

O nierównowadze w systemie prawa o niewypłacalności: demotywatory restrukturyzacji

► prof. UO dr hab. Rafał Adamus¹

Prawo gospodarcze ma bardzo ścisły związek z życiem gospodarczym. Jego kształt w istotny sposób wpływa na podejmowane decyzje biznesowe. Z kolei powstawanie problemów ekonomicznych przedsiębiorców jest zjawiskiem naturalnym. Normy prawne powinny w takich przypadkach służyć pomocą. Żle jest wówczas, gdy normy prawne są wadliwie skonstruowane. Niemniej nawet najdoskonalsze prawo nie pomoże w problemach gospodarczych, jeżeli system sądowniczy jest niewydolny. W polskim systemie prawa o niewypłacalności cały czas występuje stan pewnej nierównowagi. Problemowi temu poświęcona jest niniejsza publikacja.

Dwa dogmaty: dogmat prymatu restrukturyzacji i dogmat koniecznej upadłości

System prawa o niewypłacalności oparty jest na **dogmacie prymatu (priorytetu) restrukturyzacji (układu) dłużnika nad upadłością dłużnika**². Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z 15.5.2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne³ celem postępowania restrukturyzacyjnego jest uniknięcie ogłoszenia upadłości dłużnika. W przypadku zbiegu wniosku restrukturyzacyjnego i wniosku o ogłoszenie upadłości, w pierwszej kolejności rozpoznaje się wniosek restrukturyzacyjny (art. 11 PrRestr). W toku postępowania upadłościowego może dojść do zawarcia układu (art. 266a ustawy z 28.2.2003 r. – Prawo upadłościowe⁴). Priorytet restrukturyzacji nad upadłością nie jest przypadkowy. Ma on głębokie uzasadnienie aksjologiczne. Restrukturyzacja zobowiązań dłużnika w drodze układu z zasady jest korzystniejsza niż upadłość z punktu widzenia:

poziomu zaspokojenia wierzycieli; interesów otoczenia gospodarczego; interesów udziałowców (akcjonariuszy) dłużnika; interesów pracowników dłużnika; interesów holdingu, którego częścią jest dłużnik; interesów fiskalnych państwa, itp. Dogmat prymatu restrukturyzacji jest odporny na upływ czasu i zmiany w prawie (zob. np. obecnie uchylone art. 14–17 PrUpadNapr).

Kolejnym z fundamentalnych dogmatów prawa o niewypłacalności jest **dogmat koniecznej upadłości**⁵ w przypadku wielości wierzycieli niewypłacalnego dłużnika. Jeżeli restrukturyzacja dłużnika z różnych względów nie wchodzi w grę, wówczas należy złożyć wniosek o upadłość. Nie można pozostawić pustki dla wyścigu syngularnych postępowań egzekucyjnych⁶ i „dzikiej windykacji”. Postępowanie upadłościowe ma za zadanie w sposób uporządkowany, przy poszanowaniu zasady równego traktowania wierzycieli (zasada *pari passu*), doprowadzić do jak najpełniejszego zaspokojenia wierzycieli. Granicą dla dogmatu koniecznej upadłości jest ekonomiczny sens tego postępowania (art. 13 PrUpad).

Szczegółowa regulacja prawna powinna być podporządkowana powyższym systemowym dogmatom.

Bezpieczniki dogmatu koniecznej upadłości

Zdolność upadłościową i zdolność restrukturyzacyjną posiadają odpowiednie osoby fizyczne, jak i byty nierzeczywiste, istniejące jedynie w płaszczyźnie prawa: osoby ustawowe i osoby prawne. Osoby ustawowe i prawne działają w obrocie prawnym ostatecznie przez osoby fizyczne będące ich reprezentantami (art. 38 i 33¹ § 1 KC). Reprezentanci osób ustawowych odpowiadają solidarnie i subsydiarnie z tymi osobami (art. 33¹ § 2 KC, art. 31 KSH). Zatem w niniejszym opracowaniu istotne znaczenie ma pozycja prawna reprezentantów dłużnika będącego osobą prawną. Co do zasady, osoba prawna sama odpowiada za swoje zobowiązania.

System prawa wprowadza szereg „bezpieczników” gwarantujących urzeczywistnienie dogmatu koniecznej upadłości⁷. Po pierwsze, będą to przepisy przewidujące odpowiedzialność cywilną reprezentanta dłużnika z tytułu nieterminowego złożenia wniosku o upadłość. Wskazać tu należy na odpowiedzialność odszkodowawczą osób obowiązanych do złożenia wniosku o upadłość dłużnika (art. 21 ust. 3–5 PrUpad), odpowiedzialność członków zarządu i likwidatorów za zobowiązania spółki z o.o. (art. 299 KSH). Brak terminowego złożenia wniosku o upadłość dłużnika przez obowiązanego do tego reprezentanta może być zakwalifikowany jako delikt

¹ Autor jest pracownikiem Uniwersytetu Opolskiego i radcą prawnym; ORCID: 0000-0003-4968-459X.

² Zob. np. S. Morawska, Przedsiębiorca w obliczu upadłości. Diagnoza i propozycje zmian systemu instytucjonalnego w Polsce, Warszawa 2013, s. 17 i n.; P. Kupis, Dysfunkcje postępowań upadłościowych, „Biuletyn PTE” Nr 2/2017, s. 35 i n.; M. Kubiczek, B. Sokół, Przesłanki prowadzenia postępowania restrukturyzacyjnego w świetle jego celu, „Doradca Restrukturyzacyjny” Nr 2/2015, s. 23; A. Machowska, Zbieg wniosków restrukturyzacyjnych i wniosków o ogłoszenie upadłości – niektóre problemy praktyki sądowej, „Doradca Restrukturyzacyjny” Nr 1/2017, s. 4 i n.

³ T. jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1588 ze zm.; dalej jako: PrRestr.

⁴ T. jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1228 ze zm.; dalej jako: PrUpad; przed zmianą dokonaną PrRestr ustawa nosiła nazwę Prawo upadłościowe i naprawcze; dalej jako: PrUpadNapr.

⁵ Zob. np. R. Adamus, Odpowiedzialność reprezentanta dłużnika za niezłożenie w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości, MPH Nr 2/2015, s. 30 i n.

⁶ Niemniej wobec możliwości łączenia postępowań egzekucyjnych (zob. np. art. 773, 838 KPC) głównie chodzi tu o „konkurs” między wierzycielami posiadającymi tytuł wykonawczy a wierzycielami nieposiadającymi takiego tytułu.

⁷ Zob. np. P. Banasik, S. Morawska, Sankcje w prawie gospodarczym na przykładzie negatywnych i pozytywnych sankcji w prawie upadłościowym, PPP Nr 1/2017, s. 131 i n.

(art. 415 KC). Po drugie, będą to przepisy przewidujące odpowiedzialność reprezentanta dłużnika za zobowiązania publicznoprawne: za zaległości podatkowe spółki kapitałowej (art. 116 § 1 pkt 1 ustawy z 29.8.1997 r. – Ordynacja podatkowa⁸), z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne (art. 31 ustawy z 13.10.1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych⁹). Po trzecie, przepisy wprowadzające odpowiedzialność karną za zaniechanie złożenia wniosku o upadłość (art. 586 KSH). Po czwarte, przepisy o możliwości ustanowienia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej przez reprezentanta dłużnika (art. 373 i n. PrUpad).

Niewypłacalność jako przesłanka zarówno otwarcia restrukturyzacji, jak i ogłoszenia upadłości

Tożsamo rozumiana „niewypłacalność” jest podstawą (przesłanką) zarówno do złożenia wniosku o otwarcie restrukturyzacji dłużnika (art. 6 PrRestr), jak również wniosku o ogłoszenie jego upadłości (art. 10, 11 PrUpad). Przy czym postępowanie restrukturyzacyjne może zostać wszczęte także na wypadek zagrożenia niewypłacalnością. Innymi słowy, **reprezentant dłużnika powinien dokonać wyboru pomiędzy fakultatywną restrukturyzacją a obligatoryjną upadłością**. Systemowo wykluczony jest jednoczesny wybór restrukturyzacji i upadłości (art. 9a PrUpad).

Jaki powinien być optymalny imperatyw postępowania reprezentanta dłużnika? W modelu wzorcowym, w pierwszej kolejności powinien się on kierować **interesem wierzycieli dłużnika**. W dalszej kolejności powinien kierować się **interesem samego dłużnika, interesem udziałowców dłużnika, interesem holdingu, interesem pracowników dłużnika**.

Jeżeli reprezentant dłużnika wybierze wariant restrukturyzacji musi dokonać **dalszego wyboru pomiędzy jednym z czterech postępowań restrukturyzacyjnych: postępowania o zatwierdzenie układu, przyspieszonego postępowania układowego, postępowania układowego, postępowania sanacyjnego**. Przesłanki wszczęcia poszczególnych postępowań są szczegółowo wskazane w ustawie¹⁰. Niemniej w grę wchodzi jeszcze względy pragmatyczne. Otóż w przypadku wyboru każdego z trzech ostatnich postępowań ich otwarcie wymaga postanowienia sądu *ex ante*. Natomiast informacja o złożeniu wniosku o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego jest ujawniana w KRZ. Kontrahenci dłużnika mogą zatem szybko dowiedzieć się o jego problemach. W przypadku gdyby rozpoznanie wniosku przez sąd restrukturyzacyjny mogło trwać dłużej, w praktyce będzie to oznaczało oczywiste trudności gospodarcze dla dłużnika¹¹.

Ujmując rzecz obrazowo przypomina to katapultowanie pilota odrzutowca (czyli publiczne ujawnienie złożenia wniosku restrukturyzacyjnego) z opóźnioną możliwością otwarcia się spadochronu (w tej roli: otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego). Jeżeli spadochron nie otworzy się dostatecznie szybko pilot uderzy o ziemię. Spadochron albo śmierć. *Tertio non datur*. De lege lata możliwość szybkiego zainicjowania postępowania restrukturyzacyjnego przez dłużnika teoretycznie dotyczy postępowania o zatwierdzenie układu. Niemniej obwieszczenie w KRZ o ustaleniu dnia układowego nie jest automatyczne¹². Taka konstrukcja to, jak pokazuje życie, niestety zła wiadomość dla praktyki.

Istotna dygresja: szybkość otwarcia tzw. uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego o zatwierdzenie układu (możliwość jego otwierania zakończyła się 30.11.2021 r.) była jedną z przyczyn jego olbrzymiej popularności w latach 2020–2021¹³. Niestety „na pożegnanie” uproszczonej restrukturyzacji, w praktyce orzeczniczej niektórych sądów restrukturyzacyjnych, pojawiły się kompletnie „antyrestrukturyzacyjne” rozstrzygnięcia. Po pierwsze, niektóre sądy odmawiały zastosowania art. 165 KPC do złożenia wniosku o zatwierdzenie układu (niejednokrotnie wnioski te były składane wiele miesięcy wcześniej, niekiedy przy podwyższonym ryzyku sanitarnym). Abstrahując od poważnych zastrzeżeń merytorycznych co do tego poglądu powstaje gorzka refleksja: czemu to służy, że sąd restrukturyzacyjny nie zatwierdzi układu dłużnika, na który zgodziła się większość wierzycieli? Obraz prawa o niewypłacalności to nie tylko treść prawa, ale i polityka orzecznicza sądów. Po drugie, niektóre sądy restrukturyzacyjne dla ustalenia większości potrzebnej dla układu częściowego odmawiały stosowania art. 119 PrRestr, do którego odwoływał się art. 19 ust. 6 Tarczy 4.0¹⁴, a stosowały mniej korzystny dla dłużnika art. 186 PrRestr¹⁵.

a) możliwość podniesienia przez kontrahentów zarzutów *exceptio non adimpleti contractus* na zasadach ogólnych Kodeksu cywilnego (art. 490 § 1 KC),

b) żądania przez kontrahentów pełnych przedpłat na towary i usługi,

c) odmowę udostępnienia/odnowienia linii kredytowej (kredytu kupieckiego),

d) unikanie udzielania zamówień dłużnikowi,

e) unikanie udzielania dłużnikowi zaliczek, itp.

¹² Wejście w życie z 1.12.2021 r. Krajowego Rejestru Zadłużonych niestety skutkowało faktycznym zablokowaniem na okres około jednego miesiąca możliwości wszczęcia postępowania o zatwierdzenie układu. Brak odpowiedniej funkcjonalności systemu informatycznego całkowicie wyłączył możliwość korzystania z ustawowej procedury. Niestety doświadczenia praktyczne dotyczące korzystania z KRZ w pierwszych miesiącach jego funkcjonowania, także w innych aspektach, są fatalne.

¹³ Zob. np. R. Adamus, Era uproszczonej restrukturyzacji, „Doradca Restrukturyzacyjny” Nr 3/2021, s. 50 i n.

¹⁴ Ustawa z 19.6.2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19, Dz.U. poz. 1086; dalej jako: Tarcza 4.0.

¹⁵ Artykuł 19 ust. 6 Tarczy 4.0 odsyła wyłącznie do art. 119 PrRestr *lege non distinguente* dla układu zupełnego, jak i częściowego. Postępowanie uproszczone stanowiło w całości *lex specialis* względem postępowania o zatwierdzenie układu. Postępowanie uproszczone zawierało szereg rozwiązań szczególnych mających na celu ułatwienie dłużnikom zawarcie układu. Na przykład moratorium na wykonywanie zobowiązań ukła-

⁸ T. jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1540 ze zm.; dalej jako: OrdPodU.

⁹ T. jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 423 ze zm.

¹⁰ Zob. np. R. Adamus, Przedmiotowe przesłanki otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego, „Monitor Prawa Bankowego” Nr 12/2015, s. 19.

¹¹ Nie jest to tylko problem ochrony przeciwegzekucyjnej. W praktyce informacja o złożeniu wniosku o restrukturyzację oznacza m.in.:

W podsumowaniu, na potrzeby dalszego wywodu, należałoby podkreślić atrakcyjność postępowania o zatwierdzenie układu z punktu widzenia interesów dłużnika.

Z tytułu swego wyboru pomiędzy upadłością a restrukturyzacją, dokonanego przed upływem terminu do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, **reprezentant dłużnika ponosi odpowiedzialność w stosunku wewnętrznym**. Reprezentant dłużnika powinien kierować się zasadą *business judgement rule*. Innymi słowy, w stosunku wewnętrznym, reprezentant dłużnika nie powinien dokonywać wyboru postępowania upadłościowego, jeżeli bardziej optymalnym rozwiązaniem jest restrukturyzacja. W aktualnym stanie prawnym **reprezentant dłużnika właściwie nie ponosi odpowiedzialności wobec wierzycieli**, jeżeli dokona wyboru postępowania upadłościowego zamiast bardziej optymalnego w danym wypadku postępowania restrukturyzacyjnego. Niemniej przeciwko takiemu rozwiązaniu przemawia korporacyjna zasada *business judgement rule*.

Analizując aktualnie przyjęte rozwiązania prawne (art. 21 ust. 3 PrUpad, art. 299 KSH, art. 116 OrdPodU) bardzo łatwo jest doszukać się paradoksu. *De lege lata* reprezentant dłużnika, działający w dobrej wierze i z odpowiednią starannością, może ponieść odpowiedzialność wobec wierzycieli dłużnika, jeżeli dokona wyboru ścieżki restrukturyzacji i – nawet z przyczyn obiektywnych – nie osiągnie odpowiednich rezultatów.

Założenia wyjściowe do opisu demotyatorów restrukturyzacji

Po pierwsze, **dłużnik będący osobą prawną sam odpowiada za własne zobowiązania**. Wynika to m.in. z samodzielnej podmiotowości prawnej osoby prawnej. Przełamanie zasady nieodpowiedzialności innych osób za osobę prawną jest zatem pewnym wyjątkiem od zasady.

Po drugie, w wymiarze teoretyczno-prawnym **stan „zagrożenia niewypłacalnością” jest pojęciowo odrębny od stanu „niewypłacalności”**. W praktyce gospodarczej przeprowadzenie linii demarkacyjnej pomiędzy nimi nie musi być takie oczywiste. Stan zagrożenia niewypłacalnością może ewoluować w kierunku stanu niewypłacalności. W jakiej jednostce czasu stan zagrożenia niewypłacalnością może przekształcić się w stan niewypłacalności? Biorąc pod uwagę, że termin do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości liczony jest w dniach, owa zmiana statu-

dowych, ograniczony immunitet egzekucyjny, objęcie układem wierzytelności zabezpieczonych na składnikach majątku dłużnika, w sposób rzeczowy, bez zgody wierzyciela, szczególne zasady dotyczące wyłączenia odpowiedzialności menedżerów za niezłożenie wniosku o ogłoszenie upadłości. Do tych szczególnych instrumentów należy uproszczona większość niezbędna dla przyjęcia układu. Wykładni wskazanych przepisów należy dokonywać w kontekście regulacji ustawy z 16.4.2020 r. o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenieniem się wirusa SARS-CoV-2, t. jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 737 ze zm. (Tarcza 2.0), która na czas pandemii zawiesiła obowiązek dłużnika do złożenia wniosku o upadłość. Pokazuje to, że ustawodawca na czas COVID-19 przededefiniował założenia prawa o niewypłacalności. Priorytetem stało się zapobieganie upadłości. W konsekwencji wykładnia przepisów ustawy Tarcza 4.0 powinna być jednoznacznie pro-restrukturyzacyjna.

su dłużnika może mieć miejsce z dnia na dzień. Z zasady stan zagrożenia niewypłacalnością i niewypłacalność to proces postępujący¹⁶. Niemniej nie można wykluczyć naglej niewypłacalności. Dalej należy podkreślić, że coraz doskonalsze są metody przewidywania niewypłacalności, a w tym te związane ze sztuczną inteligencją¹⁷. Wraz z łatwiejszą predykcją niewypłacalności w nieodległej przyszłości w systemie prawa powinno dokonać się pewnego przewartościowania podejścia do postaw reprezentantów dłużnika.

Po trzecie, **stan niewypłacalności jest kategorią obiektywną**. Doniosłość prawną ma samo jego zaistnienie w rzeczywistości. Subiektywna wiedza reprezentanta dłużnika o niewypłacalności jest pozbawiona doniosłości prawnej. Termin do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości biegnie od momentu obiektywnego powstania stanu niewypłacalności i wynosi 30 dni (art. 21 ust. 1 PrUpad). Z prowadzonych badań aktowych wynika konkluzja, że wnioski o upadłość w Polsce składane są zbyt późno¹⁸.

Po czwarte, także w przypadku terminowo złożonego wniosku o ogłoszenie upadłości **z zasady wierzyciele nigdy nie odzyskają 100% swoich wierzytelności**. Nawet przy sporym majątku dłużnika obsługa postępowania upadłościowego rodzi koszty. Składniki majątku są zbywane według wartości likwidacyjnej. Ponadto są bariery prawne: odsetki, co do zasady, w ogóle nie są zaspokajane z masy upadłości (art. 92 PrUpad). Tymczasem przepisy o odpowiedzialności reprezentanta dłużnika przewidują możliwość poniesienia odpowiedzialności nawet za całość zobowiązań dłużnika (art. 21 ust. 3a PrUpad, art. 299 § 1 KSH, art. 116 § 1 OrdPodU). Niemniej w praktyce nie wszyscy wierzyciele dochodzą roszczeń od reprezentantów dłużnika. Dla pełnego obrazu sytuacji dodać należy, że niekiedy za niektóre zobowiązania dłużnika jego reprezentanci przyjmują odpowiedzialność w drodze czynności prawnej (poręczenie, przystąpienie do długu). Istnieje też rynek handlu śmieciowymi wierzytelnościami wobec dłużnika nabywanych jedynie celem dochodzenia roszczeń od jego reprezentantów. Bardzo często następstwem odpowiedzialności reprezentanta dłużnika jest jego własna niewypłacalność. Warto przypomnieć, że w orzecznictwie sądowym poszerzono odpowiedzialność członka zarządu na podstawie art. 299 KSH także na zobowiązania powstałe po ogłoszeniu upadłości, jeżeli wniosek o upadłość był spóźniony¹⁹.

Po piąte, **przepisy o odpowiedzialności reprezentanta dłużnika przewidują szereg ułatwień na rzecz wierzyci-**

¹⁶ Zob. np. S. Gurgul, *Ekonomiczne i prawne czynniki oraz procedury upadłości przedsiębiorstw w Polsce*, Praca doktorska, Wrocław 2014, s. 33–34.

¹⁷ Zob. np. R. Adamus, *Ostrzeżenie o niewypłacalności* [w:] *Dyrektorywa o restrukturyzacji i upadłości. Perspektywa międzynarodowa i polska*, pod red. R. Adamusa, M. Geromina, B. Groele, Z. Miczka, Warszawa 2021, s. 15 i n.

¹⁸ P. Kupis, *op. cit.*, s. 35 i n.; J. Kruczalak-Jankowska, A. Machnikowska, M. Maśnicka, *Działalność sądów w postępowaniach restrukturyzacyjnych i upadłościowych: bariery funkcjonowania i instrumenty poprawy systemu upadłościowego w Polsce*, Gdańsk 2019, s. 42.

¹⁹ Uchwała SN z 30.1.2019 r., III CZP 78/18, OSNC Nr 2/2020, poz. 2.