnia radę wierzycieli do żądania wyjaśnień [dotyczących masy upadłości] od nadzorcy sądowego albo zarządcy, ale nie daje jej takiego prawa wobec dłużnika, któremu powierzono zarząd własny. Co prawda rada wierzycieli uprawniona jest badać księgi i dokumenty dotyczące upadłości, nie ma jednakże jasności, czy chodzi tu o księgi i dokumenty dotyczące wyłącznie postępowania upadłościowego, czy też także o księgi i dokumenty dotyczące przedsiębiorstwa dłużnika (tzn. księgi i dokumenty upadłego w rozumieniu art. 486 ust. 1 p.u.n.).
5. Komentatorzy p.u.n. podkreślają, iż przedmiotem wynikających z art. 205 p.u.n. uprawnień kontrolnych rady wierzycieli nie jest działalność upadłego, któremu powierzono zarząd własny. Upadły jest poddany nadzorowi nadzorcy sądowego. Rada wierzycieli kontroluje jedynie sposób sprawowania tego nadzoru przez nadzorcę sądowego.²
6. Niezależnie od tego, iż przepisy p.u.n. przewidują bardzo wąskie kompetencje dla rady wierzycieli, nie dają one wierzycielom możliwości zapewnienia, ażeby skład rady wierzycieli odzwierciedlał strukturę wierzytelności restrukturyzowanego dłużnika. Czyni to radę wierzycieli ciałem mało reprezentatywnym.

² Tak. F. Zedler, *Prawo upadłościowe i naprawcze Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, 2010, komentarz do art. 205 pkt. 4, str. 471.

7. Przepisy p.u.n. zobowiązują sędziego komisarza do ustanowienia rady wierzycieli na wniosek wierzycieli mających przynajmniej piątą część wierzytelności, które zostały uznane lub uprawdopodobnione (art. 201 ust. 2 p.u.n.). Przepisy powyższe nie wskazują terminu, w jakim winna zostać podjęta przez sędziego komisarza decyzja o powołaniu rady wierzycieli. Pozostawiają on też sędziemu komisarzowi pełną dyskrecjonalność w zakresie decyzji co do składu rady wierzycieli. Skutkuje to często długimi terminami oczekiwania na decyzję w sprawie powołania rady wierzycieli oraz kontrowersyjnymi decyzjami co do składu wierzycieli, w tym decyzjami o powołaniu do składu rady osób niezamierzających aktywnie angażować się w proces lub decyzjami odmawiającymi powołania głównych wierzycieli do rady wierzycieli.
8. W świetle obecnych przepisów p.u.n. wierzyciele pozbawieni są prawa do przejęcia w trakcie postępowania inicjatywy w zakresie zgłaszania propozycji układowych.
9. Przepisy p.u.n. z jednej strony zapewniają wierzycielom bardzo wąski zakres uprawnień w postępowaniu upadłościowym z możliwością zawarcia układu, zdając ich na łaskę lub niełaskę sądu, z drugiej zaś strony uniemożliwiają im obrót wierzytelnościami zgłoszonymi do masy upadłości. W świetle bowiem art. 197 ust. 1 p.u.n. wierzyciele, którzy nabyli wierzytelność wobec dłużnika w drodze przelewu lub indosu po ogłoszeniu upadłości, są pozbawiani prawa głosu na zgromadzeniu wierzycieli, w związku z czym są wyłączeni od głosowania nad ewentualnym układem.

2.2.3 Problematyka uprawnień wierzycieli w świetle Rekomendacji

1. Kwestie niewłaściwych uregulowań dotyczących zakresu uprawnień wierzycieli w postępowaniach restrukturyzacyjnych (wskazane w punkcie 2.2.2 powyżej) nie są identyfikowane przez autorów Rekomendacji jako problem w kontekście dotychczasowych procesów restrukturyzacyjnych. Nie znalazły one więc odzwierciedlenia w zawartych w Rekomendacji propozycjach legislacyjnych.
2. Na liście głównych wad obecnej regulacji postępowań restrukturyzacyjnych autorzy Rekomendacji wymieniają natomiast:
 - brak skutecznych i przyjaznych dla przedsiębiorcy instrumentów restrukturyzacyjnych;
 - długi czas trwania postępowań układowych;
 - negatywne postrzeganie dłużnika, który chcąc zawrzeć układ w istocie funkcjonuje w obrocie jako podmiot w upadłości;
 - wysoki formalizm wniosków inicjujących postępowania, który jest istotną barierą szczególnie dla małych przedsiębiorców;
 - brak, z punktu widzenia przedsiębiorcy, realnej alternatywy dla postępowania

upadłościowego;

- brak pozytywnych bodźców zachęcających dłużników do poddania się restrukturyzacyjnym procedurom sądowym.

3. Dokonana przez autorów Rekomendacji identyfikacja bolączek związanych z obecnymi postępowaniami restrukturyzacyjnymi wpływa na filozofię proponowanych przez nich zmian legislacyjnych. Według autorów Rekomendacji celem rekomendowanej nowelizacji wydaje się być przede wszystkim stworzenie przedsiębiorcom znajdującym się w kryzysie elastycznych ram prawnych, które umożliwią im wybór pomiędzy kilkoma instrumentami pozwalającymi na skuteczne i szybkie przeprowadzenie restrukturyzacji bez narażania się na negatywne konsekwencje związane z obecnymi regulacjami. Ich zdaniem więc nowelizacja powinna:

- odformalizować, czyli maksymalnie ograniczyć bariery materialno-prawne i formalne blokujące możliwość składania wniosków;
- dać wybór, czyli umożliwić przedsiębiorcom dokonywanie wyboru właściwej dla nich formy restrukturyzacji spośród kilku alternatyw;
- skrócić czas niezbędny do zawarcia układu z wierzycielami;
- naprawiać, czyli stworzyć ramy do przeprowadzenia realnej restrukturyzacji ekonomicznej (nie zaś wyłącznie restrukturyzacji zobowiązań) pod ochroną sądu.

4. Wydaje się, że filozofia proponowanych w Rekomendacji zmian nie odbiega istotnie od filozofii obecnych przepisów, zakłada ona natomiast zwiększenie liczby postępowań restrukturyzacyjnych i usprawnienie procedur sądowo-administracyjnych.

5. W kontekście powyższego uprawnionym wydaje się twierdzenie, iż przedstawione w Rekomendacji propozycje legislacyjne oparte są na dotychczasowym, w naszym przekonaniu, mylnym założeniu, że:

- organy postępowania upadłościowego mogą efektywnie zarządzać procesami restrukturyzacyjnymi, a
- usprawnione procedury sądowo-administracyjnymi ułatwią procesy porozumiewania się dłużników z ich wierzycielami (zob. uwagi zawarte w punkcie 1 powyżej).

6. Zamiast szukania potrzebnych nowych rozwiązań umożliwiających zwiększenie efektywności dialogu i współpracy między głównymi uczestnikami postępowania tzn. między dłużnikiem i jego wierzycielami (celem usprawnienia procesów negocjacji układowych) zawarte w Rekomendacji propozycje legislacyjne zwiększają w postępowaniach restrukturyzacyjnych rolę organów państwowych oraz powoływanych przez nie osób w zakresie związanym z zarządzeniem procesami restrukturyzacyjnymi. Nie zmieniając z jednej strony w istotnym

zakresie uprawnień wierzycieli, z drugiej strony bardzo ograniczają w postępowaniach rolę dłużnika (przewidując w głównym postępowaniu restrukturyzacyjnym, tzn. postępowaniu naprawczym, ustanawianie zarządcy w miejsce zarządu własnego dłużnika – zob. pkt 2.1.2 powyżej).

7. Wydaje się, że jakkolwiek szereg konkretnych praktycznych rozwiązań proponowanych przez autorów Rekomendacji w odniesieniu do postępowań restrukturyzacyjnych zasługuje na wsparcie (zob. pkt 3 poniżej), zaprezentowane w Rekomendacji kierunkowe podejście do postępowań restrukturyzacyjnych budzi wątpliwości jako:

- niezapewniające wierzycielom możliwości aktywnego zaangażowania się w procesy restrukturyzacyjne oraz
- kreujące poważne ryzyka dla procesów restrukturyzacyjnych w wyniku m.in. wprowadzenia zasady, iż w postępowaniu restrukturyzacyjnym (naprawczym) dłużnik pozbawiany jest co do zasady zarządu nad przedsiębiorstwem.

W konsekwencji, część zawartych w Rekomendacji propozycji zmian legislacyjnych jest niespójna z prezentowaną w niniejszym dokumencie istotą i głównymi celami postępowań restrukturyzacyjnych (opisanymi w punkcie 1 powyżej). W wyniku powyższego zmiany te nie adresują identyfikowanych przez nie problemów leżących u źródła obecnej niskiej efektywności procesów restrukturyzacyjnych.

2.2.4 Postulaty dotyczące zmian przepisów regulujących postępowania restrukturyzacyjne

1. W zakresie, w jakim celem nowej legislacji dotyczącej procesów restrukturyzacyjnych miałyby być stworzenie prawnej podstawy dla współdziałania dłużnika i wierzycieli w zakresie wypracowywania porozumień restrukturyzacyjnych, wówczas, niezależnie od kwestii dotyczących zasad zarządzeniem przedsiębiorstwem dłużnika omówionych w punkcie 2 powyżej, postulować należy wprowadzenie daleko idących zmian dotyczących roli i kompetencji organów reprezentujących wierzycieli.
2. Zakres uprawnień wierzycieli w postępowaniach restrukturyzacyjnych będących konsekwencją niewypłacalności dłużnika winien być szerszy aniżeli zakres takich uprawnień w postępowaniach wszczętych z powodu powstania zagrożenia niewypłacalności (zob. pkt 1.7 powyżej).
3. Jak podkreślano, aktywność wierzycieli w trakcie trwania postępowania restrukturyzacyjnego działających za pośrednictwem rady wierzycieli (w ramach przyznanych jej kompetencji - przede wszystkim nadzorczych, ale także związanych z przygotowaniem i zgłaszaniem propozycji układowych) zwiększałoby efektywność negocjacji restrukturyzacyjnych oraz prowadzących do zawarcia układu.

4. W kontekście powyższego, niezależnie od propozycji zmian legislacyjnych zawartych w Rekomendacji (dotyczących w szczególności zmian zasad głosowania nad układem) postulować należy w szczególności:
- wprowadzenie przepisów usprawniających procesy powoływania i zmian składu rady wierzycieli,
 - wprowadzenie przepisów rozszerzających kompetencje rady wierzycieli,
 - wykreślenie przepisów p.u.n. wprowadzających sankcję utraty prawa głosu związanej z obrotem wierzytelnościami wobec upadłego lub restrukturyzowanego dłużnika oraz
 - wprowadzenie procedur umożliwiających zawarcie przez dłużnika układu z częścią wierzycieli (wierzycielami finansowymi).

5. Powoływanie i odwoływanie rady wierzycieli. Zasadne jest naszym zdaniem wprowadzenie zasady, iż rada wierzycieli winna zostać powołana bezzwłocznie po otrzymaniu przez sędziego komisarza żądania zgłoszonego przez uprawnionych wierzycieli (reprezentujących piątą część wierzytelności, które zostały uznane, uprawdopodobnione lub stwierdzone są tytułami egzekucyjnymi).

Powołanie takie winno mieć miejsce nie później niż w terminie 30 dni od dnia otrzymania takiego wniosku.

Skład rady wierzycieli w zakresie, w jakim nie narusza on interesów pozostałych wierzycieli, winien uwzględniać propozycje wierzycieli.

W zakresie związanym z procedurą zmiany składu rady wierzycieli, wskazane jest wprowadzenie w art. 203 p.u.n. (lub jego odpowiedniku w odniesieniu do postępowania naprawczego) terminów, w których sędzia komisarz powinien albo uwzględnić wniosek o dokonanie zmiany składu rady wierzycieli, albo zwołać zgromadzenie wierzycieli.

Istotne jest, ażeby zapewniona była efektywna możliwość podjęcia przez zgromadzenie wierzycieli decyzji o zmianie składu rady wierzycieli jeszcze przed zatwierdzeniem listy wierzytelności (na zasadach analogicznych do zasad mających zastosowanie do wstępnego zgromadzenia wierzycieli).

6. Kompetencje rady wierzycieli. Kompetencje rady wierzycieli winy być rozszerzone tak, ażeby zapewnić wierzycielom (działającym za pośrednictwem rady wierzycieli):
- efektywną możliwość nadzoru nad działalnością dłużnika (zob. pkt 2.1.3) oraz
 - wpływ na sposób sprawowania zarządu nad dłużnikiem (biorąc pod uwagę na to, iż jednym z głównych celów podejmowanych przez dłużnika działań restrukturyzacyjnych jest zapewnienie możliwości spłaty zaciągniętych zobowiązań) (zob. pkt 2.1.3) oraz

- możliwość zgłaszania propozycji układowych.

Rozważenia wymaga także rozszerzenie uprawnień rady wierzycieli w postępowaniu restrukturyzacyjnym o te sprawy, które następnie okazać się mogą istotne w kontekście negocjowania i uchwalania warunków układu, w tym sprawy związane ze strukturą i zasadami finansowania działalności dłużnika, ustanawiania zabezpieczeń na majątku dłużnika oraz podejmowania określonych uchwałą rady wierzycieli czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu, które istotnie mogą wpływać na stan funduszy masy naprawczej.

W postępowaniach restrukturyzacyjnych będących konsekwencją niewypłacalności dłużnika rada wierzycieli powinna decydować o powołaniu oraz zmianie zarządcy (zob. pkt 1.7 powyżej).

Zarówno w postępowaniach restrukturyzacyjnych będących konsekwencją niewypłacalności dłużnika, jak i postępowaniach wszczętych w wyniku powstania zagrożenia niewypłacalnością, rada wierzycieli powinna decydować o wyborze lub zmianie osoby nadzorcy sądowego (zob. pkt 1.7 powyżej).

7. Zniesienie sankcji zbycia wierzytelności wobec upadłego lub restrukturyzowanego dłużnika.

Mało zrozumiałe są powody, dla których p.u.n. wyłącza prawo głosu na zgromadzeniu wierzycieli z wierzytelności nabytych przez indos lub w drodze przelewu po ogłoszeniu upadłości (art. 197 p.u.n.). Wydaje się, iż przepisy winne wręcz ułatwiać obrót takimi wierzytelnościami.

Skupienie wierzytelności wobec upadłego dłużnika skutkuje zmniejszeniem liczby wierzycieli, a to z kolei:

- jest korzystne z perspektywy uzgadniania zasad restrukturyzacji i uchwalania układu,
- jest korzystne dla dotychczasowych wierzycieli, ponieważ umożliwia im pozyskanie środków pieniężnych w zamian za niepłynne aktywo (wierzytelność), oraz
- prowadzi docelowo do profesjonalizacji procesów restrukturyzacyjnych w wyniku zaangażowania w nie podmiotów specjalizujących się w zarządzaniu nimi.

Z tych powodów wskazane wydaje się wykreślenie z p.u.n. przepisów utrudniających obrót wierzytelnościami wobec upadłego lub restrukturyzowanego dłużnika.

8. Wprowadzenie procedur umożliwiających zawarcie przez dłużnika układu z częścią wierzycieli (wierzycielami finansowymi). Obecne przepisy p.u.n. oraz nowe procedury restrukturyzacyjne proponowane przez autorów Rekomendacji zakładają konieczność udziału w procesach restrukturyzacyjnych ogółu wierzycieli, w tym wierzycieli handlowych. Założenie to wydaje się być oderwane od realiów i niepraktyczne.

W rzeczywistości większość procesów restrukturyzacyjnych prowadzonych z udziałem banków i innych instytucji finansowych ma na celu przywrócenie dłużnikowi zdolności do bieżącej obsługi zobowiązań handlowych, a więc nie zakłada redukcji takich zobowiązań.

Restrukturyzacja dotyczy tu przede wszystkim instrumentów służących finansowaniu działalności dłużnika oraz obejmuje zwykle ustalenie nowych zasad udostępniania dłużnikowi danych instrumentów finansowania oraz spłaty zadłużenia z tytułu takich instrumentów, zasady ustanowienia dodatkowych zabezpieczeń na rzecz wierzycieli finansujących działalność dłużnika oraz ewentualnie także udostępnienie dłużnikowi nowego finansowania.

Z umowami restrukturyzacyjnymi zawieranymi z dłużnikami zagrożonymi upadłością wiąże się ryzyko ich następczego zakwestionowania przez pozostałych wierzycieli w oparciu o roszczenia pauliańskie czy też przepisy p.u.n. (art. 127 i nast. p.u.n.). W przypadku upadłości dłużnika istnieje ryzyko braku rejestracji zabezpieczeń wierzytelności ustanowionych przed ogłoszeniem upadłości (art. 81 p.u.n.).

Rozważenia wymaga wprowadzenie procedur restrukturyzacyjnych, w ramach których przedmiotem zawieranego układu byłyby nie wszystkie, a tylko część wierzytelności. Oznaczałoby to w praktyce stworzenie ram prawnych dla porozumienia się przez zagrożonego upadłością dłużnika z wierzycielami finansowymi, a więc w szczególności bankami oraz posiadaczami wyemitowanych przez niego papierów dłużnych.

Układ taki byłby przedmiotem kontroli ze strony sądu, przy czym podstawowym kryterium dla jego zatwierdzenia byłaby ocena, czy stwarza on podstawy dla przywrócenia dłużnikowi zdolności terminowego regulowania wierzytelności nim nieobjętych.

Zatwierdzenie takiego układu przez sąd winno zabezpieczać wierzycieli przed ryzykiem zakwestionowania jego zapisów, w tym zakwestionowania ustanowionych zgodnie z nim zabezpieczeń.

3. WYBRANE DODATKOWE UWAGI DOTYCZĄCE PROPONOWANYCH POSTĘPOWAŃ RESTRUKTURYZACYJNYCH

3.1 Ogólne uwagi dotyczące uproszczonych postępowań restrukturyzacyjnych

Za słuszny należy uznać pogląd autorów Rekomendacji, zgodnie z którym uproszczone postępowania układowe (tzn. postępowania dotyczące zawarcia i zatwierdzenia układu bez wszczynania odrębnej procedury) powinny stać się podstawowymi procedurami mającymi na celu doprowadzenie do porozumienia dłużnika ze wszystkimi wierzycielami.

Autorzy Rekomendacji przywidują dwa takie postępowania:

- uproszczone postępowanie w przedmiocie zatwierdzenia układu oraz

- uproszczone postępowanie w przedmiocie zawarcia układu.

3.1.1 Uproszczone postępowanie w przedmiocie zatwierdzenia układu

1. Zgodnie z koncepcją autorów Rekomendacji, w ramach uproszczonego postępowania w przedmiocie zatwierdzenia układu dłużnik zagrożony niewypłacalnością lub niewypłacalny zbierałby głosy wierzycieli przed wszczęciem formalnej procedury sądowej.
2. W oparciu o takie głosy oraz przedstawione przez dłużnika materiały, w tym w szczególności sprawozdanie nadzorca układu, sąd podejmowałby decyzję dotyczącą zatwierdzenia układu.
3. W świetle dotychczasowej praktyki trudno przewidzieć, na ile możliwe okaże się przeprowadzanie procedur zbierania głosów dotyczących potencjalnych propozycji układowych ze strony wierzycieli handlowych.
4. Należy przypuszczać, iż w zakresie, w jakim propozycje układowe zakładałyby redukcję lub istotne rozłożenie w czasie płatności na rzecz takich wierzycieli, dotyczące ich negocjacje mogłyby utrudnić przedsiębiorcy korzystanie z kredytu kupieckiego i w konsekwencji pogłębić jego problemy płynnościowe.
5. Z tej perspektywy, jakkolwiek nie potrafimy ocenić praktycznej zasadności wprowadzenia tej procedury restrukturyzacyjnej, sugerowalibyśmy rozważenie wprowadzenia procedury układowej w udziałem części wierzycieli, omawianej w punkcie 2.2.3.7 powyżej.

3.1.2 Uproszczone postępowanie w przedmiocie zawarcia układu

1. W ramach uproszczonego postępowania w przedmiocie zawarcia układu na wstępnym zgromadzeniu wierzycieli, w odróżnieniu do pierwszego uproszczonego postępowania omawianego powyżej (tzn. uproszczonego postępowania w przedmiocie zatwierdzenia układu), wierzyciele oddawaliby głosy bezpośrednio do sądu.
2. Dodatkowo, w procedurze tej, w przeciwieństwie do poprzedniej, możliwe byłoby uzyskanie zabezpieczenia postępowania poprzez zawieszenie prowadzonej przeciwko dłużnikowi egzekucji wierzytelności objętej układem.
3. Wydaje się, iż opcja zabezpieczenia dłużnika przed egzekucją może przesądzić o atrakcyjności tej opcji jako formuły prowadzenia rozmów restrukturyzacyjnych z wierzycielami.

3.1.3 Ogólne uwagi dotyczące postępowania układowego

1. Rozumiemy, że wedle zamierzenia autorów Rekomendacji, postępowanie układowe przewidziane obecnymi przepisami p.u.n. miałyby ulec zmianom w najmniejszym stopniu. Zmiany byłyby jednakże nieznaczne i ograniczałyby się przede wszystkim do zmiany jego nazwy.

2. W kontekście planowanej nowelizacji p.u.n. oraz podkreślanego przez autorów Rekomendacji braku istniejącego zainteresowania obecnymi procedurami restrukturyzacyjnymi jako formułą restrukturyzacji zadłużenia, zasadne wydaje się rozważenie zmian zasad dotyczących postępowania układowego, w tym zmian, o których mowa w pierwszej części niniejszej analizy.
3. Na aprobatę zasługują proponowane przez autorów Rekomendacji:
 - rozwiązania dotyczące ograniczenia możliwości prowadzenia egzekucji przez zabezpieczonych wierzycieli wyłącznie w odniesieniu do majątku będącego przedmiotem zabezpieczenia, jak również
 - propozycje, ażeby na potrzeby liczenia głosów w związku z głosowaniem układu brać pod uwagę wyłącznie głosy wierzycieli uczestniczących w głosowaniu.
4. Biorąc pod uwagę, że celem układu zawieranego w wyniku postępowania układowego jest, tak jak w przypadku postępowania naprawczego (dostępnego m.in. dla niewypłacalnych dłużników), co do zasady przywrócić dłużnikowi zdolności do wykonywania swoich zobowiązań oraz prowadzenia działalności, warto przeanalizować, czy zasadne jest utrzymanie współistnienia w ramach p.u.n. dwóch dość podobnych do siebie procedur.

3.1.4 Ogólne uwagi dotyczące postępowania naprawczego

1. Prawo do wszczęcia postępowania naprawczego przysługiwałoby dłużnikowi zagrożonemu niewypłacalnością lub niewypłacalnemu. Przesłanką negatywną dla wszczęcia tego postępowania jest stwierdzenie przez sąd, iż wszczęcie postępowania naprawczego nie gwarantuje bieżącego zaspokajania zobowiązań powstałych po otwarciu postępowania. Takie sformułowanie negatywnej przesłanki może budzić pewne wątpliwości ze względu na trudność identyfikacji kwot zobowiązań, które powstaną po otwarciu postępowania.
2. Analiza interesów, które winny być chronione w postępowaniu restrukturyzacyjnym, jest istotnie różna w sytuacji, w której dłużnik jest niewypłacalny, oraz w sytuacji, w której dłużnik jest dopiero zagrożony niewypłacalnością (zob. pkt 7 powyżej). Rozróżnienie powyższych dwóch sytuacji ma szczególne znaczenie w kontekście dyskusji dotyczących zmian zakresu uprawnień wierzycieli w postępowaniach restrukturyzacyjnych (zob. punkt 2.2.4.6 powyżej).
3. Należy także rozważyć wprowadzenie terminu, w którym postępowanie restrukturyzacyjne wszczęte w wyniku powstania zagrożenia niewypłacalnością winno być zakończone lub przeistoczyć się w postępowanie restrukturyzacyjne związane z niewypłacalnością dłużnika. Zagrożenie niewypłacalnością winno być bowiem postrzegane jako stan przejściowy, a nie jako stan uzasadniający toczące się latami negocjacje restrukturyzacyjne dłużnika i wierzycieli.

4. Trudno zgodzić się propozycją autorów Rekomendacji, ażeby wszczęcie postępowania naprawczego co do zasady skutkowało pozbawieniem dłużnika zarządu własnego i ustanowieniem zarządcy. Szerzej na ten temat zob. pkt 2.1.2 powyżej.
5. Na aprobatę zasługuje proponowane przez autorów Rekomendacji ograniczenie prawa zabezpieczonych wierzycieli do dochodzenia swoich wierzytelności (jako nieobjętych układem). Tego rodzaju egzekucja i związane z nią ewentualne pobawienie dłużnika kluczowych elementów jego majątku mogą pod znakiem zapytania stawiać sens działań restrukturyzacyjnych.
6. Do postępowania restrukturyzacyjnego odnoszą się uwagi dotyczące roli i uprawnień wierzycieli zawarte w punkcie 2.2.42.4.

II. UWAGI DO ART. 11 PUN

1. Podsumowanie Uwag

- 1.1 Rekomendacja co do zmiany treści art. 11 jest kierunkowo spójna z postulatami SPR, jednak proponowane zmiany nie rozwiązują wszystkich problemów praktycznych.
- 1.2 Istnienie w polskiej ustawie dwóch przesłanek determinujących stan niewypłacalności nie odbiega od rozwiązań przyjętych przez inne państwa UE. Znakomita większość państw europejskich stan niewypłacalności opiera o dwie przesłanki: płynnościową oraz odnoszącą się do wysokości aktywów w stosunku do zobowiązań dłużnika. Istnieje zatem potrzeba uwzględnienia w definicji niewypłacalności zarówno przesłanki płynnościowej jak i majątkowej. SPR jest zdania, iż należy wrócić do definicji niewypłacalności jak obowiązywała na podstawie prawa upadłościowego z 1934 r. (Prawo upadłościowe. Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 24 października 1934 r. (Dz.U. 1934 nr 28 poz. 221 z późn. zm.)).
- 1.3 Postulowana treść (nowe brzmienie art. 11 p.u.n.) wymaga przerehabilitacji:
 - (i) Niewypłacalność to stan obiektywny a nie kwestia oceny.
 - (ii) Aczkolwiek proponowane domniemanie (ust. 2) wychodzi naprzeciw potrzebom praktyki, istnieje ryzyko, że okres 3 miesięcy będzie traktowany przez przedsiębiorców jako swoistego rodzaju moratorium ustawowe, przed którym należy się bronić dopiero po jego upływie. Dopuszczenie do nieregulowania zobowiązań pieniężnych przez okres do 3 miesięcy byłby z ewidentną szkodą dla wierzycieli.
- 1.4 Nowy przepis (art. XX) zastępujący obecny art. 11 ust. 2 w sposób nieuzasadniony rozwdnia to kryterium niewypłacalności (utrzymanie przez 24 miesiące przeważania zobowiązań nad wartością majątku) nie adresując podstawowych problemów wynikających z przyjętych założeń obecnego ust. 2, tj. iż zarządzający przedsiębiorstwem jest w każdym momencie zdolny do dokonania oceny jego stanu jak i że dookreślona jest metoda wyliczenia wartości majątku i stanu jego zobowiązań. Nie wskazano, jakimi przesłankami kierował się zespół, przyjmując arbitralnie, iż aby doszło do niewypłacalności zadłużenie ponad miarę istnieć musi ponad 24 miesiące.
- 1.5 Kwestia traktowania pożyczek wspólników wymaga doregulowania, SPR jest zdania, iż wskazany kierunek jest nieprawidłowy, bowiem w sposób nieuzasadniony rozciąga ryzyko prowadzenia działalności na wspólnika. Z dwóch wskazanych rozwiązań SPR opowiada się za modelem „niemieckim”.
- 1.6 W uzasadnieniu do proponowanej zmiany przepisu poprzez rozszerzenie zakresu obowiązywania art. 14 ust. 3 k.s.h. nie wskazano przyczyn, dla których wspólnicy mają ponosić dodatkowy ciężar wynikający z faktu ogłoszenia upadłości spółki, w której

uczestniczą.

- 1.7 Nowela art. 14 ust. 3 zbyt daleko ingeruje w podstawowe zasady prawa handlowego (odrębności majątków), gdzie przy obowiązującym stanie prawnym brak jest regulacji funkcjonowania holdingów, a temat zależności i odpowiedzialności spółek w grupie za wzajemne zobowiązania nie jest uregulowany (wyjątek stanowi martwy przepis art. 7 k.s.h.).

2. Uwagi Szczegółowe

- 2.1 Należy wskazać dwa elementy wymagające doprecyzowania:

Stan niewypłacalności winien się wiązać z trwałą, obiektywną i niezależną od woli dłużnika niemożnością zaspokajania wierzytelności. Jest to stan zaprzestania płacenia długów, a nie stan wstrzymania płacenia długów. Jest to stan istniejący w realnej gospodarce przedsiębiorcy, a nie ocena tego stanu. Czasowa niemożność zaspokajania – „krótkotrwałe wstrzymanie płacenia długów”, jak podniesiono w uzasadnieniu (tak też *a contrario* do art. 2 ustawy Prawo Upadłościowe z 1934 roku – w podobnym duchu vide M. Allerhand "Prawo upadłościowe. Komentarz", Elinex s.c. Warszawa 1991, pkt. 4) nie może być przyczyną uznania, iż doszło do stanu niewypłacalności jednakże tylko wtedy, gdy można wykazać, że długi mogą być zaspokojone w najbliższej przyszłości z majątku dłużnika bez uszczerbku dla innych wierzytelności, przy uwzględnieniu dokonywanych w tym czasie czynności prawnych ekwiwalentnych (zawartych na warunkach rynkowych).

- 2.2 Proponowany art. 11 ust 1 odnosi się do oceny sytuacji finansowej dłużnika – nierozwiązany pozostaje problem sposobu i metodologii dokonania oceny sytuacji finansowej i majątkowej dłużnika, wynikający z obecnej treści ust. 2 art. 11. Nowy przepis (XX) odpowiadający obecnemu ust. 2 replikuje ten problem.

- 2.3 Na bazie istniejących przepisów oceny sytuacji majątkowej dłużnika dokonuje:

- (i) dłużnik na etapie podjęcia decyzji, czy złożyć czy nie wniosek o ogłoszenie upadłości. Składając wniosek znajduje to swój wyraz w art. 23 ust. 1, gdzie dłużnik sam szacuje wartość swojego majątku. Z obecnego brzmienia ust. 2 (jak i ust. 1) art. 11 p.u.n. należy wnioskować, iż dłużnik w każdej chwili wie (a powinno to być obiektywnie sprawdzalne), iż nastąpił stan jego niewypłacalności. Potrzebuje bowiem 14 dni na przygotowanie i skompletowanie dokumentów zgodnie z art. 22 i 23 p.u.n., by złożyć kompletny wniosek o ogłoszenie swojej upadłości;
- (ii) sąd rozpatrując wniosek dłużnika albo wierzyciela, gdzie co prawda można dopuścić dowód z szacunku majątku biegłego (art. 31), ale w praktyce bazuje się na szacunku dokonanym przez samego dłużnika w złożonym wniosku, czasami przesłuchując jego reprezentanta). Podstawą dokonywanej oceny jest m.in. sprawozdanie finansowe złożone wraz z wnioskiem, które jednak nie zawiera wyceny rzeczoznawcy aktualnej wartości (rynkowej) majątku dłużnika;

- (iii) w bardziej ograniczonym stopniu dokonuje tego też wierzyciel składając wniosek o ogłoszenie upadłości, chociaż z oczywistych względów wierzyciel ma mniejszy zasób informacji nt. wartości majątku i stanu zobowiązań dłużnika.

2.4 Nowy artykuł (XX) ma zastąpić funkcjonalnie art. 11 ust. 2. Przy tym:

- 2.4.1 Rozwiązano pośrednio problem wynikający z braku odpowiedniego czasu na dokonanie wyceny / ustalenie wartości majątku i porównania go z wysokością zobowiązań. *De facto* wydłużenie z 14 dni do 24 miesięcy okresu na złożenie wniosku nie rozwiązuje problemu, w jaki sposób przedsiębiorca, czy sąd, ma w sposób wiarygodny, obiektywny i sprawdzalny mierzyć zarówno rzeczywistą (rynkową) wartość majątku i porównać ją ze stanem zsumowanych zobowiązań. Jest to o tyle istotne, iż należy ustalić precyzyjnie, kiedy dochodzi do „przeważania” jednej wartości nad drugą gdyż od tego momentu biegnie obowiązek złożenia wniosku o upadłość (dużo łatwiejsze jest oczywiście badanie takiego stanu *post factum*).
- 2.4.2 Rozwiązanie, zgodnie z którym ww. „przeważenie” może utrzymywać się przez 24 miesiące, nie będzie dyscyplinowało dłużnika, lecz stanowiło swoistego rodzaju odroczenie w czasie problemu, z oczywistą szkodą dla wierzycieli dłużnika. W przypadku rzetelnych dłużników przepis może implikować konieczność badania stanu majątku nie rzadziej niż dwa razy przez okres 24 miesięcy, co nie jest rozwiązaniem praktycznym.
- 2.4.3 Pozostaje problem, na jakiej podstawie sąd ma oceniać prawdziwość twierdzeń dłużnika. Wraz z wnioskiem o upadłość dłużnik nie składa wyceny swojego majątku, lecz jedynie przedstawia jego szacunkową wartość. Składając wniosek o upadłość, dłużnik sam dokonuje szacunku, tak jak sam decyduje, kiedy złożyć wniosek. Jak praktyka wskazuje, jest to robione zbyt późno, wątpliwa też musi być wiarygodność szacunków majątku dokonywana przez dłużnika.
- 2.4.4 Brak jest przepisów wymuszających dokonanie rzetelnej, obiektywnej i sprawdzalnej wyceny majątku przed wydaniem postanowienia w sprawie ogłoszenia upadłości. Ogłoszenie upadłości likwidacyjnej, czyli odebranie prawa prowadzenia przedsiębiorstwa, a w przypadku osób prawnych zakończenia ich bytu, jest tak istotnym zdarzeniem, że musi być oparte o precyzyjne, obiektywne i sprawdzalne dane, gdyż w przeciwnym przypadku ryzyko popełnienia błędu jest znaczne.
- 2.4.5 Pozostaje kwestia wagi jednego i drugiego testu niewypłacalności – z obecnych, jak i z proponowanych przepisów wynika, że są one równorzędne (przy zastosowaniu w stosunku do osób prawnych i jednostek organizacyjnych) – jak wiadomo nie odpowiada to rzeczywistości. Kwestia ustalenia, które zobowiązania zaliczać przy ustalaniu stanu niewypłacalności też pozostaje nierozwiązana. Należałoby określić nie tylko, które zobowiązania zaliczyć, ale jak wycenić niektóre zobowiązania np. niewymagalne, warunkowe etc.

- 2.5 Problemy praktyczne, podnoszone przez doktrynę dot. „przeważenia” zobowiązań przedsiębiorcy rozpoczynającego działalność gospodarczą nie wydają się być rozwiązane. Na bazie propozycji:
- (i) zobowiązania pieniężne z okresem spłaty przekraczającym 24 miesiące (np. kredyty hipoteczne) albo zsumowane zobowiązania przedsiębiorców prowadzących inwestycje (np. budowa fabryki) zanim rozpocznie się produkcja i sprzedaż, nadal będą kwalifikować takich przedsiębiorców jako niewypłacalnych;
 - (ii) problem niepewności losu przedsiębiorcy, który uzależniony jest od interpretacji sądu jest nadal obecny - ust 2. art. XX p.u.n. łagodzi ten stan, ale w sposób niepożądany – kreuje kolejną podstawę oceną dla sądu, gdy tendencja powinna być odwrotna. Nie może być tak, że przedsiębiorca rozpoczynając poważną inwestycję, podejmując ryzyka gospodarcze musi się liczyć z kolejnym ryzykiem, tym razem prawnym, wynikającym z nieprecyzyjnej definicji niewypłacalności jak i ryzykiem wadliwej bądź dokonanej przy pomocy innej metody oceny stanu jego wypłacalności;
 - (iii) przy pewnego rodzaju działalności gospodarczej nie kapitałochłonnej (np. usługi) majątek przedsiębiorcy może być znikomy w stosunku do wysokości zobowiązań, gdyż to, co decyduje o wartości przedsiębiorstwa jest w praktyce trudne do wyceny. Przykładem niech będą przedsiębiorcy, u których główny składnik majątku to niezarejestrowane prawa na dobrach niematerialnych, duża baza klientów (stały dopływ nowych), unikalność usług (quasi-monopolistyczna pozycja na rynku), lokalizacja miejsca prowadzonej działalności gwarantująca stały obrót, czy też brak innych ryzyk związanych z prowadzoną działalnością, co może uzasadniać ponadnormatywny rozmiar zaciągniętych zobowiązań.
- 2.6 Zmiana właściwości sądów ds. spraw upadłościowych – przeniesienie spraw upadłościowych do sądów okręgowych, nie rozstrzyga problemu, iż to sędziowie, a więc profesjonalni prawnicy, nadal rozstrzygać będą o sprawach wymagających wiedzy eksperckiej z zakresu ekonomii i gospodarki.
- 2.7 Przeniesienie wszystkich spraw upadłościowych do sądów okręgowych nie wydaje się być dobrym rozwiązaniem – przyjęcie wartości majątku albo obrotów dłużnika mogłoby stanowić właściwsze kryterium na podział instancyjny pomiędzy sądy rejonowe i okręgowe.

3. Wskaźniki mogące świadczyć o nadchodzącej niewypłacalności

- 3.1 SPR podziela uzasadnienie, iż o niewypłacalności powinien decydować stan przedsiębiorstwa (lub łączny stan przedsiębiorstw) dłużnika. Wątpliwym jednak jest utożsamienie przesłanek umożliwiających dalszą kontynuację działalności przedsiębiorcy z tymi, które stanowią o jego niewypłacalności. Wystąpienie nawet kilku przesłanek wskazanych na liście wskazówek w Międzynarodowym Standardzie Rewizji Finansowej nr 570 nie musi oznaczać, iż w niedalekiej przyszłości dojdzie do niewypłacalności, równie

dobrze ich zaistnienie może oznaczać konieczność przeprowadzenia procedury likwidacji wypłacalnego przedsiębiorcy.

4. Zmiany do art. 14 k.s.h.

- 4.1 Proponowane zmiany mogą być traktowane, jako naruszenie jednej z podstawowych zasad prawa korporacyjnego, tj. iż wspólnik ponosi ryzyko gospodarcze do wysokości zadeklarowanego wkładu (*vide* np. art. 151 § 1 k.s.h.), a rozpatrując stan od strony spółki, spółka odpowiada za swoje zobowiązania tylko swoim majątkiem, a nie majątkiem osoby trzeciej (wspólnika).
- 4.2 W przypadku zastosowania proponowanego przepisu prawa do sektora MiSP, może on demotywować wspólników w spółkach kapitałowych do angażowania się w spółki będące *start-up'ami* oraz do ich wspomagania finansowego/gospodarczego.
- 4.3 Proponowane zmiany *de facto* nie stanowią uzupełnienia istniejącej regulacji, lecz tworzą zupełnie nową sytuację prawną, rozbieżną z obecnie obowiązującymi przepisami k.s.h., które przewidują rozwiązania chroniące majątek spółki (patrz przepisy dot. wypłaty zaliczki na poczet dywidendy, zwrotu dopłat, ochrony kapitału zakładowego, etc.).
- 4.4 W przypadku zastosowania do grup kapitałowych, nowe przepisy regulują obszar dotychczas objęty szczerką regulacją *vide* art. 2 do 8 k.s.h., często niestosowaną w praktyce, np. określającą odpowiedzialność spółek dominujących za zobowiązania spółek zależnych. Tego rodzaju regulacje winny być częścią prawa holdingowego, a wprowadzanie ww. przepisów regulujących relacje spółka – wspólnik tylko na wypadek upadłości należy uznać za przedwczesne.
- 4.5 Aczkolwiek przedstawiony w uzasadnieniu stan dotyczący finansowania działalności dłużnika (spółki kapitałowej) jest dość częsty, nie zostały przedstawione przyczyny, dla których ustawodawca miałby inaczej (gorzej) traktować wspólników, niż osoby trzecie w przypadku ogłoszenia upadłości.
- 4.6 Przedstawione stany faktyczne uzasadniające przedstawione propozycje są oczywiście spotykane w praktyce, ale również w praktyce spotykane są do nich stany do zupełnie przeciwne.
- 4.7 To właśnie na etapie początkowym prowadzenia działalności spółki, wspólnik będący często wierzycielem spółki udziela jej „wsparcia”, w sytuacji, gdy spółka nie ma zdolności kredytowej. Wspólnik albo wspólnicy wspomagają spółkę mając interes w tym, aby spółka odniosła sukces gospodarczy. Nie każdy wspólnik-wierzyciel zabezpiecza się na majątku dłużnika-spółki (dotyczy to w szczególności spółek z jednym albo większościovym wspólnikiem); wręcz przeciwnie (z ekonomicznego punktu widzenia) taki wspólnik nie rozróżnia majątku spółki od własnego majątku, nie zabezpiecza swoich interesów na wypadek upadłości, ponieważ gdy spółka rozpoczyna swoją działalność takiej sytuacji się nie

zakłada.

- 4.8 Przy zastosowaniu znowelizowanych przepisów, wspólnik może być podwójnie stratny z ekonomicznego punktu widzenia w przypadku ogłoszenia upadłości jego spółki: dla przykładu w przypadku sprzedaży z odroczonym terminem płatności wspólnik przenosi własność rzeczy na spółkę, w międzyczasie (w okresie 5 lat jak wynika z propozycji) spółka sprzedaje nabyte towary lub urządzenia, tudzież jeżeli pozostają one jej własnością staną się częścią masy upadłości. Wspólnik zatem ani nie dostanie zapłaty ceny ani nie będzie właścicielem towaru. Nie można utożsamiać interesu wspólnika wierzyciela z interesem spółki.
- 4.9 Istnieją inne instrumenty prawne, które mogą podważać „nie ekwiwalentność” transakcji zawartych przed ogłoszeniem upadłości pomiędzy spółką a jej wspólnikami.
- 4.9.1 Przebicie tzw. korporacyjnego welonu i odejście od zasady odpowiedzialności wspólnika do wysokości zadeklarowanego i wpłaconego kapitału zakładowego. Ochrona innych wierzycieli kosztem wierzycieli-wspólników idzie zbyt daleko w kierunku ochrony tych pierwszych, naruszając zasadę pewności prawa i swobody zawierania umów, powodując odpowiedzialność wspólnika za zobowiązania spółki majątkiem, którego nie przeznaczał na wkład do prowadzenia działalności gospodarczej. W przypadku dokonywania wkładu do spółki transakcja pomiędzy spółką a jej wspólnikiem jest z natury rzeczy ekwiwalentna, tj. w zamian za wkład wspólnik nabywa prawa udziałowe. W przypadku przekwalifikowania „czynności prawnej o podobnych skutkach...” brak jest ekonomicznego ekwiwalentu, który by dostał wspólnik, bowiem wskazany przepis się materializuje w momencie ogłoszenia upadłości, gdy oczywistym jest, że o ekwiwalentności (zwrocie całości świadczenia w ramach postępowania upadłościowego) nie może być mowy.
- 4.9.2 SPR nie podziela poglądu, iż:
- (i) świadczenie pieniężne ze wskazanych czynności prawnych (i im podobnych – to wymaga doprecyzowania) pochodzące od wspólnika winny mieć charakter wkładu do spółki;
 - (ii) posiadanie przez wspólnika szerszej niż przez innego wierzyciela wiedzy nt. działalności przedsiębiorstwa spółki uzasadnia tezę albo wręcz kreuje domniemanie, iż każdy stosunek prawny łączący spółkę ze wspólnikiem jest korzystniejszy dla wspólnika niż dla spółki ze szkodą dla innych wierzycieli spółki.
- 4.9.3 Z proponowanych rozwiązań przyjęcie, iż wspólnik-wierzyciel będzie zaspokojony w niższej kategorii, niż inny wierzyciel niezabezpieczony, jest lepszym rozwiązaniem, niż traktowanie świadczenia pieniężnego jako wkładu do spółki.

Przedstawiona propozycja wzmacnia interes wierzycieli niebędących współnikami, jednak należy zadać pytanie, czy przy pełnym wykorzystaniu obecnych rozwiązań prawnych, zwłaszcza przepisów k.s.h., istnieje taka potrzeba.

4.10 Należy rozważyć zasadność stosowania proponowanego przepisu do poniższych stanów faktycznych i prawnych:

- (i) do umowy dostawy towaru zawartej z akcjonariuszem spółki publicznej posiadającym nieznacznie ponad 10% akcji, który nie ma żadnego wpływu na spółkę publiczną, jeżeli chodzi o treść zawieranej umowy;
- (ii) do spółek pracowniczych powstałych na bazie majątku po likwidacji przedsiębiorstw państwowych i wszędzie tam gdzie pakiety akcji przyznano kadry menedżerskiej;
- (iii) do umów cywilnych, na podstawie których świadczone są usługi zarządcze na rzecz spółki przez jej współników;
- (iv) do wynagrodzenia wypłaconego współnikowi w związku z wykonaniem obowiązku dostawy towarów określonego w umowie w spółki z o.o., gdzie zastosowanie ma art. 176 § 1 ksh (umowa spółki jest dokumentem publicznie jawnym);
- (v) do wynagrodzenia z tytułu umorzenia udziałów;
- (vi) do pożyczek i innych czynności o podobnym skutku zawartych zanim dany podmiot został współnikiem, w zakresie pełnym, nie tylko w zakresie wyjątku przewidzianego w art. 14 § 4 pkt 3, czyli tylko w odniesieniu do pożyczek przed konwersją w ramach układu.

III. UCZESTNICTWO DŁUŻNIKA W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

1. **SPR zgadza się ze stanowiskiem wyrażonym w uzasadnieniu Rekomendacji odnośnie potrzeby nowelizacji art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych** nakazującej **obligatoryjne** wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy w upadłości zarówno likwidacyjnej jak i układowej.
 - 1.1 W ocenie SPR, stosowanie normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych może, w szczególnych przypadkach, stanowić realną i trudną do usunięcia przeszkodę dla restrukturyzacji przedsiębiorcy i zawarcia wykonalnego układu z wierzycielami.
 - 1.2 Znaczenie tej normy i jej potencjalnie negatywne – z perspektywy celów postępowania upadłościowego – skutki nie są jednak ograniczone wyłącznie do postępowania upadłościowego z możliwością zawarcia układu. Postulat zachowania przedsiębiorstwa upadłego (wyrażony w art. 2 p.u.n.) dotyczy również upadłości likwidacyjnej. Prowadzenie przez syndyka przedsiębiorstwa upadłego, w tym zdobywanie nowych zamówień, może przyczynić się do zwiększenia efektywności postępowania poprzez zapewnienie wyższych wpływów ze sprzedaży przedsiębiorstwa.
 - 1.3 Konieczność nowelizacji art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych uzasadnia również najnowsze orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, np. wyrok z dnia 3 lipca 2012 r. (sygn. akt 1275/12). W sprawie objętej wyrokiem Krajowa Izba Odwoławcza uznała za zasadne wykluczenie konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z ogłoszeniem upadłości układowej jednego z jego uczestników po wyborze oferty konsorcjum jako najkorzystniejszej. Wykładnia ustawy dokonana przez Krajową Izbę Odwoławczą zmierza więc w kierunku rozszerzenia zakresu zastosowania bezwzględnego nakazu wykluczenia wykonawcy, co do którego ogłoszono upadłość, poprzez objęcie nim wszystkich etapów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wbrew przyjętej wcześniej w orzecznictwie i doktrynie zasadzie, że istnienie przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych bada się jedynie na etapie tzw. prekwalfikacji (formalnego badania dopuszczalności złożenia oferty). Wykładnię tę uzasadnia przyjęcie przez Krajową Izbę Odwoławczą apriorycznego i oderwanego od okoliczności danej sprawy założenia, że przedsiębiorca w upadłości (w tym, w upadłości układowej) nie daje rękojmi wykonania zamówienia.
 - 1.4 Odnosząc się do uzasadnienia Rekomendacji można jednak wskazać, że potrzeby nowelizacji art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie powinno raczej uzasadniać się poprzez odwołanie do zamówień sektorowych. W zamówieniach sektorowych na podstawie art. 138c ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający może bowiem odstąpić od obowiązku wykluczenia z postępowania wykonawców, w stosunku do

których zachodzi art. 24 ust. 1 pkt 2 tej ustawy, a więc przedsiębiorców w upadłości. Jeżeli zamawiający dopuści taką możliwość, przedsiębiorcy w upadłości mogą więc brać udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia sektorowego.

2. Implementacja rozwiązania zaproponowanego w Rekomendacji (pozbawienie ogłoszenia upadłości – wszczęcia postępowań objętych zakresem Rekomendacji – jakiegokolwiek wpływu na możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego) **nie wydaje się jednak uzasadniona** z uwagi na konieczność zachowania funkcji ochronnej norm ustawy Prawo zamówień publicznych wyrażającej się w możliwości wykluczenia wykonawców nie dających rękojmi wykonania zamówienia.

2.1 Wyliczenie podstaw wykluczenia z postępowania zawarte w ustawie Prawo zamówień publicznych ma charakter enumeratywny. Implementacja rozwiązania zaproponowanego w Rekomendacji skutkowałaby nakazem pominięcia przez zamawiającego okoliczności, że wykonawca jest w upadłości. W konsekwencji, zamawiający byłby pozbawiony uprawnienia do wykluczenia wykonawcy, co do którego istniałby bardzo wysokie prawdopodobieństwo, iż z powodu ogłoszonej upadłości utraci potencjał i możliwości finansowe pozwalające na wykonanie zamówienia.

2.2 Zachowanie możliwości wykluczenia z powodu upadłości (w tym upadłości układowej) jest zgodne z Dyrektywą 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. W myśl art. 45 ust. 2 lit. a) i b) Dyrektywy [z] *udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który: a) jest w stanie upadłości lub likwidacji, [...] b) jest przedmiotem postępowania o ogłoszenie upadłości, o wydanie nakazu przymusowej likwidacji, o ustanowienie zarządu sądowego, postępowania układowego z wierzycielami lub innego podobnego postępowania.*

3. SPR proponuje nowelizację art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych polegającą na zastąpieniu nakazu obligatoryjnego wykluczania wykonawcy, co do którego ogłoszono upadłość, **pozostawieniem zamawiającemu możliwości wykluczenia** takiego wykonawcy. Proponowana nowelizacja pozwoli zachowanie możliwości realizacji celów postępowania upadłościowego przy poszanowaniu funkcji i celów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pozostawi ona bowiem zamawiającemu możliwość dokonania oceny okoliczności faktycznych i potencjału wykonawcy pod kątem zdolności wykonania zamówienia oraz wykluczenie wykonawcy, jeżeli rękojmi wykonania zamówienia nie może zapewnić.

IV. ZAPIS NA SĄD POLUBOWNY I WPŁYW POSTĘPOWAŃ OKREŚLONYCH USTAWĄ NA TOCZĄCE SIĘ POSTĘPOWANIA

1. Zapis na sąd polubowny

1.1 SPR podziela pogląd wyrażony w Rekomendacjach **o zasadności uchylenia art. 142 p.u.n. i art. 147 p.u.n.**, które stanowią, że zapis na sąd polubowny dokonany przez upadłego traci moc z dniem ogłoszenia upadłości, a toczące się postępowania arbitrażowe ulegają umorzeniu.

1.1.1 Uzupełniając uzasadnienie zawarte w Rekomendacjach należy wspomnieć, że umorzenie postępowania arbitrażowego wszczętego przed dniem ogłoszenia upadłości może być niepożądane z perspektywy realizacji celów postępowania upadłościowego i pociągać za sobą negatywne skutki dla masy upadłości:

- (i) w postępowaniach arbitrażowych upadły może występować jako powód. Umorzenie postępowania arbitrażowego powoduje konieczność wytoczenia powództwa o to samo roszczenie przed sądem powszechnym, a więc przynajmniej częściową utratę nakładów poniesionych w związku z postępowaniem (opłata arbitrażowa, zaliczki na koszty, koszty zastępstwa prawnego itp.), konieczność wniesienia opłaty sądowej, a także znaczne przedłużenie czasu potrzebnego do uzyskania prawomocnego rozstrzygnięcia;
- (ii) relatywna szybkość i tzw. taniość postępowania arbitrażowego wynikająca z odformalizowania postępowania oraz jego, co do zasady, jednoinstancyjności wpisuje się w postulat szybkości postępowania upadłościowego. Ustawodawcy powinno zależeć na sprawnym rozstrzygnięciu sporów dotyczących składników masy upadłości, które może zapewnić kontynuacja postępowań arbitrażowych wszczętych przed datą ogłoszenia upadłości.

1.1.2 Odnosząc się do argumentu o iluzorycznym charakterze ochrony przed arbitrażem, jaką miały zapewnić ww. przepisy, należy również wskazać brak możliwości ich bezpośredniego zastosowania do postępowań arbitrażowych toczących się zagranicą. Ograniczając uwagi do arbitraży wszczętych w innych Państwach Członkowskich (za wyjątkiem Danii), zgodnie z art. 15 Rozporządzenia Rady (WE) Nr 1346/2000 dnia 29 maja 2000 r. w sprawie postępowania upadłościowego, wpływ postępowania upadłościowego na toczące się postępowanie dotyczące przedmiotu albo prawa wchodzącego w skład masy podlega wyłącznie prawu Państwa Członkowskiego, w którym toczy się postępowanie. Zastosowanie tej normy do postępowań arbitrażowych zostało potwierdzone w orzecznictwie sądów angielskich i

polskich wydanych w sprawie Elektrim S.A.³. Jeżeli prawo Państwa Członkowskiego, w którym toczy się postępowanie arbitrażowe, dopuszcza możliwość jego kontynuacji po ogłoszeniu upadłości strony (jest to rozwiązanie dominujące), nie dojdzie do umorzenia postępowania i sąd (trybunał) arbitrażowy wyda w sprawie wyrok. Wyrok wydany po dacie ogłoszenia upadłości będzie zaś podlegał uznaniu lub stwierdzeniu wykonalności przez polski sąd powszechny na zasadach ogólnych⁴.

2. SPR przy tym postuluje, aby uchyleniu art. 142 p.u.n. i art. 147 p.u.n. towarzyszyło **wprowadzenie przepisów regulujących wszczynanie przez albo przeciwko syndykowi, zarządcy postępowań arbitrażowych, wstąpienie ich do toczącego się postępowania arbitrażowego, a także udział w nim nadzorcy sądowego.**

2.1.1 Uchylenie art. 142 p.u.n. i art. 147 p.u.n. powinno być połączone z wprowadzeniem przepisów potwierdzających związanie syndyka lub zarządcy umową o arbitraż zawartą przez dłużnika (upadłego) oraz regulujących zasady wstąpienia tych podmiotów do toczącego się postępowania arbitrażowego (np. w sposób podobny do zasad obowiązujących w procesie cywilnym). Wprowadzenie przepisów pozwoliłoby na uniknięcie wątpliwości co do sposobu postępowania, które pojawiały się w poprzednim stanie prawnym – obowiązującym przed wejściem w życie p.u.n., w którym nie obowiązywały żadne przepisy wprost określające wpływ ogłoszenia upadłości albo wszczęcia postępowania układowego na umowę o arbitraż (zapis na sąd polubowny) i toczące się postępowania arbitrażowe⁵.

2.1.2 Należy również wprowadzić przepisy dotyczące udziału nadzorcy sądowego w postępowaniach arbitrażowych (względnie, jego związania umową o arbitraż). W postępowaniach cywilnych nadzorca sądowy nie jest zastępcą procesowym strony, a jedynie wstępuje do nich z mocy prawa i korzysta z uprawnień procesowych przysługujących interwenientowi ubocznemu samoistnemu (art. 138 p.u.n.). Udział w postępowaniu arbitrażowym osób innych niż strona (podmiot objęty podmiotowym zakresem zapisu na sąd polubowny) jest zaś co do zasady niedopuszczalny. Możliwość udziału osoby trzeciej w postępowaniu może być co prawda uregulowana

³ Wyrok angielskiego sądu powszechnego – Wysokiego Trybunału, Wydziału Ławy Królewskiej, Sądu Gospodarczego (*The High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court*) z dnia 2 października 2008 r. w postępowaniu wszczętym przez Zarządcę masy upadłości Elektrim S.A. w upadłości układowej na podstawie Art. 67 angielskiej ustawy o arbitrażu (*Arbitration Act*) przeciwko m.in. Vivendi S.A. (sygn. akt 2008 No 367) oraz wyrok angielskiego Sądu Apelacyjnego w Londynie z dnia 9 lipca 2009 r. wydany w tej samej sprawie (sygn. akt A2/2008/2435), postanowienia Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 16 i 18 listopada 2009 r. (sygn. akt I ACz 1883/09, I ACz 1686/09) w przedmiocie uznania i stwierdzenia wykonalności wyroków zagranicznego sądu polubownego.

⁴ Por. postanowienia Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 16 i 18 listopada 2009 r. (sygn. akt I ACz 1883/09, I ACz 1686/09) w przedmiocie uznania i stwierdzenia wykonalności wyroków zagranicznego sądu polubownego, w których Sąd Apelacyjny m.in. wyraził pogląd, że klauzula porządku publicznego (wyrażona w art. V ust. 2 lit. b) Konwencji o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych sporządzonej w Nowym Jorku dnia 10 czerwca 1958 r.) nie stoi na przeszkodzie uznaniu i stwierdzeniu wykonalności zagranicznych wyroków sądów arbitrażowych wydanych po dacie ogłoszenia upadłości spółki prawa polskiego.

w treści regulaminu arbitrażowego⁶, jednakże, jeżeli nie jest ona objęta zakresem podmiotowym umowy o arbitraż, z uwagi na istotę powstępowania arbitrażowego, jej status nie może być zrównany ze statusem procesowych interwenienta ubocznego samoistnego, w tym nie jest wymagana jej zgoda na tzw. czynności dyspozytywne wymienione w art. 138 ust. 3 p.u.n., ani nie jest ona związana powagą rzeczy osądzonej, z której może korzystać – po uznaniu albo stwierdzeniu wykonalności – wyrok sądu arbitrażowego (art. 1212 § 1 k.p.c.). Stąd też pojawia się konieczność wprowadzenia postulowanych regulacji.

3. Zawieszenie postępowań egzekucyjnych lub czynności o skutku równoważnym wskutek złożenia wniosku o otwarcie postępowania naprawczego lub ogłoszenie upadłości

- 3.1 SPR zgadza się z postulatem **rozszerzenia zakresu ochrony majątku dłużnika** przed działaniami o charakterze egzekucyjnym lub windykacyjnym zmierzającymi do zaspokojenia wierzytelności, w trakcie postępowania zainicjowanego wnioskiem o wszczęcie postępowań określonych w p.u.n. Na aprobatę zasługuje wprowadzenie dwóch następujących po sobie etapów zabezpieczania majątku dłużnika - pierwszego, następującego w rezultacie złożenia wniosku o wszczęcie postępowania, gdy ochrona udzielana jest automatycznie – z mocy prawa i jest krótkotrwała (tj. ograniczona do dwóch tygodni) oraz drugiego (fakultatywnego), gdy zabezpieczenie może zostać udzielone na mocy postanowienia sądu.
- 3.2 Podzielając zasadnicze tezy uzasadnienia, SPR wskazuje, że zakres zmian proponowanych w Rekomendacji powinien jednak zostać **doprecyzowany i rozszerzony**.
- 3.3 W pierwszej kolejności należy w sposób jednoznaczny rozstrzygnąć kwestię objęcia zakresem ochrony majątku dłużnika w drodze zabezpieczenia czynności zmierzających do zaspokojenia **wierzytelności zabezpieczonych** ograniczonymi prawami rzeczowymi, przewłaszczeniem albo cesją na zabezpieczenie.
- 3.3.1 W obecnym stanie prawnym, egzekucja ww. wierzytelności nie może zostać zawieszona w trybie zabezpieczenia majątku dłużnika (art. 39 p.u.n.). Zasadnym jest więc jasne wskazanie, że zabezpieczenie może dotyczyć również czynności zmierzających do zaspokojenia wierzytelności zabezpieczonych – i to zarówno w pierwszym jak i drugiego etapu postępowania zabezpieczającego. Rekomendacja zdaje się ograniczać możliwość objęcia zabezpieczeniem ww. wierzytelności jedynie do pierwszego etapu.

5 Por. J. Broł, *Klauzula arbitrażowa w świetle prawa upadłościowego*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego, Nr 3 1999, s. 14 i nast.

6 Jako przykład można wskazać § 21 Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy PKPP Lewiatan z dnia 1 marca 2012 r., zgodnie z którym strona może złożyć wniosek o dopuszczenie osoby trzeciej do wzięcia udziału w postępowaniu w charakterze interwenienta ubocznego, jednakże osoba ta na skutek przystąpienia do strony nie staje się stroną postępowania arbitrażowego.

- 3.4 Zdaniem SPR należy również wprowadzić przepisy dotyczące **blokad** na rachunkach dłużnika ustanawianych przez banki.
- 3.4.1 Rekomendacja ogranicza sposoby zabezpieczenia do ustanowienia zakazu pobierania środków z rachunku. Biorąc pod uwagę potencjalnie negatywne skutki ustanowienia blokady dla możliwości kontynuacji prowadzenia działalności przez dłużnika, a tym samym utrzymania ekonomicznych podstaw dla zawarcia i wykonania układu, jest to niewystarczające.
- 3.4.2 Należy rozważyć wprowadzenie instrumentów pozwalających na zwolnienie spod blokady i wypłatę środków na pokrycie wydatków, które są niezbędne dla zachowania integralności przedsiębiorstwa dłużnika i przeciwdziałania znacznemu pogorszeniu jego stanu. Nakaz wypłaty środków może zostać orzeczony przez sąd, przy czym w celu przeciwdziałania użyciu środków w inny sposób niż wskazany przez sąd, jego wykonanie powinno zostać poddane ścisłej kontroli (np. tymczasowego nadzorca sądowego, względnie dopuszczalna powinna być spłata wierzytelności przez bank na podstawie przekazu).
- 3.5 SPR wskazuje, że zasadne jest ograniczenie przypadków udzielenia przez ustawę ochrony majątku dłużnika z mocy prawa wyłącznie do sytuacji, w których wnioski o wszczęcie postępowania składany jest **przez dłużnika**, względnie, do **pierwszego** wniosku złożonego w stosunku do dłużnika (niezależnie od osoby wnioskodawcy). Automatyczne aktywowanie tak daleko idącego i dotkliwego dla wierzycieli sposobu zabezpieczenia w każdym przypadku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości przez którykolwiek z uprawnionych podmiotów nie wydaje się być uzasadnione.
- 3.6 Wobec automatyzmu, który cechuje zabezpieczenie majątku z mocy prawa, należy również wprowadzić zasady regulujące **skutki dokonania czynności wbrew zakazom** wynikających z ustawy, w tym wprowadzenie sankcji bezskuteczności względnej czynności prawnych (np. oświadczenia o przejęciu na własność przedmiotu zastawu rejestrowego) oraz obowiązku zwrotu (np. po dacie wszczęcia postępowania objętego ustawą) wypłaconych w postępowaniu egzekucyjnym środków, z zapewnieniem, w niezbędnym zakresie, w ochrony osobom działającym w dobrej wierze.
- 3.7 Nadto, zasadnym wydaje się wprowadzenie możliwości **przedłużenia** przez sąd **terminu** zawieszenia postępowań egzekucyjnych albo dokonywania czynności służących zaspokojeniu wierzytelności niezabezpieczonych rzeczowo na majątku dłużnika. Termin trzech miesięcy może okazać się w praktyce zbyt krótki. W przypadku wierzytelności zabezpieczonych, przyjęte rozwiązanie nie powinno odbiegać od zasad przyjętych w postępowaniu układowym (*vide* art. 141 p.u.n. w obecnym brzmieniu), a zatem przedłużenie terminu nie powinno mieć miejsca.

V. ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZA BRAK TERMINOWEGO ZŁOŻENIA WNIOSKU O OGŁOSZENIE UPADŁOŚCI

1. Podkreślenie odszkodowawczego charakteru odpowiedzialności cywilnej członków zarządu

1.1 Proponowana nowelizacja art. 299 k.s.h. i podkreślenie odszkodowawczego charakteru odpowiedzialności członków zarządu spotyka się z uznaniem Stowarzyszenia Praktyków Restrukturyzacji. Postulat taki był już wcześniej wielokrotnie zgłaszany przez przedstawicieli nauki i praktyki prawa upadłościowego, a rekomendowane brzmienie przepisu wpisuje się w tendencje zmierzające do precyzyjnego rozróżniania systemów odpowiedzialności kontraktowej i deliktowej.

2. Wprowadzenie domniemania wysokości szkody wyrządzonej wierzycielom na skutek niezłożenia we właściwym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości

2.1 Zmiana ta również zasługuje na aprobatę SPR. Na gruncie obecnie obowiązujących przepisów wysokość szkody to różnica pomiędzy hipotetyczną wysokością zaspokojenia wierzyciela w razie złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, a faktyczną wysokością zaspokojenia.

2.2 W praktyce prowadziło to do sytuacji, w których udowodnienie szkody było niezmiernie trudne. W konsekwencji, przepisy dotyczące odpowiedzialności członków zarządu nie były wykorzystywane przez wierzycieli. Domniemanie, zgodnie z którym wysokość szkody odpowiada wysokości niezapłaconego przez spółkę roszczenia, przeniesie ciężar jej wykazania na pociągniętych do odpowiedzialności członków zarządu. Tym samym ma szansę sprawić, że ich odpowiedzialność nabierze realnego charakteru.

3. Objęcie likwidatorów odpowiedzialnością za niezłożenie wniosku o ogłoszenie upadłości oraz rozszerzenie jej o członków zarządu oraz likwidatorów spółki akcyjnej

3.1 Propozycja, aby obowiązek zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości rozszerzyć na likwidatorów spółek kapitałowych nie jest kontrowersyjna, a także potwierdza linię wykładni dokonaną przez Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z 28 stycznia 2010 r. Likwidatorzy reprezentują spółki w likwidacji i prowadzą ich sprawy, a zatem powinni również być obowiązani do monitorowania istnienia stanu niewypłacalności tychże spółek.

3.2 Na aprobatę zasługuje również wyjątek odnoszący się do likwidatorów ustanowionych przez sąd oraz likwidatorów w likwidacji przymusowej. Objęcie ich dodatkową odpowiedzialnością odstraszałoby potencjalnych kandydatów do pełnienia tych funkcji.

3.3 Zasadne wydaje się również objęcie członków zarządu spółek akcyjnych odpowiedzialnością cywilnoprawną za szkodę wyrządzoną wierzycielom spółek na tożsamy sposób z członkami zarządu spółek z ograniczoną odpowiedzialnością. Brak takiej regulacji odnośnie

zarządów spółek akcyjnych na gruncie przepisów k.s.h. był niewątpliwie niespójny z innymi przepisami, które jednakowo traktowały członków zarządu spółek kapitałowych w zakresie ich odpowiedzialności za zobowiązania spółki. Dla przykładu można wskazać w tym miejscu przepis art. 21 § 3 p.u.n., który przewidywał odpowiedzialność względem wierzycieli za niezłożenie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki, czy też przepis art. 116 Ordynacji podatkowej statuujący odpowiedzialność członków zarządu za zobowiązania podatkowe spółek. Projektowana zmiana przyczyni się zatem do większej spójności systemu prawa.

4. Wydłużenie terminu do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości

4.1 Projektowana zmiana terminu do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości poprzez jego wydłużenie z okresu dwóch tygodni do okresu jednego miesiąca wydaje się być, w ocenie SPR, celowa i pożądana. Aktualnie obowiązujący termin dwutygodniowy w wielu przypadkach może być zbyt krótki dla dokonania rzetelnej analizy sytuacji finansowej spółki oraz przygotowania samego wniosku wraz z dokumentacją, która powinna być do niego załączona. Ponadto, dłuższy termin stwarza możliwość podjęcia działań mających na celu ustalenie możliwości restrukturyzacyjnych i tym samym przedstawienie sądowi upadłościowemu bardziej rzetelnej informacji na temat sytuacji finansowej oraz możliwych rozwiązań w zakresie restrukturyzacji spółki.

5. Uchylenie przepisów art. 586 k.s.h. oraz 128 i 129 ustawy o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej

5.1 SPR nie zgadza się z rekomendacją Zespołu MS dotyczącą wyeliminowania z obrotu prawnego przepisów przewidujących sankcje karne za brak terminowego zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości. W szczególności należy zastanowić się, czy rezygnacja z tych przepisów rzeczywiście pozostaje w zgodzie z jednym z głównych celów projektowanej nowelizacji, którym jest zwiększenie efektywności postępowania upadłościowego i zapewnienie wyższego stopnia ochrony wierzycieli niewypłacalnego dłużnika.

5.2 Należy wskazać kilka grup argumentów, które przemawiają za pozostawieniem systemu odpowiedzialności karnej za nieterminowe zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości w polskim systemie prawnym, tj.:

- (i) rezygnacja z odpowiedzialności karnej nie wpisuje się w tendencje innych ustawodawstw europejskich (przewidujących obowiązek zgłoszenia przez zarząd wniosku o ogłoszenie upadłości). Nie jest też prawdziwe stwierdzenie, zgodnie z którym zmiana ta miałaby wpisywać się w założenia Komisji do Rady, Parlamentu Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „W jaki sposób przezwyciężyć piętno porażki poniesionej w działalności gospodarczej – działania na rzecz polityki drugiej szansy z 5 października 2007 r.” („**Komunikat Komisji**”);

- (ii) zbyt daleko idące jest twierdzenie Zespołu MS, zgodnie z którym zmiana ta wynika z „konieczności likwidacji typów czynów zabronionych zbędnych dla zapewnienia efektywnej ochrony obrotu gospodarczego”. Wprawdzie obecne przepisy karne nie są często wykorzystywane w praktyce. Niemniej jednak przyczyną tego stanu jest z jednej strony brak odpowiednich procedur oraz właściwego przepływu informacji pomiędzy organami państwa (w szczególności pomiędzy sądem upadłościowym a prokuraturą), z drugiej zaś – dotychczasowa trudność w udowodnieniu szkody wierzyciela, który mógłby w postępowaniu karnym dochodzić jej naprawienia. Jak podkreślono w punkcie 2 powyżej, planowane wprowadzenie domniemania w tym zakresie ma szansę sprawić, że przepisy dotyczące odpowiedzialności członków zarządu (zarówno cywilnej, jak i karnej) w przypadku braku terminowego złożenia wniosku o ogłoszeniu upadłości nabrają realnego znaczenia;
- (iii) rezygnacja z odpowiedzialności karnej prowadzi do pozbawienia wierzycieli możliwości dochodzenia naprawienia szkody w postępowaniu karnym, które mogłoby być dla nich korzystniejsze niż występowanie na drogę cywilną z uwagi na znacznie bardziej skuteczny mechanizm windykacyjny zasądzonych należności, tj. mechanizm przewidujący wydanie wyroku karnego w zawieszeniu połączony z obowiązkiem naprawienia szkody wyrządzonej pokrzywdzonym. Skuteczność ta wynika m.in. z faktu, iż niewykonanie tego obowiązku może skutkować odwieszeniem kary, co z kolei może okazać się bardzo motywujące dla zobowiązanych, a dla wierzycieli – może stanowić skuteczną gwarancję zapłaty zasądzonych na ich rzecz płatności;
- (iv) w uzasadnieniu rekomendacji dla proponowanych zmian legislacyjnych podkreśla się represyjną funkcję kary, pomijając jej bardzo istotny, prewencyjny cel, który może się przyczynić do tego, że członkowie zarządu – w obawie przed grożącą im odpowiedzialnością karną – będą odpowiednio wcześniej wszczynać postępowania restrukturyzacyjne względem zarządzanych przez nich spółek;
- (v) Pozostawienie w obrocie prawnym odpowiedzialności karnej, w tym przewidzianej kary pozbawienia wolności dla członków zarządu naruszających przepisy p.u.n., stwarza większą presję na członków zarządu i wspólników spółek zagrożonych niewypłacalnością, aby w odpowiednim czasie podjąć przewidziane prawem działania restrukturyzacyjne.

Ad (i) Uzasadnienie rekomendacji Zespołu MS wskazuje, że rezygnacja z odpowiedzialności karnej osób reprezentujących spółki kapitałowe wpisuje się w założenia wynikające z Komunikatu Komisji. Zauważyć jednak należy, że Komunikat Komisji dotyczy promowania procesów restrukturyzacyjnych, a także niwelowana zjawiska „piętna”, które odciska się na dotkniętych niewypłacalnością przedsiębiorcach oraz wspierania tychże przedsiębiorców, w szczególności jeśli niepowodzenie było następstwem okoliczności od nich niezależnych.

Omawiana zmiana reguluje tymczasem kwestię wszczęcia postępowania upadłościowego i obowiązku zarządu przedsiębiorcy w tym zakresie, zaś sankcje mają jedynie na celu zapewnienie wykonania tego obowiązku przez osoby zobowiązane. Wydaje się zatem, że kwestia ta nie ma związku z niwelowaniem napiętnowania upadłego przedsiębiorcy, będącego skutkiem jego niepowodzenia w prowadzeniu działalności gospodarczej.

Podobnie, niewiele ustawodawstw europejskich uznało rezygnację z odpowiedzialności karnej za niezłożenie wniosku o ogłoszenie upadłości za implementującą rekomendację Komunikatu Komisji. Wydaje się na to wskazywać fakt, iż po upływie ponad 5 lat od opublikowania Komunikatu Komisji, odpowiedzialność karna członków zarządów spółek kapitałowych za wskazane powyżej okoliczności jest przewidziana w przeważającej większości ustawodawstw państw europejskich, chociaż zasady jej egzekwowania oraz wysokość sankcji są bardzo zróżnicowane (maksymalny wymiar kary od jednego roku pozbawienia wolności w Polsce czy Portugalii, poprzez 2 lata pozbawienia wolności w Belgii czy Luksemburgu, 3 lata pozbawienia wolności w Niemczech, aż po 10 lat pozbawienia wolności we Włoszech).

Wskazać również należy, że niektóre państwa członkowskie, jak np. Wielka Brytania czy Holandia w ogóle nie przewidują obowiązku zgłoszenia przez zarząd wniosku o ogłoszenie upadłości, a tym samym oczywiście jest, że nie przewidują żadnej sankcji w tych okolicznościach. Jest to jednak wynikiem odmiennego spojrzenia tych ustawodawstw na rolę zarządu w spółkach kapitałowych. Jednakże zdecydowana większość państw europejskich, które regulują ten obowiązek, przewiduje odpowiedzialność zarówno na gruncie prawa cywilnego, jak i karnego. Wyjątkiem w tym zakresie jest np. Słowenia, gdzie przewidziano wyłącznie odpowiedzialność cywilnoprawną.

Ad (ii) Zespół MS wskazuje, że celem planowanej nowelizacji jest również likwidacja typów czynów zabronionych zbędnych dla zapewnienia efektywnej ochrony obrotu gospodarczego. Za taki czyn Zespół MS uważa brak terminowego złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, przywołując na poparcie tej opinii analizy przeprowadzone w Apelacji Białostockiej, z których wynika, że *„sankcje karne, pomimo ich rozbudowanego charakteru, nie przyczyniają się do przestrzegania obowiązków wynikających z prawa upadłościowego i naprawczego, w szczególności z uwagi na brak ich realności”*.

Brak wykorzystania w praktyce przepisów dotyczących odpowiedzialności karnej członków zarządu za niezłożenie wniosku o ogłoszenie upadłości dostrzegany jest również przez SPR. Niemniej jednak, w ocenie SPR, za wskazane należy uznać nie tyle wyeliminowanie tych przepisów z naszego systemu prawnego, co dokonanie analizy przyczyn utrzymywania się takiego stanu.

Po pierwsze, wydaje się, że w naszym kraju nie opracowano odpowiednich procedur, które nakazywałyby organom ochrony porządku prawnego i wymiaru sprawiedliwości dokonywania odpowiednich czynności zmierzających do ustalenia, czy nie został przekroczony termin do

zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości, a jeśli tak, czy można przypisać w konkretnym przypadku winę za opóźnienie członkom zarządu spółki. Omawiane przestępstwo jest ścigane z urzędu, a brak jest odpowiedniego przepływu informacji pomiędzy sądem upadłościowym a organami powołanymi do ścigania tych przestępstw. Przykładem w tym zakresie mógłby być dla naszego ustawodawcy model niemiecki, w którym sąd, za każdym razem, gdy jest ogłaszana upadłość spółki, informuje o tym odpowiednią jednostkę prokuratury, która z kolei sprawdza i weryfikuje okoliczności tej upadłości.

Po drugie, niejasny jest status w postępowaniu karnym wierzycieli upadłego. Choć dobrem chronionym przez ten przepis karny jest niewątpliwie interes wierzycieli upadłej spółki, istnieje wątpliwość co do bezpośredniości naruszenia tego dobra, warunkującej możliwość uzyskania statusu pokrzywdzonego w postępowaniu karnym.

I wreszcie, z punktu widzenia uprawnień wierzycieli istotne znaczenie miały dotychczas trudności dowodowe w zakresie wykazania szkody, jaką wyrządziło im zaniechanie złożenia wniosku w przedmiocie ogłoszenia upadłości.

Stąd też wszczynanie postępowań karnych mogło mieć dotychczas często na celu jedynie doprowadzenie do ukarania sprawców, ponieważ w praktyce doprowadzenie do wydania wyroku karnego zawierającego zobowiązanie sprawcy do naprawienia wyrządzonej wierzycielowi szkody zdawało się być niezmiernie trudne.

W kontekście jednak planowanych zmian wprowadzających domniemanie w zakresie wysokości szkody wyrządzonej wierzycielom spółki, a tym samym przeniesienie ciężaru dowodu na członków zarządu (sprawców przestępstwa), wydaje się, że przepisy dotyczące odpowiedzialności osób zobowiązanych do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości mają szansę stać się realnym mechanizmem służącym do ochrony praw wierzycieli upadłych spółek.

Warto więc rozważyć doprecyzowanie przepisów w sposób potwierdzający, że wierzycielom spółki przysługuje status pokrzywdzonego w postępowaniu karnym, a także usprawnienie mechanizmu przekazu informacji na linii sąd upadłościowy – organy ścigania. Takie rozwiązanie mogłoby istotnie przyczynić się do zwiększenia realności omawianych przepisów.

Ad (iii) Istnienie odpowiedzialności zarówno cywilnej, jak i karnej *de facto* stwarza wierzycielom możliwość wyboru sposobu i procedury pociągnięcia zarządu do odpowiedzialności. Jest przy tym, co najmniej kilka argumentów, dla których właśnie ścieżka postępowania karnego, z punktu widzenia realnych możliwości uzyskania naprawienia szkody, może mieć praktyczną przewagę nad postępowaniem cywilnym.

W tym kontekście należy zauważyć, że uchylenie przepisów karnych przewidujących odpowiedzialność członków zarządu pozbawiłoby wierzycieli praktycznych możliwości windykacyjnych, które *de lege lata* stanowią alternatywę dla dochodzenia należności na

drodze postępowania cywilnego. Wspomniane możliwości windykacyjne to doprowadzenie do ukarania członka zarządu spółki na mocy wyroku karnego przewidującego umorzenie postępowania karnego lub warunkowe zawieszenie wykonania kary, przy jednoczesnym orzeczeniu obowiązku naprawienia szkody. Wydanie takiego wyroku względem sprawcy przestępstwa z art. 586 k.s.h. powoduje w praktyce bardzo pożądaną z punktu widzenia wierzyciela sytuację, w której niewykonanie przez sprawcę obowiązku naprawienia szkody może realnie spowodować pozbawienie wolności dla sprawcy. Procedura, która do tego prowadzi, została pokrótce omówiona poniżej.

Czyny zabronione, których uchylenie jest rozważane (tj. art. 586 k.s.h., art. 128 i 129 ustawy o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej), są zagrożone maksymalnie karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą jednego roku, a zatem – przy aktywnej współpracy sprawcy przestępstwa, pokrzywdzonego wierzyciela i organów wymiaru sprawiedliwości – możliwe jest osiągnięcie rezultatu, w którym sprawca przestępstwa będzie zainteresowany zastosowaniem względem niego probacyjnych środków karnych w połączeniu z obowiązkiem naprawienia szkody poniesionej przez wierzyciela jako pokrzywdzonego na skutek przestępstwa. Taki rezultat można osiągnąć również na skutek mediacji przeprowadzonej pomiędzy pokrzywdzonym a sprawcą. Dzięki takiemu rozwiązaniu, dyrektywy stosowania kar i środków (art. 53 k.k.) są w pełni uwzględnione, zaś negatywne skutki przestępstwa naprawione.

Środki karne związane z poddaniem sprawcy próbie mogą być niezwykle korzystne dla pokrzywdzonego wierzyciela. Zgodnie z przepisem art. 67 § 3 k.k., **„umarzając postępowanie karne, sąd zobowiązuje sprawcę do naprawienia szkody w całości albo w części”**. Podobnie w przypadku zawieszenia wykonania kary **„sąd może zobowiązać skazanego do naprawienia szkody w całości lub w części”** (72 § 2 k.k.). Wprawdzie przewidziana tam decyzja sądu jest fakultatywna, niemniej jednak aktywna postawa pokrzywdzonego wierzyciela w postępowaniu karnym, który przedstawi i udokumentuje poniesioną szkodę, z pewnością nie pozostaje bez wpływu na treść wyroku sądu w konkretnej sprawie.

Nałożenie na członków zarządu w wyroku karnym obowiązków odszkodowawczych połączonych z poddaniem sprawcy próbie zapewnia efektywny, z punktu widzenia wierzyciela, mechanizm kontroli wykonania tych obowiązków i sankcji za ich niewykonanie. W świetle obowiązujących przepisów karnych, **uchylenie się od obowiązku naprawienia szkody powoduje, że w stosunku do sprawcy przestępstwa może zostać podjęte postępowanie karne (jeżeli je wcześniej warunkowo umorzono, art. 68 § 2 k.k.) lub zarządzone może zostać wykonanie kary pozbawienia wolności (jeżeli wcześniej zawieszono jej wykonanie, art. 75 § 2 k.k.)**. Podjęcie postępowania karnego lub zarządzenie wykonania kary będzie dla sądu obowiązkiem, jeżeli uprzednio sądowy kurator zawodowy udzielił sprawcy pisemnego upomnienia (zob. odpowiednio art. 68 § 2a k.k. lub art. 75 § 2a k.k.).

Powyższe przepisy prawa karnego prowadzą w istocie do sytuacji, w której wierzyciel upadłego (pokrzywdzony na skutek niezgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości w odpowiednim czasie) dostaje skuteczny instrument windykacyjny. Niewykonanie nałożonego na członka zarządu obowiązku naprawienia szkody może prowadzić do wymierzenia mu bezwarunkowej kary pozbawienia wolności. Perspektywa odbywania takiej kary stanowi w wielu przypadkach skuteczniejszą motywację do spłacenia zaszeregowanego świadczenia niż perspektywa egzekucji komorniczej.

Oczywiście, opisana powyżej procedura windykacyjna, nie pozbawia wierzyciela uprawnienia do dochodzenia swoich roszczeń na drodze postępowania cywilnego i skorzystania z regulacji przewidujących odpowiedzialność cywilnoprawną członków zarządu (np. art. 21 p.u.n. czy art. 299 k.s.h.). W praktyce jednak postępowanie cywilne może w konkretnych przypadkach być długotrwałe (konieczność przejścia niejednokrotnie dwóch instancji sądowych i postępowania egzekucyjnego), kosztowne (obowiązek uiszczania opłat i kosztów sądowych) i mało efektywne (organ egzekucyjny może umorzyć egzekucję z uwagi na brak majątku dłużnika).

W tym kontekście, opisany powyżej alternatywny mechanizm dochodzenia roszczeń przy wykorzystaniu przepisów prawa karnego i zagrożenia sankcją pozbawienia wolności zasługuje na uwagę, a tym samym na pozostawienie go w polskim porządku prawnym, przy ewentualnym uwzględnieniu pewnych usprawnień.

Biorąc pod uwagę powyższe, niezwykle trudno zgodzić się z twierdzeniem Zespołu MS w uzasadnieniu omawianej propozycji zmiany, że ma na celu m.in. zwiększenie efektywności postępowania upadłościowego i zapewnienie wyższego stopnia ochrony wierzycieli niewypłacalnego dłużnika (zob. pkt 23.02 Rekomendacji).

Ad (iv) Ponadto, zagrożenie odpowiedzialnością karną stanowiło dotychczas dodatkową motywację dla członków zarządu, aby przestrzegali nałożonego na nich obowiązku. Wprawdzie trudno nie zgodzić się z wywodem Zespołu MS dotyczącym braku obiektywnej korzyści dla poszkodowanego wierzyciela spółki płynącej z faktu ukarania sprawcy. Niemniej jednak wywód ten zdaje się pomijać znaczenie (a) opisanej powyższej możliwości dochodzenia w postępowaniu karnym naprawienia szkody przez wierzycieli upadłej spółki od członków jej zarządu; oraz (b) funkcji prewencyjnej kary za popełnienie tego przestępstwa.

W praktyce tym, co skłania członków zarządu do złożenia w odpowiednim czasie wniosku o ogłoszenie upadłości jest odpowiedzialność karna, szczególnie w odniesieniu do spółek, których udziałowiec lub inwestor strategiczny zadeklarował członkom zarządu pokrycie ewentualnych kosztów poniesionych przez nich w przypadku pociągnięcia ich do odpowiedzialności o charakterze cywilnoprawnym za niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie (tzw. indemnifikacja na wypadek poniesienia kosztów związanych z niewypełnieniem obowiązku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości). Na podkreślenie zasługuje fakt, iż odpowiedzialność karna nie może zostać w ten sposób „indemnifikowana”.

Okoliczność ta może być argumentem zarządu przed udziałowcem lub inwestorem na potwierdzenie konieczności powzięcia działań restrukturyzacyjnych zanim zarząd zmuszony będzie wnioskować o ogłoszenie upadłości.

Ad (v) Rozważając funkcję prewencyjną odpowiedzialności karnej za niedopełnienie obowiązku terminowego zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości, warto zastanowić się, jaki skutek odniosłoby zwiększenie egzekwowalności tego obowiązku. W praktyce okazuje się bowiem, że konieczność jego wypełnienia przez zarząd jest uważana za niepożądaną z punktu widzenia planów restrukturyzacyjnych, gdyż w sytuacji, w której spółka spełnia lub jest bliska spełnieniu przesłanek upadłościowych, członkowie zarządu uniknięciu osobistej odpowiedzialności niejednokrotnie nadają wyższy priorytet niż konieczności podjęcia działań mających na celu zrestrukturyzowanie nierentownego przedsiębiorstwa.

W ocenie SPR nie zasługuje na aprobatę twierdzenie, zgodnie z którym powyższa okoliczność miałyby być argumentem do usunięcia omawianych przepisów jako utrudniających przeprowadzenie restrukturyzacji. Zdaniem SPR zmiany wymaga nie tyle obowiązywanie odpowiedzialności karnej członków zarządu, co przepisy procesowe pozwalające na wsparcie ich w wyborze odpowiedniej drogi restrukturyzacyjnej. Innymi słowy, z punktu widzenia możliwości restrukturyzacyjnych oraz interesu wierzycieli **korzystnym jest, aby po spełnieniu precyzyjnie określonych przesłanek upadłościowych nadzór nad działaniami przedsiębiorcy sprawowali wierzyciele oraz sąd upadłościowy.** Nadzór ten nie powinien jednak sprowadzać się do ustalenia przez sąd upadłościowy istnienia bądź nie stanu niewypłacalności. Zmiany legislacyjne powinny mieć na celu doprowadzenie do sytuacji, w której samo zgłoszenie przez zarząd wniosku o ogłoszenie upadłości zgodnie z obowiązkiem określonym w art. 21 p.u.n. nie będzie okolicznością niweczącą rysujące się możliwości restrukturyzacyjne (np. poprzez możliwość zawieszenia postępowania na określony czas potrzebny na przeprowadzenie restrukturyzacji). Istotnym jest bowiem, aby złożenie wniosku przez zarząd nie było wyrazem jego „poddania się”, ale przeciwnie, aby mogło stworzyć im komfort prowadzenia nadzorowanych działań restrukturyzacyjnych bez obawy konsekwencji ich niepowodzenia.