



Sesja I Efektywność ekonomiczna procedur upadłości przedsiębiorstw

Praktyka stosowania prawa upadłościowego a cele regulacji

Sylwia Morawska*

Anna Czapracka**

Globalny kryzys finansowy oznacza dla polskich przedsiębiorców znaczny wzrost ryzyka niewypłacalności. Problemy z regulowaniem płatności dotyczą coraz większej liczby przedsiębiorstw. W pierwszym półroczu 2009 r. sądy ogłosiły 309 postanowień o upadłości firm, co oznacza wzrost o 53% wobec tego samego okresu roku ubiegłego. Postępująca integracja gospodarcza z Europą i globalizacja ryzyka gospodarczego powodują, że niezależnie od trafności ekonomicznej podejmowanych przez polskich przedsiębiorców decyzji, istotną rolę jako czynnik sprawczy upadłości, pełni sytuacja na międzynarodowych rynkach, zerwanie więzi kooperacyjnych i załamanie rynków zbytu.

Istnieje pilna potrzeba zbadania zjawiska upadłości w aspekcie kształtowania przez system prawny reguł niezbędnych dla racjonalnego unormowania tego zjawiska w warunkach kryzysu gospodarczego¹.

Projekt badawczy winien być ukierunkowany na usystematyzowanie i koordynację badań naukowych nad diagnozą obecnego poziomu dostosowania polskich regulacji prawa upadłościowego do stanu gospodarki i do sytuacji przedsiębiorcy znajdującego się w kryzysie ekonomicznym.

Instytucje regulujące sytuację niewypłacalności dłużnika – przedsiębiorcy (kupca) – mają długą historię. Zakres i sposób tych regulacji zmieniał się wielokrotnie, w zależności od czasu i miejsca. Do niedawna problematyka upadłości była wyłącznie domeną prawa wewnętrznego państw członkowskich, ale rozwój rynku wewnętrznego spowodował „uwspólnotowanie” tej problematyki. Urzeczywistnienie wspólnego rynku jako nadrzędnej idei europejskiej i będące skutkiem idei swobody, swoboda przepływu osób i zakładania

* Katedra Prawa Administracyjnego i Finansowego Przedsiębiorstw, Szkoła Główna Handlowa.

** Krajowa Szkoła Sądownictwa i Prokuratury

¹ *Zagrożenie upadłością*, red. K. Kuciński, E. Mączyńska, Oficyna Wydawnicza SGH, Warszawa 2005, s. 7.

przedsiębiorstw umożliwiają nieskrępowany wybór miejsca prowadzenia działalności gospodarczej i powodują, że również na rynkach europejskich, pojawiło się zjawisko konkurencji pomiędzy systemami prawa, zwłaszcza w obszarze prawa spółek.

Efektom tej konkurencji w prawie upadłościowym było zjawisko forum shopping (wybór sądu ze względu na korzystniejsze rozstrzygnięcie sprawy, zwłaszcza w zakresie prawa właściwego) – przeniesienie siedziby spółki do innego państwa i dopiero tam ogłoszenie upadłości².

Dzieje się tak dlatego, że różnice w regulacjach upadłościowych państw członkowskich UE są bardzo istotne i dotyczą nie tylko usytuowania prawa upadłościowego w systemie prawa, ale i jego całkowicie odmiennych aksjologii – od systemów prawa ukierunkowanych na likwidację masy upadłości i maksymalne zaspokojenie wierzycieli, jak regulacja niemiecka³, do systemów, których nadrzędnym celem jest zapobieganie wczesnej likwidacji przedsiębiorstwa dłużnika i zachowanie miejsc pracy⁴.

Odmienne też kształtują się reżimy odpowiedzialności członków zarządu spółek kapitałowych za zobowiązania spółek, jak i okoliczności wyłączające tę odpowiedzialność.

Unikalna regulacja podstaw odpowiedzialności członków zarządu spółki z o.o. w Polsce polegająca na stworzeniu możliwości dochodzenia przez wierzycieli roszczeń nie od spółki będącej dłużnikiem, a od członków jej zarządu, tj. od osób, z którymi nie wiąże ich bezpośrednio żaden stosunek prawny wprowadza szczególnie przypadek odpowiedzialności za cudzy dług. Znaczenie przepisu art. 299 KSH polega na tym, że ma on za zadanie przeciwdziałać lub co najmniej ograniczać skutki faktycznego wyłączenia odpowiedzialności za zobowiązania spółki w sytuacji, gdy członkowie jej zarządu doprowadzą do likwidacji spółki, powodując brak możliwości zaspokojenia się przez wierzycieli z jej majątku⁵.

U podstaw takiej konstrukcji zasad odpowiedzialności członków zarządu leży założenie, że powinna istnieć w systemie prawnym skuteczna sankcja za zaniedbanie obowiązków starannego nadzoru nad spółką, jeżeli efektem tego braku nadzoru jest zaciągnięcie przez spółkę zobowiązań, z których nie jest w stanie się wywiązywać. Funkcją

² Por.: wyrok ETS z dnia 17 stycznia 2006 r. w sprawie C-1/04 Suzanne Staubitz- Schreiber, Zb. Orz. 2006 s. I-3813.

³ Zob.: § 1 zd. 1 Prawa upadłościowego (*Insolvenzordnung* – InsO).

⁴ W Grecji wszystkie postępowania likwidacyjne poprzedzone są „postępowaniem przed ogłoszeniem upadłości” – zapobiegawczym.

⁵ Por.: A. Kidyba, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, Wolters Kluwer, Warszawa 2001, s. 797.

art. 299 KSH i jest więc umożliwienie wierzycielom podjęcia działań minimalizujących skutki, jakie niesie dla nich niewypłacalność spółki kapitałowej⁶.

Zgodnie z art. 299 § 3 KSH przepisy § 1 i 2 nie ograniczają działania przepisów art. 21 ust. 3 Prawa upadłościowego i naprawczego ustanawiających dalej idącą odpowiedzialność członków zarządu. Przepis ten ustanawiający wyjątkowo restrykcyjny termin dwutygodniowy⁷ do złożenia wniosku o upadłość spółki liczony od dnia zaprzestania wykonywania przez spółkę zobowiązań lub od dnia, w którym zobowiązania spółki przekroczą jej wartość, daje możliwość dochodzenia od dłużnika naprawienia szkody wyrządzonej niezgłoszeniem wniosku o upadłość.

Sankcja ta została dodatkowo wzmocniona odpowiedzialnością karną przewidzianą w art. 586 KSH, który penalizuje te sytuacje, w których członek zarządu spółki z o.o., pomimo powstania warunków uzasadniających według przepisów upadłość spółki, nie zgłasza jej. Zważywszy na poziom formalizmu w procedurze i możliwość zwrotu wniosku o upadłość z powodów formalnych, bez wzywania do uzupełnienia braków⁸, ryzyko prawne poniesienia osobistej odpowiedzialności należy ocenić jako wyjątkowo wysokie.

Przepisy prawa cywilnego i karnego wraz z całym prawem upadłościowym mają tworzyć system gwarancji dla zgodnego z porządkiem prawnym zaspokojenia wszystkich wierzycieli podmiotu gospodarczego, który stał się niewypłacalny.

Teoretycznie system ten szczelnie zabezpiecza obrót gospodarczy i zapewnia wierzycielom doskonale instrumentarium dochodzenia roszczeń. W praktyce jednak poddawany jest przez przedsiębiorców ciągłej krytyce jako daleki od doskonałości.

Kluczowym elementem rzetelnej oceny skutków regulacji jest przygotowanie analizy zidentyfikowanego problemu, będącej punktem wyjścia do dalszych prac analitycznych, które złożą się na kompleksową ocenę skutków regulacji uzasadniającą wybór właściwej i najbardziej efektywnej opcji reakcji na zidentyfikowany problem. Właściwe przygotowanie analizy problemu jest warunkiem dokonania poprawnej oceny skutków regulacji. Jest również warunkiem dokonania wyboru optymalnej metody jej wdrożenia przez zapewnienie odpowiedniej infrastruktury do sprawnej realizacji.

⁶ Por.: D. Dulęba, *Odpowiedzialność członków zarządu spółki z o.o. na podstawie art. 299 kodeksu spółek handlowych*, Dom Wydawniczy Duet, Toruń 2008.

⁷ W niemieckim systemie prawnym termin ten wynosi 3 tygodnie.

⁸ Nieprawidłowy wniosek nie wywołuje żadnych skutków prawnych, a tym samym nie uwalnia od odpowiedzialności karnej.

Polski ustawodawca podjął kolejną reformę prawa upadłościowego, wzmacniając jego funkcje progospodarcze i liberalizując warunki wszczynania postępowań naprawczych, instytucji do tej pory wykorzystywanej przez przedsiębiorców do restrukturyzacji zadłużenia tylko w niewielkim stopniu. Tym większego znaczenia nabierają badania praktyki sądowej w celu identyfikacji barier w efektywnym, z punktu widzenia gospodarki, rozstrzyganiu konfliktów interesów wierzycieli i zadłużonego przedsiębiorcy.

Kompleksowe, interdyscyplinarne badania efektywności postępowań upadłościowych prowadzone w zespole złożonym z prawników praktyków i ekonomistów, na podstawie dokumentacji sądowej, pozwolą na zidentyfikowanie tych kluczowych czynników w procedurach sądowych, prawie materialnym cywilnym i karnym, które obniżają poziom bezpieczeństwa obrotu, podnosząc ryzyko prowadzenia działalności gospodarczej w Polsce.

Przedmiotem badań będą m.in.: relacja kosztów postępowania do wartości masy upadłościowej i stopa odzysku mierzona wysokością procentowej wartości odzyskanych długów jako efektu postępowania upadłościowego. W badaniach będzie się uwzględniać wybór opcji postępowania upadłościowego, przy dokonaniu pomiaru strat wartości przedsiębiorstwa, wynikających z przerwania przez nie działalności (wartość zamrożonego kapitału na czas postępowania), w relacji do kosztów sądowych (wynagrodzenia syndyka, zarządcy, kosztów procesowych).

Przedmiotem badań będą również: czas trwania postępowań mierzony w dniach kalendarzowych, kolejność formalności upadłościowych, opóźnienia wynikające z celowego przedłużania przez strony postępowania, procedury odwoławcze, poziom formalizmu, z jednoczesnym badaniem dostępności pomocy prawnej, wskaźnik zakresu odpowiedzialności członków zarządu, wskaźnik zakresu jawności i równości stron i wskaźnik zakresu uprawnień wierzycieli. Badania ankietowe prowadzone metodą Delphi na wybranych grupach ekspertów – specjalistów w dziedzinie prawa, ekonomii, psychologii – pozwolą na zdefiniowanie podstawowych problemów organizacyjnych sądownictwa upadłościowego, które ograniczają jego sprawność i wpływają na infrastrukturalne ograniczenia jego wydolności.

Rezultatem tych badań będzie ocena racjonalności polskiego modelu rozstrzygania konfliktów interesów w postępowaniu upadłościowym, w aspekcie prawnym i ekonomicznym. Ocena ta będzie oparta na takich kryteriach jak racjonalność ekonomiczna wyboru opcji postępowania upadłościowego, efektywność zarządzania konfliktem interesów

w postępowaniu upadłościowym przez sąd, efektywność nadzoru nad działającymi w imieniu sądu syndykiem, zarządcą i nadzorcą sądowym, zarządzania czasem i kosztami postępowań oraz postępowaniem dowodowym, ze szczególnym uwzględnieniem jakości i poziomu standaryzacji orzecznictwa biegłych sądowych i nadzoru sądu w tym zakresie.

Istotnym elementem analizy poziomu dostosowania regulacji do możliwości ich realizacji w praktyce przez sądy będzie ocena wydolności i elastyczności infrastruktury – kadra sędziowska, liczba syndyków, biegłych, ich kompetencje, poziom zaufania do sądów i poziom kultury prawnej w relacji do możliwości uzyskania pomocy prawnej i dostępu do informacji. Ocena ta będzie poprzedzona badaniami ankietowymi przeprowadzonymi wśród przedsiębiorców i fachowych pełnomocników w celu uzyskania informacji o poziomie zaufania do instytucji wymiaru sprawiedliwości i barierach w dostępie do sądu.

Innym ważnym elementem programu badawczego będzie analiza wpływu regulacji zasad odpowiedzialności cywilnej i karnej członków zarządów spółek za błędy w zarządzaniu, które doprowadziły spółki do niewypłacalności, a postępowaniami upadłościowymi w celu zbadania, czy sankcje te są skutecznym czynnikiem prewencyjnym. Realizacja założonych celów postępowania upadłościowego musi być bowiem zabezpieczona sankcjami na gruncie prawa cywilnego, karnego i administracyjnego.

Realizacja funkcji profilaktycznej i wychowawczej prawa upadłościowego będzie możliwa tylko wtedy, gdy nadużyciom dłużników, tak przez zbyt późne składanie wniosków o ogłoszenie upadłości, jak i ukrywanie dokumentacji finansowej i majątku oraz odmowę współpracy z sądem, będą odpowiadać sankcje skutecznie ograniczające tego rodzaju zjawiska w gospodarce. Brak synergii pomiędzy poszczególnymi gałęziami prawa i brak współdziałania na poziomie praktyki sądowej i prokuratorskiej ogranicza efektywność oddziaływania prawa upadłościowego na gospodarkę jako gwaranta pewności obrotu.

Odpowiedzialność cywilna i karna musi spełnić różnorodne funkcje: kompensacyjną, prewencyjną i w ograniczonym zakresie także represyjną. Przepisy prawa handlowego, regulujące funkcjonowanie spółki z o.o. przewidują różnorodne rodzaje odpowiedzialności samej spółki, a także członków jej organów, wobec osób trzecich. Odpowiedzialność członków zarządu, jak i innych funkcjonariuszy spółki związanej z prowadzeniem przez nich spraw spółki, może przybierać charakter odpowiedzialności tak karnej, jak i cywilnej. Podstawowe konsekwencje osobowości prawnej spółki kapitałowej w postaci wyłącznej

odpowiedzialności za jej zobowiązania, stanowi pole do potencjalnych nadużyć ze strony wspólników spółki i osób nią zarządzających, ze szkodą dla jej wierzycieli.

Obecny kryzys finansowy w dużym stopniu został spowodowany przez działania menedżerów spółek, którzy dążąc do maksymalizacji zysków przekraczali granice ryzyka gospodarczego przez naruszenie podstawowych obowiązków w zakresie dbałości o interesy i majątek spółek. Ukształtowanie zasad odpowiedzialności funkcjonariuszy spółek w polskim prawie, odmiennie od regulacji niemieckiej i amerykańskiej, które przewidują możliwość uchylecia zasady wyłącznej odpowiedzialności spółki kapitałowej i uczynienia wspólnika takiej spółki współodpowiedzialnym za jej zobowiązania, powoduje, że badania te w powiązaniu z badaniem tych spraw upadłościowych, które wskazuje na ewidentne zaniedbania w obowiązku należytej staranności członków zarządu, pozwolą na ocenę realizacji w polskiej praktyce sądowej kompensacyjnej funkcji systemu prawa upadłościowego, na który składają się nie tylko przepisy prawa upadłościowego i naprawczego, lecz także sankcje regulowane w kodeksie spółek handlowych i kodeksie karnym.

Istotnym elementem oceny skutków regulacji jest ocena ich wpływu na konkurencyjność polskiej gospodarki. Czy system prawa i jego instytucje minimalizują ryzyko prawne polskiego przedsiębiorcy? Czy stwarzają realne gwarancje pewności obrotu? Czy stwarzają możliwości uratowania się, czy też pogrążają przedsiębiorców bezlitośnie?

Konkurencja gospodarcza to zjawisko rywalizacji, której celem jest zdobycie przewagi nad rynkowymi rywalami oraz ugruntowanie swojej pozycji na rynku (przy równoczesnym osłabieniu pozycji rynkowej rywali)⁹. W taki model konkurencji gospodarczej wpisują się również krajowi ustawodawcy tworząc reguły gry rynkowej.

Powstaje więc pytanie, jak system prawny obowiązujący w Polsce wpływa na sytuację przedsiębiorców i czy obecnie obowiązujące regulacje pozytywnie oddziałują na przewagę konkurencyjną polskiej gospodarki? Czy wywierają pozytywny wpływ na sytuację obu grup przedsiębiorców – dłużników i ich wierzycieli – stwarzając realne gwarancje pewności obrotu gospodarczego w obecnych kryzysowych warunkach?

Postępowanie upadłościowe spełnia pozytywną rolę, jeżeli jego stosowanie umożliwia zamykanie nierentownych przedsiębiorstw i pozwala na restrukturyzację zadłużenia tym,

⁹ M. Szydło, *Konkurencja regulacyjna w prawie spółek*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008, s. 19.

które mogą utrzymać się na rynku, jednocześnie zapewniając realne gwarancje wierzycielom, że jeżeli ich dłużnik stanie się niewypłacalny, nie stracą pieniędzy.

W latach 2005–2006 dwanaście krajów zreformowało swoje prawo upadłościowe¹⁰. W większości krajów, przed reformami, przedsiębiorstwa występowały z wnioskiem o upadłość za późno, to znaczy w sytuacji, gdy nasilenie ich problemów finansowych było na tyle poważne, że realna była tylko opcja likwidacyjna upadłości, a postępowanie trwało długo (w Czechach nawet dziewięć lat, a w Czadzie i Indiach przeciętnie dziesięć lat, przy bardzo małym procencie odzysku wierzytelności).

W ocenie Banku Światowego nie ma jednej, ogólnie obowiązującej matrycy reform. Skutecznym środkiem poprawy efektywności postępowania upadłościowego jest tylko taka regulacja, która może być w pełni wdrożona do praktyki sądowej. Postępowania zmierzające do restrukturyzacji zadłużenia – według Banku – przynoszą dobre rezultaty tylko w tych krajach, w których istnieje odpowiednia infrastruktura – doświadczeni sędziowie i prawnicy oraz w pełni rozwinięty rynek, na którym można szybko upłynnić aktywa reorganizowanego przedsiębiorstwa.

W wyniku analizy, z punktu widzenia ekonomiki, skutków regulacji upadłości, autorzy raportu Banku Światowego uznali, że najwyższą stopę odzysku gwarantują w krajach średniozamożnych uproszczenie procedur likwidacyjnych, a w krajach ubogich – skuteczne dochodzenie należności. Zdaniem ekspertów Banku Światowego kluczowe znaczenie dla oceny efektywności przyjętego modelu postępowania upadłościowego ma praktyka sądowa¹¹. Reforma prawa upadłościowego winna, w ocenie Banku, zmierzać do zapewnienia wierzycielom większego udziału w procesie legislacyjnym i w samym postępowaniu upadłościowym, gdyż w interesie wierzycieli jest utrzymywanie rentownych przedsiębiorstw, a zamykanie nierentownych. Badania Banku Światowego wskazują na istotny, pozytywny wpływ wierzycieli na optymalny z punktu widzenia gospodarki wybór decyzji o losie przedsiębiorstwa. W tych państwach, w których systemy prawne przyznają wierzycielom prawo decydowania o wyborze tej decyzji, wszystkie strony postępowania upadłościowego korzystają z wyższej stopy odzysku. Badano wpływ wierzycieli na wybór zarządców masy upadłościowej, ich realny wpływ na zatwierdzenie planu reorganizacji i sprawozdań

¹⁰ *Doing Business 2007. How to Reform*, The International Bank for Reconstruction and Development, The World Bank, Washington 2006, s. 63.

¹¹ *Ibidem*, s. 65.

finansowych i ustalono, że udział wierzycieli w postępowaniu upadłościowym korzystnie wpływa na wysokość stopy odzysku¹².

Istotnym czynnikiem wydłużającym postępowanie upadłościowe jest liczba procedur odwoławczych w toku postępowania, a szybkość postępowania jest ważnym czynnikiem efektywności ekonomicznej procedury. Sprawnie funkcjonujący system regulacji postępowania upadłościowego musi zapewniać maksymalne skrócenie czasu trwania i możliwie najszybsze odzyskanie przez wierzycieli własnych wierzytelności z majątku niewypłacalnego przedsiębiorcy. Niespełnienie tego warunku negatywnie oddziałuje na funkcjonowanie systemu gospodarczego przez to, że nie eliminuje z rynku podmiotów gospodarczych zakłócających jego prawidłowe funkcjonowanie i opóźnia zaspokojenie wierzycieli niewypłacalnych dłużników.

Szok makroekonomiczny, którego doznały polskie firmy w związku z globalnym kryzysem, został wywołany gwałtownym spadkiem popytu zewnętrznego, dekoniunkturą na rynku krajowym, spadkiem poziomu sprzedaży i pogorszoną dyscypliną płatniczą, których skali nie przewidziały ich zarządy. Nieuchronnie wywołała to lawinę postępowań upadłościowych. Tym większej aktualności na tle powyższych rozważań nabiera kwestia, jak sobie z nią poradzą polskie sądy? Czy i na ile sprawnie będą spełniać swoją rolę w zakresie prawidłowości realizacji podstawowych funkcji prawa upadłościowego?

Ustawodawca polski jako prymat regulacji przyjął dążenie do zaspokojenia wierzycieli. Zasada prymatu interesu wierzycieli dotyczy zarówno postępowania upadłościowego, jak i postępowania naprawczego i określana jest w piśmiennictwie jako zasada optymalizacji.¹³ W uzasadnieniu projektu Ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze¹⁴ napisano: „W interesie społecznym leży, by nie dopuszczać do powstania takich ciągów upadłościowych. Dlatego też każda niewypłacalność jakiegoś przedsiębiorcy winna jak najszybciej prowadzić do wszczęcia postępowania upadłościowego, które by umożliwiałoby jak najszybsze zaspokojenie wierzycieli z majątku niewypłacalnego dłużnika”.

¹² Ibidem.

¹³ S. Gurgul, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 14–15; A. Jakubecki, F. Zedler, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Wolters Kluwer, Kraków 2006, s. 26.

¹⁴ Dz. U. 2003, nr 60, poz 535 z późn. zm.

Ustawodawca i komentatorzy, analizujący aksjologię nowego prawa upadłościowego i naprawczego, odsunęli na dalszy plan inne interesy, a przede wszystkim interes upadłego przedsiębiorcy, jego pracowników i, szerzej, interes społeczny przemawiający za utrzymaniem miejsc pracy i konkurencyjnej produkcji.

Art. 2 Ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze – definiuje filozofię tego aktu i wskazuje kierunek wykładni celowościowej określając zasady zachowania przedsiębiorstwa dłużnika. Zachowanie przedsiębiorstwa dłużnika powinno mieć miejsce tylko wtedy, gdy nie koliduje z interesami wierzycieli i gdy na to pozwolą racjonalne względy. Czy tak sformułowane cele postępowania upadłościowego pozwalają na odpowiednie, z punktu widzenia kształtowania stosunków gospodarczych, wyważenie interesów dłużnika i wierzycieli?

Treść artykułu 2 odwraca cele postępowania upadłościowego w trybie układowym w stosunku do poprzedniego stanu prawnego¹⁵ o 180 stopni. Polski ustawodawca dokonując reformy prawa upadłościowego scalił postępowanie upadłościowe i układowe oraz przyjął możliwość płynnego przechodzenia z jednego postępowania w drugie, w zależności od warunków gospodarczo-finansowych upadłego, jednocześnie pozbawiając dłużnika przyznanej mu w art. 1 Prawa o postępowaniu układowym¹⁶ dotychczasowej uprzywilejowanej pozycji w stosunku do pozycji wierzycieli. Przypomnijmy, że dotychczas wierzyciele nie mieli prawa zgłaszania propozycji układowych, co było swoistą premią dla dłużnika, który popadł w długi wskutek „wyjątkowych i niezależnych od siebie okoliczności”¹⁷ i dysponował on nadal pełną autonomią decyzji w zakresie zarządzania firmą.

Teraz wobec połączenia obu postępowań w jednym postępowaniu i podporządkowania celów pobocznych – sanacji firmy i przywrócenia jej pozycji konkurencyjnej na rynku – głównemu celowi postępowania – windykacji wierzytelności – regułą jest, że zarząd firmy w postępowaniu układowym przechodzi na zarządcę¹⁸. Mimo zasady pierwszeństwa postępowania z możliwością zawarcia układu przed postępowaniem likwidacyjnym, nadrzędnym celem postępowania pozostaje nadal zaspokojenie wierzycieli, a

¹⁵ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 24 października 1934 r. – Prawo upadłościowe, Dz. U. 1991, nr 118, poz. 512 z późn. zm.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Por.: M. Allerhand, *Prawo upadłościowe. Prawo o postępowaniu układowym. Komentarz*, F. Hoesick, Warszawa 1937; A. Arnold, *Prawo o postępowaniu układowym z przepisami związkowymi z uwzględnieniem motywów Komisji Kodyfikacyjnej*, Kraków 1936.

¹⁸ Art. 76.1 p.u.n.

ustawodawca uznał, że tylko w wyjątkowych przypadkach ten konflikt interesów może być rozstrzygnięty przez samego dłużnika z korzyścią dla obu stron.

Art. 14.1 Prawa upadłościowego i naprawczego uzależnia ogłoszenie upadłości dłużnika z możliwością zawarcia układu od uprawdopodobnienia przesłanki, że w drodze układu wierzyciele zostaną zaspokojeni w wyższym stopniu, niż w przypadku wyboru trybu likwidacyjnego. Osiowy konflikt interesów pomiędzy dłużnikiem a wierzycielami na etapie zainicjowania postępowania sądowego wymaga więc wstępnego rozstrzygnięcia i dokonania wyboru opcji prowadzonego postępowania z wyraźnym ustawowym uprzywilejowaniem pozycji wierzycieli i bez znaczenia pozostaje okoliczność na ile obecna sytuacja finansowa przedsiębiorcy-dłużnika jest skutkiem niezawinionych przez niego okoliczności.

Brak precyzji w treści art. 14 p.u.n. pozostawia wiele swobody decyzyjnej sądom. Weryfikacja stopnia uprawdopodobnienia zaspokojenia w wyższym stopniu niż w postępowaniu likwidacyjnym wszystkich wierzycieli na drodze układu nie jest łatwa.

Ocena propozycji układowych, na podstawie wyliczonych w przepisie art. 280 ust. 1 p.u.n. parametrów o charakterze ekonomicznym, jakie winno zawierać ich uzasadnienie, wymaga znajomości realiów rynku, teorii i praktyki zarządzania i zaawansowanej wiedzy ekonomicznej. Ocena ta winna, generalnie, opierać się na porównaniu wartości likwidacyjnej przedsiębiorstwa z wartością dochodową i uwzględniać czynniki takie jak opis stanu przedsiębiorstwa, a więc informację jakimi wartościami materialnymi i niematerialnymi dysponuje przedsiębiorstwo, w tym ocenę wartości marki firmy, jej rozpoznawalność na rynku, dostępność i kanały dystrybucji, relacje z klientami i dostawcami, przyczyny ogłoszenia upadłości w aspekcie ich wpływu na perspektywy prowadzenia dalszej działalności, a więc – analizę, czy przyczyną ogłoszenia upadłości były przejściowe trudności wynikające wyłącznie z braku płynności, czy też trudności o charakterze trwałym, jakie są prognozy branży, w której operuje przedsiębiorca, i wskazanie perspektyw na podstawie analizy siły, kondycji i pozycji konkurencji upadłego¹⁹.

Art. 31 p.u.n. w odróżnieniu od art. 278 k.p.c. nie nakłada na sąd upadłościowy obowiązku zasięgnięcia w tej sprawie opinii biegłego, mimo, że ocena propozycji układowych w przeważającej ilości przypadków wymaga wiadomości specjalnych. W doktrynie przez termin „wiadomości specjalne” należy rozumieć wiadomości specjalistyczne

¹⁹ *Ekonomiczne i prawne aspekty upadłości przedsiębiorstw*, red. B. Prusak, Difin, Warszawa 2007.

znane tylko fachowcom, a więc z reguły niedostępne przeciętnemu człowiekowi. Należy więc rozważyć, czy w każdej sytuacji, gdy w sprawie występują okoliczności związane z wiedzą specjalistyczną, niezbędne jest powołanie biegłego.

W okresie międzywojennym tacy autorzy jak J.J. Litauer i L. Peiper²⁰ zwracali uwagę na konieczność dopuszczenia tego dowodu, jeżeli zbadanie i ocena okoliczności danej sprawy wymagały wiadomości specjalnych. Zmiany w k.p.c. wprowadzające w szerokim zakresie zasadę kontradyktoryjności, ograniczyły rolę sądów w gromadzeniu środków dowodowych.

Obecnie sąd nie ma obowiązku dopuszczania jakiegokolwiek środka dowodowego w procesie z urzędu. Oznacza to zwiększone obowiązki stron. Należy mieć na uwadze, że zgodnie z treścią art. 32.1. p.u.n. w stosunku do dłużnika nie stosuje się przepisów o zwolnieniu od kosztów sądowych, a więc powinien on wpłacić, w odróżnieniu od wierzyciela, który korzysta ze zwolnienia od kosztów sądowych na ogólnych zasadach, zaliczkę na pokrycie kosztów opinii biegłego.

Problem trafności wyboru między likwidacją przedsiębiorstwa, a jego restrukturyzacją w ramach procedury sądowej stał się jednym z głównych tematów zainteresowania praktyków i teoretyków zajmujących się upadłością przedsiębiorstw.²¹

W krajach europejskich, przed reformami, postępowania upadłościowe w swoich założeniach miały służyć ochronie interesów przede wszystkim wierzycieli, zapobiegając chaotycznemu i wybiórczemu zaspokajaniu przez dłużnika, wybranych przez niego wierzycieli. Upadłość była postrzegana jako patologia, instrument eliminowania słabych przedsiębiorców, naruszenie bezpieczeństwa socjalnego. Obecnie jest jednak oceniana również pozytywnie, ponieważ stanowi motywację do lepszej alokacji środków i służy ich lepszemu wykorzystaniu oraz zapobiega likwidacji działalności²².

Obecnie w większości systemów prawnych obok funkcji windykacyjnej prawo upadłościowe ma spełniać rolę zapobiegawczą, a co za tym idzie, stawiać sobie za cel utrzymanie niewypłacalnego przedsiębiorstwa, restrukturyzację jego zadłużenia i zawarcie układu z wierzycielami. Stare, jeszcze średniowieczne terminy „bankructwo”, a w Polsce

²⁰ Por.: J.J. Litauer, *Dowód z opinii biegłych według kodeksu postępowania cywilnego*, „Polski Proces Cywilny” 1937, nr 1–2, s. 3; L. Peiper, *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego, Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego*, W.L. Anczyc i Sp., Kraków 1934.

²¹ Por.: *Ekonomiczne...*, op. cit., rozdział III.

²² S. Gurgul, op. cit., s. 5.

„upadłość”, zastępowane są nie posiadającym tak negatywnych konotacji terminem „niewypłacalność” (ang. *insolvency*, niem. *Insolenzverfahren*, fran. *insolvabilité*).

Kulturowo uwarunkowane negatywne nastawienie do podejmowania ryzyka gospodarczego w krajach europejskich i surowe traktowanie tych przedsiębiorców, których dotknęło niepowodzenie w interesach zaczęło ustępować amerykańskiemu podejściu do działalności gospodarczej jako do tej aktywności człowieka, której nieodłącznym składnikiem jest ryzyko ekonomiczne.

Zmiana w polskim prawie upadłościowym i wprowadzenie w nim rozwiązań umożliwiających, na wzór amerykańskiego Chapter 11, upadłości z układem jest krokiem w kierunku progospodarczego kształtowania prawa upadłościowego.²³ Jednak, aby taki model w praktyce działał, musi spełniać wszystkie warunki i gwarantować:

- szybkie prowadzenie spraw,
- niskie koszty,
- unikanie karania za nieudane inwestycje,
- sprawiedliwość i równe traktowanie,
- test możliwości długookresowego przetrwania firmy,
- realokację aktywów firmy do jej najbardziej efektywnego zastosowania²⁴.

W raporcie Banku Światowego wskazuje się na ryzyko wprowadzania złożonych procedur reorganizacyjnych, tak jak to robi np. Organizacja ds. Harmonizacji Prawa Handlowego (Organization for the Harmonization of Commercial Law) w Afryce. W opinii Banku przy wprowadzaniu takich procedur należy dobrze ocenić możliwości stosowania tych procedur przez sądy.²⁵ W przypadku braku odpowiedniej infrastruktury tego rodzaju regulacje nie przynoszą spodziewanych rezultatów, a przeciwnie wydłużają postępowania.

Czas trwania postępowania upadłościowego w krajach OECD jest krótki – w Irlandii wynosi 0,4 roku, w Japonii 0,6, w Kanadzie 0,8, a koszty postępowania w relacji do wartości majątku – w granicach od 1 do 3,5%.

W Polsce istnieje wiele barier skutecznej restrukturyzacji zadłużenia dłużnika na drodze sądowego postępowania układowego. Procedury te są zbyt sformalizowane i kosztowne, a prawa wierzycieli zbyt silnie chronione.

²³ M.J. Whitman, S.J. Garstka, *Bankruptcy. Reforming a Flawed Process*, „Yale Management” 1992, No. 4.

²⁴ Por.: *Ekonomiczne...*, op. cit. s. 72.

²⁵ *Doing...*, op. cit.

Nieuniknione błędy w podejmowaniu decyzji o wyborze opcji prowadzonego postępowania stanowią poważne ryzyko ekonomiczne. Badania konsekwencji ekonomicznych jednej decyzji sądu dla przedsiębiorstwa, jego wierzycieli i pracowników na podstawie analizy przypadku Zakładu Produkcyjnego PAKMET²⁶ wskazują na celowość szerszych badań praktyki sądowej i ich znaczenie dla gospodarki.

Oszacowanie strat wynikających zarówno z błędnej z punktu widzenia ekonomii decyzji sądu o ogłoszeniu upadłości, jak i przewlekłości postępowania powodującej dwuletni okres beczynności i niszczenia składników majątku przedsiębiorstwa prowadziło do oceny, że błędy sądu miały rujnujący wpływ na wartość tego przedsiębiorstwa²⁷.

Dynamika nasilania się procesów upadłościowych i rosnące obciążenie sądów, a więc ryzyko dalszego wydłużenia się postępowań, brak standardów orzecznictwa biegłych sądowych i idący z nim w parze indywidualizm orzecznicy w połączeniu z brakiem kompetencji ekonomicznych sędziów gospodarczych, będący efektem braku odpowiedniego szkolenia, naraża polskie państwo na poważną odpowiedzialność odszkodowawczą wynikającą z błędnych decyzji sądów.

Proces restrukturyzacji firmy zagrożonej upadłością to również poważne wyzwanie od strony organizacyjnej.

Ustawodawca w odmienny sposób niż w poprzednim stanie prawnym uregulował legitymację czynną do złożenia propozycji układowych. Legitymację tę ma już nie tylko dłużnik, lecz także wierzyciele, bez względu na tytuł prawny wierzytelności i jej wielkość. Dla oceny racjonalności ekonomicznej tych propozycji sąd powinien dysponować wiedzą o alternatywnym sposobie restrukturyzacji i dokonać świadomego wyboru decyzji o zatwierdzeniu układu bądź też o odmowie jego zatwierdzenia. Warunkiem akceptacji układu przez sąd nie jest jednak jego ekonomiczna racjonalność, a jedynie, zgodnie z art. 288 p.u.n., zgodność z prawem i brak rażącego naruszenia interesu wierzycieli, którzy głosowali przeciwko układowi. Co więcej, wszczęcie postępowania upadłościowego z możliwością zawarcia układu może nastąpić również wbrew woli dłużnika, jeżeli mimo zażalenia sąd drugiej instancji nie podzieli argumentów dłużnika o odrzuceniu wniosku. A więc wyrażenie zgody przez dłużnika na propozycje układowe nie jest już koniecznym warunkiem dla ich

²⁶ *Ekonomiczne...*, op. cit. s. 89.

²⁷ *Ibidem*.

zatwierdzenia przez sąd, a charakter układu tym samym zmienił się z umowy pomiędzy wierzycielami, a dłużnikiem, na rzecz aktu władczego wierzycieli, na którego przyjęcie i treść dłużnik nie będzie miał żadnego wpływu.

W obecnym modelu postępowania układowego zasadność, słuszność i celowość zgłaszanych propozycji układowych pozostaje poza kognicją sądu, a sąd upadłościowy nie ma żadnych kompetencji ingerowania w treść układu i jego redakcję.

Krytyczne uwagi o możliwości restrukturyzacji w postępowaniu upadłościowym wypowiada wielu ekonomistów²⁸. Istnieje co prawda stanowisko w doktrynie prawa amerykańskiego²⁹, które zakłada wprowadzenie do firmy menedżera kryzysowego połączone z jednoczesną ochroną firmy przed wierzycielami. Menedżer taki miałby za zadanie zarządzanie firmą w kryzysie, mając za doradców dotychczasowe jej kierownictwo, i ustalenie przyczyn upadłości firmy z określeniem metod ich usunięcia. Analogicznie do polskich rozwiązań miałby to być rodzaj zarządu komisarycznego nad przedsiębiorstwem³⁰ jako element składowy postępowania upadłościowego, ale z możliwością zawarcia układu poza tym postępowaniem.

Pytanie, czy zarządca w Polsce, mimo posiadanej licencji, ma zdolności zarządcze pozwalające mu skutecznie opanować kryzys w upadających firmach i jak sprawować nad nim w tym zakresie merytoryczną kontrolę, pozostaje otwarte.

Zasady powoływania na urząd syndyka, nadzorcy sądowego i zarządcy określa art. 157 p.u.n. sprowadzając nadzór nad kompetencjami kandydata do ustalenia posiadania przez niego licencji. Zasady i tryb wydawania tych licencji określa ustawa z dnia 15 czerwca 2007 r. o licencji syndyka³¹ Ustawa ta stosunkowo nowa – weszła w życie 10 października 2007 r. – zdefiniowała kryteria naboru w ten sposób, że poza wymaganiami formalnymi – wyższe wykształcenie, nieposzlakowana opinia, zdanie egzaminu przed Komisją Egzaminacyjną powoływaną przez Ministra Sprawiedliwości – kandydaci muszą posiadać trzyletnie doświadczenie gospodarcze w zakresie zarządzania.

²⁸ Por.: B. Śliwiński, *Restrukturyzacja przedsiębiorstw zagrożonych bankructwem – w poszukiwaniu efektywnych rozwiązań* [w:] *Zarządzanie finansami. Inwestycje i wycena przedsiębiorstw*, red. D. Zarzecki, Wydawnictwo Uniwersytetu Szczecińskiego, Szczecin 2006.

²⁹ H.D. Platt, *Principles of Corporate Renewal*, University of Michigan Press, Michigan 2004.

³⁰ *Ekonomiczne...*, op. cit. s. 73.

³¹ Dz.U. 2007, nr 123, poz. 850.

Dopiero analiza kompetencji osób rekrutowanych i ich doświadczeń pozwoli na ocenę, czy zasady te pozwolą zbudować korpus kompetentnych zarządców, zdolnych do zarządzania kryzysowego w obecnych warunkach gospodarczych. Należy przy tym zważyć, że o ile poprzednia fala kryzysu dotykała przede wszystkim małe firmy, o tyle obecny kryzys dotyka duże firmy z międzynarodowymi powiązaniem. Spraw upadłościowych nie tylko jest obecnie więcej, lecz także stają się one coraz bardziej złożone, gdyż dotyczą dużych organizmów gospodarczych, mających gęstą sieć powiązań krajowych i międzynarodowych.

Nie należą do rzadkości przypadki, kiedy syndycy i zarządcy w ramach prowadzonych czynności będą musieli wyjeżdżać do wszystkich krajów Europy. Coraz więcej jest też spraw dotyczących firm, w których przed ogłoszeniem upadłości ewidentnie dochodziło do przestępstw, np. oszustw podatkowych, wyłudzeń kredytów oraz wyprowadzania majątku do firm i kieszeni osób prywatnych.

Najważniejszą kwalifikacją syndyka ma być umiejętność zarządzania firmą w gospodarce rynkowej. Czy jednak wymiar sprawiedliwości zdoła pozyskać i utrzymać takie osoby? Czy na rynku pojawią się spółki wyspecjalizowane w zarządzaniu kryzysowym i jak zorganizować system podnoszenia kwalifikacji osób w nich zatrudnionych w zarządzaniu kryzysowym? Liczba 34 licencjonowanych przez Ministerstwo Sprawiedliwości syndyków to dopiero początek tworzenia infrastruktury sądownictwa upadłościowego.

W ciągu ostatniego półroczu załamała się pozytywna tendencja spadkowa liczby upadłości polskich przedsiębiorstw, która utrzymywała się niezmiennie od 2002 r. W statystykach upadłości ogłoszonych w 2009 r. pojawiają się już firmy, na których niewypłacalność bezpośredni wpływ miały czynniki wynikające z kryzysu.

Przedstawione kompleksowe badania praktyki sądowej sądów upadłościowych pozwolą na analizę efektywności postępowań upadłościowych, mierzonej m.in. jako relacja czasu i kosztów postępowań do stopy odzysku – parametru informującego o proporcji pomiędzy zainwestowanymi środkami przez przedsiębiorców w postępowanie sądowe, a wysokością odzyskanego długu. Badania te wpisują się w cel ogólny – analizę skutków społeczno- -gospodarczych obecnego systemu prawa upadłościowego dla konkurencyjności polskiej gospodarki na rynku międzynarodowym.

Zaplanowane badania pozwolą na dokonanie oceny poziomu realizacji zakładanych przez ustawodawcę celów gospodarczych i skuteczności oddziaływania orzecznictwa



sądowego na pewność obrotu. Ujęcie systemowe, do tej pory nie stosowane, pozwoli na szerszy przegląd skutków przyjętych rozwiązań normatywnych na podstawie badań oddziaływania systemu sankcji zawartych w prawie spółek handlowych i w prawie karnym na realizację celów prawa upadłościowego przez skuteczne obciążenie odpowiedzialnością materialną i osobistą nieuczciwych przedsiębiorców i eliminację ich z rynku.

Celem bezpośrednim jest zainicjowanie interdyscyplinarnych badań syntezujących nauki prawne i ekonomiczne, których efektem będzie ustalenie wzajemnych związków pomiędzy procesami prawotwórczymi a gospodarczymi w tym obszarze oraz ustalenie czynników warunkujących skuteczność funkcji gospodarczych prawa upadłościowego w praktyce działania wymiaru sprawiedliwości. Analiza związków przyczynowo-skutkowych będzie służyć realizacji końcowego celu naukowego: konstrukcji optymalnego modelu rozstrzygnięcia sporów w postępowaniach upadłościowych oraz opracowania zaleceń i rekomendacji dla krajowego ustawodawcy.