

INSTYTUT WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI

***Nadzór sędziego-komisarza nad czynnościami syndyków,
nadzorców i zarządców w postępowaniach upadłościowym
i restrukturyzacyjnym a możliwość sformułowania
rekomendacji dotyczących optymalnego modelu oceny
efektywności ekonomicznej działań syndyka/doradcy
restrukturyzacyjnego – analiza prawnoporównawcza
i ekonomiczna***

Warszawa 2016

Autorzy:

Elżbieta Konarska (część pierwsza)

Kamil Joński (część druga i trzecia)

Spis treści

Część pierwsza. Analiza prawnoporównawcza	1
I. Prawo austriackie	1
1. Wstęp	1
2. Postępowanie upadłościowe	3
3. Postępowanie układowe	7
4. Status prawny i pozycja syndyka	9
II. Prawo niemieckie	11
1. Wstęp	11
2. Postępowania upadłościowe	11
3. Postępowanie naprawcze	16
4. Postępowanie likwidacyjne	17
III. Prawo brytyjskie	18
1. Postępowanie przed ogłoszeniem upadłości	18
2. Procedury dotyczące niewypłacalności przedsiębiorstw	18
3. Rola i funkcja sądu w postępowaniach upadłościowych	22
4. Rola i funkcja syndyka	22
5. Rola i funkcja wierzycieli	24
6. Rola i funkcja zarządu przedsiębiorstwa	25
7. Rola i funkcja dłużników, tj. osób niewypłacalnych	25
8. Zamknięcie postępowania	25
9. Postępowanie naprawcze (reorganizacja)	26
IV. Podsumowanie i wnioski <i>de lege ferenda</i>	27
Część druga. Analiza Ekonomiczna	31
1. Dobór próby	32
2. Ocen efektywności postępowań układowych	34
3. Ocena efektywności ekonomicznej działań syndyka/doradcy restrukturyzacyjnego w indywidualnej sprawie	36
Część trzecia. Wnioski końcowe	37

Część pierwsza. Analiza prawnoporównawcza

I. Prawo austriackie

W Austrii występują dwa główne rodzaje postępowań względem niewypłacalnych przedsiębiorców:

1. postępowanie układowe prowadzone na podstawie ustawy o postępowaniu układowym (*Ausgleichsordnung* - AO);
2. postępowanie upadłościowe prowadzone na podstawie ustawy o postępowaniu upadłościowym (*Konkursordnung* - KO)¹.

1. Wstęp

Podstawą wszczęcia postępowania upadłościowego jest niewypłacalność dłużnika, która występuje wtedy, gdy dłużnik zaprzestał wykonywać swoich płatności. Do stwierdzenia niewypłacalności nie jest konieczne, aby wierzyciele domagali się spłaty. Sam fakt, że dłużnik częściowo lub całkowicie zaspokoił należności poszczególnych wierzycieli lub że jeszcze może je zaspokoić, nie oznacza, że jest on wypłacalny (§ 66 KO). Także w sytuacji nadmiernego zadłużenia (§ 67 KO) dochodzi do wszczęcia postępowania upadłościowego spółek prawa handlowego, w których żaden ze wspólników, ponoszących osobistą odpowiedzialność, nie jest osobą fizyczną. To samo dotyczy wszczęcia postępowania upadłościowego w stosunku do majątku osób prawnych oraz spadków. Podsumowując, przesłankami postępowania upadłościowego jest występowanie niewypłacalności lub nadmiernego zadłużenia dłużnika, posiadanie przez dłużnika majątku wystarczającego na zaspokojenia kosztów postępowania oraz złożenie przez dłużnika lub wierzyciela wniosku o ogłoszenie upadłości.

Celem postępowania upadłościowego jest równomierne zaspokojenie wszystkich wierzycieli. Wierzytelności zaspokajają się proporcjonalnie w stosunku do ich

¹ Por. <http://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Dokumentnummer=NOR11001849>
<http://www.dasunternehmerportal.com/jurathek/index.php?/Ausgleichsordnung-AO/Ausgleichsordnung.html>
[https://www.jusline.at/Ausgleichsordnung_\(AO\).html](https://www.jusline.at/Ausgleichsordnung_(AO).html)

wysokości z istniejącego majątku. Jeżeli jest to możliwe, należy dążyć do zachowania przedsiębiorstw, których restrukturyzacja jest możliwa, i dać dłużnikowi szansę naprawy jego sytuacji ekonomicznej. Cel ten ma nadrzędne znaczenie zwłaszcza w przypadku, tzw. układu przymusowego w postępowaniu upadłościowym. Układ przymusowy umożliwia umorzenie pozostałego długu, jeżeli upadły w ciągu dwóch lat spłaci co najmniej 20% swoich długów.

Szczególne zasady obowiązują w zakresie upadłości osób fizycznych. Mogą one zasadniczo skorzystać z umorzenia pozostałego długu. Jest to motywowane kwestiami socjalnymi. Należy umożliwić nowy start osobom, które znalazły się w sytuacji ekonomicznej bez wyjścia (§ 25 KO przewiduje możliwość postępowania upadłościowego osób fizycznych, które nie są przedsiębiorcami – *Schuldenregulierungsverfahren*).

Jeżeli zostaną spełnione przesłanki wszczęcia postępowania upadłościowego lub zagrożenia niewypłacalnością, dłużnik może wnioskować, aby zamiast postępowania upadłościowego wszczęto postępowanie układowe (§ 1 AO).

Postępowanie układowe umożliwia częściowe umorzenie długu, jeżeli większość wierzycieli podejmie stosowną uchwałę, mając na celu naprawę przedsiębiorstwa upadłego, i jeżeli dłużnik zapłaci przynajmniej 40% wierzytelności w ciągu dwóch lat. Przesłankami postępowania układowego są: niewypłacalność, zagrożenie niewypłacalnością lub nadmierne zadłużenie oraz wystąpienie z takim wnioskiem przez dłużnika i złożenie przez niego akceptowalnych propozycji układowych

Oprócz sądowego postępowania upadłościowego dłużnik ma możliwość restrukturyzacji swoich zobowiązań w pozasądowym postępowaniu naprawczym. W tym postępowaniu wymagane jest osiągnięcie porozumienia ze wszystkimi wierzycielami i nie można przegłosować pojedynczych wierzycieli zgłaszających sprzeciw. Ponadto, zgodnie z § 69 ust. 2 KO, dłużnik jest zobowiązany do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w ciągu 60 dni od wystąpienia przesłanek do wszczęcia postępowania upadłościowego.

Poza tym w Austrii występuje również postępowanie reorganizacyjne przeprowadzane zgodnie z ustawą o reorganizacji przedsiębiorstw (*Unternehmensreorganisationsgesetz*). Warunkiem jest aby podmiot wymagający

reorganizacji nie znajdował się w stanie upadłości. Konieczność reorganizacji zachodzi wtedy, kiedy zagrożone jest istnienie przedsiębiorstwa w następstwie niekorzystnych zmian ekonomicznych do tego stopnia, iż konieczne jest podjęcie działań, aby umożliwić trwałą kontynuację działalności w przyszłości.

2. Postępowanie upadłościowe

Przesłanki postępowania upadłościowego, jego cel, a także definicja niewypłacalności zostały już omówione we wstępie tego rozdziału, więc w tym miejscu ponowne omówienie tych kwestii jest zbędne.

Należy dodać, iż uczestnikami postępowania upadłościowego są dłużnik, wierzyciele, syndyk oraz sąd upadłościowy.

Dłużnik ma prawo do złożenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego oraz do wnoszenia środków prawnych przeciw decyzji o wszczęciu postępowania upadłościowego. Może również uczestniczyć w posiedzeniach zgromadzenia wierzycieli oraz rady wierzycieli, ma także prawo do wnioskowania o zawarcie układu przymusowego. Z chwilą otwarcia postępowania upadłościowego traci prawo do rozporządzania mieniem wchodzącym do masy upadłości.

Uczestnikami postępowania upadłościowego są również wierzyciele. Zgromadzenie wierzycieli może składać określone wnioski (np. o powołanie rady wierzycieli, odwołanie syndyka masy upadłości), głosuje w sprawie zawarcia układu przymusowego. Rada wierzycieli ustanawiana jest przez sąd i służy pomocą syndykowi masy upadłości i kontroluje jego czynności, wyraża opinię o ważnych czynnościach syndyka masy upadłości przed ich podjęciem. W pewnych sytuacjach ma także prawo udzielania zezwoleń na dokonanie określonych czynności.

Sąd upadłościowy decyduje o wszczęciu postępowania upadłościowego i je prowadzi, wyznacza syndyka masy upadłości i nadzoruje jego działalność, zabezpiecza masę upadłości, prowadzi zgromadzenia wierzycieli, w szczególności głosowania nad układem przymusowym lub planem płatności, decyduje wiążąco o różnych kwestiach, uchyla postępowanie upadłościowe.

Syndyk masy upadłości odpowiada za praktyczne przeprowadzenie postępowania upadłościowego, bada sytuację gospodarczą upadłego, ocenia, czy przedsiębiorstwo może kontynuować swoją działalność lub czy zamknięte przedsiębiorstwo może zostać ponownie otwarte, bada czy układ przymusowy leży w interesie wierzycieli i czy prawdopodobne jest jego wykonanie, ustala aktywa i sprzedaje je, zarządza i reprezentuje masę upadłości, wykonuje prawo zaskarżania w stosunku do masy upadłości, uczestniczy w ustaleniu stanu zadłużenia, dokonuje podziału funduszy masy upadłości.

W przypadku postępowania upadłościowego osób fizycznych, które nie są przedsiębiorcami (*Schuldenregulierungsverfahren*), wyznaczenie syndyka masy upadłości nie jest obowiązkowe. Jeżeli sąd upadłościowy rezygnuje z powoływania syndyka masy upadłości, wówczas zadania przypisane syndykowi przejmuje sąd.

Postanowienie o ogłoszeniu upadłości podlega opublikowaniu, w tym także na stronie internetowej². Skutki prawne wszczęcia postępowania upadłościowego następują z początkiem dnia następującego po opublikowaniu postanowienia. Ponadto wszczęcie postępowania upadłościowego podlega ujawnieniu w rejestrach publicznych (księga wieczysta, rejestr przedsiębiorców itp.).

Na skutek otwarcia postępowania upadłościowego upadły traci prawo rozporządzania całym majątkiem poddanym egzekucji, który należał do niego w tym momencie lub który uzyskał w trakcie postępowania upadłościowego (masa upadłości). Nad masą upadłości należy przejąć pieczę i zarząd oraz przeznaczyć ją na wspólne zaspokojenie wierzycieli (§ 1 KO).

Czynności prawne upadłego dotyczące masy upadłości dokonane po otwarciu postępowania upadłościowego są nieważne w stosunku do wierzycieli (§ 3 ust. 1 KO).

Po otwarciu postępowania upadłościowego nie można wszczynać ani kontynuować sporów prawnych przeciwko upadłemu, których celem jest dochodzenie lub zabezpieczenie roszczeń z majątku wchodzącego do masy upadłości. Po otwarciu postępowania upadłościowego można wszczynać i kontynuować spory prawne,

² <http://www.edikte2.justiz.gv.at/>

których celem są prawa odrębności lub roszczenia o wyłączenie rzeczy niewchodzących do masy upadłości, jednak można je prowadzić tylko przeciwko syndykowi masy upadłości (§ 6 ust. 1 i 2 KO).

Otwarcie postępowania upadłościowego przerywa wszystkie toczące się spory prawne, w których upadły jest powodem lub pozwany, z wyjątkiem sporów prawnych odnośnie do roszczeń, które nie dotyczą majątku wchodzącego do masy upadłości (§ 7 ust. 1 KO).

Jeśli chodzi o **czynności nadzorcze sądu upadłościowego nad czynnościami syndyka**, to należy zauważyć, że w austriackiej ustawie o postępowaniu upadłościowym syndyk podlega kontroli wykonywanej przede wszystkim przez radę wierzycieli. Sąd upadłościowy także posiada uprawnienia kontrolne i nadzorcze względem czynności dokonywanych przez syndyka, lecz w mniejszym zakresie niż wierzyciele, bo oni mają w tym interes prawny i faktyczny.

Zgodnie bowiem z § 114 ust. 1 KO, w istotnych sprawach syndyk masy upadłości powinien zwrócić się o opinię do rady wierzycieli. Ponadto syndyk masy upadłości powinien zgłosić sądowi upadłościowemu czynności prawne, których wartość przekracza 100.000 euro, przynajmniej osiem dni przed ich dokonaniem. Sąd może zakazać dokonania tych czynności (§ 116 KO). Ponadto określone czynności prawne, bez względu na ich wartość, wymagają zgody rady wierzycieli oraz sądu upadłościowego (§ 117 KO).

Rada wierzycieli za zgodą sądu upadłościowego może postanowić, że upadły może swobodnie rozporządzać wierzytelnościami, których ściąganie wydaje się być nieskuteczne, oraz przedmiotami o nieznacznej wartości (§ 119 ust. 5 KO).

Niezależnie od fazy postępowania należy zaspokoić wierzycieli uprzywilejowanych, jak tylko ich roszczenia zostaną potwierdzone i staną się wymagalne (§ 124 ust. 1 KO). Jeżeli masa upadłości jest niewystarczająca do zaspokojenia wierzytelności uprzywilejowanych, **syndyk masy upadłości powinien niezwłocznie powiadomić sąd upadłościowy i przerwać zaspokajanie wierzycieli uprzywilejowanych** (§ 124a KO).

Wierzyciele zaspokajani na zasadzie proporcjonalności mogą otrzymać swoje roszczenia dopiero po sprawdzającym zgromadzeniu wierzycieli. Syndyk masy upadłości dzieli fundusze masy upadłości **za zgodą rady wierzycieli oraz zgodnie z planem podziału zatwierdzonym przez sąd upadłościowy** (§§ 128-130 KO).

Podsumowując, sąd upadłościowy w mniejszym zakresie niż rada wierzycieli, ale jednak ma obowiązek nadzorować działalność syndyka, któremu może wydawać polecenia zarówno na piśmie, jak i ustnie, uzyskiwać wyjaśnienia i sprawozdania, mieć wgląd w rachunki i pozostałe pisma oraz podejmować konieczne badania. Sąd może zarządzić, żeby syndyk zasięgał w określonych kwestiach wskazań rady wierzycieli. Jeżeli syndyk nie wypełnia swoich obowiązków albo nie wypełnia ich terminowo, sąd może zmusić go do terminowego wypełniania jego obowiązków poprzez nałożenie kar pieniężnych, a w przypadku czynności nie cierpiących zwłoki może wyznaczyć na jego koszt i ryzyko zarządcę do załatwienia poszczególnych czynności. Sąd upadłościowy rozpoznaje także skargi wierzyciela, członka rady wierzycieli lub dłużnika na działania lub zaniechania syndyka. Orzeczenie sędziego jest niezaskarżalne.

Nadzór ten w pierwszej kolejności sprawuje rada wierzycieli, która ma jurydyczny obowiązek nadzorowania i wspierania syndyka. Ma także obowiązek okresowego badania kasy syndyka przez co najmniej dwóch swoich członków oraz zawsze, jeżeli zarządzi to sąd upadłościowy. Jeżeli nie została powołana rada wierzycieli, obowiązki jej przypisane wykonuje sąd upadłościowy. W wypadku, gdy przewiduje się zgodę rady wierzycieli, sąd upadłościowy może wystąpić o uchwałę zgromadzenia wierzycieli.

Szczególnym rodzajem postępowania upadłościowego jest tzw. układ przymusowy. Zawarcie i wykonanie układu przymusowego skutkuje umorzeniem pozostałego długu. Upadły płaci część długu ustaloną w układzie przymusowym i jest zwolniony z płacenia wierzytelności zgłaszanych do masy upadłości. Postępowanie to wszczyna się tylko na wniosek rzetelnego upadłego (nieskazanego z powodu oszukańczego wyprowadzenia majątku, wyraźnego zamiaru przedłużania postępowania itp.). Jednocześnie upadły składa propozycję zaspokojenia lub zabezpieczenia wierzycieli (§ 140 ust. 1 KO). Wniosek jest niedopuszczalny, jeżeli wierzyciele nie otrzymają propozycji zaspokojenia wierzytelności zaspokajanych

proporcjonalnie w ustawowej minimalnej wysokości 20% w ciągu dwóch lat. W przypadku osób fizycznych, które nie są przedsiębiorcami termin ten może być wydłużony do pięciu lat. Jeżeli termin spłaty wynosi ponad dwa lata, minimalna wysokość zaspokajanych wierzytelności musi wynosić co najmniej 30% (§ 141 pkt. 3 KO). Ponadto roszczenia wierzycieli, którym przysługują prawa wyłączające i odrębności, pozostają nienaruszone, wierzyciele uprzywilejowani muszą być zaspokojeni w pełnej wysokości, a wierzycieli zaspokajanych proporcjonalnie zasadniczo należy traktować równo (§ 149 i nast. KO). Bez wyraźnej zgody uprawnionego nie można ograniczać praw wierzycieli w stosunku do poręczycieli lub współdłużników upadłego, a także w stosunku do dłużników regresowych (§ 151 KO). Układ przymusowy musi być przyjęty przez większość uprawnionych do głosu wierzycieli obecnych na zgromadzeniu. Dodatkowo łączne należności wierzycieli głosujących za układem muszą wynosić przynajmniej trzy czwarte łącznych należności wierzycieli obecnych na zgromadzeniu (§ 147 ust. 1 KO). Jeżeli sąd zatwierdzi układ przymusowy, upadłego zwalnia się z pozostałego długu przekraczającego ustaloną wysokość wierzytelności, które mają być zaspokojone (§ 156 KO).

3. Postępowanie układowe

Jeżeli dłużnik jest niewypłacalny lub nadmiernie zadłużony albo zagrożony niewypłacalnością, może wnioskować o otwarcie postępowania układowego. Do wniosku o wszczęcie postępowania układowego dłużnik musi dołączyć m.in.: spis składników majątku, listę wierzycieli i dłużników, bilanse z ostatnich trzech lat, propozycję układową itp. Warunkiem dopuszczalności układu jest, oprócz rzetelności dłużnika, propozycja spłacenia przewidzianej przez prawo minimalnej części roszczeń wierzycieli, a mianowicie 40% w ciągu dwóch lat od zawarcia układu.

Co do zasady układ należy zawrzeć w ciągu 90 dni od otwarcia postępowania (§ 67 ust. 1 pkt. 2 AO). Układ musi być zatwierdzony przez sąd. Postanowienie o zatwierdzeniu podlega opublikowaniu na stronie internetowej (§ 49 ust. 3 AO).

Są trzy możliwości zakończenia postępowania układowego: uchylenie układu bez kontroli dłużnika, uchylenie i ustanowienie kontroli nadzorczy sądowego albo kontynuacja postępowania układowego pod kontrolą zarządcy.

Podobnie jak w przypadku postępowania upadłościowego, postanowienie o wszczęciu postępowania układowego publikowane jest na stronie internetowej. Skutki prawne wszczęcia postępowania układowego występują z początkiem dnia następującego po opublikowaniu treści postanowienia (§ 7 ust. 1 AO). Ponadto wszczęcie postępowania układowego należy ujawnić w rejestrach publicznych (księga wieczysta, rejestr przedsiębiorców itp.).

Od dnia złożenia wniosku o wszczęcie postępowania układowego dłużnik nie może sprzedawać lub obciążać nieruchomości, ustanawiać praw odrębności na swoim majątku, ustanawiać poręczeń ani podejmować nieodpłatnych rozporządzeń. Czynności te dokonane przez dłużnika są nieważne w stosunku do wierzycieli. Od chwili otwarcia postępowania dłużnik musi uzyskać zgodę sądu układowego na zamknięcie lub ponowne otwarcie przedsiębiorstwa. Ponadto zarządca musi udzielić mu zgody na dokonanie określonych czynności prawnych. W trakcie postępowania układowego dłużnik może korzystać z posiadanych środków na potrzeby swoje i swojej rodziny tylko w zakresie koniecznym do skromnego życia (§ 8 AO). Zgłoszenie wierzytelności do postępowania układowego przerywa bieg ich przedawnienia (§ 9 AO). Od chwili otwarcia postępowania sąd nie może orzec prawa zastawu lub zaspokojenia z rzeczy należących do dłużnika (§ 10 AO).

Uczestnikami postępowania układowego są: dłużnik, wierzyciele, zarządca i sąd układowy. Dłużnik wnioskuje o otwarcie postępowania układowego, zgłasza jednocześnie propozycje układowe, podlega nadzorowi zarządcy. Zachowuje on także - co do zasady – prawo rozporządzania i zarządzania swoim majątkiem.

Jeśli chodzi o wierzycieli, to zgromadzenie wierzycieli głosuje nad propozycjami układowymi, a rada wierzycieli, również powoływana przez sąd, doradza, służy pomocą zarządcy i kontroluje go.

Zarządca mieniem upadłego nadzoruje dłużnika i prowadzone przez niego interesy, ustala sytuację gospodarczą dłużnika i sporządza tymczasowe pisemne

sprawozdanie, sprawdza zgłoszone wierzytelności, udziela zezwolenia na dokonanie określonych czynności prawnych.

Sąd układowy decyduje o wszczęciu postępowania układowego i je prowadzi, wyznacza i nadzoruje zarządcę mieniem upadłego oraz inne organa, decyduje wiążąco różnych kwestiach, uchyla postępowanie układowe³.

4. Status prawny i pozycja syndyka

Prawo austriackie nie wymaga posiadania od syndyka licencji. Orzecznictwo ukształtowało jednak pewne kryteria i wprowadziło wymagania co do osób, które wykonują ten zawód. Przede wszystkim osoby te powinny odznaczać się wiedzą z zakresu ekonomii, księgowości, prawa podatkowego, prawa pracy i prawa upadłościowego oraz praktyczne umiejętności z tej sfery. Wyższy Sąd Krajowy w Linzu prowadzi dla całej Austrii bazę danych zawierającą listę syndyków. Lista ta jest publikowana na stronie internetowej austriackiego Ministerstwa Sprawiedliwości⁴.

Sąd upadłościowy jednak nie jest związany ww. listą. Jeśli uzna, że w konkretnym postępowaniu upadłościowym większe kompetencje posiada osoba nie wpisana na listę, to na stanowisko syndyka może powołać osobę spoza listy. Należy zaznaczyć, że w Austrii ogromną uwagę przywiązuje się do umiejętności praktycznych syndyków i to one przesądzają o powołaniu określonej osoby na tę funkcję.

Syndyka wyznacza sąd upadłościowy. Postanowienie sądu w tym zakresie podlega publikacji. Na syndyka może zostać powołana osoba nieposzlakowana, godna zaufania i mająca doświadczenie w interesach, która ma wiedzę z zakresu upadłości, ekonomii, prawa podatkowego i pracy, a także wystarczające doświadczenie zawodowe. Syndyk musi być niezależny od dłużnika i wierzycieli. Nie może być krewnym ani konkubentem dłużnika albo rewidentem w poprzedzającym postępowaniu reorganizacyjnym. Ponadto w prawie austriackim syndykiem może być

³ http://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy/bankruptcy_au_pl.htm

⁴ <http://www.edikte.justiz.gv.at/>

osoba fizyczna albo osoba prawna, z tym że osoba prawna musi powiadomić sąd, kto ją reprezentuje przy wykonywaniu zarządu w postępowaniu upadłościowym⁵.

Nadzór nad działalnością syndyka sprawuje rada wierzycieli i sąd upadłościowy, o czym była mowa wyżej. W prawie austriackim nie występuje instytucja nadzoru Ministerstwa Sprawiedliwości nad pracą sądu lub syndyka w związku z prowadzonymi postępowaniami upadłościowymi.

W Ministerstwie Sprawiedliwości Austrii działa w sposób stały komisja ds. prawa upadłościowego, w skład której wchodzi przedstawiciele nauki i praktyki związani na co dzień z prawem upadłościowym, której celem jest przygotowywania i opiniowania aktów prawnych z zakresu upadłości. **Komisja ta tworzy także tzw. zasady dobrych praktyk, które obowiązują siłą autorytetu. Komisja organizuje co roku kongres prawa upadłości, na którym prezentowane są ww. zasady dobrych praktyk oraz inne prace komisji. Materiały z kongresu podlegają publikacji⁶.**

⁵ https://e-justice.europa.eu/content_insolvency-303-at-pl.do?clang=de

⁶ <https://www.justiz.gv.at/html>

II. Prawo niemieckie

1. Wstęp

W prawie niemieckim obowiązuje jednolite postępowanie upadłościowe prowadzone na podstawie ustawy Prawo upadłościowe - Insolvenzordnung - InsO⁷. Zgodnie z § 1 zdanie 1 InsO, celem postępowania upadłościowego jak najpełniejsze, równomierne zaspokojenie wierzycieli. Postępowanie upadłościowe można przeprowadzić zgodnie z przepisami dotyczącymi zarządzania, zbycia i podziału masy upadłości (typowe postępowanie upadłościowe). Uczestnicy postępowania mogą zawrzeć w planie naprawczym inne postanowienia, w szczególności dotyczące kontynuacji działalności przedsiębiorstwa⁸.

2. Postępowania upadłościowe

Postępowanie upadłościowe można wszcząć w stosunku do osób prawnych i fizycznych, również nieprowadzących działalności gospodarczej. Postępowanie to inicjowane jest przez dłużnika lub wierzyciela przez złożenie wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego. Prawa do zainicjowania postępowania upadłościowego nie mają natomiast urzędy państwowe.

Spółki kapitałowe mają obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości gdy wystąpi stan niewypłacalności. Jeżeli tego obowiązku nie spełnią, spółka i członkowie jej zarządu ponoszą odpowiedzialność odszkodowawczą względem wierzycieli. W niektórych przypadkach osoby te mogą ponosić także odpowiedzialność karnoprawną.

Podstawą wszczęcia postępowania upadłościowego jest wystąpienie stanu niewypłacalności lub nadmiernego zadłużenia. Definicję niewypłacalności zawiera § 17 ust. 2 InsO, zgodnie z którym dłużnik jest niewypłacalny, gdy nie jest w stanie wykonywać swoich wymagalnych zobowiązań płatniczych. Zgodnie natomiast z § 18

⁷ <https://www.gesetze-im-internet.de/insol/>

⁸ Dariusz Łubowski tł, Insolvenz-und Sanierungsrecht, Warszawa 2004, s. 2 i nast.

ust. 2 InsO, nadmierne zadłużenia występuje wtedy, gdy zobowiązania dłużnika przekroczą wartość jego majątku. Interpretując tę drugą przesłankę ogłoszenia upadłości wyceniając majątek dłużnika, należy założyć możliwość kontynuacji działalności przedsiębiorstwa, jeżeli wydaje się ona prawdopodobna w danych okolicznościach. Jeśli wniosek składa wierzyciel powinien on uprawdopodobnić istnienie przesłanki do wszczęcia postępowania upadłościowego oraz istnienie swojej wierzytelności. *Ratio legis* tego przepisu jest ochrona sądu i dłużnika przed wnioskami pochopnymi lub składanymi wyłącznie z zamiarem pokrzywdzenia dłużnika. Stosownie natomiast do § 26 ust. 1 zdanie 1 InsO, sąd odrzuci wniosek o wszczęcie postępowania upadłościowego, jeżeli majątek dłużnika prawdopodobnie nie wystarczy na zaspokojenie kosztów postępowania⁹.

W postępowaniu o ogłoszenie upadłości sąd – co do zasady - dopuszcza dowód z opinii biegłego albo powołuje syndyka, który ma uprawnienia biegłego aby zbadać stan majątku dłużnika i kwestię jego niewypłacalności lub zagrożenia nią. Jeżeli zostaną spełnione przesłanki pozytywne ogłoszenia upadłości, sąd upadłościowy wydaje postanowienie o ogłoszeniu upadłości, które podaje się do wiadomości publicznej. Na wniosek sądu, postanowienie publikuje się w internecie¹⁰ lub w dzienniku urzędowym.

Sąd upadłościowy prowadzi i nadzoruje przebieg postępowania upadłościowego. Jego zadaniem jest pośredniczenie i podejmowanie działań pojednawczych w pertraktacjach uczestników postępowania oraz dążenie do polubownego rozwiązywania sporów. Główne decyzje w trakcie postępowania upadłościowego (zbycie, likwidacja, naprawa oraz plan naprawczy) podejmują wierzyciele. Sąd posiada szczególne uprawnienia i zadania na etapie otwarcia postępowania. Do jego wyłącznej kompetencji należy m.in. podjęcie decyzji o wszczęciu postępowania, tymczasowe zabezpieczenie majątku dłużnika oraz powołanie syndyka masy upadłości. **Sąd nadzoruje też pracę syndyka masy upadłości. Jednak kontrola ta dotyczy tylko zgodności z prawem czynności podejmowanych przez syndyka,**

⁹ P. Urbanek, *Modele postępowań upadłościowych w Polsce i wybranych krajach Unii Europejskiej*, pod red. S. Morawskiej, Warszawa 2011, s. 199 i nast.; H.G. Landfermann, *Najważniejsze problemy reformy niemieckiego prawa o niewypłacalności*, s. 18 i nast.; w aspekcie historycznym - por. także J. Broł, *Niemieckie prawo insolwencyjne*, Warszawa 1996, s. 40 i nast.

¹⁰ Por. www.insolvenzbekanntmachungen.de Deutsch

a nie ich celowości. Sąd może jednak w każdym czasie zażądać od niego informacji oraz sprawozdania o stanie masy. Jeżeli syndyk zaniedbuje swoje obowiązki sąd po uprzednim upomnieniu, może ukarać go grzywną. Na to postanowienie sądu syndykowi przysługuje zażalenie. Sąd może także odwołać syndyka „z ważnej przyczyny”. Może to nastąpić z urzędu, na wniosek syndyka, rady wierzycieli albo zgromadzenia wierzycieli, po uprzednim wysłuchaniu syndyka. Warto także wskazać, że syndyk ponosi także odpowiedzialność odszkodowawczą, warunkiem jej jest jednak naruszenie przez niego swoich obowiązków w sposób zawiniony.

Prawo niemieckie nie zna instytucji nadzoru Ministra Sprawiedliwości nad sądem upadłościowym w zakresie czynności nadzorczych względem syndyka.

W postępowaniu upadłościowym główną rolę odgrywa syndyk masy upadłości. Funkcję tę mogą pełnić w szczególności adwokaci, ekonomiści, biegli rewidenci lub doradcy podatkowi. Niemieckie prawo nie przewiduje względem syndyka obowiązku uzyskania licencji. Zgodnie z § 56 InsO, syndykiem zostaje osoba fizyczna odpowiednia do przeprowadzenia danej sprawy, obeznana z prowadzeniem interesów, niezależna od wierzycieli i dłużnika. Bardzo silna pozycja wierzycieli jest zauważalna również w tym, że syndyk powołany przez sąd może zostać na pierwszym zgromadzeniu wierzycieli odwołany i zastąpiony przez inną osobę (§ 57 InsO). Sędzia może natomiast odmówić ustanowienia syndykiem osoby wskazanej przez zgromadzenia wierzycieli wtedy, gdy osobie tej nie można przypisać waloru fachowości i niezależności.

Syndyk w niemieckim prawie upadłościowym nie uzyskuje licencji, nie jest także wpisywany na listę syndyków. W praktyce funkcję tę pełnią ekonomiści, rzeczoznawcy, księgowi, adwokaci, a więc osoby profesjonalnie przygotowane do jej wykonywania. Ponadto w Niemczech bardzo prężnie działają stowarzyszenia syndyków, które mają prawo nadawania swoich certyfikatów. Stowarzyszenia te wydają zbiory dobrych praktyk w formie okólników, które obowiązują siłą autorytetu organu je wydającego. Stowarzyszenia te czuwają także nad przestrzeganiem kodeksu etycznego oraz organizują efektywny system szkoleń dla syndyków.

Z chwilą powołania syndyk masy upadłości otrzymuje prawo do zarządzania i rozporządzania majątkiem dłużnika. Jego głównym zadaniem jest zwrot przedmiotów nienależących do dłużnika, a znajdujących się w jego majątku w momencie wszczęcia postępowania upadłościowego. Ponadto musi on odzyskać przedmioty prawnie należące do majątku dłużnika, ale nieznajdujące się w nim w momencie wszczęcia postępowania upadłościowego. Tak ustalony majątek dłużnika tworzy masę upadłości (§ 35 InsO), z której będą zaspokojeni wierzyciele. Do zadań syndyka masy upadłości należy także: wypłata wynagrodzenia dla pracowników upadłego, podejmowanie decyzji w sprawie niewykonanych umów (§ 103 InsO), sporządzenie wykazu majątku (§ 153 ust. 1 zdanie 1 InsO), zbycie masy upadłości (§ 159 InsO), podział funduszy uzyskanych ze zbycia masy upadłości (§ 187 InsO)¹¹.

Niemieckie prawo upadłościowe daje duży wpływ na postępowanie wierzycielom. Mogą oni zwoływać zgromadzenie wierzycieli. Mogą doprowadzić do powołania radę wierzycieli. Zgromadzenie wierzycieli jest podstawowym organem, który umożliwia wierzycielom podejmowanie uchwał. Natomiast rada wierzycieli jest organem kontrolnym wierzycieli, a jej funkcję można porównać z radą nadzorczą. Zgodnie z § 74 ust. 1 zdanie 1 InsO, zgromadzenie wierzycieli jest zwoływane i prowadzone przez sąd upadłościowy. W zgromadzeniu mogą uczestniczyć wszyscy wierzyciele, których wierzytelności są zabezpieczone rzeczowo, wszyscy wierzyciele nieuprzywilejowani, syndyk masy upadłości oraz upadły. Zgromadzenie wierzycieli podejmuje uchwały większością głosów wierzycieli posiadających ponad połowę ogólnej sumy wierzytelności przypadających głosującym wierzycielom (większość sumy wierzytelności). Zgromadzenie wierzycieli decyduje także o składzie rady wierzycieli (§ 68 InsO). Sąd upadłościowy może także powołać skład rady wierzycieli przed wstępnym zgromadzeniem wierzycieli (§ 67 ust. 2 InsO). Zgromadzenie wierzycieli może rozwiązać tę tymczasowo powołaną radę wierzycieli. Ponadto zgromadzenie wierzycieli decyduje o przebiegu postępowania, w szczególności o sposobie zbycia majątku, o wyborze innego syndyka masy upadłości (§ 57 zdanie 1 InsO), kontrola czynności syndyka masy upadłości (§§ 66, 79, 197 ust. 1 pkt 1

¹¹ P. Feliga, *Pozycja prawna syndyka w prawie niemieckim*, PiP 2009, nr 9, s. 82, a także *idem*, *Analiza procedury wyboru i kwalifikacji syndyka w prawie niemieckim i polskim*, PUG 2009, nr 10, s. 10.

InsO), a także wyraża zgodę na szczególnie istotne czynności prawne syndyka (§§ 160 ust. 1 InsO) i współdziała przy sporządzaniu i wykonywaniu planu naprawczego (§§ 218 ust. 2 i in. InsO).

Upadły jest natomiast podmiotem odpowiedzialnym za majątek, który ma być sprzedany. Wobec upadłego zgłaszają swoje roszczenia wierzyciele (§§ 38, 39 InsO). Zasadniczo odpowiada on całym swoim majątkiem. Po wszczęciu postępowania upadłościowego jest on nadal posiadaczem swojego majątku oraz dłużnikiem z tytułu swoich zobowiązań, lecz prawo do zarządzania i rozporządzania majątkiem zaliczonym do masy upadłości – co do zasady – przechodzi na syndyka masy upadłości. Ponadto wszczęcie postępowania upadłościowego nakłada na upadłego obowiązek udzielania informacji oraz współdziałania. Jednocześnie upadły ma prawo do uczestniczenia w postępowaniu.

Decyzje sądu upadłościowego są zaskarżalne tylko wtedy, gdy ustawa przewiduje natychmiastowe zażalenie (por. § 6 ust. 1 InsO). Natychmiastowe zażalenie można wnieść do sądu upadłościowego lub do sądu krajowego na piśmie lub do protokołu w sekretariacie. Nie ma ono skutku zawieszającego, ale po wniesieniu zażalenia sąd krajowy i sędzia komisarz mogą tymczasowo zawiesić postępowanie egzekucyjne.

Syndyk masy upadłości z chwilą wszczęcia postępowania upadłościowego otrzymuje prawo do zarządzania i rozporządzania majątkiem dłużnika wchodzącym w skład masy upadłości (§ 80 ust. 1 InsO). Dotyczy to nie tylko majątku, który dłużnik posiada w momencie wszczęcia postępowania, ale także majątku, który nabędzie on podczas trwania postępowania. Z tego zajęcia wyłączone są rzeczy ruchome, które są potrzebne dłużnikowi do jego utrzymania. Syndyk masy upadłości jest zobowiązany do natychmiastowego objęcia masy upadłości, aby chronić ją przed nadużyciami ze strony dłużnika lub poszczególnych wierzycieli. Jeżeli dłużnik nie przekaze masy dobrowolnie, syndyk masy upadłości może wszcząć przeciwko niemu postępowanie egzekucyjne. Tytułem egzekucyjnym jest postanowienie o wszczęciu postępowania upadłościowego. Ponadto syndyk masy upadłości sporządza wykaz majątku wraz z wyceną jego składników i zestawia go ze zobowiązaniami dłużnika (§ 153 InsO). Obowiązkiem syndyka jest również sporządzenie listy wierzycieli, w której wpisuje

wysokość wierzytelności oraz grupuje wierzycieli zaspakajanych w dalszej kolejności oraz tych, których wierzytelności są zabezpieczone rzeczowo (§ 152 InsO)¹².

3. Postępowanie naprawcze

Zgromadzenie wierzycieli decyduje o tym, jak będzie prowadzone postępowanie. Decyduje ono o tym, czy przedsiębiorstwo zostanie zamknięte, czy może tymczasowo kontynuować swoją działalność. Zgromadzenie wspólników może polecić syndykowi sporządzenie planu naprawczego oraz sformułować cel planu (§ 218 ust. 2 InsO). Plan naprawczy może sporządzić także dłużnik oraz syndyk masy upadłości (§ 218 ust. 1 InsO). W planie naprawczym można zawrzeć zasady odbiegające od postanowień ustawowych, w szczególności dotyczące kontynuacji działalności przedsiębiorstwa. Również zgromadzenie wierzycieli może polecić syndykowi opracowanie planu naprawczego. Przedłożony plan podlega ocenie przez sąd (§ 231 InsO). Jeżeli sąd oceni plan pozytywnie, przekazuje go zgromadzeniu wierzycieli, dłużnikowi, syndykowi masy upadłości oraz radzie nadzorczej w celu zajęcia przez nich stanowiska i wyznacza jednocześnie stosowny termin (§ 232 InsO). Następnie sąd określa i podaje do publicznej wiadomości termin zgromadzenia, na którym odbędzie się omówienie i głosowanie nad planem. Wprawdzie dłużnik powinien zasadniczo wyrazić zgodę na plan, jednak jego sprzeciw nie zostanie uwzględniony, jeżeli plan nie stawia go w gorszej sytuacji od tej, w której działałby bez planu, i jeżeli żaden z wierzycieli nieuprzywilejowanych nie otrzyma wartości gospodarczej przekraczającej wysokość jego pełnego roszczenia (§ 247 ust. 2 InsO). Jeżeli plan zostanie przyjęty przez wymaganą większość wierzycieli, następuje jego zatwierdzenie przez sąd upadłościowy (§ 248 ust. 1 InsO). Po uprawomocnieniu się sądowego zatwierdzenia planu, w życie wchodzi ustalony postanowienia w stosunku do wszystkich uczestników (§ 254 ust. 1 zdanie 1 InsO). Sąd umarza postępowanie w przedmiocie ogłoszenia upadłości (§ 258 ust. 1 InsO). W ten sposób wygasa funkcja syndyka masy upadłości oraz członków zgromadzenia wierzycieli, a dłużnik odzyskuje prawo do zarządzania i rozporządzania majątkiem wchodzącym w skład masy upadłości (§ 259 ust. 1 InsO). Po umorzeniu postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości za wypełnienie zobowiązań

¹² http://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy/bankruptcy_ger_pl.htm

ustalonych w planie naprawczym odpowiada już tylko upadły. W części wykonawczej planu naprawczego można jednak postanowić, że syndyk masy upadłości będzie nadzorował wykonanie tych zobowiązań (§ 261 ust. 1 zdanie 1 InsO).

4. Postępowanie likwidacyjne

Jeżeli nie został sporządzony plan naprawczy, syndyk masy upadłości sprzedaje majątek wchodzący w skład masy upadłości, aby w ten sposób uzyskać środki pieniężne, które można podzielić między wierzycieli. Syndyk masy upadłości decyduje o sposobie sprzedaży według zgodnego z obowiązkami uznania w celu uzyskania możliwie jak najwyższego przychodu. Przedsiębiorstwo dłużnika lub jego poszczególne zakłady można sprzedać w całości lub podzielić je i sprzedawać poszczególne składniki majątku. Sumy uzyskane ze zbycia syndyk dzieli pomiędzy wierzycieli proporcjonalnie do wysokości ich wierzytelności. Po zbyciu majątku następuje ostateczny podział masy upadłości (§ 188 zdanie 1 InsO). Wymaga on zgody sądu upadłościowego (§ 196 ust. 2 InsO). Jeżeli zostaną zaspokojone wszystkie wierzytelności w pełnej wysokości, syndyk masy upadłości wypłaca upadłemu pozostałe sumy (§ 199 zdanie 1 InsO).

III. Prawo brytyjskie

W prawie brytyjskim przesłanką ogłoszenia upadłości jest wystąpienie stanu niewypłacalności. Pojęcie to definiowane jest jako posiadanie niewystarczających środków na spłatę wszystkich długów lub niezdolność do spłaty długów w wymaganym terminie.

1. Postępowanie przed ogłoszeniem upadłości

Przedsiębiorstwa i osoby prywatne mogą zawierać zarówno formalne, jak i nieformalne układy z wierzycielami, na mocy których wierzyciele zaakceptują spłatę kwoty niższej niż całkowita wysokość zadłużenia. Układy takie są wiążące dla wszystkich wierzycieli, którzy zostaną o nich powiadomieni.

2. Procedury dotyczące niewypłacalności przedsiębiorstw

a) zarząd

Procedura ta ma na celu przede wszystkim ratowanie przedsiębiorstwa, jest ona także bardziej korzystna dla wierzycieli niż likwidacja przedsiębiorstwa. Zarządca musi działać we wspólnym interesie wszystkich wierzycieli. Zarząd ustanawia się w sytuacji, gdy przedsiębiorstwo nie jest lub może nie być w stanie spłacić swoich długów (art. 123 Ustawy o niewypłacalności z 1986 r., *Insolvency Act 1986*). W przypadku posiadacza zabezpieczenia rzeczowego spełniającego wymagane kryteria, jedynym warunkiem jest to, że musi istnieć możliwość wyegzekwowania praw z tytułu tego zabezpieczenia. Wniosek do sądu o wydanie nakazu ustanowienia zarządu może złożyć: przedsiębiorstwo, zarząd przedsiębiorstwa, jeden lub większa liczba wierzycieli przedsiębiorstwa, prezes sądu rozjemczego, powyżej wskazane podmioty łącznie, organ nadzorujący wykonanie dobrowolnej umowy z przedsiębiorstwem, oraz likwidator przedsiębiorstwa. Posiadacz zabezpieczenia rzeczowego spełniającego wymagane kryteria, przedsiębiorstwo lub jego zarząd mogą ustanowić zarządcę składając powiadomienie w sądzie. Zarządca jest zobowiązany powiadomić o fakcie swojego ustanowienia różnymi sposobami, między

innymi zamieszczając ogłoszenie w odpowiednim czasopiśmie i w *London Gazette* oraz wysyłając powiadomienie o ustanowieniu do kierownika urzędu rejestrowego spółek (*Registrar of Companies*) i wszystkich znanych mu wierzycieli.

b. zarząd przymusowy

Procedura ta polega na wyznaczeniu syndyka masy upadłościowej przez wierzyciela, którego wierzytelności o zmiennej wartości są zabezpieczone rzeczowo (*floating charge*), a zabezpieczenie to obejmuje całość lub prawie całość majątku przedsiębiorstwa. Zabezpieczenie rzeczowe nie daje wierzycielowi prawa rzeczowego do aktywów objętych zabezpieczeniem. Przedsiębiorstwo może dokonywać obrotu zabezpieczonymi aktywami do czasu, aż zabezpieczenie się wykrystalizuje. Zadaniem syndyka masy upadłościowej jest zbycie tych aktywów na rzecz posiadacza zabezpieczenia. Syndyk odpowiada przede wszystkim wobec posiadacza zabezpieczenia rzeczowego. Prawa z tytułu zabezpieczenia rzeczowego będącego w posiadaniu osoby, która wyznaczyła syndyka, muszą być możliwe do wyegzekwowania. Warunki mianowania syndyka masy upadłościowej regulują dokumenty zabezpieczenia. Dokument zabezpieczenia jest to dokument, który daje wierzycielowi zabezpieczenie na majątku przedsiębiorstwa lub osoby fizycznej.

Syndyk masy upadłościowej jest zobowiązany powiadomić o fakcie swojego ustanowienia różnymi sposobami, między innymi zamieszczając ogłoszenie w odpowiednim czasopiśmie i w *London Gazette* oraz wysyłając powiadomienie o ustanowieniu do wszystkich znanych mu wierzycieli.

c) likwidacja (zwinięcie)

Procedura ta obejmuje zbycie i podział aktywów przedsiębiorstwa, a także zamknięcie firmy. Są trzy rodzaje likwidacji:

- **likwidacja przymusowa** – sąd wydaje nakaz likwidacji zwykle na wniosek wierzyciela;
- **dobrowolna likwidacja na wniosek wierzycieli** – przedsiębiorstwo jest niewypłacalne i podejmuje decyzję o samorozwiązaniu;

- **dobrowolna likwidacja (na wniosek udziałowców)** – przedsiębiorstwo jest wypłacalne i podejmuje decyzję o samorozwiązaniu.
- **Likwidacja przymusowa**

Okoliczności, w jakich sąd może zlikwidować przedsiębiorstwo, określa art. 122 ustawy o niewypłacalności z 1986 r. Większość likwidowanych przedsiębiorstw nie jest w stanie spłacić swoich długów, jak określa art. 123 tej ustawy.

Kopię nakazu sądu należy wysłać do *Registrar of Companies*. Ogłoszenie zawierające treść nakazu zamieszcza się w odpowiednim czasopiśmie i w *London Gazette*.

W przypadku, gdy zamiast zarządcy likwidatorem zostaje ustanowiony syndyk masy upadłościowej, kopię zaświadczenia o ustanowieniu należy złożyć w sądzie. Likwidator jest zobowiązany powiadomić o fakcie swojego ustanowienia różnymi sposobami, w zależności od metody ustanowienia, między innymi zamieszczając ogłoszenie w odpowiednim czasopiśmie i w *London Gazette* oraz wysyłając powiadomienie o ustanowieniu do *Registrar of Companies* oraz wszystkich znanych mu wierzycieli.

- **Likwidacja dobrowolna**

Okoliczności, w jakich przedsiębiorstwo może zostać zlikwidowane z własnej woli, określa art. 84 Ustawy o niewypłacalności z 1986 r.

- **Dobrowolna likwidacja na wniosek wierzycieli**

W przypadku dobrowolnej likwidacji na wniosek wierzycieli przedsiębiorstwo decyduje, w drodze nadzwyczajnej uchwały, że nie może kontynuować działalności ze względu na swoje zobowiązania i wskazana jest jego likwidacja. W ciągu 14 dni od podjęcia uchwały przedsiębiorstwo jest zobowiązane opublikować szczegółową informację o likwidacji w *London Gazette*. W ciągu 14 dni od daty podjęcia uchwały przedsiębiorstwo musi zwołać posiedzenie wierzycieli w celu rozważenia kwestii ustanowienia likwidatora. Likwidator jest zobowiązany powiadomić o fakcie swojego ustanowienia zamieszczając ogłoszenie w odpowiednim czasopiśmie i w *London Gazette* oraz wysyłając powiadomienie do *Registrar of Companies*.

- **Dobrowolna likwidacja przedsiębiorstwa (na wniosek udziałowców)**

Różnica pomiędzy dobrowolną likwidacją na wniosek wierzycieli a dobrowolną likwidacją na wniosek udziałowców polega na tym, że w przypadku dobrowolnej likwidacji na wniosek udziałowców przedsiębiorstwo musi być wypłacalne.

W ciągu 14 dni od podjęcia uchwały przedsiębiorstwo jest zobowiązane opublikować szczegółową informację o likwidacji w *London Gazette*.

Likwidator jest zobowiązany powiadomić o fakcie swojego ustanowienia zamieszczając ogłoszenie w odpowiednim czasopiśmie i w *London Gazette*, oraz wysyłając powiadomienie do *Registrar of Companies* i wszystkich znanych mu wierzycieli¹³.

d) procedury dotyczące niewypłacalności osób fizycznych - bankructwo

Procedura ta obejmuje zbycie i podział aktywów osoby fizycznej, zwykle także zamknięcie jej działalności. Bankructwo osób fizycznych ogłasza sąd na wniosek wierzyciela lub na własny wniosek osoby niewypłacalnej. Sąd ma prawo ogłosić bankructwo osoby fizycznej, jeśli osoba ta nie jest w stanie spłacić swoich długów. Zawiadomienie o ogłoszeniu bankructwa jest wysyłane do naczelnego notariusza prowadzącego księgę wieczyste (*Chief Land Registrar*) i zamieszczane w odpowiednim czasopiśmie i w *London Gazette*. W przypadku, gdy zamiast zarządcy powiernikiem majątku zostaje ustanowiony syndyk masy upadłościowej, kopię zaświadczenia o ustanowieniu należy złożyć w sądzie. Powiernik jest zobowiązany powiadomić o fakcie swojego ustanowienia różnymi sposobami, w zależności od metody ustanowienia, między innymi zamieszczając ogłoszenie w odpowiednim czasopiśmie oraz wysyłając powiadomienie o ustanowieniu do wszystkich znanych mu wierzycieli.

¹³ P. Terlecki, *Zarys angielskiego prawa insolwencyjnego*, PPH 2009, nr 12, s. 37-46; por także V. Finch, *Corporate Insolvency Law*, Cambridge 2009, s. 9 i nast.; G. Moss, I. Fletcher, S. Isaacs, *The EC regulation on insolvency proceedings: a commentary and annotated guide*, Oxford 2009, s. 29 I nast.

3. Rola i funkcja sądu w postępowaniach upadłościowych

Sąd upadłościowy jest uczestnikiem postępowania upadłościowego, jednak jego rola i funkcje są różne w zależności od rodzaju postępowania.

a) zarząd

Jest to procedura sądowa. Zarządca jest urzędnikiem sądowym i może zwracać się do sądu o wskazówki. Działania zarządcy są skrupulatnie badane przez sąd, a wierzyciele mogą zwracać się do sądu, jeśli uważają, że zarządca działa lub zamierza działać w sposób szkodzący interesom wierzycieli.

b) zarząd przymusowy - jest to procedura prowadzona poza sądem.

c) likwidacja (zwinięcie)

- likwidacja przymusowa

Jest to procedura sądowa, w ramach której przedsiębiorstwo jest postawione w stan przymusowej likwidacji na mocy nakazu sądu. Likwidator może zwracać się do sądu o wskazówki.

- likwidacja dobrowolna

Nie jest to procedura sądowa, ale do sądu można składać wnioski o zastąpienie osoby likwidatora inną osobą lub w przypadku spraw spornych.

d) bankructwo

Jest to procedura sądowa, na podstawie której zostaje ogłoszone bankructwo osoby fizycznej w drodze nakazu sądu. Powiernik może zwracać się do sądu o instrukcje.

4. Rola i funkcja syndyka

W brytyjskim prawie upadłościowym występują dwa rodzaje syndyków, tj. syndycy wyznaczeni przez wierzycieli, zależnie od rodzaju zastawu jaki realizują i jego

przedmiotu oraz syndycy urzędowi (*official receiver*). Zwykli syndycy działają w interesie wierzycieli, których reprezentują, natomiast syndyk urzędowy reprezentuje interesy wymiaru sprawiedliwości.

Syndyk urzędowy jest etatowym pracownikiem sądu, ponoszącym odpowiedzialność za wykonywanie nakazów sądowych i wypełnianie zadań wyznaczonych przez przepisy prawa. Jest także urzędnikiem Służby Upadłościowej Zjednoczonego Królestwa (*UK Insolvency Service*) – agencji wykonawczej Departamentu ds. Biznesu, Innowacji i Umiejętności (BIS) i jako taki działa zgodnie z wytycznymi Inspektora Generalnego Służby Upadłościowej (*Inspector General*) lub wyjątkowo właściwego Sekretarza Stanu. Syndyk urzędowy w zależności od rodzaju postępowania może pełnić funkcje: tymczasowego syndyka lub likwidatora, syndyka zarządzającego po ogłoszeniu przez sąd bankructwa osoby fizycznej, pierwszego likwidatora po wydaniu przez sąd nakazu likwidacji spółki, nadzorcy układu zaproponowanego przez bankruta w procedurze przyśpieszonej. Syndyk ten jest odpowiedzialny za zebranie i ocenę informacji przekazanych mu przez dyrektorów i wspólników spółek osobowych oraz osób fizycznych, które doprowadziły do upadłości. Jest on odpowiedzialny za przeprowadzenie dochodzenia w przedmiocie spraw upadłego. Jego największym zadaniem jest zawiadamianie organów ścigania o czynach stanowiących przestępstwa, o których dowiedział się prowadząc dochodzenia.

Syndyk zwykły wyznaczany jest przez wierzyciela zabezpieczonego na podstawie postanowienia zawartego w umowie ustanawiającej zabezpieczenie. Jego zadaniem jest upłynnienie przedmiotu zastawu lub hipoteki i przekazanie uzyskanych przychodów wierzycielowi, który go wyznaczył. Dokument ustanawiający zastaw wprost przyznaje zastawnikowi prawo do wyznaczenia syndyka, więc nie ma potrzeby uzyskiwania wcześniej orzeczenia sądu aby powołać syndyka. Syndykiem może być jedynie osoba fizyczna. Przepisy nie przewidują wobec niej żadnych wymagań, w szczególności nie musi on być licencjonowanym praktykiem upadłościowym. Częstą praktyką jest natomiast wyznaczanie na to stanowisko rzeczoznawców majątkowych. Jedynym ograniczeniem jest to, że syndykiem nie może być wyznaczany bankrut. Zasady odwołania i rezygnacji syndyka zawarte są w dokumencie, na podstawie którego został on powołany.

Wśród syndyków zwykłych szczególną pozycję zajmuje syndyk zarządzający, którego wyznacza się w celu odzyskania długów zabezpieczonych zastawem nieskonkretyzowanym lub kombinacją zastawu nieskonkretyzowanego i zastawów stałych. Jeżeli syndyk zarządzający naruszył ciężące na nim obowiązki lub działał bezprawnie, to sąd może zobowiązać go do wyrównania spółce powstałej szkody¹⁴.

Należy zaznaczyć, że w Wielkiej Brytanii istnieje instytucja syndyków zawodowych, którzy są dopuszczani do wykonywania zawodu przez jedno z ciał nadzorczych, np. stowarzyszenie prawne¹⁵ lub *Insolvency Servis*.

Poza tym **syndycy mają obowiązek działać zgodnie z najlepszą praktyką i kodeksem etycznym.**

W Wielkiej Brytanii brak jest zalecań lub wytycznych Ministerstwa Sprawiedliwości dla sądu upadłościowego co do nadzoru sprawowanego nad syndykami. Pozycja sądu w Wielkiej Brytanii jest bowiem bardzo silna, a instytucja syndyka jest profesjonalna i zawodowa. Do zawodu tego dochodzi się posiadając wykształcenie w zakresie rachunkowości i księgowości lub ekonomii, po kilku latach prowadzenia spraw upadłościowych u boku zawodowego syndyka. Ponadto ogromny nacisk kładzie się na przestrzeganie kodeksu etycznego i zasad dobrych praktyk. Takie zasady tworzone są i publikowane przez *Insolvency Service* oraz Stowarzyszenia Prawne, dopuszczające do wykonywania zawodu (*Statements of Insolvency Practice, SIPs*)¹⁶.

5. Rola i funkcja wierzycieli

Przy zarządzie i likwidacji należy uwzględnić interesy wszystkich wierzycieli. Przy zarządzie przymusowym obowiązkiem syndyka jest przede wszystkim działać w interesie posiadacza zabezpieczenia, który go mianował.

¹⁴ S. Terret, *Modele postępowań upadłościowych w wybranych krajach UE*, pod red. S. Morawskiej, Warszawa 2001, s. 321-327.

¹⁵ E. Altman, E. Hotchkiss, *Trudności finansowe a upadłość firm. Jak przewidzieć upadłość i jej uniknąć, jak analizować i inwestować w zadłużenie firm zagrożonych*, s. 63 i nast.

¹⁶ <https://www.r3.org.uk/index.cfm?page=1296>

6. Rola i funkcja zarządu przedsiębiorstwa

We wszystkich formach postępowania upadłościowego obowiązkiem ustawowym zarządu jest współpraca z syndykiem i dostarczanie mu informacji, zaś w przypadku likwidacji przymusowej, z zarządcą.

7. Rola i funkcja dłużników, tj. osób niewypłacalnych

Osoba niewypłacalna ma ustawowy obowiązek współpracy z zarządcą i powiernikiem oraz dostarczania im informacji.

8. Zamknięcie postępowania

Przepisy dotyczące zamknięcia procedury zarządu, likwidacji i bankructwa określa Ustawa o niewypłacalności z 1986 r. i przepisy o niewypłacalności z 1986 r.

Zasady zamknięcia procedury zarządu przymusowego regulują dokumenty zabezpieczenia.

Natomiast ustawa o przedsiębiorstwach z 2002 r. (*Enterprise Act*) dąży do zmniejszenia ryzyka niepowodzenia i zachęca do ratowania przedsiębiorstw. Rząd uznaje, że niepowodzenie finansowe nie w każdym przypadku jest winą dłużnika. Celem tej ustawy jest odejście od standardowego podejścia, że „wszystkich należy traktować na równi” i przyjrzenie się każdej osobie niewypłacalnej także od strony jej zalet i zasług. Standardowy okres niewypłacalności, który wynosi trzy lata, skrócono maksymalnie do jednego roku. Dla równowagi wprowadzono nową zasadę – w stosunku do osób, które popadły w bankructwo na skutek własnej winy lub lekkomyślności wydaje się decyzje, na mocy których osoby te będą podlegać restrykcjom na skutek bankructwa przez okres od dwóch do piętnastu lat. (*Bankruptcy Restrictions Orders*). Przepisy te weszły w życie z dniem 1 kwietnia 2004 r. Ustawa o przedsiębiorstwach wprowadziła zmiany w procedurze administracyjnej, by uczynić ją szybszą, bardziej sprawiedliwą i skoncentrowaną na ratowaniu przedsiębiorstwa. Ma to na celu zachęcenie większej ilości rentownych przedsiębiorstw, które popadły w trudności finansowe do szukania pomocy na

wczesnym etapie, gdy są większe szanse na to, że zostaną uratowane a nie rozwiązane. Przepisy te weszły w życie z dniem 15 września 2003 r.

Należy także zauważyć, że na dyrektorów nadużywających przywileju ograniczonej odpowiedzialności można nakładać sankcje cywilne i karne.

9. Postępowanie naprawcze (reorganizacja)

a) przedsiębiorstwa

Rentowne przedsiębiorstwa, które popadły w trudności finansowe, mogą szukać ratunku w procedurze zarządu lub dobrowolnej umowie z przedsiębiorstwem (*company voluntary agreement* – „CVA”). W wielu przypadkach uratowanie przedsiębiorstwa w drodze procedury zarządu osiągnięto dzięki CVA. Aby otrzymać CVA, co najmniej 75% wierzycieli musi zatwierdzić propozycje przedłożone przez zarząd przedsiębiorstwa, lub jeśli przedsiębiorstwo znajduje się pod zarządem – zarządcą. Po zatwierdzeniu umowy wiąże ona wszystkich wierzycieli, którzy otrzymali propozycje na piśmie.

b) osoby fizyczne

Osoby fizyczne, które popadły w trudności finansowe, mogą uniknąć bankructwa zawierając dobrowolną umowę z osobą fizyczną (*individual voluntary agreement* – „IVA”). Aby otrzymać IVA, co najmniej 75% wierzycieli musi zatwierdzić propozycje przedłożone przez dłużnika. Po zatwierdzeniu umowy wiąże ona wszystkich wierzycieli, którzy otrzymali propozycje na piśmie.

IV. Podsumowanie i wnioski *de lege ferenda*

Celem niniejszej pracy było zbadanie, czy na podstawie obecnie obowiązujących przepisów nadzór sprawowany przez sędziego-komisarza nad czynnościami syndyka wykonywany jest efektywnie i czy zachodzi konieczność wprowadzenia zmian legislacyjnych zmierzających do zagwarantowania większej rzetelności i przejrzystości tego procesu, w szczególności, czy zachodzi potrzeba sformułowania zaleceń lub wytycznych Ministerstwa Sprawiedliwości dla sędziego-komisarza w zakresie sprawowanego przez niego nadzoru nad czynnościami syndyka, a także wyposażenia sędziego-komisarza lub sądu upadłościowego w ewentualną pomoc podmiotów dysponujących profesjonalną wiedzą ekonomiczną.

W celu udzielenia odpowiedzi na tak postawione pytanie w pracy porównano regulacje nadzoru sędziego-komisarza nad czynnościami syndyka występujące w polskich ustawach: Prawo upadłościowe z dnia 28 lutego 2003 r.¹⁷ i Prawo restrukturyzacyjne z dnia 15 maja 2015 r.¹⁸ z analogicznymi rozwiązaniami przyjętymi w prawie austriackim, niemieckim i angielskim.

Na tej podstawie można stwierdzić, że **w żadnym z badanych porządków prawnych państw europejskich nie występują wytyczne lub zalecenia Ministerstwa Sprawiedliwości skierowane do sędziów-komisarzy lub do sądu upadłościowego dotyczące sprawowanego przez nich nadzoru nad syndykami masy upadłości.** Należy także zauważyć, że *de lege lata* sformułowanie przez Ministra Sprawiedliwości takich wytycznych lub zaleceń dla sędziów godziłoby w zasadę niezawisłości sędziowskiej i byłoby sprzeczne z art. 178 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Zgodnie bowiem z ust. 1 tego przepisu, sędziowie w sprawowaniu swojego urzędu są niezawisli i podlegają tylko Konstytucji oraz ustawom. Należy także stwierdzić, że zgodnie z art. 9 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz.U. z 2015 r., poz. 133 – dalej: u.s.p.), nadzór administracyjny nad działalnością sądów sprawuje Minister Sprawiedliwości, jednak czynności z zakresu tego nadzoru nie mogą wkraczać w dziedzinę, w której

¹⁷ Dz.U. z 2015 r., poz. 233 ze zm.

¹⁸ Dz.U. z 2015 r., poz. 978.

sędziowie są niezawisli (art. 9b u.s.p.). Pełnienie przez sędziego-komisarza nadzoru nad czynnościami syndyka i czuwanie nad prawidłowym tokiem postępowania upadłościowego niewątpliwie należą do jego sfery orzeczniczej, a więc do obszaru w którym sędzia jest niezawisły.

Konkludując z przedstawionych powyżej względów, sformułowanie przez Ministra Sprawiedliwości zaleceń lub wytycznych dla sędziów komisarzy lub sądu w zakresie nadzoru nad czynnościami syndyków należy ocenić krytycznie. Jednak sama tendencja do zwiększenia efektywności i rzetelności pracy syndyków w postępowaniach upadłościowych, a obecnie doradców restrukturyzacyjnych, jest słuszna. Można ją jednak uzyskać kierując uwagę w stronę samych zainteresowanych, a więc syndyków i doradców. W tym zakresie wydaje się zasadna **zmiana modelu dochodzenia do wykonywania zawodu doradcy restrukturyzacyjnego**. Obecnie, aby uzyskać licencję doradcy restrukturyzacyjnego wystarczy zdać pisemny egzamin. Jest to niewystarczające, aby nabyć wiedzę i przede wszystkim praktyczne umiejętności do wykonywania tego zawodu. W badanych ustawodawstwach syndykami mogły być osoby profesjonalnie zajmujące się ekonomią, księgowością rachunkowością, bardzo często posiadające uprawnienia biegłych sądowych i z tego względu, np. w Austrii w postępowaniu upadłościowym nie przeprowadza się dowodów z opinii biegłych (skoro syndycy sami posiadają kompetencje biegłych, to przeprowadzenie takiego dowodu jest zbędne). Można rozważyć wprowadzenie wymagania dla doradców restrukturyzacyjnych posiadania wykształcenia ekonomicznego, w tym z zakresu księgowości i rachunkowości oraz dwuletniej asesury pod okiem patrona będącego profesjonalnym doradcą restrukturyzacyjnym. Okres dwóch lat jest wystarczający, aby młody adept mógł nabyć praktyczne doświadczenie śledząc całość postępowania upadłościowego lub restrukturyzacyjnego. Rozwiązanie to znane jest np. prawu brytyjskiemu, gdzie syndycy są wyznaczani do samodzielnego pełnienia swej funkcji dopiero po 3-letnim okresie pracy u boku syndyka-patrona. W Austrii i w Niemczech również ogromny nacisk jest położony głównie na zdobycie praktycznych umiejętności w tym zawodzie.

Ponadto międzynarodowi specjaliści z zakresu prawa upadłościowego zwracają uwagę, że polskim syndykom w porównaniu z ich odpowiednikami z innych państw

brakuje doświadczenia i znajomości praktycznych aspektów wykonywania tego zawodu.

Kolejną propozycją, którą można zarekomendować jest **położenia nacisku na edukację zarówno syndyków, czy doradców restrukturyzacyjnych, jak i sędziów orzekających w wydziałach upadłościowych**. Potrzebę tę zauważają sędziowie orzekający w wydziałach upadłościowych oraz wspomniani specjaliści prawa upadłościowego, a więc dwa najbardziej zainteresowane środowiska. Z tych względów można zaproponować wsparcie procedur i inicjatyw edukacyjnych Krajowej Izby Doradców Restrukturyzacyjnych oraz zorganizować profesjonalny system edukacji ekonomicznej dla sędziów.

Dobrym krokiem byłoby również **wypracowanie zasad dobrych praktyk w zawodzie doradcy restrukturyzacyjnego, które mogłyby obowiązywać siłą autorytetu Ministra Sprawiedliwości – wzorem Ministerstwa Sprawiedliwości Austrii**. Ponadto zasadnym jest także **położenie nacisku na sądownictwo dyscyplinarne i egzekwowanie uchwalonego 20 czerwca 2015 r. kodeksu etyki doradcy restrukturyzacyjnego**. W tym zakresie słuszne byłoby wsparcie Krajowej Izby Doradców Restrukturyzacyjnych.

Należy także zwrócić uwagę, że Krajowa Izba Doradców Restrukturyzacyjnych jest jedynym „*quasi* prawniczym” stowarzyszeniem zawodowym, które nie ma własnej ustawy, a jedynie funkcjonuje na podstawie ogólnej ustawy o samorządzie zawodowym niektórych przedsiębiorców z dnia 30 maja 1989r. Wydaje się celowa konsultacja z przedstawicielami tego środowiska zawodowego i wysłuchanie, czy istnieje potrzeba wprowadzenia nowej ustawy regulującej warunki wykonywania zawodu doradcy restrukturyzacyjnego.

Inną istotną propozycją **jest kontynuacja prac nad wprowadzeniem Krajowego Rejestru Doradców Restrukturyzacyjnych, gdzie sędziowie mogliby na bieżąco sprawdzać efektywność i profesjonalizm poszczególnych doradców i w ten sposób motywować ich do większej i rzetelnej pracy**.

Ponadto zwiększenie efektywności i rzetelności syndyków lub doradców restrukturyzacyjnych może nastąpić na skutek zwiększenia aktywności wierzycieli. **W tym celu należy rozważyć wprowadzenie zmian Prawa upadłościowego**

i Prawa restrukturyzacyjnego w kierunku zwiększenia roli rady wierzycieli i wpływu na ocenę pracy syndyka lub doradcy poprzez np. możliwość oceny sprawozdań finansowych syndyków. Sędzia-komisarz mógłby np. zatwierdzać sprawozdania rachunkowe lub sprawozdania z działalności syndyka po zatwierdzeniu ich przez radę wierzycieli. Ponadto wierzyciele, jako podmioty najbardziej zainteresowane prawidłowym tokiem postępowania upadłościowego, do oceny takiego sprawozdania mogliby powoływać biegłych (np. ds. rachunkowości lub rzeczoznawcę) nawet spoza listy Prezesa Sądu Okręgowego.

Wszystkie przedstawione powyżej postulaty *de lege ferenda* uwzględniają specyfikę prawa polskiego, a jednocześnie czerpią także z doświadczenia innych państw europejskich, są także zgodne z polską Konstytucją i nie naruszają innych ustaw. Poza tym odpowiadają także istotnym potrzebom środowisk zawodowych, których mają dotyczyć.

Część druga. Analiza Ekonomiczna

Sformułowanie rekomendacji dotyczących optymalnego modelu oceny efektywności ekonomicznej działań syndyka/doradcy restrukturyzacyjnego w konkretnej sprawie, powinna poprzedzać ogólna refleksja nad efektywnością postępowań upadłościowych z możliwością zawarcia układu w warunkach polskich. Co zaskakujące, pomimo że wchodząca w życie pierwszego stycznia 2016 r. reforma prawa upadłościowego opierała się na założeniu ekonomicznym „*restrukturyzacja zamiast likwidacji*,”¹⁹ brak jest badań efektywności tych postępowań w Polsce. Na potrzeby niniejszego opracowania, Sekcja Ekonomicznych Analiz Wymiaru Sprawiedliwości IWS przeprowadziła pilotażowe badanie, pozwalające ukazać problem oceny efektywności ekonomicznej działań syndyka/doradcy restrukturyzacyjnego w konkretnej sprawie w szerszym kontekście efektywności postępowań układowych.

Na potrzeby niniejszego opracowania, zdefiniowano **efektywność** postępowań układowych jako **zdolność do „uratowania” upadłego, a więc także przeprowadzenie postępowania, aby po jego zakończeniu mógł on nadal funkcjonować w obrocie gospodarczym na normalnych zasadach.**

¹⁹ <https://www.ms.gov.pl/pl/restrukturyzacja-i-upadlosc/download,2585,0.html>

1. Dobór próby

Z uwagi na określony termin sporządzenia niniejszego opracowania, nie było możliwe przeprowadzenie badania na próbie reprezentatywnej. Ograniczono się zatem do analizy upadłości, ogłoszonych w X Wydziale Gospodarczym SR dla m. st. Warszawy. Za wyborem tego sadu przemawiały następujące przesłanki:

- i) właściwość miejscowa, obejmująca stolicę kraju (znaczna liczba przedsiębiorstw, także tych dużych),
- ii) linia orzecznicza sądu w badanym okresie (obserwuje się niski odsetek upadłości „układowych” w porównaniu do reszty kraju, co pozwala sądzić, że decydowano się na nie jedynie w szczególnie obiecujących przypadkach – czyni to otrzymane wyniki „szacunkiem optymistycznym” efektywności postępowań układowych).

		2009	2010	2011	2012	2013
Ogłoszone upadłości – cały kraj	likwidacyjne	580	547	642	730	720
	układowe	121	125	101	162	178
Proc. Układowych		17%	19%	14%	18%	20%
SR dla m. st. Warszawy (X Wydz. Gosp.)	likwidacyjne	74	77	81	114	88
	układowe	10	15	5	15	12
Proc. Układowych		12%	16%	6%	12%	12%
Zakończone postępowania układowe*		6	6	1	10	3

Źródło: Sprawozdania MS-S20UN, *- www.upadlosci-warszawa.pl

Badaniem objęto wszystkie upadłości ogłoszone w latach 2009 – 2013 (491 spraw) – miało to na celu, z jednej strony, zapewnienie możliwie aktualnych informacji, z drugiej zaś, analiza efektywności ekonomicznej wymagała oceny funkcjonowania przedsiębiorstwa po zakończeniu postępowania.

W badanej próbie upadłość układową zawarto w 57 sprawach (12 proc.). W 26 przypadkach, na liście spraw dostępnej pod adresem www.upadlosci-warszawa.pl w rubryce opcja upadłości zaznaczono „układ”. Za różnicę odpowiadają

najprawdopodobniej sprawy GUp w których upadłość układową zmieniono na likwidacyjną (pod tą samą sygnaturą).

W dwóch przypadkach przedsiębiorca został prawomocnie wykreślony z KRS, w jednym przypadku postępowanie dotyczyło osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą, zaś w trzech przypadkach spółek komandytowych będących córkami upadłej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. W dalszych trzech przypadkach, w kolejnych latach orzeczono wobec przedsiębiorstw upadłość likwidacyjną (pod inną sygnaturą X GUp).

2. Ocen efektywności postępowań układowych

Na podstawie zgromadzonych danych dokonano oceny efektywności postępowań układowych definiowanej jako zdolność do „uratowania” upadłego, a więc takie przeprowadzenie postępowania, aby po jego zakończeniu mógł on nadal funkcjonować w obrocie gospodarczym. W tym celu, zastosowano czterostopniową procedurę:

- 1) Spośród 57 spraw, w których ogłoszono upadłość układową (sprawozdanie MS-S20UN) jedynie w 26 przypadkach sprawa GUp zakończyła się w „opcji” układowej (www.upadlosci-warszawa.pl).
- 2) Spośród tych 26 przedsiębiorstw, jedynie 7 wywiązywało się regularnie z obowiązku składania do sądu rejestrowego sprawozdań finansowych, zaś dalsze dwa podmioty złożyły sprawozdania z dużym opóźnieniem.

Na kolejnym etapie, analiza złożonych sprawozdań finansowych firmy objęła *zysk/stratę ze sprzedaży* – a więc informację o sytuacji przedsiębiorstwa w obszarze jego podstawowej działalności (potencjał generowania powtarzalnych zysków) oraz *zysk/stratę operacyjną* – uznawaną za mniej podatną na manipulacje miarę efektywności przedsiębiorstwa niż *wynik brutto*²⁰.

- 3) Spośród tych 9 przedsiębiorstw, analiza najbardziej aktualnych sprawozdań finansowych (w 8 przypadkach za 2014 rok, w jednym za 2015 r.)²¹ wykazała, że jedynie w pięciu przypadkach przedsiębiorstwo zanotowało zysk ze sprzedaży w roku sprawozdawczym lub w roku poprzednim (trzy zarówno w roku sprawozdawczym jak i w roku poprzednim). W sześciu przypadkach, przedsiębiorstwo zanotowało zysk na działalności operacyjnej w roku sprawozdawczym lub w roku poprzednim.

²⁰ Nie uwzględnia zysków i strat nadzwyczajnych, płaconych podatków oraz wyników działalności inwestycyjnej i transakcji finansowych.

²¹ Sprawozdanie prezentuje dane za rok sprawozdawczy, oraz poprzedni rok (dla porównania). Zatem dla każdej z 9 spółek badano dwa lata sprawozdawcze – w 8 przypadkach 2013 i 2014, w jednym przypadku 2014 i 2015. Podejście to faworyzuje spółki, wobec których ogłoszono upadłość wcześniej (miały więcej czasu na skuteczną restrukturyzację), wykorzystuje jednak pełnię dostępnych danych. Zważywszy na niewielką liczbę uratowanych podmiotów, uzasadnia to wybór takiej metody badań.

Finalnie, przeanalizowano *wynik brutto* (uwzględniający transakcje finansowe i zdarzenia nadzwyczajne) oraz uiszczony podatek dochodowy (CIT).

- 4) Spośród sześciu spółek, które osiągnęły zysk na działalności operacyjnej w co najmniej jednym analizowanym roku, zysk brutto zanotowało 5 przedsiębiorstw (tylko jedno zanotowało zysk brutto zarówno w roku sprawozdawczym, jak i poprzedzającym). Tylko trzy przedsiębiorstwa zapłaciły jednak podatek dochodowy (CIT) – z tego tylko jedna w dwóch kolejnych latach. Chodzi tu o przedsiębiorstwo, którego upadłość układową ogłoszono w lipcu 2010 r., a zakończono postępowanie rok później.

Podsumowując, dane uzyskane dzięki badaniu pilotażowemu pozwalają stwierdzić, że **efektywna ekonomicznie restrukturyzacja przedsiębiorstwa w toku postępowania upadłościowego jest zadaniem skomplikowanym, a sukces w tym zakresie to raczej wyjątek niż reguła**. Dobór próby (sąd rejonowy w którym „układy” są relatywnie rzadkie) wydaje się uzasadniać generalizowanie tego wniosku.

W tym miejscu konieczne jest zastrzeżenie, że z opinii praktyków wynika, iż jedną z podstawowych przyczyn niskiej efektywności postępowań upadłościowych jest zbyt późne ogłoszenie upadłości. Kiedy to się dzieje, często jest już za późno na skuteczną restrukturyzację. Na kwestię tą zwracali uwagę autorzy nowelizacji p.u.i.n., która weszła w życie 1 stycznia 2016 r. Obecnie nie jest jasne, czy zmiana ta wpłynie pozytywnie na efektywność postępowań układowych. Z definicji, pierwsze miarodajne wyniki będą możliwe do uzyskania za kilka lat (czas trwania postępowań plus czas na stwierdzenie, czy przedsiębiorstwo funkcjonuje w obrocie gospodarczym). Pewnych przesłanek w tym zakresie mogą jednak dostarczyć opinie praktyków – sędziów wydziałów upadłościowych – na temat tego, czy przedsiębiorstwa wobec których wnioskuje się o ogłoszenie upadłości są obecnie w lepszej kondycji niż przed 2016 r.

3. Ocena efektywności ekonomicznej działań syndyka/doradcy restrukturyzacyjnego w indywidualnej sprawie

Wyniki badań efektywności postępowań układowych, ukazują w szerszym kontekście problem oceny efektywności ekonomicznej działań podjętych w indywidualnej sprawie. Uwzględniając trudność zadania (na co wskazuje niewielka liczba sukcesów odniesionych w przeszłości), wydaje się, że próba standaryzacji działań syndyka/doradcy restrukturyzacyjnego nie jest najlepszym rozwiązaniem. Skuteczne przywrócenie upadłego do funkcjonowania w obrocie gospodarczym jest w dużym stopniu sztuką – obarczoną dodatkowo znacznym ryzykiem (siłą rzeczy dużo wyższym niż prowadzenie „zwykłego” przedsiębiorstwa). Kontrowersje towarzyszące próbom standaryzacji decyzji obarczonych takim ryzykiem ilustrują debaty dotyczące określenia „dopuszczalnego ryzyka gospodarczego”²².

W żadnym wypadku nie oznacza to jednak, że ocenianie indywidualnych decyzji podejmowanych przez syndyka/doradcę restrukturyzacyjnego nie jest możliwe ani zasadne. Ocena taka musi jednak każdorazowo uwzględniać wymiar ryzyka i niepewności, a także zindywidualizowaną sytuację restrukturyzowanego podmiotu w określonym czasie. Powinna zatem być dokonywana indywidualnie, przez osoby o odpowiednich kompetencjach – nie zaś w oparciu o generalne wytyczne lub standardy. Do analogicznych wniosków prowadzą także badania prawnoporównawcze.

²² Patrz np. Błaszczak P. „Odpowiedzialność odszkodowawcza menedżerów spółek a przekroczenie tzw. dopuszczalnego ryzyka gospodarczego”, PPH. 2009. 11. 37

Część trzecia. Wnioski końcowe

- Opracowanie standardów określających sposób postępowania doradców restrukturyzacyjnych w stosunku do przedsiębiorstw, co do których złożono wnioski o wszczęcie postępowania restrukturyzacyjnego lub upadłościowego jest bardzo ryzykowne, ze względu na specyfikę tych postępowań. Poszczególne decyzje syndyka/doradcy restrukturyzacyjnego należy oceniać indywidualnie, z uwzględnieniem ryzyka towarzyszącego ich podejmowaniu. Przemawia za tym fakt, że skuteczne restrukturyzacje w ramach postępowań upadłościowych są wyjątkiem nie zaś regułą. Także badania prawnoporównawcze wskazują, że ocena postępowania syndyków/doradców restrukturyzacyjnych pod kątem ekonomicznej efektywności dokonywana jest indywidualnie, przez profesjonalistów (organizacje branżowe) nie zaś sądy.

Dążąc do wzmocnienia nadzoru sadu nad czynnościami wykonywanymi przez syndyka/doradcę restrukturyzacyjnego, możliwe i zasadne jest rozważenie następujących rozwiązań:

- Kierowanie okresowych sprawozdań syndyków (na etapie postępowania upadłościowego / restrukturyzacyjnego) od zaopiniowania przez biegłego rewidenta (proponujemy zwiększyć koszty postępowań).
- Oprzyrządowanie sędziego w efektywne narzędzia oceny danych finansowych, stanu gospodarczego i kondycji przedsiębiorstw oraz oceny pracy syndyków/ doradców restrukturyzacyjnych. Przygotowanie i wyedukowanie sędziów orzekających w sprawach upadłościowych (np. wiedza biegłego rewidenta).
- Rozważenie wprowadzenia do postępowania o ogłoszenie upadłości wyspecjalizowanych ławników, wybieranych spośród osób o odpowiednich kwalifikacjach (przedsiębiorcy, członkowie samorządów biegłych rewidentów, itp.). Instytucja taka mogłaby przyczynić się zarówno do zwiększenia wiedzy fachowej sądu, jak i wzrostu zaufania przedsiębiorców.

- Możliwość określenia kryteriów/ rekomendacji, takich jak: ocena szans dalszego funkcjonowania przedsiębiorstwa, czy przedsiębiorstwo ma majątek, na ile wiarygodny jest prowadzony model biznesowy przedsiębiorstwa, jaka jest struktura wierzycieli (czy jeden lub kilku dużych czy wielu drobnych).
- Ewentualnie określenie listy sytuacji mogących świadczyć o ryzyku, zaleceń dla sędziego na co powinien szczególnie uważać, kiedy powinien zlecić opinię biegłego rewidenta, itp.

Ponadto, zasadnym jest uznanie, że skoro czynności restrukturyzacyjne w postępowaniu upadłościowym zdecydowano się powierzyć przedstawicielom zawodu regulowanego (syndykom/doradcom restrukturyzacyjnym), to efektywnym sposobem zapewnienia wymaganego poziomu profesjonalizmu winny być regulacje dostępu do tego zawodu. W związku z tym, należy rozważyć zmianę modelu regulacji dostępu do zawodu syndyka, w tym:

- Wprowadzenie asesury/aplikacji, umożliwiającej zdobycie praktycznej wiedzy z zakresu prowadzenia postępowań.
- Wprowadzenie merytorycznej oceny prowadzonych przez syndyka/ doradcy restrukturyzacyjnego upadłości (z uwzględnieniem wymiaru racjonalności ekonomicznej) – przez jakieś ciało kolegialne, radę, samorząd lub izbę, które np. wrywkowo oceniałoby kilka jego spraw i weryfikowało pracę. Ocena taka winna stanowić element regulacji dostępu do zawodu syndyka, np. przedłużenia licencji w oparciu o ocenę dotychczasowej praktyki.

Niezależnie od powyższego, badanie pilotażowe przedstawione w niniejszym opracowaniu wskazuje na bardzo niską efektywność postępowań układowych. Prowadzi to do pytań o skuteczność polityk opartych na zasadzie „*restrukturyzacja zamiast likwidacji*” w warunkach polskich. Z całą pewnością zebrane dotychczas dane nie pozwalają sformułować kategorycznych sądów w tym zakresie – zwłaszcza biorąc pod uwagę, że nowe rozwiązania funkcjonują zaledwie od pierwszego stycznia 2016 r. Wydaje się jednak uzasadnione kontynuowanie badań w tym zakresie, w celu uzyskania odpowiedzi na pytanie, do jakiego stopnia postępowanie upadłościowe prowadzone przed sądem powszechnym może być skutecznym narzędziem restrukturyzacji przedsiębiorstwa w trudnej sytuacji finansowej.