

Rozdział I

Restrukturyzacja przedsiębiorcy i przedsiębiorstwa w perspektywie porządku prawnego Unii Europejskiej i porządków prawnych jej państw członkowskich

§ 1. Wprowadzenie

Organizatorzy kolejnej konferencji naukowej katedr prawa uniwersytetów ekonomicznych dokonali trafnego wyboru jej tematyki. W tytule znalazły się podstawowe i jednocześnie bogate w kontekst dyskusyjny instytucje prawa gospodarczego, takie jak restrukturyzacja, i bazowe dla tego prawa pojęcia przedsiębiorcy oraz przedsiębiorstwa. O tym, jak pojemna jest ta tematyka, świadczy pismo przewodnie Kierownika Katedry Prawa i Ubezpieczeń Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach. Składa się ono z 4 bloków korelujących z Zieloną Księgą Komisji w sprawie restrukturyzacji przedsiębiorstwa i jej konsekwencji gospodarczych i społecznych¹ oraz z komunikatem Komisji z 12.12.2012 r. dotyczącym nowego europejskiego podejścia do niepowodzeń w biznesie i niewypłacalności². Trafność tych bloków jest bezdyskusyjna. Stąd ich wybór jako kanwy dla wprowadzenia.

Restrukturyzacja jest zjawiskiem dynamicznym i jako taka powinna stale charakteryzować kondycję przedsiębiorcy i przedsiębiorstwa w procesie upra-

* Szkoła Główna Handlowa w Warszawie, Katedra Prawa Międzynarodowego.

¹ Zielona Księga Komisji Europejskiej, Restrukturyzacja i przewidywanie zmian: wnioski z ostatnich doświadczeń (Bruksela 17.1.2012 r. KOM(2012)07, wersja ostateczna) wraz z załączonym do niej dokumentem roboczym Restrukturyzacja w Europie.

² Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee, A new European approach to business failure and insolvency, COM(2012)742 final.

wiania biznesu (*doing business*), odpowiednio do wydarzeń zachodzących w ich środowisku prawnym i ekonomicznym. Zgodnie z genezą Unii Europejskiej zabezpieczenie tej kondycji jest wartością samą w sobie. Skuteczny przedsiębiorca i rentowne przedsiębiorstwo mają bowiem cechować rynek wewnętrzny. Osoba przedsiębiorcy wyraża aspekt podmiotowy tej kondycji, natomiast przedsiębiorstwo – jej aspekt przedmiotowy, jako baza uprawiania biznesu. Oba te elementy składają się na jedną całość, w której dominującą pozycję zajmuje przedsiębiorstwo. Można ją scharakteryzować, opierając się na blokach problemowych zawartych we wspomnianym wyżej piśmie. Zostały one ujęte ogólnie, nie tylko w odniesieniu do kondycji dotkniętej kryzysem, lecz także do kondycji efektywnej. Restrukturyzację potraktowano jako stałą, nieodzowną właściwość uprawiania biznesu, kształtującą się odpowiednio do wydarzeń zachodzących w jego środowisku ekonomiczno-prawnym. W dokumentach unijnych³, jak też w doktrynie⁴ oba aspekty bywają łącznie utożsamiane z instytucją przedsiębiorstwa.

Blok pierwszy, „restrukturyzacja organizacyjnoprawna”, stanowi rdzeń uprawiania biznesu, a tym samym restrukturyzacji kompleksowo rozumianego przedsiębiorstwa. Znalazły się w nim zarówno podstawowe przejawy przekształcania formy prawnej tego uprawiania (problem stosunków na rynku), jak i modyfikacje w jego strukturze organizacyjnej (aspekt wewnętrzny). Blok drugi koncentruje się na cywilnoprawnych narzędziach restrukturyzacji, odniesionych oddzielnie do samego przedsiębiorstwa oraz jego zobowiązań. Centralną sprawą są tu zmiany w przedmiocie i strukturze podmiotowej samych zobowiązań składających się na uprawianie biznesu, z podkreśleniem alternatywnych dla wykonania sposobów ich wygaśnięcia oraz możliwości sprzedaży przedsiębiorstwa, a więc całości zobowiązań. W bloku tym znalazły się jeszcze wymienione wyraźnie metody restrukturyzacji zatrudnienia. Blok trzeci przenosi problem restrukturyzacji do prawa podatkowego i finansowego. Wiąże się z nimi takie sprawy, jak optymalizacja podatkowa oraz obejście przepisów prawa podatkowego. Pojawia się zatem kwestia roli przepisów tego prawa wraz z ograniczeniami w korzystaniu z niego. Blok czwarty lokuje restrukturyzację w ramach prawa procesowego, wzbogacając konferencję o zagadnienia prawa upadłościowego i likwidacyjnego. Tą drogą nawiązuje się do nowo wprowadzonych do prawa polskiego procedur restrukturyzacyjnych.

³ Zalecenie z 2014 r., niesektorowy akt UE w sprawie restrukturyzacji, dotyczy przedsiębiorstwa, a zgodnie z *J. Licem*: „Prawo UE nie posługuje się pojęciem przedsiębiorcy, lecz pojęciem przedsiębiorstwa” – zob. *J. Lic*, Europeizacja pojęcia przedsiębiorcy, w: *J. Kruczalak-Jankowska* (red.), *Wpływ europeizacji prawa na instytucje prawa handlowego*, Warszawa 2013, s. 501.

⁴ Szczególnie charakterystyczna jest doktryna niemiecka, gdzie nie tylko przedsiębiorstwo bywa traktowane jako osoba prawna, lecz także popularne są idee zastąpienia nim instytucji kupca z kodeksu handlowego.

Organizatorzy konferencji przez to nawiązanie wprowadzili pośrednio do jej tematyki – jako zagadnienie europejskiego prawa procesowego – dorobek unijny oparty na art. 81 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) w dziedzinie harmonizacji krajowych regulacji prawa naprawczego i upadłościowego⁵. W ramach tego dorobku pojawiły się ostatnio niesektorowe akty unijne odnoszące się do restrukturyzacji „uprawiania biznesu” w przypadku jego znalezienia się w kryzysie. Chodzi tu zwłaszcza o zalecenie Komisji Nr 2014/135/UE z 12.3.2014 r. w sprawie nowego podejścia do niepowodzenia w działalności gospodarczej i niewypłacalności⁶ oraz o wnioski Komisji w sprawie dyrektywy Parlamentu Europejskiego (PE) i Rady dotyczący ram prawnych restrukturyzacji zapobiegawczej, drugiej szansy i środków zwiększających skuteczność postępowań restrukturyzacyjnych, upadłościowych i w zakresie umorzenia oraz zmieniającej dyrektywę 2012/30/EU⁷. Akty te, uznawane za ważne instrumenty zbliżania przepisów prawnych państw członkowskich sprzyjające „kondycji rynku wewnętrznego”, wpisują się w inicjatywy zainspirowane Programem Sztokholmskim⁸ oraz II Aktem Rynku Jednolitego⁹.

W oparciu o całość aktów, które wprost – jak rozporządzenie PE i Rady 2015/848 w sprawie postępowania insolwencyjnego – lub pośrednio – jak wspomniany wyżej Program czy Akt – dotyczą harmonizacji prawa upadłościowego, zarysowuje się specjalna unijna koncepcja restrukturyzacji, jako „restrukturyzacji rynku wewnętrznego”. Różni się ona od definicji restrukturyzacji, jaka znalazła się w aktach z 2014 i 2016 r., zarówno genezą oraz celem, jak i związanym z nimi zakresem przedmiotowym. Geneza tkwi w kryzysie, jaki dotknął rynek unijny, i zdaje się mu nadal zagrażać, natomiast istota celów sprowadza się do przywrócenia tendencji rozwojowych we wzroście przedsiębiorczości i w utrwalaniu rzeczywistego rynku wewnętrznego. Ze względu na ten kontekst musiał ulec istotnym zmianom i rozszerzeniu przedmiotowy zakres unijnej restrukturyzacji. Został on zwłaszcza wzbogacony o „tworzenie nowej szansy dla zdolnych do reorganizacji przedsiębiorstw”¹⁰.

⁵ Rozporządzenie Rady (WE) Nr 1346/2000 z 29.5.2000 r. w sprawie postępowania upadłościowego (Dz.Urz. UE L Nr 150, s. 1). Zob. *R. Adamus*, Europejskie postępowanie insolwencyjne, Pr. Sp. 2004, Nr 2, s. 33–45. Zob. *D. Czajka*, Podstawowe zasady Rozporządzenia Rady Unii Europejskiej Nr 1346 z 29 maja 2000 r. o postępowaniu w sprawie niewypłacalności, Europejski Przegląd Prawa 2004, Nr 1, s. 55–62; *J. Kemper*, Die Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 über Insolvenzverfahren, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2001, s. 1609–1621.

⁶ Dz.Urz. UE L Nr 74, s. 65.

⁷ Komisja Europejska 2016/0359 (COD) Strasburg, 22.11.2016 r. (COM (2016)723 final).

⁸ Rada Europejska 2010/C 115/01.

⁹ SingleMarket Act II Together for new growth, Bruksela, 3.10.2012 r. (COM(2012)573 final).

¹⁰ O znaczeniu „drugiej szansy” w unijnej koncepcji restrukturyzacji świadczy zarówno tytuł, jak i uzasadnienie wniosku Komisji z 22.11.2016 r. w sprawie dyrektywy o restrukturyzacji zapobiegawczej.

W państwach członkowskich UE od dłuższego już czasu przeprowadza się reformy służące zapobieganiu upadłościom podmiotów uprawiających biznes¹¹, w których ważne miejsce zajmują środki naprawcze, utożsamiane z środkami restrukturyzacyjnymi¹². Jednolity Akt Europejski stanowił punkt wyjścia do zajęcia się harmonizacją przepisów prawa procesowego, w tym upadłościowego¹³. Wspomniane akty z 2014 i 2016 r. są ważnym przejawem unijnego zainteresowania restrukturyzacją. Bez ich uwzględnienia tematyka Konferencji byłaby niepełna, szczególnie dlatego, że należy je uważać za pokłosie Komunikatu Komisji z 12.12.2012 r. Stąd pomysł referatu badającego podstawy legislacyjne unijnych inicjatyw ujednoczenia regulacji służących restrukturyzacji, rozumianej jako środek zapobiegania upadłościom podmiotów uprawiających biznes w ramach rynku wewnętrznego.

Ze względu na charakter tego przejawu (zalecenie oraz projekt dyrektywy), zachodzi potrzeba oceny jego związku z prawami państw członkowskich. Rozważania w tym zakresie oparte zostały głównie na polskim prawie naprawczym i upadłościowym, w tym zwłaszcza na ostatniej ustawie „prawo restrukturyzacyjne”¹⁴. Nawiązano w nich również do włoskiego prawa restrukturyzacyjnego¹⁵. Włochy miały prawo upadłościowe mało elastyczne i niedostosowane do niewypłacalności spółek kapitałowych z filiami zagranicznymi. Wady tego prawa ujawniły się w związku z kryzysem ze szczególną siłą i wymusiły regulacje zaradcze¹⁶, które zaowocowały kilkoma procedurami o właściwościach restrukturyzacyjnych¹⁷.

Rozdział, poza wprowadzeniem, składa się z trzech części, z których ostatnia pełni funkcję podsumowania. Pierwsza – służy identyfikacji koncepcji restrukturyzacji występującej w dokumentach UE. Autor stara się ustalić, w jakim znaczeniu jest w nich używany zarówno termin, jak i samo pojęcie restrukturyzacji. Termin „restrukturyzacja” wszedł do tych dokumentów

¹¹ Są podstawy do uznania, że tendencję tę zapoczątkował dorobek francuskiej Komisji do Reformy Code de Commerce et du Droit des Sociétés, która przygotowała loi no 67-363 du 13 Juillet 1967 sur le réglemant judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes (JORF z 14.7.1967 r., s. 7059). W dorobku tym pojawiła się koncepcja nazwana *rehabilitation*, zbieżna w swoim znaczeniu z restrukturyzacją.

¹² Wymaga zbadania stosunek między „restrukturyzacją” a „postępowaniem naprawczym”. Można, jak się wydaje, przyjąć, że postępowanie restrukturyzacyjne mieści w swoim zakresie postępowanie naprawcze i jako takie staje się ważnym elementem postępowania insolwencyjnego, utożsamianego niekiedy z upadłością.

¹³ Jednolity Akt Europejski stworzył podstawy dla takich przepisów, jak art. 61c i 65 TWE.

¹⁴ Ustawa z 15.5.2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U. z 2015 r. poz. 978).

¹⁵ R.D 16 marzo 1942, titolo III, Del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione ze zmianami wprowadzonymi dekretem z 14.3.2005 r.

¹⁶ Zob. *A. Wolf*, Success and Failure in Cross-Border Insolvency Proceedings of Multinational Corporations – PARMALAT – A European and American Perspective, III Price in International Insolvency Studies 2006, sec. 233, Italian Insolvency Proceedings, s. 20–25.

¹⁷ Marzano Decree (Decreto Legge Nr 347 from December 34, 2003).

w związku z jego wprowadzeniem do tytułu wspomnianej Zielonej Księgi. Treść tej książki może być pomocna przy ustalaniu genezy unijnej koncepcji restrukturyzacji, z tym że sama nie zawiera jej definicji, koncentruje się na uzasadnieniu jej niezbędności ze względu na negatywne konsekwencje ekonomiczne i społeczne znalezienia się „uprawiania biznesu” w kryzysie. Autor bada, w jakim stosunku pozostają do siebie definicje restrukturyzacji występujące w zaleceniu i we wniosku w sprawie wspomnianej dyrektywy, jak również „środki reorganizacyjne” – pojęcie definiowane na potrzeby dyrektyw sektorowych służących restrukturyzacji. Część druga służy identyfikacji i ocenie podstawy prawnej tych aktów oraz porównuje ją z podstawami prawnymi dyrektyw sektorowych. Część trzecia zawiera rozważania nad przyszłością europejskiego prawa restrukturyzacyjnego. Autor stara się ustalić, co w tym prawie może być regulowane przez instytucje unijne, a co powinno pozostać w zakresie kompetencji państw członkowskich.

§ 2. Unijna koncepcja restrukturyzacji jako środka decydującego o kondycji uprawiania biznesu (*doing business*) w ramach rynku wewnętrznego

Każdy podmiot uprawiający biznes w ramach rynku wewnętrznego powinien aktywnie reagować na wydarzenia kształtujące warunki ekonomiczne i prawne tego rynku. Aby być rentownym przedsiębiorcą, musi do nich dostosować swoją strukturę i zaangażowanie w interesy. Wymusza to restrukturyzację zarówno w aspekcie podmiotowym, jak i przedmiotowym. Istota restrukturyzacji umiejscowiona jest w jej celu, w zadaniach, jakie ma spełniać¹⁸. Jej unijna koncepcja wiąże się nierozdzielnie z funkcjonowaniem rynku wewnętrznego. Takie jego elementy, jak ochrona swobody konkurencji czy tworzenie warunków dla rozwoju przedsiębiorczości, a więc dbanie o rentowność, powinny stale towarzyszyć uprawianiu biznesu. Idea restrukturyzacji powstała na bazie procedur naprawczych, stąd jej głównym celem jest zapobieganie bankructwom. Prowadzi to do ujmowania prawa restrukturyzacyjnego jako „kompleksowej regulacji (...), której przedmiotem są relacje pomiędzy niewypłacalnym lub zagrożonym niewypłacalnością dłużnikiem a jego wierzycielami”¹⁹. Plusem takiego rozumienia jest to, że oddaje ono istotę koncepcji restrukturyzacji, jaka znalazła wyraz w dokumentach unijnych, natomiast minusem – że w jego zakresie nie mieści się restrukturyzacja jako „stała reorganizacja uprawiania biznesu”, odpowiednio do panujących na rynku warunków ekonomicznych i prawnych.

¹⁸ Zob. np. M. Kubiczek, B. Sokół, Przesłanki prowadzenia postępowania restrukturyzacyjnego w świetle jego celu, Dor. Restr. 2015, Nr 2, s. 22–31.

¹⁹ A. Hrycaj, Cztery postępowania restrukturyzacyjne, Dor. Restr. 2015, Nr 1, s. 4–5.

W normalnych warunkach restrukturyzacja powinna być konsekwencją i dowodem na rozwój przedsiębiorstwa w rozumieniu dostosowania się do środowiska ekonomiczno-prawnego, w jakim przedsiębiorca uprawia swój interes. Unijna koncepcja restrukturyzacji, jak świadczą zarówno dyrektywy sektorowe²⁰, jak i zalecenie z 2014 r. oraz wnioski w sprawie dyrektywy z 2016 r., zaistniała z racji sytuacji kryzysowych, w jakich znalazły się podstawowe sektory gospodarki UE. Ta okoliczność sprawia, że identyfikacja jej aktualnej koncepcji musi uwzględniać fakt, iż czyni się ją ze względu na potrzebę przezwyciężenia skutków kryzysu gospodarczego.

Koncepcja restrukturyzacji, jaką przyjęto w dokumentach unijnych, ma zarówno ekonomiczną, jak i prawną genezę. Pierwsza z nich tkwi w szczególnie głębokim kryzysie, który dotknął gospodarkę światową, w tym najbardziej rozwiniętych gospodarczo państw UE. Drugą – jest wspierana przez PE działalność legislacyjna w sferze cywilnego prawa procesowego, wywodząca się z art. 65 TWE (obecnie art. 81 TFUE). W genezie prawnej ważną rolę odegrały sektorowe dyrektywy o naprawczej reorganizacji instytucji kredytowych i ubezpieczeniowych. Można założyć, że wszystkie te źródła były w dużej mierze zainspirowane Zieloną Księgą Komisji – Restrukturyzacja i przewidywanie zmian: wnioski wynikające z dotychczasowych doświadczeń, do której wprowadzenie nosi tytuł „Aktywna restrukturyzacja dla przyszłej konkurencyjności i wzrostu”.

Wśród dyrektyw sektorowych centralne miejsce zajęły: dyrektywa naprawcza w sprawie zakładów ubezpieczeń oraz równoległa do niej dyrektywa w sprawie instytucji kredytowych. Zapowiedzią definicji pojęcia restrukturyzacji w zaleceniu Komisji z 2014 r., a następnie we wniosku Komisji z 2016 r. jest określenie „środki reorganizacji”, oparte na terminie „reorganizacja”. W pierwszej z nich chodzi o „środki odnoszące się do reorganizacji”²¹, natomiast w drugiej – o „środki służące reorganizacji”²². W pierwszym przypadku oznaczają one środki „pociągające za sobą interwencje władz administracyjnych lub sądowych, których celem jest zachowanie lub przywrócenie sytuacji finansowej zakładu ubezpieczeń, a które oddziałują na istniejące wcześniej prawa stron

²⁰ Np. dyrektywa 2001/24/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 4.4.2001 r. w sprawie reorganizacji i likwidacji instytucji kredytowych (Dz.Urz. WE Nr L 125, s. 15) – obecnie dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/58/UE z 15.5.2014 r. ustanawiająca ramy na potrzeby prowadzenia działań naprawczych oraz restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji w odniesieniu do instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych oraz zmieniająca dyrektywę Rady 82/891/EWG i dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2001/24/WE, 2002/47/WE, 2004/25/WE, 2005/56/WE, 2007/36/WE, 2011/35/UE, 2012/30/UE i 2013/36/EU oraz rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 1093/2010 i (UE) Nr 648/2012 (Dz.Urz. UE L Nr 173, s. 190).

²¹ Art. 2 lit. c dyrektywy 2001/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 19.3.2001 r. w sprawie reorganizacji i likwidacji zakładów ubezpieczeń (Dz.Urz. WE L Nr 110, s. 28).

²² Art. 2 dyrektywy 2001/24/WE.

innych niż sam zakład ubezpieczeń, w tym środki, ale nie tylko te powodujące możliwość zawieszenia płatności, zawieszenia środków egzekucji lub obniżenie roszczeń”. W drugim przypadku jej przedmiotem są takie środki, „które mają zachować lub przywrócić sytuację finansową instytucji kredytowej i które mogą mieć wpływ na wcześniejsze prawa osób trzecich, włączając środki obejmujące możliwość zawieszenia płatności, zawieszenia stosowania środków egzekucyjnych lub redukcji roszczeń”.

W koncepcji restrukturyzacji w rozumieniu „środków reorganizacji” podstawowe akcenty są położone na rolę instytucji publicznych (władze administracyjne lub sądowe) oraz na ochronę interesów podmiotów korzystających z usług danej instytucji. Takie podejście jest zgodne z jej sektorowym charakterem. Restrukturyzacja w rozumieniu zalecenia Komisji z 2014 r. w sprawie nowego podejścia do niepowodzenia w działalności gospodarczej (w uprawianiu biznesu) i niewypłacalności jest pozbawiona akcentów sektorowych, brak w niej odniesienia do elementów przedmiotowych. Zalecenie Komisji definiuje wprost restrukturyzację, odnosząc ją do uprawiania biznesu. Tytuł zalecenia zawiera kilka ważnych aspektów unijnej koncepcji restrukturyzacji. Wskazuje na to – po pierwsze – to, że chodzi o nową wartość, o nowe podejście do zjawiska restrukturyzacji; po drugie – że bazowym przedmiotem tego zjawiska są „niepowodzenia”, czyli stany kryzysowe; po trzecie – że jest ono zlokalizowane w sferze działalności gospodarczej w tym przypadku na rynku wewnętrznym; po czwarte – że to nowe podejście dotyczy uprawiania biznesu (prowadzenia przedsiębiorstwa); po piąte – że chodzi o biznes nierentowny i o niewypłacalność uprawiającego go podmiotu.

Rozporządzenie PE i Rady z 20.5.2015 r., uzupełniona wersja rozporządzenia z 2000 r.²³ w sprawie postępowania upadłościowego zawiera w art. 2(4) zbiorcze zdefiniowanie postępowania upadłościowego. Na jego potrzeby za takie uważa się postępowanie wymienione w załączniku A. Zastosowanie liczby pojedynczej oznacza, że nie przyjęto definicji koncepcyjnej i ograniczono się do zbiorczego wymienienia procedur zaliczanych do postępowania upadłościowego według praw państw członkowskich²⁴. Brak definicji restrukturyzacji może zastanawiać, ponieważ taka definicja była już w zaleceniu Komisji z 2014 r. W tym kontekście zasługuje na uwagę, że w Commission staff working document, towarzyszącym rewizji rozporządzenia Rady z 2000 r. nie znalazły się żadne sugestie nazwania restrukturyzacji na potrzeby rynku wewnętrznego, skupiono się na uzupełnianiu krajowych postępowań objętych

²³ Zob. np. *M. Glicz*, Prawo upadłościowe Unii Europejskiej, PPH 2003, Nr 11, s. 28–34.

²⁴ Pod punktem Polska znalazły się takie procedury, jak: postępowanie naprawcze, upadłość obejmująca likwidację oraz upadłość z możliwością układu, natomiast pod punktem Włochy – aż 5 procedur, wśród których zamieszczono takie, jak: *concordato preventivo* oraz *accordi di restituzione*.

załącznikiem A o procedury zapobiegawcze²⁵. Zdaje się to wskazywać na to, że pierwotne kompetencje w dziedzinie restrukturyzacji przynależą do państw członkowskich, a UE jest jedynie uprawniona do zajmowania się restrukturyzacją w wymiarze sektorowym.

Zawarta w zaleceniu definicja restrukturyzacji znajduje się w jego części II w pkt 5 lit. d. Dla celów zalecenia uznano za restrukturyzację zbitkę czynności, przyjęto bowiem, że oznacza ona „zmianę składu, warunków lub struktury aktywów i zobowiązań dłużników lub kombinację tych elementów w celu umożliwienia kontynuacji w całości lub części działalności prowadzonej przez dłużnika”. Taka definicja stanowi wypadkową „celu i przedmiotu” zalecenia (część I). Celem jest „stworzenie ram umożliwiających skuteczną restrukturyzację rentownych przedsiębiorstw znajdujących się w trudnej sytuacji finansowej”, jak również danie drugiej szansy „uczciwemu przedsiębiorcy” oraz „zmniejszenie przeszkód dla sprawnego funkcjonowania rynku wewnętrznego” (pkt 1). Przedmiotem natomiast są „minimalne normy dotyczące ram zapobiegawczej restrukturyzacji” oraz „umorzenie długów przedsiębiorstwa, w stosunku do którego ogłoszono upadłość” (pkt 2). Położenie akcentu na poziom minimalny stanowi konsekwencję nieudanych prób Komisji forsowania harmonizacji na jak najwyższym poziomie²⁶.

Wniosek dyrektywy z 22.11.2016 r. w art. 2 (definicje) wyraźnie różni „postępowanie upadłościowe” i „restrukturyzację”, nie wypowiadając się w sprawie stosunku między tymi pojęciami. Na potrzeby dyrektywy takie postępowanie oznacza „zbiorowe postępowanie upadłościowe, które obejmuje całkowite lub częściowe pozbawienie dłużnika zarządu majątkiem i powołanie likwidatora”. Natomiast definicja „restrukturyzacji” stanowi pogłębioną i rozwiniętą wersję jej ujęcia w zaleceniu Komisji z marca 2014 r. Restrukturyzacja – według pkt 2 – oznacza „zmianę składu, stanu lub struktury aktywów i pasywów dłużnika lub jakiegokolwiek innego elementu struktury kapitałowej dłużnika, włącznie z kapitałem podstawowym lub kombinacji tych elementów – w tym sprzedaż aktywów lub części przedsiębiorstwa – w celu umożliwienia kontynuowania działalności przedsiębiorstwa lub jego części”.

W uzasadnieniu wniosku dyrektywy z 22.11.2016 r. kilkakrotnie nawiązuje się do zalecenia z 2014 r. W kontekście zastąpienia dyrektywą unijną koncepcji restrukturyzacji wynikającej z zalecenia nasuwa się niepokojąca uwaga, że Komisja, nadając rozwiązaniom w nim zawartym znaczenie regulacji wiążącej, nie tyle kierowała się jej wartością merytoryczną, ile zamiarem „przymusze-

²⁵ Revision of Regulation (EC) no 1346/2000, Strasburg 12.12.2012, SWD(2012) 416 final.

²⁶ Komisja forsowała pełną harmonizację w związku z dyrektywami konsumenckimi. Losy dyrektywy o prawach konsumenta wykazały, że państwa członkowskie nie zaakceptują takiej harmonizacji w odniesieniu do dyrektyw niesektorowych, takich jak dyrektywa o nieuczciwych klauzulach w umowach zawieranych z konsumentami czy dyrektywa o niektórych aspektach sprzedaży konsumenckiej i związanych z nią gwarancji.

nia” państw członkowskich do jej zrealizowania w ich porządkach prawnych. Z oceny Komisji stanu wykorzystania zalecenia przez państwa członkowskie²⁷ i sposobu, w jaki uwzględnia się go we wspomnianym wniosku, zdaje się bowiem wynikać, że dyrektywa dotycząca ram prawnych restrukturyzacji zapobiegawczej, drugiej szansy i środków zwiększających skuteczność postępowań restrukturyzacyjnych, upadłościowych (...) może nie mieć większych szans stania się wiążącym prawem w wersji zgodnej z wnioskiem Komisji. Biorąc jednak pod uwagę rozwój krajowych regulacji w kwestiach pokrywających się z zawartymi w tym wniosku rozwiązaniami, można się spodziewać, że w większości państw członkowskich UE dojdzie, jeżeli już nie doszło, do uchwalenia przepisów w dużej mierze zbieżnych z unijnymi rozwiązaniami. Opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego²⁸ jest przychylna wnioskowi Komisji z 22.11.2016 r. Ogólnie popiera on jego treść, wnosząc szereg uwag, z których wynika troska o ochronę praw pracowniczych i potrzeba dyscyplinowania organów zarządzających w spółkach.

§ 3. Podstawy prawne: zalecenia Komisji, wnioskowanej dyrektywy oraz dyrektyw sektorowych w sprawie reorganizacji

Zbadanie podstaw umocowania UE w sferze spraw wyznaczających unijną koncepcję restrukturyzacji ma decydujące znaczenie dla szans jej wykorzystania w szeroko rozumianym prawie upadłościowym, uwzględniającym procedury naprawcze i regulacje dotyczące drugiej szansy dla rentownych przedsiębiorstw. Problem sprowadza się do ustalenia, w jakim zakresie państwa umocowały UE do zajmowania się tak rozumianym prawem upadłościowym, w tym krajową restrukturyzacją. W zasadzie nie powinno budzić wątpliwości to, że uchwalenie przez Komisję zalecenia z 2014 r. jest zgodne ze stanem jej kompetencji regulacyjnych. Można się wprawdzie zastanawiać, jakie ma znaczenie zawarte w nim ogólne nawiązanie do TFUE, niemniej powołany

²⁷ W ocenie Komisji znalazły się takie ogólnikowe stwierdzenia, jak np. „(...) a few Member State have undertaken reforms which, in some case, resulted in legislation implementing the Commission's Recommendation” czy „Such legislation in most cases implements (...)” zalecenie „only partially”. Dokument unijny z 30.9.2015 r.: „Evaluation of the Implementation of the Commission Recommendation of 12.3.2014 on a new approach to business failure and insolvency” H. Eidenmüller i K. van Zweiten napisali: „The RR invited the Member States to implement the Commission's recommendations within a year of its publication i.e. by March 2015. It appears that the inclination of the Member States to accept this invitation is not be strong (to put it mildly) – large Member States such as UK, France, Germany or Italy in particular have not reacted at all to the Commission's initiative”, Restructuring the European Business Enterprise: The EU Commission Recommendation on a New Approach to Business Failure and Insolvency, The version: 18 December 2015, s. 35.

²⁸ Opinion of the European Social and Economic Committee z 29.3.2017 r., INT/8102, Business Insolvency.

art. 292 TFUE powinien wyjaśnić sprawę posiadania odpowiednich kompetencji. Artykuł ten upoważnia wprawdzie Radę, a nie Komisję, do wydawania zaleceń, niemniej Komisji przysługiwało takie prawo przed wejściem w życie Traktatów lizbońskich²⁹, a art. 288 akapit 1 TFUE, stanowiący o aktach wydawanych przez instytucje unijne, wymienia wśród nich także zalecenia. Doktryna na ogół nie ma wątpliwości, że Komisja może nadal sama wydawać zalecenia³⁰. Akt ten nie ma wprawdzie mocy wiążącej, jednak Komisja czuwa nad jego zastosowaniem, przewidując pewne środki kontrolne. „Wdrożenie” zalecenia z 2014 r. zostało obwarowane takimi zapisami, jak: „zachęca się państwa członkowskie do wdrożenia zasad określonych w niniejszym zaleceniu do dnia 14 marca 2015 r.” (pkt 34) oraz „Komisja dokona oceny wdrożenia niniejszego zalecenia (...)” i oceni, „czy należy przedstawić propozycje dalszych działań w celu konsolidacji i wzmocnienia podejścia, które zobrazowano w niniejszym zaleceniu” (pkt 36).

Zapowiedziana kontrola nie okazała się, jak wyżej zaznaczono, zadowalająca, wynikało z niej, że państwa, które w sposób zbieżny z zaleceniami rozwijają własne krajowe regulacje w zakresie restrukturyzacji, czynią tak z zasady bez jego formalnego wdrażania. Mając to na uwadze, Komisja przedstawiła propozycję dalszych działań pod postacią wniosku o uchwalenie dyrektywy, a więc aktu wiążącego państwa członkowskie „w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, „pozostawiając” jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków”. Wniosek w tej sprawie, dotyczący zwłaszcza ram prawnych restrukturyzacji zapobiegawczej, który pozostaje aktualnie na agendzie legislacyjnych inicjatyw unijnych, ma niejasną podstawę prawną, odbiegającą od podstawy istniejących aktów odnoszących się do prawa upadłościowego. Wcześniejsze akty, jak np. rozporządzenie PE i Rady (UE) w sprawie postępowania upadłościowego, opierały się, poza ogólnym odesłaniem do TFUE na jego wspomnianym już art. 81 dotyczącym współpracy w sprawach cywilnych. Można mieć wiele zastrzeżeń co do poprawności normatywnej tego artykułu³¹, niemniej jeśli chodzi o całe podstawowe prawo unijne w zakresie postępowania cywilnego, od sprawy właściwości sądów po prawo prywatne międzynarodowe w rozumieniu prawa kolizyjnego, ma w swojej podstawie art. 81³², a ponadto sposób, w jaki z prawem UE

²⁹ Art. 211 TWE stanowił, że Komisja: „formułuje zalecenia, wydaje opinie w sprawach będących przedmiotem niniejszego Traktatu, o ile Traktat ten wyraźnie to przewiduje lub uważa ona to za niezbędne”.

³⁰ Zob. np. *M. Gallermann*, w: *R. Strenz* (red.), *EUV/AEUV. Komentarz*, Monachium 2012, s. 2471.

³¹ Zob. wątpliwości, jakie towarzyszyły pracom legislacyjnym nad konwencjami Rzym I i Rzym II.

³² Taką praktykę zapoczątkowało przekształcenie w rozporządzenie brukselskiej konwencji o uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych. Obecnie w tym temacie obowiązuje, oparte również na art. 81, rozporządzenie z 2015 r.

integrowane jest prawo upadłościowe odpowiada istniejącemu już dorobkowi europejskiego prawa procesowego³³. Ewentualne przyjęcie dyrektywy w oparciu o inną podstawę prawną będzie oznaczać odejście od przyjętego już podejścia do podstawy harmonizacji prawa upadłościowego. Może to zaskakiwać, ponieważ we wspomnianym akcie towarzyszącym rewizji rozporządzenia (WE) Nr 1346/2000 za jej podstawę uznano wyraźnie art. 81 TFUE.

Komisja zdecydowała się, mimo podniesionych wyżej problemów, na oparcie wniosku w sprawie przedmiotowej dyrektywy, poza uwzględnieniem całości TFUE, „w szczególności na jego art. 53 i 114”. Pierwszy z tych artykułów stanowi podstawę dla unijnego prawa „wolnych zawodów”, w omawianym przypadku osób uprawiających biznes, drugi wyznacza podstawowe umocowanie UE do zbliżania przepisów państw członkowskich. Wydawałoby się zatem, że dokonana przez Komisję zmiana jest w pełni uzasadniona. Sprawa nie jest jednak jednoznaczna, ponieważ stosowanie art. 81 wymaga niezbędności z punktu widzenia rynku wewnętrznego, natomiast w aktualnej wersji unijnej podstawy do harmonizacji przepisów państw zabrakło już, w wyniku reform prawa pierwotnego, wymogu niezbędności, co oznacza, że jest wystarczający dla uzasadnienia kompetencji unijnych sam związek harmonizowanych przepisów z funkcjonowaniem rynku wewnętrznego. Ta niezbędność stanowiła ważny, choć nie zawsze skuteczny element negocjowania legalności unijnych inicjatyw w sferze prawa cywilnego. Komisja obawiała się prawdopodobnie, że problemy cywilnoprawne związane z restrukturyzacją mogą stanąć na przeszkodzie w uchwaleniu dyrektywy o treści zgodnej z wnioskiem z 22.11.2016 r., stąd decyzja o zastąpieniu dotychczasowej podstawy zbliżania prawa upadłościowego nową, wykorzystującą – poza tradycyjnym nawiązaniem do całości TFUE – takie wspomniane już przepisy, jak jego art. 53 i 114.

Mimo bogatej argumentacji w uzasadnieniu wniosku, posługującej się taką koncepcją jak zasada pomocniczości³⁴, ewentualne jego uchwalenie przy jej wykorzystaniu może budzić poważne wątpliwości. Można się obawiać, że zaprojektowana podstawa prawna i „przesadne” oparcie się na zasadzie pomocniczości, w sytuacji gdy same państwa nie mają problemu z przyjęciem

³³ W sprawie zbieżności unijnego dorobku w zakresie prawa procesowego ze strukturą treści rozporządzenia z 29.5.2000 r. o postępowaniu upadłościowym zob. *R. Adamus*, Europejskie, s. 34–38.

³⁴ Pomocniczość (subsidiarność) jest zasadą służącą maskowaniu braku kompetencji UE. Jej „bałamutność” została dostrzeżona np. w doktrynie angielskiej. *Lord Mackenzie Stuart* „has described the definition of subsidiarity contained in the Treaty as «a rich and prime example of gobble-dygoon»”, cyt. za *P.J.G. Kapteyn, P. Verloren van Themaat*, Introduction to the Law of the European Communities, Londyn 1998, s. 31. Pod słowem „gobble-dygoon” kryje się bowiem według DELLa Modern American Dictionary „language full of circumlocution and jargons” („język pełen bezsensowności i niezrozumiałej mowy”).

krajowych regulacji w sprawie restrukturyzacji³⁵, zostanie przez nie uznane za jej nadużycie. Jak na razie kwestia podstawy zdaje się jednak nie budzić zastrzeżeń. Europejski Komitet Ekonomiczno-Społeczny w swojej opinii przyjął bez uwag art. 53 i 114 TFUE za podstawę wnioskowanej dyrektywy³⁶. Widzi on wprawdzie w jej projekcie legislacyjne uzupełnienie rynku wewnętrznego, a to może oznaczać, że byłby bardziej skłonny uznać za jej podstawę art. 81 TFUE. Jest możliwe, że PE, kierując się wyborem art. 53 TFUE jako jednej z jej podstaw, nie zakwestionuje również podstawy przyjętej przez Komisję. Jeżeli tak postąpi, co jest prawdopodobne, będzie to zgodne z polską doktryną prawa insolwencyjnego³⁷.

Brak zastrzeżeń co do podstawy prawnej może wynikać ze sposobu, w jaki została ujęta podstawa dyrektyw sektorowych związanych z reorganizacją zakładów ubezpieczeń i instytucji kredytowych. Zarówno dyrektywa PE i Rady 2001/17/WE o reorganizacji i likwidacji zakładów ubezpieczeń, jak i dyrektywa tych samych organów 2001/24/WE o reorganizacji i likwidacji instytucji kredytowych są oparte na art. 47 ust. 2 TWE, zawierającym umocowanie do koordynacji przepisów w sprawie podejmowania i wykonywania działalności na własny rachunek. Artykuł 53 TFUE stanowi aktualną wersję art. 47. Wykorzystanie tego sektorowego umocowania jako podstawy dla niesektorowej regulacji może jednak rodzić istotne wątpliwości, zwłaszcza ze względu na ograniczenie umocowania do zbliżania przepisów państw członkowskich do samego art. 114 TFUE.

Do czasu, kiedy w prawie pierwotnym zachowywał swoją aktualność zapis z art. 3 ust. 1 lit. h TWE, uznający za jedno z podstawowych zadań WE „zbliżanie ustawodawstw państw członkowskich w stopniu koniecznym do funkcjonowania wspólnego rynku”, umocowanie podstawowe było uzupełniane w dyrektywach sektorowych o nawiązanie do tego ogólnego umocowania zawartego w prawie pierwotnym. Usunięcie z tego prawa art. 3 ust. 1 lit. h zdestawowało pierwotną koncepcję zbliżania prawa państw członkowskich. Oparcie postulowanej dyrektywy na art. 114 TFUE jest trudne do zaakceptowania, zwłaszcza jeżeli uwzględni się, że wszystkie kolejne Wspólnoty, poczynając od Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali, aż po Unię Europejską, są – mimo odmiennej kwalifikacji Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS) – organizacjami międzynarodowymi. Unia Europejska jako taka organizacja ma w sprawie kompetencji kierować się zasadami, jakie wyznacza-

³⁵ Jako przykład może nie tylko posłużyć Polska, lecz także np. Niemcy ze swoją „Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen”, która weszła w życie 1.3.2012 r. (BGBl.2011 I).

³⁶ Opinion European Economic and Social Committee z 29.3.2017 r., INT/8102, Business Insolvency.

³⁷ Zob. np. R. Adamus, Problematyka jednolitego prawa upadłościowego a prawo Unii Europejskiej, PUG 2014, Nr 10, s. 4 i 5.

ją podział umocowań prawotwórczych między organizacją a jej państwami członkowskimi.

Wspólnota Europejska i jej następczyni Unia Europejska, wspierane przez ETS i część doktryny, korzystając z układów politycznych, konsekwentnie wypaczały ideę tych instytucji w kierunku traktowania ich jako *quasi*-państwa. W tym traktowaniu okazała się i okazuje pomocną zasada pomocniczości, służąca „maskowaniu” braku w ich kompetencjach uprawnienia do ujednolicania materialnego prawa prywatnego, jak też do tworzenia regulacji tego prawa o ogólnym, niesektorowym charakterze. Taką ogólną, niesektorową regulacją ma być dyrektywa o restrukturyzacji zapobiegawczej i drugiej szansy, oparta w dużej mierze na bałamutnej ze swej istoty zasadzie pomocniczości³⁸.

§ 4. Przyszłość europejskiego prawa restrukturyzacyjnego w aspekcie podziału kompetencji prawotwórczych między UE a jej państwami członkowskimi

W pierwszej kolejności niezbędne jest zbadanie, jakie miejsce w unijnym systemie legislacyjnym zajmuje zalecenie Komisji z marca 2014 r. i wniosek w sprawie dyrektywy z listopada 2016 r., przy założeniu, że dojdzie do jej uchwalenia. Akty te w aspekcie legislacyjnym skierowane są do krajowych porządków prawnych. Są podstawy do uznania, że zalecenie tylko połowicznie spełniło zamierzony cel. Potwierdza to niewielkie jego wykorzystanie przez legislatorów krajowych³⁹, sposób oceny jego praktycznego znaczenia⁴⁰, jak też krótki okres, jaki upłynął od jego wejścia w życie do wniosku Komisji o dyrektywie zbieżnej z jego treścią. Znamienne jest, że w państwach członkowskich, bez formalnego z nim powiązania, rozwijało się i rozwija skutecznie krajowe prawo restrukturyzacyjne. Świadczy o tym m.in. włoska reforma prawa upadłościowego skoncentrowana na tym prawie⁴¹ czy polska ustawa o prawie restrukturyzacyjnym⁴².

³⁸ Zob. przypis 34.

³⁹ Zob. przypis 27.

⁴⁰ Zob. np. wypowiedź B. Wesselsa: „*In its substance the Recommendation is modest. It only presents a «minimum standard», allowing – I would argue – Member States to add specific conditions and components to have the preventive restructuring framework better operate within the legal context and economic environment of its national market*”, European Law Institute, Projects Conference, 25.9.2014 r., Zagrzeb, Chorwacja.

⁴¹ L. Ghia, An Overview of Italian Bankruptcy Legislation for Large Insolvent Company, w: International Insolvency Institute, Tenth Annual International Insolvency Conference, Restructurings and Reorganizations in Italy, Rome, June 7–8.2010 r.: zob. również przypis 17.

⁴² Zob. przypis 16. O znaczeniu w polskiej doktrynie restrukturyzacji świadczy pojawienie się odrębnej publikacji: Przegląd Restrukturyzacyjny.