

Szczecin, dnia 10 lipca 2014 r.

Opinia

Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych do projektu ustawy – Prawo restrukturyzacyjne, przesłanego przy piśmie DPrC-III-4391-2/13/167 140512-00171 z dnia 9 maja 2014 r.

Obecnie problematykę postępowania wobec przedsiębiorców niewypłacalnych oraz zagrożonych niewypłacalnością, a także w odniesieniu do przypadków tzw. upadłości konsumenckiej reguluje ustawa z 28 lutego 2003 r. - Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz.U. 2003 nr 60 poz. 535 ze zm.). Jednak dane statystyczne w tym zakresie nie są najlepsze.

Spośród 4634 wniosków rozpatrzonych przez polskie sądy w 2013 r., w 20% przypadków (926) orzeczono o postanowieniu upadłości (**748 spraw** zakończyło się ogłoszeniem upadłości w celu likwidacji majątku dłużnika, a tylko **178 spraw** – upadłością z możliwością zawarcia układu). Pozostałe 3708 wniosków zostało rozpatrzonych przez sądy w inny sposób. Największa liczba 1505 wniosków (ponad 32%) została przez sądy oddalona, przede wszystkim ze względu na fakt, że majątek niewypłacalnego dłużnika nie wystarczał na zaspokojenie kosztów postępowania (art.13 prawa upadłościowego i naprawczego) – takich przypadków było aż **1165¹**! Jeszcze gorzej wygląda sytuacja w odniesieniu do tzw. upadłości konsumenckiej. Od marca 2009 roku do końca 2011 roku ogłoszono upadłość zaledwie 36 osób fizycznych. Jednocześnie należy zauważyć, że w tym czasie złożono 1875 wniosków o ogłoszenie upadłości konsumenckiej. Oznacza to, że spośród nich, skutecznych okazało się jedynie 1,92%².

Dane te wskazują, że postępowania z możliwością zawarcia układu stanowią zdecydowaną mniejszość postępowań upadłościowych, a ponadto należy dodać, że również

¹ http://www.coface.pl/content/download/80175/961285/file/Raport_Coface_WNIOSKI_caly_2013_ok.pdf, 07.07.2014.

² <http://senat.gov.pl/gfx/senat/pl/senatekspertyzy/86/plik/oe189.pdf>, s. 4.

postępowanie naprawcze stanowi niewielki odsetek przypadków zagrożenia niewypłacalnością, co jednoznacznie wskazuje, że obecnie konstrukcje prawne nie do końca spełniają swoje zadanie i należy dokonać zmian dostosowujących rozwiązania dotyczące niewypłacalności przedsiębiorców, a także upadłości konsumenckiej do realiów współczesnej gospodarki. Zresztą tendencja do akcentowania możliwości utrzymania przedsiębiorcy w obrocie gospodarczym i odformalizowania postępowań z udziałem przedsiębiorców (także zagrożonych niewypłacalnością albo niewypłacalnych) stanowi przejaw ogólnoeuropejskich tendencji działań organów państw istotnych dla podniesienia konkurencyjności rynków krajowych. Dlatego też należy jednoznacznie uznać, że istnieje potrzeba kompleksowych zmian legislacyjnych, ponieważ dotychczasowe doświadczenia pokazują, że metoda cząstkowych nowelizacji okazała się niewystarczająca.

Opiniowany projekt stanowi odpowiedź na wskazane potrzeby. Powstaje jednak zasadnicze pytanie, czy w takim kształcie Prawo restrukturyzacyjne spełni pokładane w nim nadzieje. Analizując postanowienia projektowanej ustawy należy uznać, że zawiera ona wiele interesujących i potencjalnie efektywnych rozwiązań prawnych, co nie oznacza, że jest aktem prawnym pozbawionym konstrukcji problematycznych i budzących wątpliwości interpretacyjne.

Podstawową wątpliwością, jaką należy wyrazić na wstępie jest rozdzielenie regulacji dotyczącej postępowania upadłościowego i postępowań o charakterze restrukturyzacyjnym. Oczywiście, istota tych postępowań jest odmienna, jednak odnoszą się one do okoliczności faktycznych i prawnych o podobnym charakterze, a tym samym muszą być spójne i przejrzyste dla dłużników, którzy mają prawo, względnie obowiązek, z nich skorzystać. Mnożenie aktów prawnych, które niemający przygotowania prawniczego przedsiębiorcy mają przeanalizować, aby ustalić, czy zakres podmiotowy i przedmiotowy określonej regulacji odnosi się do ich sytuacji, nie sprzyja podnoszeniu efektywności stosowania określonych rozwiązań – także tych, które mają utrzymać przedsiębiorcę w obrocie gospodarczym. W zasadzie jedynym uzasadnieniem, choć powstaje pytanie, czy wystarczającym, jest propozycja oddzielenia postępowań restrukturyzacyjnych od postępowania upadłościowego, z uwagi na negatywne postrzeganie w obrocie prawnym podmiotów znajdujących się w stanie upadłości.

Drugą wątpliwością o charakterze generalnym jest wprowadzenie aż czterech postępowań restrukturyzacyjnych:

- a) postępowania o zatwierdzenie układu;
- b) przyspieszonego postępowania układowego;
- c) postępowania układowego;
- d) postępowania sanacyjnego.

I znów, można uznać argumentację projektodawców, iż taka liczba postępowań pozwoli na zindywidualizowane podejście do konkretnych sytuacji faktycznych, jednak należy pamiętać o tym, że mnogość rozwiązań różniących się tylko w pewnym zakresie nie sprzyja zrozumieniu poszczególnych instytucji i zasad ich działania przez przedsiębiorców, zwłaszcza prowadzących działalność gospodarczą w mniejszej skali, rzadko korzystających z obsługi prawnej. Wydaje się, że równie efektywnym, a prostszym rozwiązaniem byłoby stworzenie mniejszej liczby postępowań opartych na bardziej elastycznych kryteriach, stosowanych w ramach dyskrecjonalnej władzy sędziego, zakreślającego podstawowe reguły dalszego postępowania w zależności od okoliczności konkretnej sytuacji faktycznej. Pozostaje stwierdzić, że praktyka pokaże które ze wskazanych ujęć byłoby rozwiązaniem sprzyjającym upowszechnieniu wśród przedsiębiorców procedur o charakterze restrukturyzacyjnym.

Z pewnością zasadniczą zaletą projektowanego aktu jest jego kompleksowość, ponieważ w tym przypadku – podobnie jak w odniesieniu do Prawa upadłościowego – regułą podstawową stała się zdolność restrukturyzacyjna wszystkich przedsiębiorców (z enumeratywnie określonym – uzasadnionym specyfiką ich statusu prawnego lub rodzaju działalności - katalogiem podmiotów jej nieposiadających). W ten sposób projektodawcy uniknęli dalszego rozdrobnienia aktów prawnych odnoszących się do podmiotów niewypłacalnych lub zagrożonych niewypłacalnością. Jednocześnie jednak projektodawcy dostrzegli dystynkcję między ogółem przedsiębiorców a pewnymi typami podmiotów prowadzących działalność gospodarczą, tworząc pewną liczbę postępowań odrębnych (np. względem deweloperów). W takim przypadku zawsze powstaje wątpliwość dotycząca wyważenia między rzeczywistą potrzebą a wyodrębnieniem nadmiernej liczby procedur

o określonych odrębnościach (problem znany na gruncie postanowień Kodeksu postępowania cywilnego). W tym przypadku konstrukcję postępowań odrębnych należy ocenić pozytywnie, tym bardziej, że charakter tych rozwiązań wyraźnie wskazuje, iż miały one na celu nie uprzywilejowanie określonych grup podmiotów, ale wprost przeciwnie – zabezpieczenie interesów osób trzecich (np. klientów banku zagrożonego niewypłacalnością).

Kolejną ważną kwestią dostrzeżoną przez projektodawców stał się problem relacji postępowań restrukturyzacyjnych z udziałem podmiotów publicznoprawnych jako wierzycieli i postanowień prawa Unii Europejskiej w sprawie dopuszczalności pomocy publicznej. Projektodawcy w wystarczającym stopniu uwzględnili tę problematykę w stosownych regulacjach na poziomie reguł ogólnych, ale z pewnością będą one musiały być dookreślone w drodze aktów wykonawczych, odnoszących się np. do testu prywatnego wierzyciela lub testu prywatnego inwestora w toku postępowań restrukturyzacyjnych. Zauważenie tego problemu pod kątem zgodności z prawem unijnym i szersze odniesienie się do niego w przepisach projektowanej ustawy stanowi znaczący postęp w stosunku do dotychczasowych regulacji Prawa upadłościowego i naprawczego.

Z pewnością pozytywną odmianą w stosunku do postępowania naprawczego jest odstąpienie projektodawcy od skonstruowania w odniesieniu do dłużników w postępowaniu restrukturyzacyjnym kryteriów podmiotowych wykluczających jego wszczęcie. W tym przypadku dotychczasowe zachowanie dłużnika nie jest kryterium oceny dopuszczalności postępowania restrukturyzacyjnego, a podstawowym – trafnie przyjętym – brak pokrzywdzenia wierzycieli. Takie rozwiązanie z pewnością w zasadniczy sposób świadczy o wdrażaniu przez projektodawców idei „drugiej szansy” dla przedsiębiorców niewypłacalnych lub zagrożonych niewypłacalnością.

Kolejną dobrą konstrukcją są rozwiązania odnoszące się do planu restrukturyzacyjnego jako dokumentu o podstawowym znaczeniu dla dalszych czynności zmierzających do restrukturyzacji zobowiązań dłużnika. Projektodawcy trafnie wprowadzili w odniesieniu do dłużnika obowiązek przygotowania jedynie wstępnej wersji planu restrukturyzacyjnego. Przesunięcie ciężaru sporządzenia ostatecznego dokumentu na nadzorcę, a w wyjątkowych przypadkach – na osobę trzecią, jest rozwiązaniem wysoce użytecznym zwłaszcza w odniesieniu do małych i mikroprzedsiębiorców, którzy nie zawsze

mają wystarczającą wiedzę i umiejętności, aby samodzielnie sporządzić tego rodzaju dokument na odpowiednim poziomie merytorycznym i z wysokimi szansami realizacji.

Nowością godną aprobaty jest także znaczące zwiększenie roli wierzycieli jako grupy, na rzecz której de facto prowadzone jest zarówno postępowanie restrukturyzacyjne, jak i postępowanie upadłościowe. Stąd też należy podkreślić zasadność takich konstrukcji jak np. zwiększenie uprawnień wierzycieli o charakterze kreacyjnym (wykonywanych przez samych wierzycieli albo radę wierzycieli), dotyczących powołania rady wierzycieli, zmiany nadzorcy sądowego albo zarządcy. Podobny charakter mają również inne kompetencje wierzycieli nieznajdujące zastosowania w dotychczasowych postanowieniach Prawa upadłościowego i naprawczego, jak np. określona wprost możliwość wyrażenia przez wierzycieli stanowiska co do wysokości wynagrodzenia nadzorcy sądowego (art. 48 ust. 3 projektu).

Warto dodać, że projektowana ustawa zawiera wiele interesujących konstrukcji o charakterze szczegółowym, które mogą wzmocnić znaczenie i sprawność postępowań restrukturyzacyjnych w praktyce, czego przykładem jest:

1) zdefiniowanie pojęcia „głównego ośrodka podstawowej działalności dłużnika” zgodnie ze standardami prawa unijnego, co pozwala usunąć zbyt dużą swobodę w określaniu właściwości miejscowej, jaka występowała na gruncie dotychczasowych regulacji dotyczących właściwości miejscowej sądu upadłościowego - z uwagi na brak stosownej definicji legalnej w Prawie upadłościowym i naprawczym;

2) podjęcie próby zdefiniowania w bardziej precyzyjny sposób pojęcia „niewypłacalność”, również w zakresie ujęcia go w ramy czasowe;

3) faktyczne przyspieszenie postępowań z uwagi na szersze stosowanie środków komunikowania się na odległość jako rozwiązania prostszego i bardziej efektywnego niż tradycyjne formy doręczeń;

4) wprowadzenie konstrukcji zastępcy sędziego-komisarza jako instrumentu usprawniającego przebieg postępowania w razie przemijających przeszkód występujących po stronie sędziego-komisarza (np. nagłej choroby); w ten sposób konstrukcja zastępcy syndyka

stosowana dotychczas w postępowaniu upadłościowym rozszerzyła swoje zastosowanie z korzyścią dla efektywności postępowania restrukturyzacyjnego;

5) personalne rozdzielenie funkcji nadzorcy, a następnie ewentualnego zarządcy majątku dłużnika, co zniweluje tendencje nadzorców do dążenia do objęcia majątku dłużnika w zarząd i zdopinguje ich do większej staranności w działaniach na rzecz zawarcia układu w tej formule postępowania;

6) silne zaakcentowanie elementów motywacyjnych w konstruowaniu wynagrodzenia nadzorcy i zarządcy;

7) ciekawa konstrukcja sporządzania spisu wierzytelności z pominięciem procedury zgłaszania wierzytelności, co pozwala na przyspieszenie postępowania; w praktyce może to być ryzykowne w razie niezbyt solidnej dokumentacji prowadzonej przez dłużnika, bowiem spis ma być, zgodnie z art. 85 ust. 1 projektu przygotowywany na podstawie ksiąg rachunkowych, innych dokumentów dłużnika, wpisów w księgach wieczystych oraz rejestrach; niemniej wydaje się, że można co do zasady z takiego rozwiązania efektywnie korzystać;

8) wzmocnienie roli i dookreślenie sposobu działania rady wierzycieli, w obecnym stanie często niepowoływanej lub odgrywającej marginalną rolę w toku postępowania;

9) ograniczenia dotyczące restrukturyzacji zobowiązań z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne w części finansowanej przez dłużnika jako pracodawcę, z tytułu składek na własne ubezpieczenie społeczne dłużnika i innych zobowiązań dłużnika wobec Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, co należy uznać za rozwiązanie trafne, zważywszy na silne powiązanie wysokości wpłaconych składek z późniejszym świadczeniem wypłacanym ubezpieczonemu; pracownicy nie mogą ponosić nadmiernych negatywnych skutków sytuacji pracodawcy, zwłaszcza tych odczuwalnych w dłuższej perspektywie czasowej, a w przypadku dłużnika i osób bliskich nie powinno się korzystać z rozwiązań doraźnych, ustalonych krótkowzrocznie, które również negatywnie wpłyną na późniejszą sytuację dłużnika i jego rodziny, a co więcej – mogą spowodować konieczność angażowania środków pomocy społecznej w ich utrzymanie;

10) wprowadzenie nowatorskiej konstrukcji tzw. układu częściowego w postępowaniu o zatwierdzenie układu albo w przyspieszonym postępowaniu układowym, który może dłużnik zawrzeć z częścią wierzycieli, np. tych, którzy mają dla niego znaczenie strategiczne; rozwiązanie to jest wartościowe przede wszystkim z perspektywy dłużników, którzy z uwagi na skalę swojej działalności gospodarczej, mają bardzo obszerny i zróżnicowany portfel wierzytelności, a tym samym wypracowanie układu satysfakcjonującego wszystkich wierzycieli jest trudne, jeśli nie niemożliwe;

11) wprowadzenie elastycznej formy wypracowania układu wierzycieli z dłużnikiem, przede wszystkim z minimalnym udziałem organów sądowych - wskazują na to choćby postanowienia art. 218 projektu, zgodnie z którym postępowanie o zatwierdzenie układu umożliwia zawarcie układu w wyniku samodzielnego zbierania głosów wierzycieli przez dłużnika bez udziału sądu; pozwoli na to na większą swobodę w relacjach dłużnika i wierzyciela, a także otworzy interesujące pole do stosowania alternatywnych metod rozwiązywania sporów (zwłaszcza mediacji) do wypracowania konsensusu;

12) uprzywilejowanie wierzytelności z tytułu kredytów i pożyczek zaciągniętych w toku postępowania restrukturyzacyjnego, jeżeli wobec niepowodzenia restrukturyzacji ogłoszono upadłość dłużnika; taka konstrukcja będzie stanowiła pewną zachętę dla wydawania pozytywnych decyzji kredytowych przez instytucje finansowe, mimo trudnej sytuacji finansowej klienta.

Wymienione w tym zestawieniu przykłady ciekawych i potencjalnie efektywnych rozwiązań pokazują, że projekt ten wpisuje się w europejskie tendencje stosowania wobec dłużników niewypłacalnych albo zagrożonych niewypłacalnością polityki „drugiej szansy” i nietraktowania tego rodzaju sytuacji jako okoliczności stygmatyzującej, wykluczającej dany podmiot z obrotu gospodarczego.

W świetle powyższego generalna ocena projektu, pomimo wskazanych wyżej zastrzeżeń, jest pozytywna. Wydaje się jednak, że stworzenie dobrego aktu prawnego, to w tym przypadku zaledwie pierwszy krok w trudnym procesie faktycznego wdrażania proponowanych rozwiązań prawnych. Niebagatelną rolę w tym przypadku odegra przede wszystkim edukowanie przedsiębiorców i innych podmiotów, niezależnie od tego, czy mogą w tych postępowaniach odegrać rolę dłużnika czy wierzyciela. Dopiero odpowiednia

świadomość uczestników obrotu gospodarczego pozwoli postępowaniu upadłościowemu nadać rzeczywisty status ultima ratio w relacjach niewypłacalnego dłużnika z wierzycielami, a nie rozwiązania podstawowego – tak jak to jest w obecnym stanie prawnym.

Radca prawny dr hab. Kinga Flaga-Gieruszyńska

prof. US Szczecin