

INSTYTUT WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI

dr Tomasz Szanciło

***Postępowanie w sprawie orzekania zakazu prowadzenia
działalności gospodarczej***

Warszawa 2013

Spis treści

1. Zagadnienia wstępne.....	1
1.1. Cel i zakres opracowania	1
1.2. Materiał empiryczny	7
1.3. Postępowanie w przedmiocie orzeczenia zakazu – uwagi ogólne	10
1.4. Wyniki postępowania apelacyjnego	15
2. Pojęcie i istota zakazu – uwagi ogólne	17
3. Zakres podmiotowy zakazu	25
3.1. Uwagi ogólne	25
3.2. Obowiązek złożenia wniosku o upadłość	26
3.2.1. Podstawy ogłoszenia upadłości.....	26
3.2.1.1. Uwagi ogólne	26
3.2.1.2. Orzeczenie zakazu a wcześniejszy wniosek o upadłość	27
3.2.1.3. Brak spłaty wymagalnych zobowiązań.....	31
3.2.1.4. „Przewyżka” zobowiązań nad majątkiem	38
3.2.2. Termin do złożenia wniosku o upadłość	40
3.2.3. Osoby zobowiązane do złożenia wniosku o upadłość.....	42
3.3. Uniemożliwianie prowadzenia postępowania upadłościowego	48
3.4. Osoby, których upadłość ogłoszono.....	51
3.5. Wyniki badania empirycznego w zależności od kategorii osób	53
4. Zakres przedmiotowy zakazu	57
5. Przesłanki orzeczenia zakazu	61
5.1. Uwagi ogólne	61
5.2. Wina i negatywne skutki działań	61
5.3. Brak winy dłużnika	66
5.4. Celowe działanie i rażące niedbalstwo dłużnika	68
5.5. Wyniki badania empirycznego.....	69
5.5.1. Wina dłużnika	69
5.5.2. Pokrzywdzenie wierzycieli	76
5.5.3. Fakultatywny charakter zakazu	79
6. Zakres czasowy zakazu.....	85
6.1. Zasady ustalenia okresu zakazu	85
6.2. Związanie sądu wnioskiem o orzeczenie zakazu	90

7. Czynność podjęta z naruszeniem zakazu.....	94
8. Termin do złożenia wniosku o orzeczenie zakazu.....	97
8.1. Prekluzja w złożeniu wniosku.....	96
8.2. Wyniki analizy empirycznej	103
9. Podsumowanie i perspektywy na przyszłość.....	106

1. Zagadnienia wstępne

1.1. Cel i zakres opracowania

Prowadzenie działalności gospodarczej przez osobę fizyczną lub pełnienie przez nią pewnych określonych funkcji w podmiotach, które z założenia nastawione są na prowadzenie takiej działalności, a więc w szczególności spółkach prawa handlowego, nie stanowi jedynie prywatnej sprawy tej osoby, w odniesieniu do której państwo nie powinno wyrażać zainteresowania. Jest to konsekwencją tego, że działalność gospodarcza każdego rodzaju wywiera wpływ nie tylko na sytuację prawną i ekonomiczną tej osoby, ale również innych osób, nawet jeżeli nie uczestniczą one bezpośrednio w obrocie gospodarczym, a wręcz społeczeństwa. Wierzycielami przedsiębiorców nie są bowiem jedynie osoby prywatne, ale również instytucje państwowe, jak Zakład Ubezpieczeń Społecznych czy urzędy skarbowe (Skarb Państwa), i np. niewywiązywanie się z obowiązku uiszczania składek na ubezpieczenia społeczne, zdrowotne i pracownicze wpływa destabilizująco na cały system ubezpieczeń społecznych, co ma wymiar przede wszystkim ogólnospołeczny. Działalność gospodarcza nie jest więc jedynie kwestią prywatnoprawną, ale w znacznej mierze – publicznoprawną, mającą znaczenie dla prawidłowego rozwoju obrotu gospodarczego i gospodarki państwa. Dlatego nie byłoby zasadne rozpatrywanie skutków niewłaściwie prowadzonej działalności gospodarczej jedynie na płaszczyźnie prawa prywatnego, a więc w relacjach między stronami stosunku cywilnoprawnego, których wprost i bezpośrednio dana relacja dotyczy. Doniosłość negatywnych skutków z tym związanych powoduje, że konsekwencje przeniesione są również na płaszczyznę publicznego prawa gospodarczego, czego przejawem jest możliwość orzeczenia tzw. zakazu prowadzenia działalności gospodarczej – na podstawie przepisów ustawy z 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze¹.

¹ Ustawa z 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r., poz. 1112 ze zm.), dalej jako p.u.n..

Powyższa okoliczność, a więc wpływ stosunków, w jakie wchodzi przedsiębiorca z innymi podmiotami na funkcjonowanie gospodarki jako całości i chęć ochrony zasad prawidłowego i rzetelnego obrotu gospodarczego przemawia za tym, aby szczególnie uważnie przyjrzeć się tej instytucji, tym bardziej, że brak jest szczegółowego, całościowego opracowania w tym przedmiocie.

Zakaz prowadzenia działalności gospodarczej jest to instytucja stosunkowo nowa w polskim prawie, gdyż została wprowadzona do obowiązującego w Polsce prawa upadłościowego² dopiero ustawą nowelizującą z 31.07.1997 r.³, a więc zaledwie kilkanaście lat temu. Jak wskazano w uzasadnieniu do projektu obecnie obowiązującej ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze⁴, w której przejęto w znacznej mierze wcześniejsze unormowania: *„Instytucja orzekania o pozbawieniu prawa prowadzenia działalności gospodarczej jest środkiem dyscyplinującym przedsiębiorców do ich rzetelnej działalności i wykonywania obowiązków ciążących na nich w postępowaniu upadłościowym, stąd też niewątpliwie służy podniesieniu efektywności postępowania upadłościowego. Liczba spraw orzekanych w tym trybie z roku na rok rośnie. Dlatego też projekt nie tylko przejmuje to rozwiązanie, ale rozszerza zakres jego stosowania także na osoby, które doprowadziły do upadłości wskutek celowego działania lub rażącego niedbalstwa. Dokonane zmiany mają na celu zasadniczo usunięcie istniejących wątpliwości i niejasności. Projekt zachowuje zasadę, że postępowanie w sprawach o pozbawienie prawa prowadzenia działalności gospodarczej, tak jak obecnie, toczyć się będzie według przepisów kodeksu postępowania cywilnego⁵ o postępowaniu nieprocesowym.”*

W tym dosyć krótkim uzasadnieniu projektu aktualnie obowiązującej ustawy wyrażono istotę omawianego zakazu, a konkretnie cel, jakiemu służy ten instrument prawny. Generalnie ma on za zadanie wymuszenie na przedsiębiorcach lub osobach uczestniczących w prowadzeniu działalności gospodarczej w ramach innego

² Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 24.10.1934 r. – Prawo upadłościowe (tekst jedn.: Dz. U. z 1991 r. Nr 118, poz. 512 ze zm.), dalej jako p.u.r..

³ Ustawa z 31.07.1997 r. o zmianie rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 24.10.1934 r. – Prawo upadłościowe i niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 117, poz. 751).

⁴ Uzasadnienie do projektu ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze (Druk Sejmu RP 1997/809 z 29.08.2002 r.).

⁵ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 ze zm.), dalej jako k.p.c..

podmiotu prowadzenia tej działalności zgodnie z zasadami rzetelnego obrotu i uczciwości kupieckiej, w celu ochrony interesu społecznego w kontekście ochrony obrotu gospodarczego jako całości. Jeżeli zaistnieje sytuacja, w której dochodzi do naruszenia tych reguł, to orzekany zakaz ma zdyscyplinować przedsiębiorców, aby postępowali zgodnie z zasadami prawa upadłościowego, w celu doprowadzenia do spłaty wierzycieli w jak największym stopniu, a więc z jak najmniejszym ich pokrzywdzeniem. Zachowania, które mogą stanowić podstawę do orzeczenia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej szkodzą przede wszystkim wierzycielom uczestniczącym w postępowaniu upadłościowym, w których interesie leży jak najszybsze usunięcie wszystkich przeszkód utrudniających postępowanie upadłościowe⁶. Orzeczenie takiego zakazu, w sytuacji spełnienia ustawowych przesłanek, leży w interesie publicznym. Jest to więc jeden z przejawów ochrony szeroko pojętego bezpieczeństwa publicznego w prawie polskim.

Kwestia ta omówiona została w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 4.07.2002 r.⁷, w którym wyróżnione zostały następujące funkcje tej sankcji, o kluczowym znaczeniu dla prywatnoprawnego obrotu gospodarczego oraz prowadzenia działalności gospodarczej w ogóle:

- 1) funkcja prewencyjno-profilaktyczna, tj. odstrasżającą od zachowań, które stanowiłyby naruszenie prawa i jednocześnie zabezpieczającą przed lekceważeniem prawnych rygorów prowadzenia działalności gospodarczej;
- 2) funkcja zabezpieczająca przed wyrządzeniem szkody wierzycielom, gdyż występując z wnioskiem o ogłoszenie upadłości przedsiębiorcy jego wierzyciele mogą oczekiwać od organów postępowania upadłościowego zastosowania środków odpowiednich do sytuacji, czyli takich, które zabezpieczą powstałe roszczenia, a jednocześnie zagwarantują wierzycielom bezpieczeństwo dalszej działalności gospodarczej;
- 3) funkcja zabezpieczająca prawa i wolności innych uczestników obrotu gospodarczego, gdyż przejęcie spraw przedsiębiorstwa w postępowaniu upadłościowym przez nadzorcę, zarządcę lub syndyka prowadzić ma do

⁶ Por. postanowienie SN z 29.10.2008 r. (IV CSK 239/08), „Monitor Prawniczy” 2009/24, s. 1337.

⁷ Wyrok TK z 4.07.2002 r. (P 12/01), Dz. U. Nr 113, poz. 990.

zwiększenia ochrony interesów wierzycieli przedsiębiorcy i zabezpieczyć ich roszczenia na istniejącym jeszcze majątku przedsiębiorstwa;

- 4) funkcja zapobiegająca sytuacjom patologicznym, sprzyjającym możliwości powstania przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu, gdyż brak odpowiednich środków gwarantujących terminowe zgłoszenie wniosku o upadłość sprzyjać może – w kontekście niewypłacalności przedsiębiorcy – powstawaniu zjawisk niepożądanych, jak działanie na szkodę wierzycieli, zbywanie mienia w celu zaspokojenia innych istniejących wierzytelności, trwonienie majątku, tworzenie nowych jednostek organizacyjnych, zaspakajanie wierzycieli z pominięciem obowiązujących zasad i faworyzowanie niektórych wierzycieli itd.;
- 5) funkcja gwarantująca obowiązek dochowania należytej staranności, gdyż cechą działalności gospodarczej jest prowadzenie jej w sposób zawodowy i profesjonalny, a prawo nie może chronić bezprawności, zwłaszcza tam, gdzie wymagana jest podwyższona staranność;
- 6) funkcja wyłączająca z obrotu gospodarczego osób, które nie są w stanie sprostać podstawowym wymaganiom prowadzenia działalności gospodarczej, postrzegana i odczytywana w kontekście całości postępowania upadłościowego jako zmierzającego do przejęcia przez odpowiednie organy kontroli nad przedsiębiorstwem prowadzonym dotychczas przez osobę nieprzestrzegającą zasad profesjonalnej, zawodowej działalności gospodarczej.

Okres kilkunastoletni obowiązywania zakazu prowadzenia działalności gospodarczej jest w zupełności wystarczający dla dokonania oceny tej instytucji, wskazania jej wad i zalet oraz przedstawienia postulatów *de lege ferenda*, które pozwoliłyby na bardziej efektywne jej zastosowanie. Tym bardziej, że konstrukcja zakazu budziła wątpliwości w doktrynie – w kontekście jego zgodności z Konstytucją⁸, gdyż podnoszono, jeszcze na tle art. 17² p.u.r., że chociaż jest to przepis potrzebny, to niezgodny z Konstytucją⁹. Kwestia ta została rozstrzygnięta w powołanym wyroku Trybunału

⁸ Ustawa z 2.04.1997 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

⁹ Tak P. Zimmerman, *Artykuł 17² Prawa upadłościowego – potrzebny, ale niezgodny z Konstytucją*, „Przeгляд Prawa Handlowego” 2002/6, s. 30.

Konstytucyjnego z 4.07.2002 r., w którym wskazano, że art. 17² p.u.r. jest zgodny z art. 2, art. 22, art. 45 ust. 1 i art. 65 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 oraz nie jest niezgodny z art. 42 ust. 1-3 Konstytucji.

Aby osiągnąć założony cel opracowania, niezbędne jest odniesienie się zarówno do dotychczasowego dorobku doktryny, jak i judykatury, w tym przede wszystkim orzecznictwa sądów rejonowych, gdyż to na tym szczeblu sądownictwa odbywa się rozpoznanie w pierwszej instancji spraw w przedmiocie orzeczenia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, a – co zostanie wykazane poniżej – jedynie w niewielkiej części sprawy te trafiają do rozpoznania także do sądów drugiej instancji. Jest to więc przykład jednej z tych kategorii spraw sądowych, gdzie wytyczne w odniesieniu do stosowania przepisów prawa daje przede wszystkim orzecznictwo sądów usytuowanych na najniższym szczeblu sądownictwa powszechnego. Niewątpliwie wpływa to negatywnie na problemy interpretacyjne, które w odniesieniu do zakazu prowadzenia działalności gospodarczej są istotne i mogą powodować znaczne rozbieżności w stosowaniu prawa upadłościowego w zakresie tej instytucji. Trudno więc w takiej sytuacji o ujednoczenie orzecznictwa.

W związku z powyższym opracowanie składa się z dwóch części, których poszczególne aspekty wzajemnie się przenikają, tworząc zwartą całość. Jest to o tyle istotne, że trudno mówić o przepisach prawa w oderwaniu od tego, jak są one stosowane, a więc jakie jest rozumienie poszczególnych unormowań mających znaczenie z punktu widzenia orzekania w przedmiocie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej.

W pierwszej części przedstawione zostaną główne założenia i zasady, jakie należy mieć na względzie stosując przepisy odnoszące się do zakazu prowadzenia działalności gospodarczej. Nie chodzi tu jedynie o przepisy Tytułu X Części pierwszej p.u.n., gdyż oprócz nich należy brać pod uwagę inne regulacje zawarte w ustawie, w szczególności normujące podstawy ogłoszenia upadłości, osoby zobowiązane do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości oraz termin, w jakim wniosek ten powinien być złożony.

W drugiej części przedstawione zostaną praktyczne aspekty tej instytucji, zarówno materialnoprawne, jak i procesowe. Chodzi tu o przedstawienie praktycznych

aspektów zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, ze szczególnym uwzględnieniem przesłanek stanowiących podstawę orzekania tego zakazu i przypadków odstąpienia od jego ogłoszenia.

Ze względu na problematykę omawianego zakazu nie sposób aspektów teoretycznych i praktycznych omawiać oddzielnie, więc poszczególne zagadnienia teoretyczne będą wzbogacane od razu o treści praktyczne.

Instytucja zakazu prowadzenia działalności gospodarczej unormowana została bezpośrednio w art. 373-377 p.u.n. Przepisy te mają charakter materialno-procesowy, tj. regulują zarówno kwestie związane z materialnymi podstawami i przesłankami orzekania przez sąd w przedmiocie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, jak i kwestie procesowe (proceduralne), związane z samym postępowaniem sądowym. Ponieważ główny nacisk zostanie położony na zagadnienia materialnoprawne (choć również kwestie procesowe nie zostaną pominięte), to już w tym miejscu wskazać należy, że zagadnienia te można podzielić na następujące grupy:

- zakres podmiotowy, tj. kto może być pozbawiony określonych praw,
- zakres przedmiotowy, tj. czego dotyczy zakaz,
- przesłanki orzeczenia zakazu, tj. przyczyn pozbawienia określonej osoby pewnych, ściśle określonych praw,
- zakres czasowy, tj. na jaki okres zakaz jest orzekany,
- termin, w jakim wniosek może zostać złożony.

Są to zagadnienia o złożonej charakterystyce, które zostaną omówione w kolejnych punktach opracowania. Łącznie tworzą one istotę zakazu prowadzenia działalności gospodarczej. Nieuwzględnienie któregoś z nich, a więc gdy sąd rozpoznający wniosek nie odniesie się do którejś z powyższych okoliczności, powoduje, że nie można mówić o prawidłowym zastosowaniu tej instytucji prawa upadłościowego. Ponieważ – w założeniu – ma to być instrument stanowiący dolegliwość w związku z nieprawidłowym prowadzeniem działalności w obrocie gospodarczym, ważne jest, aby uzasadnienie orzeczenia sądu zawierało odniesienie się do wszystkich tych elementów, co wynika również z brzmienia art. 328 § 2 k.p.c. Dopiero wówczas

można stwierdzić, że sprawa została rozpoznana co do istoty, a wydane orzeczenie z uzasadnieniem może podlegać kontroli instancyjnej.

1.2. Materiał empiryczny

Na materiał empiryczny składały się sprawy z obszaru całej Polski według wykazu Gzd za 2012 r. (wpływ do sądów w latach 2011-2012).

Tabela 1. Liczba spraw w przedmiocie orzeczenia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej w sądach rejonowych w 2012 r.

Liczba załatwień	Ogółem	1299
	Orzeczono zakazy	538
	Oddalono wnioski	305
	Umorzono postępowanie	172
	Inne załatwienia	284
Lista osób objętych orzeczeniem	Ogółem	1306
	Orzeczono zakazy	576
	Oddalono wnioski	290
	Umorzono postępowanie	161
	Inne załatwienia	279

Dla spraw, w których orzeczono zakaz prowadzenia działalności gospodarczej operat stanowiły 44 sądy rejonowe, w których prowadzono tego typu sprawy (o sądzie właściwym będzie mowa w kolejnym punkcie opracowania), gdyż w Sądzie Rejonowym w Piotrkowie Trybunalskim nie orzeczono żadnego zakazu prowadzenia działalności gospodarczej. Dla spraw, w których oddalono wniosek, operat losowania stanowiło 37 sądów rejonowych, gdyż w 8 sądach rejonowych (Suwałki, Włocławek, Zamość, Zielona Góra, Krosno, Przemyśl, Gorzów Wielkopolski, Jelenia Góra) nie oddalono żadnego wniosku. Próbę stanowiło 25% spraw z każdego sądu, wylosowanych proporcjonalnie.

W wyniku tego materiał badawczy składał się łącznie z 213 spraw z sądów rejonowych¹⁰. Tak znaczna próba stanowiła wystarczający materiał empiryczny, reprezentatywny dla wszystkich spraw, w których orzeczono zakaz prowadzenia działalności gospodarczej lub oddalono wniosek, a który pozwalał na wyciągnięcie wniosków natury ogólnej.

Tabela 2. Liczba spraw przyjętych do badania w poszczególnych sądach rejonowych

L.p.	Siedziba sądu rejonowego	Liczba badanych spraw, w których	
		orzeczono zakaz działalności gospodarczej	oddalono wniosek
1	Białystok	1	1
2	Bielsko-Biała	2	2
3	Bydgoszcz	7	3
4	Częstochowa	1	1
5	Elbląg	3	2
6	Gdańsk-Północ	5	2
7	Gliwice	1	8
8	Gorzów Wielkopolski	1	0
9	Jelenia Góra	2	0
10	Kalisz	5	1
11	Katowice-Wschód	4	1
12	Kielce	3	1
13	Konin	0	1
14	Koszalin	6	1
15	Kraków-Śródmieście	4	4
16	Krosno	2	0
17	Legnica	1	1
18	Lublin-Wschód z/s w Świdniku	17	4
19	Łomża	1	1
20	Łódź-Śródmieście	2	3
21	Nowy Sącz	1	1
22	Olsztyn	1	3
23	Opole	1	2
24	Ostrołęka	1	1

¹⁰ Próba losowa wyniosła 215 spraw, jednak z Sądu Rejonowego w Tarnowie nie została przekazana jedna sprawa (oddalenie wniosku), podobnie jak z Sądu Rejonowego w Koninie (orzeczenie zakazu), jednak w przypadku tak dużej próby okoliczność ta nie miała wpływu na wyniki badania.

25	Piotrków Trybunalski	0	1
26	Płock	1	2
27	Poznań-Stare Miasto	7	5
28	Przemyśl	1	0
29	Radom	4	1
30	Rzeszów	1	1
31	Siedlce	2	1
32	Sieradz	6	1
34	Słupsk	5	2
33	Suwałki	1	0
35	Szczecin-Centrum	3	2
36	Tarnobrzeg	1	1
37	Tarnów	1	0
38	Toruń	2	1
39	Wałbrzych	6	2
40	Warszawa-Miasto Stołeczne	5	8
41	Warszawa-Praga Północ	6	4
42	Włocławek	1	0
43	Wrocław-Fabryczna	6	3
44	Zamość	2	0
45	Zielona Góra	1	0
	Ogółem	134	79

Problemem, z jakim napotkano się podczas analizy akt był brak uzasadnień w większości spraw – zostały sporządzone w zaledwie 77 sprawach (36,1% ogólnej liczby spraw), z czego w 36 sprawach orzeczono zakaz, zaś w 41 sprawach wnioski oddalono. Ponieważ sprawy kończyły się w pierwszej instancji w niemal 90% przypadków, w oczywisty sposób uniemożliwiało to, a przynajmniej znacznie utrudniało pełne odczytanie motywów, jakimi kierowały się poszczególne sądy orzekając zakaz lub oddalając wniosek. W szczególności odnosi się to do postanowień w przedmiocie oddalenia wniosku, gdyż o ile w przypadku orzeczenia zakazu muszą zaistnieć wszystkie wymienione powyżej przesłanki i musi być zachowany ustawowy termin do złożenia wniosku, a problematyczna jest jedynie kwestia długości zakazu i przesłanek, jakimi kierował się sąd orzekając zakaz na określony okres czasu, to podstawy do oddalenia wniosku mogą być bardzo różne. Trudności te potęgowała dodatkowo okoliczność, że jedynie w 24 sprawach, a więc w nieco ponad 11% spraw, została wniesiona apelacja, a tylko w jednej sprawie – skarga kasacyjna. W znacznej części spraw uczestnicy postępowania albo w ogóle

nie odbierali odpisów wniosków, albo nawet jak odebrali, to nie ustosunkowywali się do nich. Ponadto akta badanych spraw nie zawierały dodatkowego materiału dowodowego, który brał pod uwagę sąd upadłościowy, a mianowicie akt sprawy upadłościowej, jeżeli takowa się toczyła przed złożeniem wniosku o zakaz (zwykle) lub równoległe (wyjątkowo). Niemniej w niektórych sprawach materiał dowodowy był na tyle oczywisty, że nawet na podstawie jedynie wniosku i odpowiedzi uczestnika możliwe było ustalenie intencji orzekającego sądu.

1.3. Postępowanie w przedmiocie orzeczenia zakazu – uwagi ogólne

W sprawach w przedmiocie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej orzekają sądy upadłościowe (art. 375 p.u.n.), którymi jest – zgodnie z § 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 25.06.2012 r.¹¹ oraz art. 18 zd. 2 p.u.n. – enumeratywnie wymienionych 45 sądów rejonowych – sądów gospodarczych, z okręgów poszczególnych sądów okręgowych. Sądem upadłościowym jest ten sąd rejonowy, w którym ogłoszono upadłość dłużnika (art. 19 p.u.n.), a jeżeli postępowanie zostało wszczęte w kilku sądach właściwych, sprawa należy do właściwości sądu, który pierwszy wydał postanowienie o ogłoszeniu upadłości (art. 149 ust. 2 p.u.n.). Postępowania o ogłoszenie upadłości wszczęte w innych sądach powinny zostać umorzone na podstawie art. 355 k.p.c. w zw. z art. 35 p.u.n., albowiem wydanie drugiego postanowienia o ogłoszeniu upadłości dłużnika staje się niedopuszczalne¹². Jeżeli postępowania upadłościowego nie wszczęto albo oddalono wniosek o ogłoszenie upadłości lub umorzono postępowanie upadłościowe, orzeka sąd właściwy do rozpoznania sprawy o ogłoszenie upadłości (art. 375 ust. 2 p.u.n.), a więc niezbędne jest wskazanie we wniosku o orzeczenie zakazu danych umożliwiających ustalenie tej właściwości, o jakich mowa w art. 19 p.u.n.

¹¹ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 25.06.2012 r. w sprawie przekazania niektórym sądom okręgowym i sądom rejonowym rozpoznawania spraw gospodarczych z obszarów właściwości innych sądów okręgowych i sądów rejonowych (Dz. U. z 2012 r., Nr 730 ze zm.).

¹² W doktrynie wyrażono pogląd, że uchylenie później wydanych postanowień o ogłoszeniu upadłości jest bezprzedmiotowe ze względu na fakt, iż postępowanie może toczyć się tylko w sądzie, który pierwszy ogłosił upadłość. Por. W. Broniewicz, *Glosa do postanowienia SN z dnia 10 lipca 1972 r., I PR 129/72, OSP 1974/2, poz. 27.*

Postępowanie wszczyna się wyłącznie na wniosek, co jest niezwykle istotną zmianą w stosunku do art. 17² § 3 p.u.r., zgodnie z którym postępowanie wszczynane było z urzędu przez sąd upadłościowy. Osoby uprawnione do złożenia wniosku zostały enumeratywnie wymienione w art. 376 ust. 1 p.u.n. Są nimi: wierzyciel, tymczasowy nadzorca sądowy, zarządca przymusowy, syndyk, nadzorca sądowy albo zarządca, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Przewodniczący Komisji Nadzoru Finansowego, z tym że wygaśnięcie w toku postępowania funkcji tymczasowego nadzorcy, zarządcy przymusowego, syndyka, nadzorcy sądowego albo zarządcy nie ma wpływu na dalszy bieg postępowania wszczętego na jego wniosek. Dodatkowo w uchwale z 14.09.2005 r.¹³ Sąd Najwyższy uznał, że legitymowanym do złożenia wniosku o orzeczenie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej jest również prokurator. Z uwagi na cel i istotę postępowania, a także właściwy tryb rozpoznania tego typu spraw, zasadność stanowiska Sądu Najwyższego nie powinna budzić wątpliwości. Jednocześnie wymienienie wprost osób legitymowanych do złożenia wniosku powoduje, że wnioski innych podmiotów podlegają oddaleniu z powodu braku legitymacji czynnej.

Natomiast niezwykle ciekawe zagadnienie prawne powstało na tle sprawy rozpoznawanej przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie, w której wniosek został złożony przez syndyka masy upadłości spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, która przed ogłoszeniem upadłości była wierzycielem innej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, w której uczestnik postępowania pełnił funkcję członka zarządu. Oddalając wniosek postanowieniem z 27.02.2012 r.¹⁴ Sąd uznał, że syndyk nie ma legitymacji czynnej do składania tego typu żądania. Wskazał, że nie istnieje funkcja syndyka poza postępowaniem upadłościowym, a zatem nie jest to organ władzy publicznej posiadający uprawnienie na zasadzie podobnej jak prokurator do wszczynania wobec kogokolwiek postępowań o zakaz działalności gospodarczej. Uprawnienie syndyka ogranicza się do „ścigania” za przewinienia określone w art. 373 ust. 1 i 3 oraz art. 374 p.u.n. odpowiedzialnych osób, które działały u przedsiębiorcy będącego w stanie upadłości. Ponadto syndyk jako wnioskodawca nie działa jako osoba prywatna i z racji pełnienia funkcji finansuje postępowanie przez siebie wszczęte z funduszy masy upadłości, tj. opłaty i nierzadko

¹³ Uchwała SN z 14.09.2005 r. (III CZP 58/05), OSP 2006/10, poz. 110.

¹⁴ Postanowienie SR dla m. st. Warszawy w Warszawie z 10.10.2012 r. (X Gzd 2/12), niepubl.

dość kosztowne ekspertyzy biegłych. Gdyby uznać, że syndyk może finansować ze środków należnych wierzycielom postępowań o orzeczenie zakazu wobec osób całkowicie niezwiązanych z danym postępowaniem upadłościowym, dochodziłoby do niezasadnego uszczuplenia masy upadłości.

Pogląd ten podzielił całkowicie Sąd Okręgowy w Warszawie, w wyniku czego postanowieniem z 10.10.2012 r.¹⁵ oddalił apelację wnioskodawcy. Sąd ten podkreślił, że rolą art. 373 p.u.n. nie jest dochodzenie należności, lecz niejako „ukaranie” członka zarządu. Skoro wniosek dotyczy członka zarządu innej spółki niż ta, której syndykiem jest wnioskodawca, to nie można przyjąć, aby orzeczenie zakazu działalności w takiej sytuacji było nakierowane na ustalenie masy upadłości, likwidację jej składników i podział między wierzycieli środków uzyskanych z likwidacji masy upadłości, czy też dochodzenie należności upadłej spółki. Postępowanie to nie dotyczy bowiem masy upadłości, ale praw niemajątkowych przysługujących spółce. Upadły nie traci podmiotowości prawnej, może pozywać i być pozywany w kategoriach spraw niezwiązanych z masą upadłości. W takim przypadku upadłego reprezentuje zarząd, a nie syndyk masy upadłości.

Właściwym trybem postępowania w sprawach o orzeczenie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej jest postępowanie nieprocesowe. W związku z tym zastosowanie znajdują przepisy art. 506-525 k.p.c., ze zmianami, które wynikają z art. 375-376 p.u.n., a dotyczącymi:

- wszczęcia postępowania jedynie na wniosek i ściśle określonego kręgu osób uprawnionych (legitymowanych) do jego zainicjowania (art. 376 ust. 1 p.u.n.),
- właściwości sądu (art. 375 p.u.n.),
- obligatoryjnego przeprowadzenia rozprawy (art. 376 ust. 2 p.u.n.), co jest jednym z przejawów zasady, że w postępowaniu nieprocesowym rozprawa odbywa się jedynie w przypadkach wskazanych w ustawie (art. 514 § 1 k.p.c.) – rozpoznanie sprawy na posiedzeniu niejawnym skutkowałoby nieważnością postępowania na podstawie art. 379 pkt 5 k.p.c.,
- środka odwoławczego od postanowienia sądu II instancji (art. 376 ust. 3 p.u.n.),

¹⁵ Postanowienie SO w Warszawie z 10.10.2012 r. (XXIII Ga 633/12), niepubl.

- przesłania odpisu prawomocnego postanowienia do Krajowego Rejestru Sądowego, na podstawie którego sąd rejonowy dokonuje wpisu do rejestru dłużników niewypłacalnych zgodnie z treścią prawomocnego orzeczenia sądowego będącego podstawą wpisu, także wtedy, gdy treść tego orzeczenia – ze względu na nieobjęcie nim wszystkich przewidzianych zakazów – nie jest zgodna z systemem informatycznym Krajowego Rejestru Sądowego¹⁶; natomiast postanowienia oddalające wniosek o orzeczenie zakazu nie podlegają ujawnieniu w tym Rejestrze.

W sprawach o pozbawienie prawa prowadzenia działalności gospodarczej orzeka sąd upadłościowy w składzie jednoosobowym¹⁷. Wynika to stąd, że w art. 375 p.u.n. określono jedynie sąd właściwy do rozpoznania wymienionych w nim spraw. W przepisie tym ustawodawca nie wypowiedział się o składzie tego sądu, nie jest to więc przepis szczególny w tym zakresie. Regulacja szczególna nie została zawarta również w żadnym innym przepisie ustawy, a więc – przez art. 35 p.u.n. - zastosowanie ma zasada ogólna wynikająca z art. 509 k.p.c.

Uczestnikami postępowania w tego rodzaju sprawach są tylko osoba, która złożyła wniosek o wszczęcie postępowania (wnioskodawca), oraz osoba, która ma być pozbawiona prawa prowadzenia działalności gospodarczej (uczestnik *sensu stricto*). Możliwe jest wystąpienie z jednym wnioskiem przez kilka legitymowanych podmiotów lub przyłączenie się do już złożonego wniosku, co powoduje, że wszystkie te osoby są uczestnikami. O skutkach złożenia wniosku przeciwko kilku osobom będzie mowa w dalszej części opracowania.

Wniosek o wszczęcie postępowania powinien odpowiadać wymogom wynikającym z art. 511 k.p.c., a więc czynić zadość przepisom o pozwie, tj. art. 126-129 i 187 k.p.c., z tą zmianą, że zamiast pozwanego należy wymienić zainteresowanych w sprawie, przede wszystkim osobę, co do której żąda się pozbawienia prawa prowadzenia działalności gospodarczej. W związku z tym w tym miejscu należy zasygnalizować problem, czy obowiązek dokładnego określenia żądania (art. 187 § 1 pkt 1 k.p.c.) oznacza, że wnioskodawca jest zobowiązany podać okres, na jaki wnosi

¹⁶ Por. uchwałę SN z 4.06.2009 r. (III CZP 33/09), „Biuletyn SN” 2009/6, s. 7.

¹⁷ Por. uchwałę SN z 24.05.2005 r. (III CZP 87/04), OSNC 2006/2, poz. 19, postanowienie SN z 17.06.2005 r. (III CZP 30/05), LEX nr 175389.

orzeczenie zakazu i czy takim żądaniem sąd jest związany. Odpowiedzi na te pytania zostaną udzielone w dalszej części opracowania. Opłata od wniosku wynosi jedynie 100 zł¹⁸. Jest to opłata bardzo niska, co ma konsekwencje w praktyce, na co zostanie zwrócona uwaga w dalszej części opracowania.

Czas trwania postępowania w I instancji, ustalony na podstawie analizy 213 spraw, a więc w odniesieniu do spraw, które zakończyły się albo orzeczeniem zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, albo oddaleniem wniosku¹⁹ został przedstawiony w poniższej tabeli:

Tabela 3. Czas trwania postępowania w I instancji

Czas rozpoznania sprawy w I instancji	Liczba spraw	Procent spraw
do 2 miesięcy	39	18,3
od 2 do 3 miesięcy	52	24,4
od 3 do 6 miesięcy	75	35,2
od 6 do 9 miesięcy	24	11,3
od 9 do 12 miesięcy	11	5,2
od 12 do 18 miesięcy	9	4,2
od 18 do 24 miesięcy	3	1,4
Ogółem	213	100

Czas rozpoznania sprawy liczony był od momentu wpływu sprawy do biura podawczego danego sądu. Co prawda, zgodnie z art. 165 § 2 k.p.c. oddanie pisma procesowego w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu prawa pocztowego lub w placówce pocztowej operatora świadczącego pocztowe usługi powszechne w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej jest równoznaczne z wniesieniem go do sądu, jednak okres pomiędzy złożeniem przez

¹⁸ Por. art. 76 pkt 4 ustawy z 28.07.2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 90, poz. 594 ze zm.).

¹⁹ Wyliczenie nie dotyczy więc spraw zakończonych umorzeniem postępowania oraz zakończonych w inny sposób, niemniej w jednej ze spraw rozpatrywanych przez Sąd Rejonowy w Jeleniej Górze połączono do wspólnego rozpoznania i orzekania wnioski dwóch osób prywatnych przeciwko temu samemu dłużnikowi, a ponieważ jeden z wniosków został cofnięty, nastąpiło umorzenie postępowania z tego wniosku. Sprawa jako całość zakończyła się jednak orzeczeniem zakazu, gdyż drugi wniosek został uwzględniony.

wnioskodawcę pisma (wniosku) u operatora a dostarczeniem go do sądu wynosił niekiedy tydzień i nie sposób wliczać tego okresu do czasu rozpoznania sprawy przez sąd. Celem wyjaśnienia należy również wskazać, że w przypadku spraw, w których postanowienie zostało uchylone przez sąd II instancji i sprawa została przekazana sądowi I instancji do ponownego rozpoznania, za okres rozpoznania sprawy w I instancji przyjęto okres jaki minął od wpływu sprawy do sądu do daty wydania orzeczenia w I instancji, które zostało następnie zmienione przez sąd I instancji lub co do którego apelacja została oddalona, z tym że były to pojedyncze przypadki, które nie miały wpływu na wyniki dotyczące czasu rozpoznawania spraw.

Generalnie można stwierdzić, że postępowanie w przedmiocie orzeczenia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej nie jest postępowaniem czasochłonnym, gdyż 78% spraw kończy się w ciągu pół roku od momentu wpływu sprawy do sądu, przeważnie na pierwszej rozprawie. Zwykle dłużej trwają sprawy, gdy uczestnikami postępowania są osoby uprawnione do reprezentacji osób prawnych (spółek kapitałowych), niż gdy uczestnikami są osoby fizyczne prowadzące jednoosobową działalność gospodarczą na własny rachunek. Osoby reprezentujące spółki kapitałowe wydają się być bardziej świadome zasad prowadzenia działalności gospodarczej oraz praw i obowiązków związanych z występowaniem przed sądem, znacznie częściej korzystają z pomocy pełnomocników procesowych (adwokatów i radców prawnych). Skutkowało to zgłaszaniem szeregu wniosków dowodowych (zwykle z zeznań świadków) i w oczywisty sposób wpływało na przebieg i czas trwania postępowania przed sądem.

1.4. Wyniki postępowania apelacyjnego

Od postanowienia sądu I instancji w przedmiocie orzeczenia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej przysługuje apelacja, niezależnie od treści orzeczenia, gdyż jest to postanowienie co do istoty sprawy w postępowaniu nieprocesowym (art. 518 k.p.c.). Natomiast od postanowienia sądu II instancji przysługuje skarga kasacyjna (art. 376 ust. 3 p.u.n.).

Poniżej przedstawiono wyniki postępowania apelacyjnego w badanych sprawach:

Tabela 4. Wyniki postępowania apelacyjnego

Wynik postępowania apelacyjnego	Liczba apelacji	Liczba apelacji (%)
Oddalono apelację	24	75,0
Zmieniono postanowienie	2	6,3
Uchylono postanowienie	6	18,7
Ogółem	32	100

W tym miejscu należy wskazać, że w jednej sprawie²⁰ postanowienie sądu I instancji było uchylane dwukrotnie przez sąd okręgowy. W jednej sprawie²¹ apelacja została, co prawda, oddalona przez sąd okręgowy, jednak w wyniku wniesionej skargi kasacyjnej Sąd Najwyższy uchylił postanowienie sądu okręgowego i zmienił postanowienie sądu rejonowego, a więc w powyższej tabeli sprawa ta została zaliczona do rubryki „Zmieniono postanowienie”.

Generalnie z powyższej tabeli wynika, że orzeczenia sądów I instancji są trafne, prawidłowo uzasadnione, co skutkuje wysokim procentem oddalonych apelacji. Sądy I instancji zwykle prawidłowo stosują przepisy prawa materialnego i procesowego.

²⁰ Sprawa IX Gzd 16/11 rozpatrywana przez Sąd Rejonowy dla Warszawy-Pragi Północ w Warszawie.

²¹ Sprawa XIV Gzd 4/10 rozpatrywana przez Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi.

2. Pojęcie i istota zakazu – uwagi ogólne

Niewątpliwie konsekwencją wprowadzenia odpowiedzialności przewidzianej pierwotnie w art. 17² § 1 p.u.r., a aktualnie w art. 373-374 p.u.n. jest zastosowanie środka o pewnej skali dolegliwości (sankcji) w stosunku do osób, które nie dopełniły obowiązków przewidzianych prawem. Nie chodzi tu jednak o represję *sensu stricto*, gdyż jest to tylko jeden z celów postawionych przed tym instrumentem prawnym – istotny, ale który nie jest najważniejszy. Represję ma na celu przede wszystkim sankcja przewidziana w art. 39 pkt 2 kodeksu karnego²², będąca jednym ze środków karnych, jakie może orzec sąd karny w postępowaniu karnym. Chociaż te dwie sankcje są do siebie podobne, to normatywna treść przepisów upadłościowego i karnego nie pokrywa się. Z literalnego brzmienia art. 39 pkt 2 k.k. wynika wprost, że środek karny może zostać orzeczony w zakresie zajmowania określonego stanowiska, wykonywania określonego zawodu lub prowadzenia określonej działalności gospodarczej, a więc w odniesieniu do ściśle określonego rodzaju działalności, co uniemożliwia całkowite wyeliminowanie sprawcy z życia gospodarczego. Ponadto orzeczenie w postępowaniu karnym zakazu prowadzenia określonej działalności gospodarczej jest możliwe tylko w sytuacji skazania sprawcy za przestępstwo popełnione w związku z prowadzeniem takiej działalności, gdy dalsze jej prowadzenie zagraża istotnym dobrom chronionym prawem (art. 41 § 2 k.k.). Natomiast w przypadku środka przewidzianego w prawie upadłościowym, orzekanego przez sąd upadłościowy, a nie sąd karny, założeniem jest eliminacja konkretnych osób z uczestnictwa w obrocie gospodarczym. Tak więc pomimo pozornego podobieństwa tych dwóch instytucji prawnych, są one stosowane w odmiennych sytuacjach i są nakierowane na osiągnięcie różnych celów.

Zanim omówione zostaną szczegółowe kwestie związane z zakazem prowadzenia działalności gospodarczej należy wskazać, że jest to pojęcie zbiorcze, a nazwa tej instytucji – wynikająca z tytułu X Części pierwszej ustawy – nie do końca oddaje jej istotę. Wynika to stąd, że zakaz ten obejmuje nie tylko zakaz prowadzenia działalności gospodarczej *sensu stricto*, ale również inne przejawy działalności, które

²² Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.), dalej jako k.k.

w pewnym sensie można uznać za związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, i to w sposób pośredni, tj. za pomocą (przy udziale) innych podmiotów prawa cywilnego, ale przejawy te nie stanowią same w sobie działalności gospodarczej, gdyż za taką można uznać działalność tego innego podmiotu.

W tym kontekście istotne jest wyróżnienie dwóch pojęć: „przedsiębiorca” i „działalność gospodarcza”. I chociaż celem niniejszego opracowania nie jest ich szczegółowe omówienie, to nie sposób określić istoty przedmiotowego zakazu bez chociażby zasygnalizowania znaczenia tych pojęć.

Jak stanowi art. 2 ustawy z 2.07.2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej²³, działalnością gospodarczą jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. Zgodzić się należy z poglądem, że wymienione w tym przepisie rodzaje działalności mają charakter jedynie przykładowy²⁴, co oznacza, że jest to katalog otwarty. Jest to o tyle istotne, że o ile większość przejawów działalności będzie zawierać się w tej definicji, to z uwagi na rozwój stosunków społeczno-gospodarczych, możliwe jest istnienie działalności, które nie będą żadną z enumeratywnie wymienionych, a będą spełniać wszystkie cechy działalności gospodarczej.

W doktrynie wskazuje się także, że powyższa definicja powinna mieć zastosowanie do innych aktów prawnych, o ile dany rodzaj działalności nie jest wyraźnie wyłączony z jej regulacji²⁵. Podobnie w orzecznictwie wskazano, że art. 2 u.s.d.g. zawiera legalną definicję działalności gospodarczej, co oznacza, że powinna ona być traktowana jako powszechnie obowiązujące rozumienie tego pojęcia w polskim systemie prawnym²⁶. Jest to niezwykle ważne stwierdzenie, gdyż definicja działalności gospodarczej jest zawarta również w niektórych innych aktach prawnych,

²³ Ustawa z 2.07.2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r., poz. 672 ze zm.), dalej jako u.s.d.g.

²⁴ Tak, słusznie, R. Trzaskowski, *Działalność gospodarcza w rozumieniu przepisów prawa cywilnego na tle orzecznictwa*, „Glosa” 2006/2, s. 30 i n.

²⁵ Por. K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2007, s. 192-193.

²⁶ Por. postanowienie SN z 2.02.2009 r. (V KK 330/08), „Prokuratura i Prawo-wkładka” 2009/6, poz. 17.

w szczególności regulujących zagadnienia podatkowe²⁷. Jednak to definicja, o której mowa, ma charakter uniwersalny i w przeciwieństwie do innych definicji, mających zastosowanie do konkretnych stosunków regulowanych danym aktem prawnym, odnosi się do wszelkiego rodzaju stosunków prywatno- i publicznoprawnych.

Powyższą definicję pojęcia działalności gospodarczej odnieść należy również do zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, gdyż w prawie upadłościowym nie zawarto odmiennej. Zgodnie przyjmuje się w orzecznictwie, że pojęcie działalności gospodarczej nie sprowadza się jedynie do procesów technologicznych i zjawisk ekonomicznych zachodzących w toku działalności wytwórczej, budowlanej, handlowej i usługowej, prowadzonej w celach zarobkowych i na rachunek podmiotu, ale obejmuje także czynności faktyczne i prawne związane np. z uzyskiwaniem czynników produkcji – o ile czynności te lub działania nie są zabronione przez prawo²⁸. Specyficznymi cechami takiej działalności są:

- zawodowy, a więc stały charakter,
- powtarzalność podejmowanych działań,
- podporządkowanie zasadzie racjonalnego gospodarowania i regułom zysku (zarobkowy charakter),
- uczestnictwo w obrocie gospodarczym
- sposób jej wykonywania (zorganizowany i ciągły).

W konsekwencji, dla uznania określonej przedmiotowo działalności za działalność gospodarczą konieczne jest łączne zaistnienie trzech jej głównych cech funkcjonalnych, tj. zarobkowości, zorganizowania formalnego (czyli wyboru formy prawnej przedsiębiorczości) oraz ciągłości (powtarzalności wykonywanych czynności). Brak którejkolwiek z nich oznacza, że dana działalność nie może być zakwalifikowana do kategorii działalności gospodarczej, z tym że bez znaczenia jest

²⁷ Por. np. art. 5a pkt 6 ustawy z 26.07.1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (tekst jedn.: Dz. U z 2012 r., poz. 361 ze zm.), art. 3 pkt 9 ustawy z 29.08.1997 r. – Ordynacja podatkowa (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r., poz. 749 ze zm.), art. 15 ust. 2 ustawy z 11.03.2004 r. o podatku od towarów i usług (tekst jedn.: Dz. U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054 ze zm.).

²⁸ Por. np. wyrok NSA z 24.05.1991 r. (SA/Wr 294/91), OSP 1992/2, poz. 30, uchwałę SN z 6.12.1991 r. (III CZP 117/91), OSNCP 1992/5, poz. 65, uchwałę SN z 23.02.2005 r. (III CZP 88/04), OSNC 2006/1, poz. 5, wyrok SN z 4.01.2008 r. (I UK 208/07), LEX nr 442841, wyrok WSA z 28.04.2009 r. (III SA/Po 374/08), LEX nr 550514.

fakt osiągnięcia dochodu z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej. Jeśli nie przynosi ona zysku, nie oznacza to, że przestaje być działalnością gospodarczą²⁹. Istotne jest, czy działalność danego podmiotu jest nastawiona na osiągnięcie zysku, w przeciwnym razie nie można byłoby uznać za działalność gospodarczą działalność podmiotów (np. spółek kapitałowych) przynoszącą stratę lub gdy przychód równy jest kosztom działalności. Uniemożliwiłoby to, a przynajmniej znacznie utrudniało, inwestowanie dla rozwinięcia zakresu prowadzonej działalności.

Te cechy odnieść należy do działalności prowadzonej przez przedsiębiorcę, jako że atrybut prowadzenia działalności gospodarczej jest przypisany do specyficznej kategorii podmiotów prawa cywilnego, a mianowicie przedsiębiorców. Nie można mówić o konkretnej osobie jako przedsiębiorcy, jeżeli nie prowadzi ona działalności gospodarczej, ewentualnie zawodowej, która i tak stanowi przejaw (rodzaj) działalności gospodarczej³⁰. Innymi słowy, prowadzenie działalności gospodarczej stanowi wyznacznik i cechę charakterystyczną przedsiębiorców, odróżniającą ich od innych podmiotów prawa cywilnego.

Najbardziej uniwersalna definicja przedsiębiorcy została zawarta w art. 4 u.s.d.g., zgodnie z którym przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą, a także wspólnicy spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej. Przedsiębiorcą nie jest więc spółka cywilna.

Jednak z punktu widzenia prawa upadłościowego istotniejsza jest definicja zawarta w art. 43¹ kodeksu cywilnego³¹, zgodnie z którą przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową. Jak bowiem stanowi art. 5 ust. 1 p.u.n., przepisy tej ustawy stosuje się do przedsiębiorców w rozumieniu Kodeksu cywilnego, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, a także do spółek z ograniczoną odpowiedzialnością

²⁹ Uchwała SN z 30.11.1992 r. (III CZP 134/92), OSNC 1993/5, poz. 79.

³⁰ Por. J. Grykiel, *Pojęcie działalności gospodarczej i zawodowej w rozumieniu art. 43(1) k.c.*, „Studia Prawnicze” 2005/4, s. 31, R. Trzaskowski, *Przegląd orzecznictwa*, „Glosa” 2006/2, s. 31.

³¹ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.), dalej jako k.c.

i spółek akcyjnych nieprowadzących działalności gospodarczej, wspólników osobowych spółek handlowych, ponoszących odpowiedzialność za zobowiązania spółki bez ograniczenia całym swoim majątkiem oraz wspólników spółki partnerskiej. Można przyjąć, że jeżeli w konkretnym akcie prawnym nie odwołano się do żadnej z tych definicji i nie zawiera żadnej odrębnej definicji przedsiębiorcy, w stosunkach publicznoprawnych stosować należy definicję z art. 4 u.s.d.g., zaś w stosunkach prywatnoprawnych – definicję z art. 43¹ k.c. Za takim poglądem przemawiają zasady systematyki prawa.

Definicja zawarta w prawie upadłościowym została stworzona jedynie na potrzeby ustawy („w rozumieniu ustawy”). Jest ona znacznie szersza niż określenie przedsiębiorcy w art. 43¹ k.c. czy art. 4 u.s.d.g., gdyż nie są przedsiębiorcami w świetle tych ostatnich przepisów podmioty wymienione w art. 5 ust. 3 p.u.n., jako że albo w ogóle nie prowadzą one działalności gospodarczej, albo nie prowadzą jej we własnym imieniu i na własny rachunek. Regulacja zawarta w art. 5 ust. 3 p.u.n. znacznie poszerza grono osób, którym przysługuje tzw. zdolność upadłościowa³², czyli zdolność do postawienia w stan upadłości. Ma to na celu umożliwienie jak najszerszemu kręgowi podmiotów skorzystania z „dobrodziejstw” prawa upadłościowego i rozwiązania problemów związanych z zadłużeniem. O wszystkich tych osobach mówimy jako o dłużnikach, w stosunku do których może zostać orzeczona upadłość, nie o wszystkich można jednak powiedzieć, że są przedsiębiorcami w znaczeniu powołanych przepisów.

Ponieważ Kodeks cywilny nie zawiera własnej definicji działalności gospodarczej, zatem przy wykładni art. 43¹ k.c. należy mieć na względzie definicję zawartą w art. 2 u.s.d.g.³³, zgodnie ze wskazaną powyżej zasadą, że to właśnie ta definicja powinna być brana pod uwagę, jeżeli dla danego stosunku prawnego nie została podana przez ustawodawcę definicja odmienna. Ta definicja wyznacza znaczenie pojęcia działalności gospodarczej również w rozumieniu przepisów prawa upadłościowego.

Zawarte w art. 43¹ k.c. sformułowanie „prowadzi działalność” zakłada pewien określony ciąg działań, a nie tylko wykonywanie pojedynczych czynności.

³² Por. także art. 7-9 i 491¹ p.u.n.

³³ Por. T. Szancitko, *Przedsiębiorca w prawie polskim*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2005/3, s. 4, A. Kidyba, *Prawo handlowe*, Warszawa 2008, s. 20.

Przedsiębiorcą będzie więc tylko ten, kto wykonuje czynności powtarzalne i w taki sposób, że tworzą one pewną całość, a nie stanowią oderwanego świadczenia czy świadczeń określonych rzeczy lub usług. Jeżeli takie działania mają charakter gospodarczy lub zawodowy, istnieją podstawy do uznania, że podejmujący je podmiot jest przedsiębiorcą³⁴. Niezbędne jest jednak zwrócenie uwagi, że zarówno w art. 4 u.s.d.g., jak i w art. 43¹ k.c., a więc w definicjach przedsiębiorcy, odwołano się do prowadzenia (wykonywania) działalności gospodarczej „we własnym imieniu”. Ustawodawca zastosował zatem kryterium podmiotowo-funkcjonalne związane ze statusem przedsiębiorcy.

Przyjąć należy, że prowadzenie działalności gospodarczej oznacza samodzielność prawną przedsiębiorcy w obrocie gospodarczym, czyli podejmowanie decyzji ekonomicznych i prawnych w swoim własnym imieniu i na własny rachunek³⁵, co się z tym wiąże – odpowiedzialność za zobowiązania zaciągnięte bezpośrednio przez przedsiębiorcę, jak i osoby działające w jego imieniu i na jego rachunek. Ponadto oznacza to również odpowiedzialność przedsiębiorcy za czyny nie tylko jego własne, ale także osób, które działają w jego imieniu i na jego rzecz. Tak więc nie są przedsiębiorcami pracownicy, członkowie organów przedsiębiorcy, pełnomocnicy i prokurenci, zarządcy itp. Osoby te uczestniczą w obrocie gospodarczym, ale nie dokonują czynności we własnym imieniu i na własny rachunek, ale w imieniu i na rachunek przedsiębiorcy.

Podkreślić trzeba w tym miejscu, że odwołanie się w art. 43¹ k.c., podobnie jak w art. 2 u.s.d.g., do działalności zawodowej pozostaje bez znaczenia i stanowi *superfluum* ustawowe. Nie chodzi tu o cechę zawodości, czyli profesjonalizmu i należytej staranności prowadzenia działalności gospodarczej, gdyż działalnością gospodarczą nie jest działalność amatorska i okazjonalna³⁶, co powoduje, że musi to być

³⁴ Por. postanowienie SA w Szczecinie z 7.08.2006 r. (I ACz 441/06), LEX nr 279953.

³⁵ Podobnie J. Frąckowiak [w:] *System prawa prywatnego*, M. Safjan (red.), Warszawa 2003, t. 1, s. 1103, M. Szydło, *Pojęcie działalności gospodarczej na gruncie nowej ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, „Przegląd Sądowy” 2005/2, s. 25 i n., K. Piasecki w: *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga pierwsza. Część ogólna*, K. Piasecki (red.), Kraków 2003, s. 240. Odmiennie J. Szwaja, *Pojęcie przedsiębiorcy a instytucja prokury w: Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Sołtyśkiemu*, A. Nowicka (red.), Poznań 2005, s. 286, który przyjął, że działanie we własnym imieniu nie musi oznaczać działania na własny rachunek.

³⁶ Por. wyrok NSA z 27.05.2009 r., II FSK 163/08, LEX nr 513321.

działalność profesjonalna, wykonywana z zachowaniem zasad należytej staranności określonych w art. 355 § 2 k.c. Działalność zawodową odnieść więc należy do przedstawicieli wolnych zawodów³⁷, którzy powinni charakteryzować się następującymi cechami:

- wysokie kwalifikacje,
- osobisty udział w wykonywaniu czynności zawodowych,
- przestrzeganie zasad etyki zawodowej i tajemnicy zawodowej,
- ponoszenie odpowiedzialności za wszelkie czynności dokonywane w obrocie.

Wolność wykonywania zawodu stanowi jedno z praw jednostki, gwarantowanych postanowieniami rozdziału 2 Konstytucji. W odniesieniu zaś do tzw. wolnych zawodów treścią wolności wykonywania zawodu jest stworzenie sytuacji prawnej, w której: po pierwsze, każdy mieć będzie swobodny dostęp do wykonywania zawodu, warunkowany tylko talentami i kwalifikacjami; po drugie, mieć będzie następnie rzeczywistą możliwość wykonywania swojego zawodu oraz – po trzecie, nie będzie przy wykonywaniu zawodu poddany rygorom podporządkowania, które charakteryzują świadczenie pracy. Wolność ta nie może mieć, co prawda, charakteru absolutnego i musi być poddana reglamentacji prawnej, w szczególności gdy chodzi o uzyskanie prawa wykonywania określonego zawodu, wyznaczenie sposobów i metod (ram) wykonywania zawodu, a także określenie powinności wobec państwa czy samorządu zawodowego, jednak ograniczenia te – jak wszelkie ograniczenia praw i wolności jednostki – dopuszczalne są tylko w ograniczonym wymiarze, stosownie do ogólnych zasad i kryteriów wyznaczonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji³⁸. Osoby wykonujące wolne zawody są zatem przedsiębiorcami w rozumieniu powyższych definicji, gdyż wykonują działalność zawodową, a więc mającą profesjonalny charakter, we własnym imieniu i na własny rachunek, posługując się odpowiednimi dla danego zawodu kwalifikacjami i umiejętnościami. Zatem nawet gdyby w art. 43¹ k.c. i art. 2 u.s.d.g. ustawodawca odniósł się jedynie do działalności

³⁷ Na temat tych zawodów por. np. M. Szydło, *Osoby wykonujące wolne zawody prawnicze jako przedsiębiorcy*, „Przegląd Sądowy” 2004/2, s. 35, J. Jacyszyn, *Czy zmierzch „wolnego zawodu”?* [w:] *Rozprawy z prawa prywatnego, prawa o notariacie i prawa europejskiego ofiarowane Panu Rejentowi Romualdowi Szytkowi*, E. Drozd, A. Oleszko, M. Pazdan (red.), Kluczbork 2007, s. 405 i n.

³⁸ Wyrok TK z 19.10.1999 r. (SK 4/99), OTK 1999/6, poz. 119.

gospodarczej, to i tak działalność zawodowa byłaby w tym pojęciu ujęta, gdyż działalność zawodowa stanowi jeden z przejawów działalności gospodarczej.

Odróżnienie przejawów działalności prowadzonej we własnym imieniu i na własny rachunek od pozostałych jest bardzo istotne z punktu widzenia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, gdyż zakaz ten dotyczy nie tylko prawa prowadzenia działalności gospodarczej na własny rachunek, ale także pełnienia funkcji członka rady nadzorczej, reprezentanta lub pełnomocnika w spółce handlowej, przedsiębiorstwie państwowym, spółdzielni, fundacji lub stowarzyszeniu. Widać więc wyraźnie, że zakazu tego nie można rozumieć w sposób dosłowny, tj. literalny, zgodny z omówioną powyżej definicją działalności gospodarczą. Wbrew bowiem nazwie, zakaz ten odnosi się nie tylko do prowadzenia przez osobę fizyczną działalności gospodarczej na własny rachunek, ale również innych przejawów aktywności gospodarczej osoby fizycznej, jej udziału w obrocie gospodarczym. Zatem atrybut prowadzenia działalności gospodarczej nie został w tym przypadku przypisany do osoby, która podlega zakazowi, ale do różnego rodzaju działalności, których nie można nazwać działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów prawa. Postępowanie upadłościowe daje więc możliwość ustalenia, czy osoby prowadzące działalność gospodarczą lub biorące udział w obrocie gospodarczym w inny sposób posiadają kwalifikacje zawodowe i etyczne, aby uczestniczyć w tym obrocie, czy też powinny zostać z niego wyłączone, z uwagi na zaistnienie okoliczności, które uznaje się za dyskwalifikujące z punktu widzenia obrotu gospodarczego. Omawiany zakaz dotyczy więc pozbawienia prawa prowadzenia działalności gospodarczej i pełnienia niektórych (określonych) funkcji. Jedyne na potrzeby opracowania będzie nazywany skrótowo „zakazem prowadzenia działalności gospodarczej”, a więc zgodnie z ustawowym nazewnictwem.

3. Zakres podmiotowy zakazu

3.1. Uwagi ogólne

Z uwagi na treść art. 373-374 p.u.n., można wyróżnić następujące kategorie osób, w stosunku do których sąd może orzec przedmiotowy zakaz:

- 1) osób zobowiązanych z mocy ustawy do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, a które obowiązku tego nie wykonały,
- 2) osób, które po ogłoszeniu upadłości ukrywają, niszczą lub obciążają majątek wchodzący w skład masy upadłości lub w inny sposób uniemożliwiają prawidłowe prowadzenie postępowania upadłościowego,
- 3) osób fizycznych, w stosunku do których ogłoszono upadłość.

W praktyce orzeczniczej sądy upadłościowe rozpatrują najczęściej, a w zasadzie niemal jedynie sprawy z pierwszej grupy. Spośród analizowanych 213 spraw, tylko 3 sprawy zawierały się w trzeciej kategorii. Wszystkie pozostałe sprawy dotyczyły osób, których obowiązkiem było złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości, ale które z obowiązku tego się nie wywiązały. Co prawda, w 61 sprawach zostały wcześniej złożone (nie przez dłużników, a wierzycieli) wnioski o ogłoszenie upadłości osoby, której dotyczył wniosek o orzeczenie zakazu, albo podmiotu, którego osoba ta była reprezentantem lub współnikiem, jednak wnioski te zostały oddalone na podstawie art. 13 ust. 1 p.u.n., a więc gdy sąd upadłościowy uznał, że majątek niewypłacalnego dłużnika nie wystarcza na zaspokojenie kosztów postępowania. Widać wyraźnie, że podstawą, na jaką powołują się wierzyciele, składając wniosek o zakaz prowadzenia działalności gospodarczej, jest art. 373 ust. 1 pkt 1 p.u.n. Pozostałe podstawy występują w praktyce sporadycznie, co powoduje, że stają się zagadnieniem marginalnym w praktyce orzeczniczej. W praktyce sankcje z art. 373-374 p.u.n. stosowane są niemal wyłącznie wobec dłużnika lub jego reprezentanta, jeżeli nie wykonali oni obowiązku złożenia w ustawowym terminie wniosku o ogłoszenie upadłości. Zatem to tej podstawie zostanie poświęcone najwięcej miejsca w niniejszym opracowaniu.

3.2. Obowiązek złożenia wniosku o upadłość

3.2.1. Podstawy ogłoszenia upadłości

3.2.1.1. Uwagi ogólne

Podstawy ogłoszenia upadłości dłużnika określone zostały w art. 10-11 p.u.n. Oba te przepisy tworzą kompletną normę prawną, gdyż definicja niewypłacalności, do której odwołano się w art. 10, została zawarta w art. 11 ustawy³⁹. Wprowadzenie pojęcia „niewypłacalność”, wobec funkcjonującego w rozporządzeniu z 1934 r. „trwałego zaprzestania długów”, oznacza odwołanie się do kryterium ścisłego, którego definicja legalna została zawarta wprost w przepisach prawa. Poprawiło to sytuację prawną wierzyciela, któremu zdecydowanie łatwiej jest wykazać fakt niedopełnienia przez określone osoby obowiązku złożenia wniosku o upadłość w określonym terminie, co jest podstawową przesłanką wniosku o orzeczenie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej.

W art. 11 p.u.n. określono niewypłacalność w dwojaki sposób: w ust. 1 – w odniesieniu do wszystkich kategorii dłużników, zaś w ust. 2 – w odniesieniu do osób prawnych i jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej. Definicje te są niezależne od siebie, co oznacza, że w przypadku tych ostatnich osób są one niewypłacalne w sytuacji określonej w ust. 2, nawet jeżeli nie zachodzą przesłanki wskazane w ust. 1, skutkiem czego może być ogłoszenie ich upadłości. Przesłanki ogłoszenia upadłości wymienione w art. 11 p.u.n. mają więc charakter alternatywny i równorzędny, a zatem wystąpienie chociażby jednej z nich uprawnia sąd upadłościowy do ogłoszenia upadłości przedsiębiorcy.

³⁹ Termin „niewypłacalność” jest używany w innych aktach prawnych: art. 458 i art. 527 § 2 k.c., art. 300 k.k., art. 83 ustawy z 15.09.2000 r. – Kodeks spółek handlowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r., poz. 1030), jednak nie został w nich zdefiniowany. Wyjątek stanowi zdefiniowanie niewypłacalności w ustawie z 13.07.2006 r. o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy (Dz. U Nr 158, poz. 1121 ze zm.). Wprowadzenie definicji tego pojęcia do ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze uniemożliwia szersze zastosowanie orzecznictwa dotyczącego niewypłacalności wypracowanego na tle tych przepisów.

3.2.1.2. Orzeczenie zakazu a wcześniejszy wniosek o upadłość

Zgodnie z wcześniej powołanym postanowieniem Sądu Najwyższego z 29.10.2008 r., wniosek o orzeczenie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej może być złożony już z chwilą spełnienia się przesłanek określonych w art. 373 ust. 1 i art. 374 p.u.n., niezależnie od tego, czy zostało wszczęte i czy jest prowadzone postępowanie upadłościowe dłużnika. Aktualnie wynika to również z brzmienia art. 375 ust. 2 p.u.n., który określa właściwość sądu, m.in. w sytuacji, gdy nie wszczęto postępowania upadłościowego. Dla możliwości wszczęcia postępowania w przedmiocie zakazu bez znaczenia pozostają przyczyny, dla których nie doszło do wszczęcia postępowania upadłościowego. Jest to jak najbardziej słuszne rozwiązanie chociażby z dwóch powodów: po pierwsze – w przepisach tych nie odwołano się do wszczętego postępowania upadłościowego, po drugie – przemawiają za tym względy celowościowe, gdyż gdyby niezbędne było oczekiwanie na przynajmniej wszczęcie postępowania upadłościowego, wnioskodawca mógłby oczekiwać na takie działanie dłużnika nawet przez długi okres czasu, o ile w ogóle by do tego doszło, a jeżeli wszcząć takie postępowanie miałyby wierzyciel, to wymagałoby to od niego podjęcia dodatkowych czynności, które nie są wymagane przepisami prawa i nie są niezbędne dla przeprowadzenia postępowania w przedmiocie orzeczenia zakazu. Postępowanie w sprawie orzeczenia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej jest więc samodzielny i autonomiczny postępowaniem cywilnym, wynikającym z przepisów prawa upadłościowego, do którego zastosowanie mają – w kwestiach nieuregulowanych – przepisy Kodeksu postępowania cywilnego. Postępowanie to może pozostawać w funkcjonalnym związku z postępowaniem upadłościowym, jednak oba te postępowania mogą być prowadzone całkowicie niezależnie od siebie i jedno nie jest warunkiem przeprowadzenia drugiego.

Niewątpliwie jednak wcześniejsze złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości dłużnika znacznie ułatwia orzekanie sądowi w sprawie w przedmiocie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej. Materiał dowodowy jest zdecydowanie szerszy i pełniejszy, sąd dysponuje zwykle chociażby sprawozdaniem tymczasowego nadzorca sądowego (do 2.05.2009 r. ustanowienie takiego nadzorca było obligatoryjne). Sąd może już w postępowaniu w przedmiocie ogłoszenia upadłości

dopuszczyć dowód z opinii biegłego w celu zbadania stanu przedsiębiorstwa (art. 31 p.u.n.). Niemniej w praktyce nie jest to zbyt często wykorzystywane przez osoby składające wniosek o orzeczenie zakazu, gdyż w jedynie 62 sprawach (29,1%) ze wszystkich analizowanych spraw przed złożeniem takiego był składany wniosek o ogłoszenie upadłości dłużnika, z tym że żaden nie został złożony przez dłużnika. Z jednym wyjątkiem, wnioski o ogłoszenie upadłości uczestnika postępowania składał podmiot, który następnie wnosił o ogłoszenie upadłości uczestnika (w jednej sprawie wniosek został złożony przez innego wierzyciela). W 61 sprawach wnioski o ogłoszenie upadłości zostały oddalone na podstawie art. 13 ust. 1 p.u.n., a więc sądy uznały, że majątek dłużnika nie wystarczał na przewidywane koszty postępowania upadłościowego. W ostatniej ze spraw, w których zostało pierwotnie wszczęte postępowanie upadłościowe, zostało ono ostatecznie umorzone – również z uwagi na brak kosztów na dalsze prowadzenie postępowania.

Co charakterystyczne, z tych 62 spraw jedynie 11 spraw zostało wszczętych z wniosku osób (podmiotów) prywatnych, zaś pozostałe 51 spraw było wszczynanych przez organy państwowe, tj. Zakład Ubezpieczeń Społecznych i Naczelników Urzędów Skarbowych. Biorąc pod uwagę liczbę wniosków o orzeczenie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej złożonej przez każdą z tych grup podmiotów, łatwo wskazać, że aż 43,2% wniosków organów państwowych było poprzedzonych wnioskami o ogłoszenie upadłości, a dotyczyło zaledwie 10,2% wniosków osób prywatnych. Automatycznie miało to przełożenie na „skuteczność” wniosków o orzeczenie zakazu, co obrazuje poniższa tabela:

Tabela 5. Liczba wniosków o orzeczenie zakazu w zależności od podmiotu składającego i rozstrzygnięcia sądu

Podmiot składający wniosek	Liczba uwzględnionych wniosków	Liczba oddalonych wniosków	Umorzono	Liczba wniosków ogółem
Organy państwowe	85	33	0	118
Osoby prywatne	52	55	1	108
Wniosków ogółem	137	88	1	226

Pod pojęciem organów państwowych rozumieć należy Zakład Ubezpieczeń Społecznych i Naczelników Urzędów Skarbowych, zaś osób prywatnych: osoby fizyczne, spółki, syndyków masy upadłości i zarządców masy upadłości. Takie podmioty były bowiem wnioskodawcami w badanych sprawach.

Zwraca tu uwagę fakt, że wniosków było łącznie 226, podczas gdy zbadanych spraw było 213. Wynikało to z następujących okoliczności:

- 1) w 8 sprawach wniosek dotyczył 2 osób, zaś w jednej sprawie aż 5 osób jednocześnie (chodziło oczywiście o członków zarządu tej samej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lub akcyjnej),
- 2) w jednej sprawie były 2 wnioski różnych podmiotów (państwowego i prywatnego), które zostały połączone do wspólnego rozpoznania i rozstrzygnięcia (art. 219 k.p.c.).

Ad 1) W niektórych sądach stosowano praktykę rozłączania spraw, jeżeli wniosek dotyczył przynajmniej 2 osób, co jest jak najbardziej prawidłowe, gdyż ilość wniosków zależy od ilości osób, których dotyczy, co wpływa chociażby na wysokość opłaty od wniosku. Natomiast kierując się zasadą ekonomiki procesowej, gdy trzeba rozpoznać te same dowody zgłoszone przez strony, rozpoznanie w ramach jednej sprawy wniosku odnoszącego się do kilku osób ma całkowite uzasadnienie. Niemniej jednak wniosek odnoszący się do każdej osoby powinien być odrębną sprawą, gdyż nawet ten sam materiał dowodowy należy odnieść do każdej z osób oddzielnie, ustalając do każdej z nich wszystkie przesłanki orzeczenia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej. Jak bowiem słusznie wyjaśnił Sąd Najwyższy w postanowieniu z 21.03.2007 r.⁴⁰, w przypadku wielości osób, którym zarzuca się winę w rozumieniu art. 373 ust. 1 p.u.n., możliwość pozbawienia prawa prowadzenia działalności gospodarczej i pełnienia określonych funkcji podlega rozważeniu wobec każdej z tych osób w sposób zindywidualizowany. Zatem gdy w sprawie występują dwie lub więcej osób, wobec których można orzec zakaz prowadzenia działalności gospodarczej, należy wobec każdej z nich rozważyć indywidualnie, czy istnieją podstawy do orzeczenia takiego zakazu oraz

⁴⁰ Postanowienie SN z 21.03.2007 r. (I CSK 460/06), LEX nr 308853.

w jakiej wysokości zakaz ten winien być orzeczony. Przedmiotem badania i oceny sądu jest kwestia, jakie obowiązki ciążyły na każdej z nich oraz czy zachowanie każdej z nich wyczerpuje przesłanki przewidziane w pkt. 1-4 wskazanego przepisu. Tak więc *lege artis* przewodniczący wydziału powinien zadekretować tyle spraw, ilu osób wniosek dotyczy, następnie wszystkie wnioski powinny być sprawdzone pod względem formalnym i należnej opłaty i po zakończeniu trybu określonego w art. 130 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. w zw. z art. 35 p.u.n. wszystkie sprawy powinny zostać połączone w trybie art. 219 k.p.c. – do wspólnego rozpoznania i rozstrzygnięcia. Takie czynności będą miały podstawy w przepisach prawa, jak również będą uzasadnione pod względem ekonomiki procesowej.

Ad 2) Było to postępowanie jak najbardziej słuszne, gdyż w przeciwnym razie, chociaż nie ma podstaw do odrzucenia wniosku w trybie art. 199 § 1 pkt 2 k.p.c., to jedno z postępowań mogłoby teoretycznie zostać zawieszona na podstawie art. 177 § 1 pkt 1 k.p.c. Jednak takie działanie sądu ani nie miałyby uzasadnienia, ani nie byłoby celowe, a połączenie wniosków pozwoliło na rozpoznanie sprawy przy uwzględnieniu szerszego materiału dowodowego, a żadna ze spraw nie musiała oczekiwać na zakończenie drugiej. Natomiast prawomocne oddalenie wniosku wierzyciela o orzekanie zakazu prowadzenia przez dłużnika działalności gospodarczej nie pozbawia innego wierzyciela, który nie brał udziału w tym postępowaniu, możliwości wystąpienia z takim wnioskiem⁴¹.

Poniżej przedstawiona została tabela, w której dane liczbowe z wcześniejszej tabeli określone zostały jako wyliczenie procentowe:

Tabela 6. Liczba wniosków o orzeczenie zakazu w zależności od podmiotu składającego i rozstrzygnięcia sądu – ujęcie procentowe

Zestawienie procentowe	Uwzględnione wnioski (%)	Oddalone wnioski (%)	Umorzono (%)
Wnioski złożone przez organy państwowe w stosunku do wniosków tych organów	72,0	28,0	0

⁴¹ Por. postanowienie SN z 31.01.2007 r. (II CSK 314/06), LEX nr 445207.

Wnioski złożone przez organy państwowe w stosunku do wniosków ogółem	37,6	14,6	0
Wnioski złożone przez osoby prywatne w stosunku do wniosków tych osób	48,1	50,9	1,0
Wnioski złożone przez osoby prywatne w stosunku do wniosków ogółem	23,0	24,3	0,5

Powyższe zestawienie jednoznacznie wskazuje, że niemal 3 z 4 wniosków złożonych przez organy państwowe zostało uwzględnionych (co do faktu orzeczenia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, bo odrębną kwestią jest okres, na jaki zakaz ten orzeczono), podczas gdy w przypadku wniosków osób prywatnych ten współczynnik spada do niespełna połowy. W dużej mierze wynika to z lepszego przygotowania wniosku – w sensie jego poprzedzenia wnioskiem o ogłoszenie upadłości dłużnika.

3.2.1.3. Brak spłaty wymagalnych zobowiązań

Dłużnik jest niewypłacalny, gdy nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych⁴², czyli takich, w stosunku do których wierzyciel ma prawo żądać ich spełnienia, zaś dłużnik zobowiązany jest je spełnić. Spłata zobowiązań jest podstawowym obowiązkiem każdej osoby zaciągającej zobowiązanie, a więc również przedsiębiorcy. Użycie w art. 11 ust. 1 p.u.n. liczby mnogiej („zobowiązań”) oznacza, że muszą istnieć przynajmniej dwa wymagalne zobowiązania, a więc stan taki nie powstaje, gdy istnieje jedno zobowiązanie, niezależnie jakiej wartości, chyba że spełnione zostają wymogi określone w ust. 2 tego przepisu. Wielość zobowiązań należy utożsamiać z wielością wierzycieli. Ponieważ niekwestionowanym celem postępowania upadłościowego jest równomierne (proporcjonalne) zaspokojenie

⁴² W pierwotnym brzmieniu ustawy mowa była o „wymagalnych zobowiązaniach”, a więc również niepieniężnych. Aktualnie jeżeli dojdzie do niewykonania zobowiązania niepieniężnego, wierzyciel – korzystając z odpowiednich postanowień umownych lub ustawowych – musi zażądać w miejsce świadczenia niepieniężnego świadczenia wyrażonego w pieniądzu. Wynika to stąd, że w odniesieniu do roszczeń niepieniężnych tryb postępowania upadłościowego nie jest prawidłową drogą realizacji, gdyż jedynie dla roszczeń pieniężnych postępowanie upadłościowe jest właściwe, a więc możliwe jest ujęcie takiej wierzytelności na liście wierzytelności, a następnie jej realizacja w ramach podziału masy upadłości.

wszystkich wierzycieli z całego majątku dłużnika, to w przypadku istnienia jednego wierzyciela troska o proporcjonalne zaspokojenie jest bezpodstawna i nie ma obawy, że inni wierzyciele poniosą straty. W takiej sytuacji wierzyciel może dochodzić swoich roszczeń w drodze postępowania procesowego⁴³. Cel postępowania upadłościowego nie może więc być w ogóle osiągnięty, gdy istnieje tylko jeden wierzyciel dłużnika. Nie można również zapominać o priorytecie postępowania procesowego dla dochodzenia roszczeń w stosunku do dłużnika, a postępowanie upadłościowe, w szczególności w celu likwidacji majątku dłużnika, powinno być ostatecznością.

Stan niewypłacalności powstaje już następnego dnia opóźnienia lub zwłoki w zapłacie drugiego z zobowiązań, bez względu na wielkość tych zobowiązań i czy są to jedyne zobowiązania dłużnika, jak również czy są to zobowiązania cywilnoprawne, czy publicznoprawne. Bez wpływu pozostaje aktywność wierzycieli dłużnika lub jej brak, w szczególności, czy wierzyciele nalegają na zapłatę długów⁴⁴, chyba że wierzyciel odroczył termin płatności, co skutkuje zmianą terminu wymagalności roszczenia. Bez znaczenia pozostaje również przyczyna braku spłaty zobowiązań, a więc upadłość może zostać orzeczona zarówno wówczas, gdy dłużnik nie płaci długów z przyczyn od siebie niezależnych, a przynajmniej które mogą być uznane za obiektywne (np. kryzys gospodarczy, brak płatności ze strony kontrahentów), jak i wówczas, gdy dłużnik nie płaci długów z przyczyn od niego zależnych (np. chce doprowadzić do niewypłacalności kontrahenta). Okoliczność ta ma zaś znaczenie w przypadku orzekania w przedmiocie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej. Jednak nie w każdej sytuacji sąd ma obowiązek ogłosić upadłość takiego dłużnika, co wynika z zastrzeżenia zawartego w art. 12 ust. 1 p.u.n.

Redakcja art. 11 ust. 1 p.u.n. wyraźnie wskazuje, że obejmuje on wszystkie zobowiązania pieniężne dłużnika, a więc nie tylko zobowiązania związane z prowadzoną działalnością gospodarczą czy zawodową, ale również zobowiązania, które takiego związku nie wykazują. Natomiast w sprawach upadłości wspólników

⁴³ Tak, słusznie, D. Zienkiewicz [w:] *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, D. Zienkiewicz (red.), Warszawa 2006, s. 38. Por też uchwałę SN z 27.05.1993 r. (III CZP 61/93), OSNC 1994/1, poz. 7, oraz postanowienie SN z 31.01.2002 r. (IV KKN 659/00), LEX nr 53150, w których jednoznacznie wskazano, że ogłoszenie upadłości może nastąpić tylko wówczas, gdy istnieje co najmniej dwóch wierzycieli podmiotu, którego dotyczy wnioski. Chociaż orzeczenia te zostały wydane na tle poprzednio obowiązującego aktu prawnego, to zachowały aktualność.

⁴⁴ Odmienny pogląd wydaje się aprobować S. Gurgul, *Prawo upadłościowe...*, s. 57.

spółek handlowych ponoszących odpowiedzialność za zobowiązania spółki bez ograniczenia całym swoim majątkiem, bez znaczenia jest, czy podmioty te nie wykonują zobowiązań spółki, za które ponoszą odpowiedzialność, czy też nie wykonują innych zobowiązań. W każdym przypadku, gdy nie wykonują ich wymagalnych zobowiązań, są niewypłacalnymi w rozumieniu powołanego przepisu⁴⁵.

W związku z rygorystyczną definicją niewypłacalności w art. 11 ust. 1 p.u.n., w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego⁴⁶ uwidacznia się wykładnia w kierunku przywrócenia równowagi w postępowaniu upadłościowym. Sąd ten przyjął mianowicie, że chociaż niewątpliwie ustawodawca w art. 11, ani w żadnym innym przepisie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze nie powtórzył regulacji zawartej w art. 2 p.u.r., to jednak zmieniona treść art. 11 ust. 1 p.u.n. oraz jego cel i funkcja wskazują, że nadal krótkotrwałe wstrzymanie płacenia długów wskutek przejściowych trudności nie jest podstawą ogłoszenia upadłości, gdyż o niewypłacalności w rozumieniu tego przepisu można mówić dopiero wtedy, gdy dłużnik z braku środków przez dłuższy czas nie wykonuje przeważającej części swoich zobowiązań. Wskazuje na to użycie określenia „nie wykonuje” swoich wymagalnych zobowiązań, oznaczające pewną ciągłość „niewykonywania” oraz użycie liczby mnogiej „zobowiązań”. Analogiczne stanowisko zajął Sąd Okręgowy w Toruniu wskazując, że krótkotrwałe zaprzestanie płacenia długów na skutek przejściowych trudności nie świadczy o niewypłacalności, gdyż musi to być stan o charakterze trwałym⁴⁷.

Pogląd taki spotkał się z krytyką w doktrynie, jako że nie jest rolą sądów zastępowanie ustawodawcy w celu korygowania przepisów, które są jasne, a z którymi dany sąd się nie zgadza⁴⁸. Oczywiście jest jednak, że sądy upadłościowe powinny kierować się wytycznymi Sądu Najwyższego, szczególnie stosując przesłanki określone w art. 12 p.u.n., gdzie mowa jest o trwałym niewykonywaniu zobowiązań (płaceniu długów), któremu to pojęciu poświęcone zostało bogate orzecznictwo tego Sądu. W świetle tego poglądu rolą sądu upadłościowego jest ustalenie, także w postępowaniu w przedmiocie orzeczenia zakazu prowadzenia

⁴⁵ F. Zedler w: *Prawo upadłościowe...*, s. 42.

⁴⁶ Por. wyrok SN z 19.01.2011 r. (V CSK 211/10), LEX nr 738136.

⁴⁷ Por. postanowienie SO w Toruniu z 14.01.2013 r. (VI Ga 155/12), niepubl., którym została oddalona apelacja wnioskodawcy od postanowienia SR w Toruniu z 12.10.2012 r. (V Gzd 12/12), niepubl.

⁴⁸ Por. P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 19.

działalności gospodarczej, czy zaprzestanie wykonywanie wymagalnych zobowiązań pieniężnych ma charakter trwały, czy jedynie przejściowy. O ile w odniesieniu do przesłanki określonej w art. 11 ust. 1 p.u.n. stanowisko Sądu Najwyższego jest co najmniej kontrowersyjne, to w przypadku przesłanki określonej w ust. 2 należy się z nim zgodzić. Nie można bowiem zapominać, że wielu przedsiębiorców (np. w branży deweloperskiej) funkcjonuje w oparciu o zewnętrzne źródła finansowania, jak kredyty bankowe. Stan przejściowej przewyżki⁴⁹ (nadwyżki) niewymagalnych zobowiązań takiego przedsiębiorcy w stosunku do jego majątku (aktywów) nie może oznaczać *a limine* stanu niewypłacalności, gdyż w przeciwnym razie działalność w pewnych branżach gospodarki nie byłaby w zasadzie w ogóle możliwa. Tak więc stan nadwyżki zobowiązań nad majątkiem spółki lub innej jednostki organizacyjnej musi mieć charakter trwały, a nie przejściowy, uwzględniający cel w jakim zostały zaciągnięte zobowiązania.

Z punktu widzenia przeprowadzonych badań istotne jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy kwestia wymagalności roszczenia i brak spłaty zobowiązań związana jest z ich uznaniem przez dłużnika lub zasądzeniem przez sąd, a więc czy tylko takie zobowiązania mogą stanowić podstawę uznania, że dłużnik jest niewypłacalny. Istnieją bowiem zobowiązania sporne, gdy dłużnik zaprzecza istnieniu takiego zobowiązania, jego wysokości, wymagalności albo wszystkim tym okolicznościom. Właściwym trybem rozstrzygnięcia tego typu spraw powinno być postępowanie rozpoznawcze w trybie właściwym dla spornej należności. Wytyczną w tym przedmiocie daje art. 24 p.u.n., zgodnie z którym jeżeli wniosek o ogłoszenie upadłości zgłasza wierzyciel, powinien uprawdopodobnić swoją wierzytelność, a więc zastosowanie znajduje art. 243 k.p.c. Uprawdopodobnienie jest środkiem zastępczym dowodu w znaczeniu ścisłym (surogatem dowodu), który nie daje pewności co do prawdziwości twierdzeń o istnieniu konkretnego roszczenia, lecz tylko wiarygodność (prawdopodobieństwo) twierdzenia o nim. Jest to środek zwolniony od ścisłych formalności dowodowych, pozwalający na przyspieszenie postępowania⁵⁰. Należy więc stąd wysnuć wniosek, że podstawa ogłoszenia upadłości istnieje nie tylko wtedy, gdy dłużnik nie wykonuje zobowiązań uznanych

⁴⁹ Nie jest to pojęcie ustawowe, ale posługuje się nim doktryna. Por. np. S. Gurgul, *Prawo upadłościowe...*, s. 58.

⁵⁰ Por. np. postanowienie SA w Lublinie z 30.05.2011 r. (I ACz 462/11), LEX nr 837767, wyrok NSA z 7.12.2012 r. (I GSK 799/10), LEX nr 1126238.

przez siebie, stwierdzonych prawomocnym orzeczeniem sądu, sądu polubownego lub decyzją administracyjną, ale również wówczas, gdy sąd upadłościowy w postępowaniu w przedmiocie ogłoszenia upadłości ustali, że wierzytelność składającego wniosek jest uprawdopodobniona, nawet jeżeli dłużnik wskazanym okolicznościom przeczy. Obowiązkiem wierzyciela składającego wniosek o ogłoszenie upadłości jest wtedy wykazać istnienie tych wierzytelności oraz faktu, że są one wymagalne. W tym celu wierzyciel powinien przytoczyć fakty, a także dowody uznające te twierdzenia⁵¹. Niewypłacalność dłużnika istnieje bowiem zawsze, gdy dłużnik nie wykonuje swych wymagalnych zobowiązań pieniężnych.

Przyjąć jednak należy, że jeżeli wnioskodawca nie legitymuje się dokumentem urzędowym stwierdzającym istnienie wierzytelności, a dłużnik jej nie uzna, sąd upadłościowy powinien z dużą ostrożnością podchodzić do kwestii legitymacji takiego wnioskodawcy, gdyż bardzo często wniosek o ogłoszenie upadłości stanowi środek, który w założeniu wnioskodawcy ma zmusić dłużnika do zapłaty spornej wierzytelności. Powszechnie wiadomym jest, że sama informacja o złożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości, nawet jeżeli nie zostanie publicznie ogłoszona, wpływa zdecydowanie negatywnie na wizerunek przedsiębiorcy w opinii kontrahentów i może spowodować niepowetowane straty, nawet jeżeli od razu widać, że pozbawiony jest jakichkolwiek podstaw prawnych i faktycznych. Sąd upadłościowy powinien zatem zbadać, czy spór co do wierzytelności ma charakter faktyczny czy tylko pozorny. W tym pierwszym przypadku wniosek o ogłoszenie upadłości powinien zostać oddalony, zaś w drugim – sąd powinien wniosek rozpoznać merytorycznie⁵². Nie jest bowiem rolą sądu upadłościowego „zastępowanie” sądów orzekających w procesie i nie jest to droga ustalania, czy i komu dana wierzytelność przysługuje. Sposobem na zapobiegnięcie pozbywania się majątku przez dłużnika jest zaś wniosek o zabezpieczenie.

Identyczny wniosek odnieść należy do postępowania w przedmiocie orzeczenia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej. Jak już była mowa, dla wszczęcia takiego postępowania nie jest niezbędne wcześniejsze wystąpienie z wnioskiem o ogłoszenie upadłości. Osoba występująca z wnioskiem o orzeczenie zakazu jest

⁵¹ Por. wyrok SA w Łodzi z 3.04.2013 r. (I ACa 148/13), LEX nr 1313335.

⁵² Por. też P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe...*, Warszawa 2012, s. 19.

zobowiązana wykazać swoją legitymację czynną, co w odniesieniu do wierzyciela oznacza konieczność uprawdopodobnienia wierzytelności na zasadach wskazanych powyżej. Niewywiązanie się z tego obowiązku oznacza oddalenie wniosku z powodu braku czynnej legitymacji procesowej. Ma to na celu – podobnie jak w odniesieniu do wniosku o ogłoszenie upadłości – ochronę przed „wymuszaniem” spłaty spornych wierzytelności i pomijanie trybu procesowego.

Spraw stanowiących przykład próby wymuszenie zapłaty należności było bardzo dużo. W przeważającej części przypadków chodziło o kwoty zasądzone przez sądy nakazami zapłaty (rzadko wyrokami). W sprawie rozpatrywanej przez Sąd Rejonowy w Bielsku-Białej wnioskodawca nie uiścił nawet zaliczki na poczet dowodu z opinii biegłego sądowego na okoliczność stanu finansowego i majątkowego dłużniczki oraz daty powstania obowiązku złożenia wniosku o upadłość, chociaż we wniosku o orzeczenie zakazu podnosił, że wniosek o ogłoszenie upadłości powinien być złożony najpóźniej przy uwzględnieniu daty wymagalności zasądzonej na jego rzecz kwoty (na marginesie: nie było nawet wykazane, aby istniał jakiś drugi wierzyciel)⁵³. W dwóch sprawach rozpatrywanych przez Sąd Rejonowy w Gliwicach wnioskodawcy (osoby prywatne) powoływali się jedynie na to, że dłużnicy nie regulowali zobowiązań umownych, a postępowanie zabezpieczające/egzekucyjne było bezskuteczne. Jednak w pierwszej sprawie Sąd ustalił, że wnioskodawca w ogóle nie udowodnił niewypłacalności dłużniczki, która spłaca swoje zobowiązania, a ponadto, co niezwykle istotne, zaskarżyła ona nakaz zapłaty, który stanowić miał dowód istnienia wierzytelności wnioskodawcy, a rozprawa w przedmiocie rozpoznania zarzutów nie została jeszcze wyznaczona. Jest to więc wierzytelność sporna. Dodać należy, jak była o tym mowa, że okoliczność ta nie stanowi sama w sobie o konieczności oddalenia wniosku o orzeczenie zakazu, jednak to nie postępowanie przed sądem upadłościowym stanowi właściwą drogę dochodzenia roszczeń. Natomiast w drugiej sprawie Sąd ustalił, że dłużnik zalega z płatnościami tylko wobec wnioskodawcy, a zaprzestanie płacenia jednego długu nie oznacza niewykonywania wymagalnych zobowiązań. Oczywiście skutkiem tego było oddalenie obydwu wniosków postanowieniami – odpowiednio – z 26.06.2012 r.⁵⁴ i 10.10.2012 r.⁵⁵

⁵³ Postanowienie SR w Bielsku-Białej z 24.10.2012 r. (VI Gzd 13/12), niepubl.

⁵⁴ Postanowienie SR w Gliwicach z 26.06.2012 r. (XII Gzd 17/12), niepubl.

Były jednak sprawy, w których wnioskodawcy nawet nie wytoczyli powództwa w trybie procesowym. Przykładowo, postanowieniem z 13.07.2012 r.⁵⁶ Sąd Rejonowy w Piotrkowie Trybunalskim oddalił wniosek, który zawierał jedynie stwierdzenie, że uczestniczka postępowania nie zapłaciła wskazanej kwoty na rzecz wnioskodawcy, będącego cesjonariuszem, popadła w stan niewypłacalności w październiku 2011 r. (termin wymagalności roszczenia wskazanego przez wnioskodawcę), zaś uczestniczka zarzuciła wprost, że wniosek stanowi próbę wyłudzenia nienależnych kwot, gdyż pozostaje w dobrej kondycji, nie toczą się przeciwko niej żadne sprawy sądowe, a w tym przypadku rozliczenie nastąpiło z cedentem.

Spraw stanowiących przykład niewywiązania się przez wnioskodawców z podstawowego obowiązku, jakim jest wykazanie legitymacji, było dużo. W sprawie zakończonej postanowieniem Sądu Rejonowego w Bydgoszczy z 30.10.2012 r.⁵⁷ uczestnik postępowania podnosił w odpowiedzi na wniosek, że nie rozważał nigdy złożenia wniosku o upadłość, gdyż problemy mają charakter przejściowy, ale – co istotne – reguluje zobowiązania, a zostały do zapłaty jedynie zaległe składki na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, który jest jedynym wierzycielem. Pomimo takich zarzutów wnioskodawca nie podjął żadnej inicjatywy dowodowej, co oczywiście skutkowało oddaleniem wniosku, gdyż materiał dowodowy nie pozwalał na przyjęcie, że było inaczej niż twierdził uczestnik. W sprawie z wniosku organu rentowego, rozpatrywanej przez Sąd Rejonowy Lublin-Wschód w Lublinie z/s w Świdniku, zakończonej postanowieniem z 30.04.2012 r.⁵⁸, uczestnik postępowania (członek zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością) podniósł, że wnioskodawca jest jedynym wierzycielem, bo Urząd Skarbowy umorzył zadłużenie. Natomiast w jednej ze spraw przed Sądem Rejonowym Szczecin-Centrum w Szczecinie uczestnik postępowania (członek zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością) wprost zarzucił, że cedent, od którego wnioskodawca miał nabyć wierzytelność, nie był

⁵⁵ Postanowienie SR w Gliwicach z 10.10.2012 r. (XII Gzd 18/12), niepubl.

⁵⁶ Postanowienie SR w Piotrkowie Trybunalskim z 13.07.2012 r. (V Gzd 3/12), niepubl.

⁵⁷ Postanowienie SR w Bydgoszczy z 30.10.2012 r. (XV Gzd 31/12), niepubl.

⁵⁸ Postanowienie SR Lublin-Wschód w Lublinie z/s w Świdniku z 30.04.2012 r. (IX Gzd 101/11), niepubl.

w ogóle wierzycielem, spółka nigdy nie otrzymała zawiadomienia o cesji, a więc występuje brak legitymacji czynnej po stronie wnioskodawcy⁵⁹.

Co charakterystyczne, w żadnej ze spraw, w których powstała kwestia braku wykazania, że było przynajmniej dwóch wierzycieli, a wręcz – aby wnioskodawca był w ogóle wierzycielem, wnioskodawcy nie podejmowali żadnej inicjatywy dowodowej, co świadczy o zaniedbaniach procesowych, ale również o tym, że wnioski te niekoniecznie były nakierowane na faktyczne objęcie uczestników postępowań zakazami prowadzenia działalności gospodarczej. Podobnie było w sprawie rozpatrywanej przez Sąd Rejonowy w Wałbrzychu, w której uczestniczka postępowania podniosła, że gdy była wiceprezesem spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, tj. do stycznia 2006 r., wszystkie składki na ubezpieczenia społeczne, zdrowotne i pracownicze były płacone, a w późniejszym okresie była jedynie księgową zatrudnioną na umowę o pracę⁶⁰. Wnioskodawca nie podjął żadnej inicjatywy dowodowej, która mogła dotyczyć jedynie okresu do stycznia 2006 r., gdyż w odniesieniu do pracownika spółki przedmiotowy zakaz nie ma w ogóle zastosowania.

3.2.1.4. „Przewyżka” zobowiązań nad majątkiem

Druga podstawa niewypłacalności dotyczy jedynie dłużników będących osobami prawnymi oraz jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej, którym odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, czyli spółek osobowych prawa handlowego (jawna, partnerska, komandytowa, komandytowo-akcyjna)⁶¹. Takiego dłużnika uważa się za niewypłacalnego także wtedy, gdy jego zobowiązania przekroczą wartość jego majątku, nawet wówczas, gdy na bieżąco te zobowiązania wykonuje (art. 11 ust. 2 p.u.n.). Istnienie tej podstawy niewypłacalności uzasadnione

⁵⁹ Postanowienie SR Szczecin-Centrum w Szczecinie z 15.06.2012 r. (XII GZd 1/12), niepubl.

⁶⁰ Postanowienie SR w Wałbrzychu z 17.07.2012 r. (VI Gzd 11/12), niepubl.

⁶¹ Zgodnie z art. 6 ustawy z 24.06.1994 r. o własności lokali (tekst jedn.: Dz. U. z 200 r. Nr 80, poz. 903 ze zm.), także wspólnota mieszkaniowa może nabywać prawa i zaciągać zobowiązania, pozywać i być pozwana. Por. też uchwałę 7 sędziów SN – zasadę prawną z 21.12.2007 r. (III CZP 65/07), OSNC 2008/7-8, poz. 69. Jednak ze względu na charakter prawny wspólnoty mieszkaniowej i istotę działalności gospodarczej nie wydaje się zasadne, aby uznać ją za przedsiębiorcę w rozumieniu art. 5 p.u.n., a co się z tym wiąże – przyznać jej zdolność upadłościową.

jest konsekwencjami prawnymi ogłoszenia upadłości oraz przeprowadzenia postępowania upadłościowego wobec osób prawnych i tych jednostek organizacyjnych. Po przeprowadzeniu postępowania upadłościowego obejmującego ich likwidację podmioty te kończą swój byt, zatem dla ochrony praw wierzycieli niezbędne jest, aby zadłużenie tych podmiotów nie przekraczało wartości ich aktywów. W przeciwnym wypadku wierzyciele nie mogliby zostać zaspokojeni z ich majątku w postępowaniu upadłościowym⁶². Natomiast w przypadku osoby fizycznej przeprowadzenie postępowania upadłościowego nie kończy jej bytu prawnego, co – przynajmniej teoretycznie – daje nadzieję na zaspokojenie w przyszłości.

Badając stosunek wartości majątku dłużnika do stanu jego zobowiązań, nie należy brać pod uwagę wartości księgowej majątku, która w świetle obowiązującego prawa, zwłaszcza podatkowego, charakteryzuje się znacznym oderwaniem od rzeczywistej wartości ekonomicznej, ale oceniać się powinno realną wartość majątku dłużnika⁶³. Niezasadne byłoby więc oparcie się przez sąd orzekający wyłącznie na bilansie, który jedynie porządkuje majątek przedsiębiorcy według źródeł jego finansowania⁶⁴. Nie należy bowiem zapominać o podstawowym celu regulacji zawartej w art. 11 ust. 2 p.u.n., a mianowicie jak najlepszej ochronie wierzycieli. Wartość księgowa stanowi jedynie pewien zapis w księgach rachunkowych. Zasada ta działa w obie strony, tj. należy uwzględniać nie tylko faktyczną wartość składników niezamortyzowanych, ale również wartość rynkową składników zamortyzowanych, a więc takich, których wartość bilansowa wynosi „0”.

W doktrynie wyrażono pogląd, że nie ma podstaw, aby ustalając kwotę zobowiązań doliczać także zobowiązania warunkowe i sporne, ujmowane w bilansie jako rezerwy, gdyż do czasu ziszczenia się warunku lub przegrania procesu nie mają one charakteru zobowiązań, w szczególności nie jest znana ich wartość i czy kiedykolwiek zaistnieją⁶⁵. Stanowisko to nie jest konsekwentne, gdyż skoro art. 24 p.u.n. umożliwia złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości nawet w sytuacji, gdy roszczenie jest sporne, a rolą sądu upadłościowego jest ustalenie, czy roszczenie to

⁶² F. Zedler w: *Prawo upadłościowe...*, s. 43-44.

⁶³ Por. P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe...*, s. 23.

⁶⁴ Por. J. Petraniuk, *Upadłość i jej podstawy w prawie upadłościowym i naprawczym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003/12, s. 17 i n.

⁶⁵ Tak P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe...*, s. 23.

zostało przynajmniej uprawdopodobnione, to brak jest podstaw do uznania, że odmienną zasadę należy stosować przy ustaleniu wysokości zobowiązań dłużnika. Innymi słowy, albo wierzytelność istnieje i powinna stanowić podstawę do ustalenia stanu niewypłacalności dłużnika, albo nie może stanowić takiej podstawy. Natomiast w odniesieniu do zobowiązań warunkowych, ich charakter zależy od rodzaju warunku, w szczególności, czy jest to warunek zawieszający, czy rozwiązujący. W konsekwencji należy brać pod uwagę te wszystkie zobowiązania, które istnieją w dacie ustalenia okoliczności z art. 11 ust. 2 p.u.n.

3.2.2. Termin do złożenia wniosku o upadłość

Podstawowa przesłanka orzeczenia zakazu prowadzenia działalności skorelowana jest z obowiązkiem ciążącym na konkretnej osobie złożenia w terminie dwóch tygodni od dnia powstania podstawy do ogłoszenia upadłości wniosku w tym przedmiocie. Obowiązek ten odczytywać należy w kontekście art. 21 ust. 1 i 2 p.u.n. i dotyczy albo samego dłużnika będącego osobą fizyczną, albo każdego, kto ma prawo i obowiązek reprezentować sam lub łącznie z innymi osobami dłużnika będącego osobą prawną albo inną jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną. Innymi słowy, ocena zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości we właściwym czasie musi być dokonana na podstawie art. 21 w zw. z art. 11 p.u.n. Wymóg zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości w ściśle określonym terminie związany jest z ochroną wierzycieli przed unikaniem przez dłużnika wykonania zobowiązania albo preferencyjnego traktowania niektórych tylko wierzycieli, a więc umożliwić ma równomierne zaspokojenie wierzycieli, uwzględniając oczywiście istnienie różnych kategorii zaspokojenia. W postępowaniu sądowym mogą być podjęte czynności mające na celu zabezpieczenie majątku dłużnika, nawet wbrew jego woli. Wobec tego nie ma znaczenia jakie było jego stanowisko w odniesieniu do zgłoszonego żądania⁶⁶. Ustawodawca uznał, że czasem właściwym i wystarczającym do złożenia w sądzie wniosku o upadłość jest termin dwóch tygodni od dnia, w którym wystąpiła podstawa do ogłoszenia upadłości, czyli gdy przedsiębiorca stał się niewypłacalny. W konsekwencji, co do zasady, wniosek o ogłoszenie upadłości można uznać za

złożony we właściwym czasie tylko wówczas, gdy od chwili zaprzestania płacenia przez przedsiębiorcę jego długów lub przewyższenia przez długi wartości jego majątku, nie upłynęło więcej niż dwa tygodnie. Nie ma możliwości jakiegokolwiek odstępowania od tego terminu, gdyż nie przewiduje tego żaden przepis prawa, nie jest to termin, który podlegałby przedłużeniu czy przywróceniu. Natomiast istotne jest, czy obowiązek nie został wykonany w sposób zawiniony czy niezawiniony.

Nie należy zapominać, że osoby obowiązane do złożenia w terminie dwóch tygodni od dnia wystąpienia podstawy do ogłoszenia upadłości wniosku o ogłoszenie upadłości nie mogą skutecznie powoływać się na wykonanie tego obowiązku – jako okoliczność wyłączającą możliwość orzeczenia wobec nich zakazu prowadzenia działalności gospodarczej na własny rachunek oraz pełnienia określonych funkcji – przez zgłoszenie wniosku, który został prawomocnie zwrócony⁶⁷, niezależnie, czy podstawą zwrotu było nieuzupełnienie braków formalnych wniosku, czy brak opłaty. Wynika to z konieczności zastosowania art. 130 § 2 k.p.c. w zw. z art. 35 p.u.n., w świetle którego zwrócone pismo procesowe nie wywołuje żadnych skutków, jakie wiąże się z jego wniesieniem do sądu. W prawie upadłościowym nie zamieszczono ani przepisów regulujących postępowanie wdrażane w razie złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości dotkniętego brakami, ani określających skutki prawomocnego zwrotu wniosku. Za takim rozwiązaniem przemawia również wykładnia celowościowa, gdyż przy przyjęciu odmiennego stanowiska wystarczające byłoby podjęcie przez osobę zobowiązaną czynności pozornych związanych ze złożeniem wniosku o ogłoszenie upadłości, ze świadomością, że braki nie zostaną uzupełnione, aby zwolnić się od odpowiedzialności z tym związanej. Niezbędne jest więc podjęcie takich czynności procesowych, które umożliwią kontynuowanie postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości przedsiębiorcy. Wniosek musi zostać złożony skutecznie, sąd musi nadać mu bieg i rozpoznać go merytorycznie, natomiast bez znaczenia pozostaje to, czy upadłość zostanie ogłoszona, czy też wniosek zostanie oddalony, np. z powodu braku majątku wystarczającego na koszty postępowania upadłościowego (art. 13 ust. 1 p.u.n.). Zatem art. 373 ust. 1 pkt 1 p.u.n. nie ma

⁶⁶ Por. wyrok SN z 12.03.2010 r. (III CSK 118/09), LEX nr 584748.

⁶⁷ Por. postanowienia SN: z 14.02.2006 r. (II CSK 14/05), LEX nr 192034, z 12.04.2006 r. (III CSK 47/06), „Monitor Prawniczy” 2006/10, s. 512.

zastosowania w sytuacji, gdy wniosek o ogłoszeniu upadłości został złożony skutecznie w ustawowym terminie.

3.2.3. Osoby zobowiązane do złożenia wniosku o upadłość

Jeżeli dłużnikiem jest osoba fizyczna, obowiązek złożenia wniosku we wskazanym terminie spoczywa na niej samej. W razie jej śmierci, obowiązek ten nie przechodzi na spadkobierców lub inne osoby wskazane w art. 7 p.u.n., a mają one jedynie uprawnienie do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości zmarłego dłużnika. Natomiast w przypadku pozostałych kategorii dłużników obowiązek ten obciąża każdego, kto ma prawo reprezentować dłużnika samodzielnie lub łącznie z innymi osobami. Prawo do reprezentacji osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej oznacza uprawnienie wynikające z powołania w skład organu takiej osoby, które oparte jest na mandacie, a nie wynika z czynności prawnej, np. udzielenia pełnomocnictwa. Przemawia za tym konstrukcja art. 20 ust. 2 pkt 2 p.u.n. oraz wymienienie likwidatorów w art. 20 ust. 2 pkt 5 p.u.n. Chodzi tu przede wszystkim o członków organów zarządzających osób prawnych i innych jednostek organizacyjnych i wspólników osobowych spółek prawa handlowego, ale również członka rady nadzorczej oddelegowanego do pełnienia funkcji członka zarządu (art. 383 § 1 k.s.h.) i dyrektora przedsiębiorstwa państwowego⁶⁸. Co istotne, obowiązek ten spoczywa na każdym z reprezentantów indywidualnie, niezależnie od sposobu reprezentacji, a więc nawet wtedy, gdy przewidziana jest reprezentacja łączna członków zarządu, członka zarządu z prokurentem lub wspólników (w przypadku spółek osobowych prawa handlowego). Osobą mającą prawo reprezentowania dłużnika, a zatem obowiązana do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, jest również likwidator przedsiębiorcy⁶⁹, co jest wynikiem tego, że posiada on – wynikające z ustawy – prawo reprezentacji przedsiębiorcy i przeprowadza czynności likwidacyjne, zmierzające m.in. do ochrony praw wierzycieli tego przedsiębiorcy. Ponadto należy zaznaczyć, że nie wyłącza możliwości orzeczenia zakazu prowadzenia okoliczność,

⁶⁸ Por. art. 32 ustawy z 25.09.1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2002 r. Nr 112, poz. 981 ze zm.).

⁶⁹ Por. postanowienie SN z 19.06.1996 r. (III CZP 66/96), OSNC 1996/10, poz. 133.

że wniosek o ogłoszenie upadłości został złożony przez inną osobę⁷⁰. Zakaz może więc zostać orzeczony nawet w sytuacji, gdy taki wniosek został zgłoszony przez inną osobę z art. 20 p.u.n., bez udziału uczestnika postępowania w przedmiocie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, o ile złożenie nastąpiło z uchybieniem przewidzianego prawem terminu.

Z chwilą, gdy spółka zaprzestanie spłacania wymagalnych zobowiązań lub gdy jej zobowiązania przekroczą wartość majątku, powstają podstawy do ogłoszenia upadłości i jednocześnie od tej daty w ciągu dwóch tygodni jej zarządca ma obowiązek zgłosić wniosek o upadłość. Jeżeli wniosku takiego nie złożył, a stan uzasadniający ogłoszenie upadłości trwa nadal, to zarówno on, jak i każdy następujący po nim zarządca spółki, ma także obowiązek zgłoszenia wniosku o upadłość w terminie dwóch tygodni do dnia, w którym dla niego stało się to możliwe, a więc od dnia, w którym przy zachowaniu wymaganej staranności, mógł dowiedzieć się o istnieniu przesłanek do ogłoszenia upadłości. Z faktu, że ustawodawca określił dwutygodniowy termin do wypełnienia obowiązku zgłoszenia wniosku o upadłość nie wynika bowiem, że po bezskutecznym upływie tego terminu wygasa obowiązek zgłoszenia wniosku o upadłość. Także po upływie tego terminu, w każdym następnym dniu istnienia podstawy do ogłoszenia upadłości, dłużnik ma nadal obowiązek zgłoszenia wniosku. Jeżeli kolejna osoba zobowiązana z mocy ustawy tego nie uczyni w ciągu dwóch tygodni od dnia, gdy dowiedziała się o istnieniu podstaw ogłoszenia upadłości, sąd może wydać w stosunku do niej orzeczenie, o którym mowa w art. 373 ust. 1 pkt 1 p.u.n.⁷¹ Zasadę tę odnieść należy do każdej kategorii dłużników.

W przypadku handlowych spółek osobowych krąg osób zobowiązanych do złożenia do sądu wniosku o ogłoszenie upadłości tych spółek może być węższy niż krąg współników uprawnionych do jego złożenia. Zgodnie bowiem z art. 20 ust. 2 pkt 1

⁷⁰ Podobnie w przypadku odpowiedzialności opartej na art. 299 k.s.h., dla wyłączenia jej nie ma znaczenia, kto zgłosił żądanie ogłoszenia upadłości, byleby tylko uczynił to w terminie – we „właściwym czasie” – por. np. wyrok WSA w Gliwicach z 22.06.2009 r. (III SA/GI 1101/08), LEX nr 527421. Konstrukcja tego przepisu jest jednak inna niż art. 373 ust. 1 pkt 1 p.u.n., gdzie mowa jest o obowiązku osoby, której dotyczy wniosek o orzeczenie zakazu, podczas gdy jedną z przesłanek zwalniających w art. 299 § 2 k.s.h. jest okoliczność, że we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie układowe, bez odwołania się do członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

⁷¹ Por. postanowienie SN z 9.04.2008 r. (V CSK 508/07), LEX nr 393891.

p.u.n. uprawnionym (legitymowanymi) do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości takiej spółki jest każdy ze wspólników odpowiadający bez ograniczenia za jej zobowiązania, bez względu na to, czy wspólnik ten jest uprawniony do prowadzenia spraw spółki i do jej reprezentacji. Natomiast w art. 21 ust. 2 p.u.n. odwołano się do prawa reprezentowania spółki lub innej jednostki organizacyjnej.

W przypadku spółki jawnej każdy z jej wspólników ma prawo reprezentować spółkę, a prawa tego nie można ograniczyć ze skutkiem wobec osób trzecich, co wprost wynika z art. 29 § 1 i 3 k.s.h. Takie unormowanie ma na celu zapewnienie ochrony osób trzecich dokonujących czynności prawnych ze spółką jawną, a więc przede wszystkim zawierających ze spółką umowę. Jednak wyjątkowo może nastąpić wyłączenie prawa wspólnika do reprezentacji spółki jawnej, czego źródłem może być albo umowa spółki, albo prawomocne orzeczenie sądu – w tym drugim przypadku jedynie z ważnych przyczyn (art. 30 § 1 i 2 k.s.h.). W doktrynie przyjmuje się, że pozbawienie wspólnika prawa reprezentacji spółki sprawia, że nie jest on zobowiązany do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki jawnej, chociaż jest do tego uprawniony⁷².

Także w przypadku spółki partnerskiej może dojść do pozbawienia wspólników (partnerów) prawa reprezentacji spółki – z ważnych powodów – uchwałą powziętą większością trzech czwartych głosów w obecności co najmniej dwóch trzecich ogólnej liczby partnerów, z tym że umowa spółki może przewidywać surowsze wymogi powzięcia uchwały (art. 96 k.s.h.). Analogicznie należy przyjąć, że partnerzy pozbawieni prawa reprezentacji nie są obowiązani do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki. Natomiast jeżeli w spółce partnerskiej został powołany zarząd, co przewiduje art. 97 k.s.h., mamy do czynienia z powierzeniem zarządowi wyłącznego prawa reprezentacji spółki, wyłączającego takie ustawowe umocowanie po stronie partnerów⁷³. Wynika to z wykładni celowościowej art. 40 w zw. z art. 89 oraz art. 97 k.s.h. Nie jest dopuszczalny tzw. model mieszany, a więc gdy prowadzenie spraw odbywało się na zasadach określonych dla spółki jawnej, zaś

⁷² Tak J. P. Naworski, *Zakres przedmiotowy art. 17 § 1 Prawa upadłościowego*, „Monitor Prawniczy” 2002/14, s. 640.

⁷³ Por. P. Szmitkowski, *Stosunki wewnętrzne w spółce partnerskiej posiadającej zarząd*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2001/10, s. 12 i n., A. Nowacki, *Zarząd spółki partnerskiej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2012/3, s. 12 i n.

reprezentacja przez zarząd na zasadach określonych dla spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. W konsekwencji obowiązek wystąpienia z wnioskiem o ogłoszenie upadłości spółki spoczywa wyłącznie na członkach zarządu, partnerzy są z niego zwolnieni i nie stosuje się do nich w takiej sytuacji art. 373 ust. 1 pkt 1 p.u.n.

Uprawnionymi do reprezentacji spółki komandytowej i komandytowo-akcyjnej są komplementariusze, jeżeli z mocy umowy (statutu) lub prawomocnego orzeczenia sądu takiego prawa nie zostali pozbawieni – w przypadku zaistnienia określonych ustawowo warunków (art. 117 i 137 k.s.h.). Jeżeli jednak komplementariusz został pozbawiony prawa reprezentacji spółki, nie ciąży na nim obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki komandytowej/komandytowo-akcyjnej.

Natomiast w doktrynie zaistniał problem, czy zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki komandytowej przez komplementariusza wymaga zgody komandytariusza⁷⁴ (i odpowiednio akcjonariusza). Uzależnienie obowiązku złożenia takiego wniosku byłoby oczywiście sprzeczne z przepisami ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze oraz celem, na jaki nakierowany jest obowiązek złożenia wniosku, a mianowicie ochrony interesów wierzycieli. Kompetencja do złożenia takiego wniosku przechodziłaby więc na osoby, którym nie przysługuje prawa reprezentacji spółki, co nie ma uzasadnienia. Zatem słusznie wskazano w orzecznictwie, że przepis art. 21 ust. 2 p.u.n. nie uzależnia złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości od spełnienia przez osobę reprezentującą spółkę innych, dodatkowych wymagań, np. uzyskania zgody właścicieli spółki. Złożenie takiego wniosku jest obowiązkiem dłużnika, a gdy jest nim osoba prawna, każdego z jej reprezentantów – członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, chociażby umowa, czy statut przewidywały reprezentację łączną⁷⁵. Zatem osoba obowiązana do złożenia wniosku o upadłość nie może skutecznie zwolnić się z tego obowiązku powołując się na brak zgody innej osoby. Jest to niezwykle istotne w przypadku reprezentacji łącznej, gdyż nie jest zwolniony z obowiązku złożenia wniosku o upadłość członek zarządu spółki lub wspólnik spółki osobowej uprawniony

⁷⁴ Negatywnie w tym przedmiocie wypowiedział się J. P. Naworski, *Zakres przedmiotowy...*, s. 641, pozytywnie I. Dziamska, *Zakaz prowadzenia działalności gospodarczej*, „Prawo Spółek” 2001/10, s. 32.

⁷⁵ Wyrok WSA w Poznaniu z 18.01.2012 r. (I SA/Po 834/11), LEX nr 1109658.

do jej reprezentacji, nawet jeżeli wszyscy pozostali członkowie zarządu (wspólnicy) sprzeciwiali się złożeniu takiego wniosku.

Ciekawa sytuacja jawi się w odniesieniu do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowo-akcyjnej (sp. z o.o. S.K.A.), a więc spółki komandytowo-akcyjnej, w której komplementariuszem jest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. W doktrynie wyrażono pogląd, że w takiej sytuacji obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości ciąży na spółce z ograniczoną odpowiedzialnością (osobie prawnej), nie zaś na faktycznie reprezentujących ją członkach zarządu, a więc zastosowanie art. 373 ust. 1 *ab initio* p.u.n. do osoby prawnej reprezentującej spółkę komandytowo-akcyjną nie będzie możliwe⁷⁶. Literalnie czytając art. 373 ust. 1 pkt 1 p.u.n. można byłoby dojść do takiego wniosku, skoro zakazowi podlega osoba zobowiązana do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Z oczywistych względów zakazu tego nie można orzec w stosunku do osoby prawnej lub innej osoby organizacyjnej. Osobą podlegającą zakazowi jest jedynie osoba fizyczna. Niemniej osobą zobowiązaną do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości jest osoba fizyczna reprezentująca komplementariusza spółki komandytowo-akcyjnej. Osoba prawna nie dokonuje czynności sama, w jej imieniu i na jej rzecz działają osoby do tego uprawnione. Zatem obowiązek, o którym mowa spoczywa na reprezentancie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, który zobowiązany jest dochować terminu dwóch tygodni od zaistnienia podstaw do ogłoszenia upadłości spółki komandytowo-akcyjnej. W art. 21 ust. 2 p.u.n. mowa jest o osobie, która ma prawo reprezentować dłużnika będącego osobą prawną lub inną jednostką organizacyjną. Taką osobą jest reprezentant komplementariusza. Przeciwna wykładnia, zaprezentowana powyżej, powodowałaby niezasadne wykluczenie takich reprezentantów z kręgu osób, w stosunku do których może być orzeczony zakaz prowadzenia działalności gospodarczej.

Wątpliwości zaistniały w przypadku prokurentów, których prawo do reprezentacji spółki wynika wprost z przepisów ustawy i którzy obowiązkowo podlegają wpisowi do Krajowego Rejestru Sądowego. Jak słusznie wskazał Sąd Najwyższy w postanowieniu z 15.03.2013 r.⁷⁷, nie ma podstaw do przyjęcia, że prokurent, nawet

⁷⁶ Tak. R. Szyszko, *Spółka komandytowo-akcyjna z udziałem spółki z o.o. jako jedynym komplementariuszem na gruncie prawa upadłościowego*, „Prawo Spółek” 2010/1, s. 40 i n.

⁷⁷ Postanowienie SN z 15.03.2013 r. (V CSK 177/12), LEX nr 1331377.

przyjmując, że przysługuje mu uprawnienie do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości, jest także obciążony obowiązkiem zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Nie ulega zatem wątpliwości, że prokurent nie ponosi odpowiedzialności za niezłożenie wniosku o ogłoszenie upadłości, a więc konsekwencji uchybienia obowiązkowi podjęcia stosownych działań i złożenia wniosku w odpowiednim terminie, ponieważ czynność złożenia wniosku mieści się w zakresie uprawnień prokurenta, a nie jego obowiązków.

Pogląd ten jest aprobowany również w doktrynie⁷⁸ i nie powinien budzić większych wątpliwości. Jak wskazano powyżej, obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości związany jest z mandatem członka organu założycielskiego, podczas gdy prokura jest pełnomocnictwem udzielonym przez przedsiębiorcę podlegającego obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców, które obejmuje umocowanie do czynności sądowych i pozasądowych, jakie są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa (art. 109¹ § 1 k.c.). Prokurent nie jest więc reprezentantem przedsiębiorcy, ale jego pełnomocnikiem. Zakres pełnomocnictwa wynika co prawda z ustawy, ale samo ustanowienie prokury następuje w wyniku czynności prawnej mocodawcy (przedsiębiorcy). O ile więc prokurent ma prawo dokonywać czynności imieniu przedsiębiorcy, to nie ma takiego obowiązku. Może powstać kwestia ewentualnej odpowiedzialności prokurenta, ale w związku z popełnionymi przez niego uchybieniami jako pełnomocnika, a nie np. członka zarządu (art. 299 k.s.h.)⁷⁹. Także w badanych sprawach sądy orzekły, że prokurent nie jest zobowiązany do złożenia wniosku o upadłość, a zatem nie podlega sankcji przewidzianej w art. 373 ust. 1 pkt 1 p.u.n.⁸⁰

De lege ferenda postulować należy objęcie obowiązkiem (a nie uprawnieniem) złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości również prokurentów, z przyczyn, o których będzie mowa dla potrzeby rozszerzenia zakresu przedmiotowego zakazu, a mianowicie związanych z faktycznym sprawowaniem władzy w spółkach przez

⁷⁸ Por. np. B. Dąbrowski, *Uprawnienie prokurenta do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2010/2, s. 40 i n., S. Gurgul, *Prawo upadłościowe...*, s. 1111, A. Świderek w: *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, D. Zienkiewicz (red.), Warszawa 2006, s. 63.

⁷⁹ Por. A. Kappes, *Odpowiedzialność członków zarządu za zobowiązania spółki z o.o.*, Warszawa 2009, s. 147-148.

osoby piastujące tę funkcję – w celu uniknięcia odpowiedzialności przewidzianej m.in. w art. 299 k.s.h. i art. 373 ust. 1 pkt 1 p.u.n. Często do takiej odpowiedzialności pociągane są osoby, których kompetencje decyzyjne w spółce są iluzoryczne lub nie istnieją w ogóle. Takie rozszerzenie obowiązku zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości przywróciłoby, chociażby częściowo, równowagę pomiędzy teorią a praktyką funkcjonowania spółek kapitałowych, w szczególności spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Nie można bowiem zapominać, że prokura jest specyficzną formą pełnomocnictwa i pozycja prawna prokurenta jest zbliżona do pozycji członka zarządu.

Reasumując, aby sąd mógł zastosować art. 373 ust. 1 pkt 1 p.u.n., musi w toku postępowania ustalić przede wszystkim:

- czy osoba, której dotyczy złożony wniosek o orzeczenie zakazu, należy do kręgu osób zobowiązanych z mocy ustawy do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości swojej lub podmiotu, który reprezentuje,
- konkretnej daty, w jakiej wystąpił stan niewypłacalności dłużnika, a więc kiedy upłynął termin zapłaty drugiego zobowiązania w stosunku do drugiego wierzyciela lub nastąpiła przewyżka zobowiązań w stosunku do majątku dłużnika,
- czy niewypłacalność ma charakter trwały,
- czy został skutecznie złożony wniosek o ogłoszenie upadłości dłużnika, a jeżeli tak, to czy został zachowany termin dwóch tygodni, co wynika z porównania daty stanu niewypłacalności z datą złożenia takiego wniosku.

Do ustalenia tych wszystkich okoliczności zastosowanie mają zasady postępowania dowodowego i dokonywania ustaleń faktycznych określone w Kodeksie postępowania cywilnego, w tym również wynikające z art. 229-231 k.p.c.

3.3. Uniemożliwianie prowadzenia postępowania upadłościowego

Z uwagi na istotę postępowania upadłościowego i cele przed nim postawione, zasadnicze znaczenie ma, aby zostało ono przeprowadzone zgodnie z zasadami

⁸⁰ Por. postanowienia SR dla Krakowa-Śródmieścia w Krakowie: z 12.05.2011 r. (VIII Gzd 36/10), niepubl. i z 19.11.2012 r. (VIII Gzd 60/12), niepubl.

wynikającymi z ustawy. Po ogłoszeniu upadłości niezbędne jest w pierwszej kolejności ustalenie całego majątku upadłego dłużnika, jego objęcie przez syndyka masy upadłości, zarządcę lub nadzorcę oraz ustalenie kręgu wierzycieli i stanu zadłużenia upadłego. Ma to umożliwić realizację podstawowej zasady postępowania upadłościowego, a więc równomiernego zaspokojenia wszystkich wierzycieli upadłego, w zależności od kategorii zaspokojenia.

Wymaga to współdziałania wszystkich jego uczestników, co powoduje, że określone prawa i obowiązki zostały nałożone nie tylko na sąd upadłościowy, sędzię-komisarza, syndyka masy upadłości (zarządcę, nadzorcę), ale również na upadłego lub osoby uprawnione do jego reprezentacji, a także wszelkie inne osoby, które swoim zachowaniem mogą wpłynąć na przebieg postępowania upadłościowego, nawet jeżeli są to osoby trzecie w stosunku do upadłego. W związku z tym można wyróżnić następujące kategorie osób, w stosunku do których może zostać złożony wniosek o orzeczenie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, a które swym działaniem (zaniechaniem) uniemożliwiają prawidłowe prowadzenie postępowania upadłościowego:

- 1) osoby fizyczne oraz reprezentanci osób prawnych i innych jednostek, które po ogłoszeniu upadłości nie wydały lub nie wskazały majątku, ksiąg handlowych, korespondencji lub innych dokumentów upadłego, do których wydania lub wskazania były zobowiązane z mocy ustawy (art. 373 ust. 1 pkt 2 p.u.n.) – obowiązek ten dotyczy również spadkobierców i kuratora spadku, którzy wstąpili do postępowania upadłościowego po zmarłym dłużniku (art. 188 p.u.n.),
- 2) każdy, kto po ogłoszeniu upadłości ukrywał, niszczył lub obciążał majątek wchodzący w skład masy upadłości (art. 373 ust. 1 pkt 3 p.u.n.),
- 3) upadły, który w toku postępowania upadłościowego nie wykonał innych obowiązków ciążących na nim z mocy ustawy lub orzeczenia sądu albo sędzię-komisarza, albo też w inny sposób utrudniał postępowanie (art. 373 ust. 1 pkt 4 p.u.n.).

Katalog zachowań jest bardzo szeroki, z tym że jedynie w odniesieniu do upadłego lub jego reprezentantów ma charakter otwarty, gdyż tylko w art. 373 ust. 1 pkt 4 p.u.n. nie wymieniono enumeratywnie wszystkich zachowań, które mogą stanowić przejawy utrudniania prowadzenia postępowania upadłościowego.

Ad. 1) Punkt 1 jest konsekwencją postanowień zawartych w art. 57 ust. 1 i 2 p.u.n., w których określono podstawowe skutki ogłoszenia upadłości obejmującej likwidację majątku upadłego co do osoby upadłego. Chociaż w przepisie tym mowa jest jedynie o upadłym, to ponieważ jeżeli upadłym jest osoba prawna lub jednostka organizacyjna, obowiązek ten spoczywa na osobie uprawnionej do jej reprezentacji.

W tym zakresie na upadłym ciążą następujące obowiązki:

- wskazania i wydania syndykowi całego majątku,
- wydania syndykowi wszystkich dokumentów dotyczących jego działalności, majątku i rozliczeń,
- złożenia sędziemu-komisarzowi oświadczenia na piśmie, w którym potwierdził wykonanie obowiązków wymienionych powyżej,
- udzielania syndykowi oraz sędziemu-komisarzowi wszelkich wyjaśnień dotyczących swego majątku.

Upadły nie ma prawa decydować o tym, czy poszczególne składniki majątku wchodzi do masy upadłości, czy podlegają wyłączeniu z niej. O tym decyduje wyłącznie syndyk (art. 68 i 69 p.u.n.), a w razie sporu rozstrzyga o tym sędzia-komisarz (art. 62, 63 i 152 p.u.n.). Obowiązek wydania majątku i dokumentów dotyczy całego majątku i wszystkich dokumentów związanych z działalnością upadłego, w szczególności dokumentów finansowych (w art. 57 ust. 1 p.u.n. zawarto katalog otwarty takich dokumentów). Upadły spełni ten obowiązek, jeżeli wyda fizycznie syndykowi majątek i dokumentację, ewentualnie wskaże ich położenie i umożliwi przejęcie kontroli nad majątkiem i dokumentami, np. przekaze klucze i kody do drzwi lokali, kody do sejfów itd. Natomiast oświadczenie upadłego potwierdzające wydanie majątku i dokumentacji może być ogólnikowe⁸¹, jednak istotne jest, aby w tym oświadczeniu znalazło się stwierdzenie, że został wydany syndykowi cały majątek i cała dokumentacja. W praktyce najlepszym dowodem jest spis inwentarza wraz z protokołem przekazania majątku i dokumentacji.

⁸¹ Por. D. Zienkiewicz w: *Prawo upadłościowe...*, s. 141.

Ad 2) Sankcja określona w art. 373 ust. 1 pkt 3 p.u.n. dotyczy każdej osoby, a więc nie tylko upadłego, która po ogłoszeniu upadłości brała udział w ukrywaniu, niszczeniu lub obciążeniu majątku wchodzącego w skład masy upadłości. Nie chodzi tu jedynie o członków rodziny czy znajomych upadłego, którzy działali z nim w porozumieniu, ale również o te osoby, jeżeli dokonywały tych czynności nawet bez wiedzy upadłego, jak również wierzyciela, który przez ukrywanie majątku upadłego chciał zaspokoić się z pominięciem kolejności zaspokajania roszczeń w postępowaniu upadłościowym, a więc z pokrzywdzeniem pozostałych wierzycieli. Bez znaczenia pozostaje cel, jakim kierował się sprawca, a pod uwagę mogą być wzięte okoliczności wskazane w art. 373 ust. 2 p.u.n.

Ad 3) Upadłym jest ten, wobec którego wydano postanowienie o ogłoszeniu upadłości (art. 185 ust. 1 p.u.n.). Zatem sankcja określona w art. 373 ust. 1 pkt 4 p.u.n. dotyczy jedynie osób fizycznych będących upadłymi.

3.4. Osoby, których upadłość ogłoszono

Zgodnie z art. 373 ust. 3 p.u.n. sąd upadłościowy może orzec pozbawienie prawa prowadzenia działalności gospodarczej osoby, wobec której:

- 1) już co najmniej raz ogłoszono upadłość, z umorzeniem jej długów po zakończeniu postępowania upadłościowego,
- 2) ogłoszono upadłość nie dawniej niż pięć lat przed ponownym ogłoszeniem upadłości.

Chodzi tu wyłącznie o osoby fizyczne, gdyż tylko wobec takiej osoby może być wydane postanowienie o ogłoszeniu upadłości i postanowienie o zakazie prowadzenia działalności gospodarczej.

Umorzenie długów pozwala upadłemu rozpocząć działalność zarobkową po zakończeniu upadłości bez obowiązku pokrycia niezaspokojonych zobowiązań, a więc pozwala na „nowy start” bez starych obciążeń. Muszą jednak zostać spełnione określone warunki. Jak bowiem stanowi art. 369 ust. 1 p.u.n., w postanowieniu o zakończeniu postępowania upadłościowego obejmującego likwidację majątku

upadłego, którym jest osoba fizyczna, sąd, na wniosek upadłego, może orzec o umorzeniu w całości lub części zobowiązań upadłego, które nie zostały zaspokojone w postępowaniu upadłościowym, jeżeli:

- niewypłacalność była następstwem wyjątkowych i niezależnych od upadłego okoliczności,
- materiał zebrany w sprawie daje podstawę do stwierdzenia, że nie zachodzą okoliczności stanowiące podstawę do pozbawienia upadłego prawa prowadzenia działalności gospodarczej na własny rachunek oraz pełnienia funkcji reprezentanta lub pełnomocnika w spółce handlowej, przedsiębiorstwie państwowym, spółdzielni, fundacji lub stowarzyszeniu,
- upadły rzetelnie wykonywał obowiązki nałożone na niego w postępowaniu upadłościowym.

Z konstrukcji tego przepisu wynika, że przesłanki te muszą wystąpić kumulatywnie (łącznie), a więc brak jednej z nich uniemożliwia skorzystanie z takiego dobrodziejstwa⁸². Wynika to stąd, że przywilej ten jest przeznaczony tylko dla takich dłużników, którzy stali się niewypłacalni bez własnej winy, z przyczyn od siebie niezależnych, a ich postępowanie zarówno przed zaistnieniem stanu niewypłacalności, jak i później, szczególnie w toku postępowania upadłościowego, dają podstawy do uznania, że są ludźmi uczciwymi, którzy nie zagrażają bezpieczeństwu obrotu gospodarczego.

Nie podlegają umorzeniu jedynie należności alimentacyjne, renty z tytułu odszkodowania za wywołanie choroby, niezdolności do pracy, kalectwa lub śmierci, wierzytelności ze stosunku pracy oraz składki na ubezpieczenie emerytalne, rentowe i chorobowe pracowników. Natomiast nie jest możliwe zastosowanie tego przywileju w stosunku do upadłego, jeżeli już wcześniej wobec upadłego ogłoszono upadłość albo odmówiono wszczęcia postępowania upadłościowego z powodu braku majątku wystarczającego na zaspokojenie kosztów postępowania, a od zakończenia tego

⁸² Jak wskazał Sąd Najwyższy w postanowieniu z 7.04.2011 r. (IV CSK 410/10), LEX nr 1027184, przy rozpoznawaniu wniosku upadłego o umorzeniu w całości lub w części zobowiązań, zgłoszonego w postępowaniu upadłościowym, sąd musi stwierdzić, że nie zachodzą okoliczności stanowiące podstawę do pozbawienia upadłego prawa prowadzenia działalności gospodarczej, a więc wziąć pod uwagę przesłanki określone w art. 373 ust. 1 p.u.n., jak również stopień winy i skutki podejmowanych działań, w szczególności obniżenie wartości przedsiębiorstwa i rozmiar pokrzywdzenia wierzycieli.

postępowania lub odmowy jego wszczęcia do dnia wszczęcia obecnego postępowania upadłościowego nie upłynęło dziesięć lat (art. 370 ust. 3 p.u.n.).

Uwzględniając treść art. 377 p.u.n., orzeczenie zakazu w tym sytuacjach może nastąpić w terminie roku od zakończenia postępowania upadłościowego, w którym nastąpiło umorzenie długów, umorzono lub zakończono kolejne postępowanie upadłościowe, oddalono wniosek o ogłoszenie upadłości na podstawie art. 13 p.u.n., a gdy nie złożono wniosku o ogłoszenie kolejnej upadłości dłużnika, termin wynosi trzy lata licząc od dnia, w którym dłużnik powinien to uczynić, z tym że termin roku dotyczy daty złożenia wniosku o orzeczenie zakazu.

Ta konstrukcja ma ochronić potencjalnych kontrahentów dłużnika przed wysokim ryzykiem związanym z możliwością zaistnienia kolejnego stanu niewypłacalności tej samej osoby. Ustawodawca doszedł do słusznego wniosku, że ryzyko gospodarcze dotyczące osoby, która już raz doprowadziła do takiego stanu, może być wysokie i osoba taka, nawet jeżeli złożyła wniosek o ogłoszenie upadłości w przepisany terminie, nie powinna uczestniczyć w obrocie gospodarczym.

De lege ferenda postulować należałoby objęcie tym przepisem ustawy również reprezentantów upadłego będącego osobą prawną lub inną jednostką organizacyjną, gdyż nie znajduje żadnego uzasadnienia ograniczenie tej podstawy jedynie do osób fizycznych będących upadłymi. Możliwa jest bowiem sytuacja, że zachowanie takiej osoby nie będzie spełniać przesłanek określonych w art. 373 ust. 1 i art. 374 p.u.n., ale uzasadnione byłoby zastosowanie do niej takich samych kryteriów, jak w sytuacji, gdyby było to zachowanie się samego upadłego będącego osobą fizyczną.

3.5. Wyniki badania empirycznego w zależności od kategorii osób

Poniżej przedstawione zostało zestawienie – będące wynikiem badania empirycznego spraw – liczby wniosków, które dotyczyły poszczególnych kategorii osób, w stosunku do których może zostać orzeczony zakaz prowadzenia działalności gospodarczej.

Tabela 7. Osoby, których dotyczyły wnioski o orzeczenie zakazu

Uczestnicy postępowania	Liczba wniosków	Liczba wniosków (%)
Osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą	144	63,7
Członkowie zarządu spółek kapitałowych	76	33,6
Likwidatorzy	2	0,9
Wspólnicy spółki jawnej	2	0,9
Prokurenci	2	0,9
Ogółem	226	100

Tabela ta przekonuje, że sądy zajmują się w zasadzie jedynie dwiema kategoriami podmiotów, a mianowicie osobami fizycznymi prowadzącymi działalność gospodarczą i członkami zarządu spółek kapitałowych, których dotyczyło łącznie 97,3% wniosków. Wnioski dotyczące pozostałych osób stanowią margines rozpoznawanych spraw.

Zwrócić należy uwagę, że im większe miasto, tym rośnie odsetek spraw dotyczących członków zarządu spółek kapitałowych, np. z 13 badanych spraw z Sądu Rejonowego dla m. st. Warszawy w Warszawie tylko jedna dotyczyła osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą, wszystkie pozostałe dotyczyły członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i spółki akcyjnej. Podobnie z 8 spraw z Sądu Rejonowego dla Krakowa-Śródmieścia w Krakowie aż 6 spraw dotyczyło członków zarządu spółek kapitałowych. Od tej zasady były jednak wyjątki, gdyż np. z 10 spraw z Sądu Rejonowego w Bydgoszczy tylko w jednej uczestnikiem postępowania byli dwaj członkowie zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Generalnie jednak można zauważyć oczywistą tendencję, że tam, gdzie działalność gospodarcza prowadzona jest za pomocą spółek kapitałowych prawa handlowego (zwykle z ograniczoną odpowiedzialnością), tam spraw z udziałem członków zarządów tych spółek jest zdecydowanie więcej.

Kolejne zestawienie obrazuje wyniki postępowania sądowego (uwzględnienie wniosku lub jego oddalenie) w odniesieniu do każdej z grup uczestników postępowania:

Tabela 8. Rozstrzygnięcie sądów I instancji w zależności o kategorii uczestnika postępowania

Uczestnicy postępowania	Liczba wniosków		
	w których orzeczono zakaz	oddalonych	umorzonych
Osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą	98	45	1
Członkowie zarządu	35	41	0
Likwidatorzy	2	0	0
Wspólnicy spółki jawnej	2	0	0
Prokurenci	0	2	0
Ogółem	137	88	1

Powyższe wyniki w ujęciu procentowym przedstawiają się następująco:

Tabela 9. Rozstrzygnięcie sądów I instancji w zależności o kategorii uczestnika postępowania – ujęcie procentowe

Uczestnicy postępowania	Liczba wniosków w danej kategorii spraw		
	w których orzeczono zakaz (%)	oddalonych (%)	umorzonych (%)
Osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą	68,1	31,2	0,7
Członkowie zarządu	46,1	53,9	0
Likwidatorzy	100	0	0
Wspólnicy spółki jawnej	100	0	0
Prokurenci	0	100	0

Zestawienia uwzględniają wyniki postępowania odwoławczego.

Zwraca uwagę okoliczność, że znacznie częściej uwzględniane są wnioski dotyczące osób prowadzących działalność gospodarczą na własny rachunek niż członków zarządu spółek kapitałowych. Było to wynikiem chociażby kilku czynników natury procesowej:

- znacznie częstszego podnoszenia zarzutów przez członków zarządu spółek – w przypadku osób prowadzących działalność gospodarczą, nawet jeżeli osoby te odbierały wezwania z sądu, bardzo często nie ustosunkowywały się do wniosku, nie podnosiły żadnych zarzutów,
- korzystania przez członków zarządu z pomocy profesjonalnych pełnomocników znacznie częściej niż w przypadku osób prowadzących działalność gospodarczą,
- składania wniosków przez organy państwowe znacznie częściej przeciwko osobom prowadzącym działalność gospodarczą niż członkom zarządu, a jak była już o tym mowa, wnioski te były zwykle znacznie lepiej przygotowane niż wnioski składane przez podmioty prywatne.

4. Zakres przedmiotowy zakazu

Zakres przedmiotowy zakazu prowadzenia działalności gospodarczej wynika z art. 373 p.u.n. Zgodnie z tym przepisem zakaz ten obejmuje pozbawienie prawa prowadzenia działalności gospodarczej na własny rachunek oraz pełnienia funkcji członka rady nadzorczej, reprezentanta lub pełnomocnika w spółce handlowej, przedsiębiorstwie państwowym, spółdzielni, fundacji lub stowarzyszeniu.

Konstrukcja tego przepisu jednoznacznie wskazuje, że jeżeli sąd orzeka zakaz prowadzenia działalności gospodarczej, to obowiązany jest orzec kumulatywnie o pozbawieniu wszystkich wymienionych praw. Oznacza to, że sąd nie może pozbawić prawa prowadzenia działalności gospodarczej na własny rachunek, a pozostawić danej osobie pozostałe prawa, a przynajmniej jedno z nich. Takie rozwiązanie przyjęte przez ustawodawcę jest jak najbardziej słuszne i prawidłowe. Trudno byłoby przyjąć za zasadną konstrukcję, w której – w przypadku uwzględnienia wniosku – możliwe byłoby uznanie, że osoba, której wniosek dotyczy, nie daje gwarancji prawidłowego uczestnictwa w obrocie gospodarczym w ramach prowadzonej na własny rachunek działalności gospodarczej, ale daje taką gwarancję w ramach innych form uczestnictwa w takim obrocie: albo określona osoba powinna być dopuszczona do obrotu gospodarczego, albo powinna być z niego wykluczona.

Wskazując na poszczególne formy działalności, jakie obejmuje zakaz prowadzenia działalności gospodarczej, można wyróżnić:

- 1) prowadzenie działalności gospodarczej na własny rachunek we wszystkich formach, a więc zarówno w ramach jednoosobowej działalności gospodarczej, jak i spółki cywilnej;
- 2) prowadzenie działalności w formie osobowych spółek prawa handlowego⁸³; w orzecznictwie przyjęto bowiem, że kupcem jest nie tylko ten, kto sam prowadzi we własnym imieniu przedsiębiorstwo zarobkowe, ale również ten, kto takie przedsiębiorstwo prowadzi wspólnie z drugą osobą, zatem członek jawnej spółki

⁸³ Por. J. Brol, *Prawo upadłościowe po nowelizacji*, „Monitor Prawniczy” 1997/10, s. 387.

handlowej jest kupcem w ogólności, a nie tylko o tyle, o ile chodzi o czynności połączone z przedsiębiorstwem spółki i dokonywane pod firmą spółki⁸⁴;

- 3) pełnienie funkcji reprezentanta przedsiębiorcy, niezależnie od jego formy organizacyjnoprawnej, tj. wchodzenie w skład organu, który jest uprawniony do składania oświadczeń woli w imieniu przedsiębiorcy;
- 4) pełnienie funkcji pełnomocnika przedsiębiorcy, niezależnie od jego formy organizacyjnoprawnej, tj. pełnomocnika w rozumieniu art. 95-98 k.c., jak i prokurenta (art. 109¹ – 109⁹ k.c.), bez względu na to, czy jest to pełnomocnictwo stałe, czy do dokonania określonych czynności prawnych (w ten zakres wchodzi również pełnomocnictwo udzielone w trybie art. 210 k.s.h.);
- 5) pełnienie funkcji w organie kontroli, jakim jest rada nadzorcza w spółce kapitałowej i spółdzielni – co prawda w art. 373-374 p.u.n. nie wspomniano o komisji rewizyjnej, jednak uwzględniając istotę zakazu, nie sposób uznać, aby udział w komisji rewizyjnej nie był zakazem tym objęty; niemniej w tym zakresie niezbędna jest tu ingerencja ustawodawcy, aby wyeliminować wszelkie wątpliwości.

Należy zauważyć, że przedmiotowy zakaz można uznać i tak za stosunkowo liberalny, gdyż tak naprawdę nie uwzględnia wszystkich aspektów związanych z niewłaściwym prowadzeniem działalności gospodarczej i uczestnictwem osoby fizycznej w obrocie gospodarczym. Przede wszystkim nie dotyczy on osób, które są współnikami lub akcjonariuszami spółek kapitałowych, gdyż posiadanie udziałów lub akcji w takich spółkach nie jest prowadzeniem działalności gospodarczej na własny rachunek⁸⁵. Nie ma tu znaczenia ani liczba posiadanych akcji lub udziałów, ani sposób ich nabycia. Brak objęcia zakazem tej formy uczestnictwa w obrocie gospodarczym ma szczególnie znaczenie w odniesieniu do spółek z ograniczoną odpowiedzialnością, w których główną rolę odgrywają zwykle wspólnicy (udziałowcy), a nie członkowie organu uprawnionego do reprezentacji, chyba że członek zarządu jest jednocześnie współnikiem (udziałowcem) spółki. Tak więc nawet jeżeli w stosunku do określonej osoby orzeczony zostanie zakaz prowadzenia działalności gospodarczej, nie obejmuje on możliwości udziału w obrocie gospodarczym jako

⁸⁴ Por. orzeczenie SN z 29.02.1936 r. (II C 2907/35), „Zbiór Orzecznictwa” 1936/9, poz. 366.

⁸⁵ Por. uchwałę 7 sędziów SN z 14.03.1995 r. (III CZP 6/95), OSNC 1995/5, poz. 72.

udziałowiec lub akcjonariusz handlowej spółki kapitałowej. Rozwiązania przyjęte przez ustawodawcę nie przystają zatem do rzeczywistości, gdyż nawet jeżeli w stosunku do określonej osoby zakaz ten zostanie orzeczony, nie powoduje to praktycznego wyłączenia tej osoby z obrotu gospodarczego, chociaż z formalnego punktu widzenia takiego poglądu można byłoby bronić. Ponieważ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jest – obok działalności gospodarczej na własny rachunek – najczęstszą formą prowadzenia działalności gospodarczej, to dalsza możliwość bycia udziałowcem spółki powoduje, że zakaz ten jest tylko teoretyczny. Najważniejszym organem w spółce nie jest bowiem zarząd, ale walne zgromadzenie wspólników (akcjonariuszy), zaś zarząd stanowi przede wszystkim organ wykonujący dyspozycje takiego zgromadzenia, które podejmowane są w formie uchwał. Powszechnie znaną sytuacją jest zakładanie działalności gospodarczej na tzw. „słupa”, a więc członkiem zarządu, często jednoosobowego, pozostaje osoba, która nie ma realnej władzy w spółce, a jedynie wykonuje decyzje właściciela (właścicieli), który jest „tylko” wspólnikiem (udziałowcem lub akcjonariuszem).

Zasadnym jest więc postulowanie *de lege ferenda*, aby przedmiotowy zakaz rozszerzyć na brak możliwości bycia udziałowcem lub akcjonariuszem w spółce kapitałowej, a przynajmniej ograniczyć możliwość nabywania udziałów lub akcji do pewnego, bardzo niskiego poziomu. Tego rodzaju zakaz w znacznie lepszym stopniu wyrażałby ideę wyeliminowania z obrotu gospodarczego osób, które swoim zachowaniem nie dały podstaw do uznania je za osoby właściwe do prowadzenia działalności gospodarczej w jakimkolwiek jej przejawie. Zakaz powinien więc obejmować wszelkie przejawy bytu osoby fizycznej w osobie prawnej lub innej jednostce organizacyjnej, które pozwalają na podejmowanie decyzji. Z praktycznego punktu widzenia tego rodzaju rozszerzenie nie wyeliminowałoby zapewne wszelkich przejawów łamania orzeczonego zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, ale przynajmniej w znacznym stopniu utrudniłoby takie działanie. W przeciwnym razie przedmiotowy zakaz pozostanie jedynie zakazem teoretycznym i będzie przestrzegany jedynie przez osoby, które faktycznie nie zamierzają uczestniczyć już w obrocie gospodarczym w żadnej formie. Natomiast cel i istota tego zakazu przemawia za tym, aby nie pozostawał on tylko „zapisem na papierze”, ale był faktyczną formą dolegliwości dla samego sprawcy oraz stanowił jeden z przejawów ochrony bezpieczeństwa obrotu gospodarczego. Ingerencja ustawodawcy nie

wymagałaby jakichś szczególnych działań, a skutki byłyby doniosłe i z pewnością pozytywne.

5. Przesłanki orzeczenia zakazu

5.1. Uwagi ogólne

Z konstrukcji art. 373 i 374 p.u.n. wynika, że istnieją trzy różne przesłanki orzeczenia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, a mianowicie:

- 1) zawinione zachowanie się w sposób określony w art. 373 ust. 1 p.u.n., jeżeli w wyniku tego wystąpiły negatywne konsekwencje, w szczególności obniżenie wartości przedsiębiorstwa upadłego i/lub pokrzywdzenie wierzycieli (art. 373 ust. 1 i 2 p.u.n.);
- 2) wcześniejsze ogłoszenie upadłości, bez względu na winę dłużnika, jeżeli we wcześniejszym postępowaniu doszło do umorzenia długów osoby po zakończeniu postępowania upadłościowego albo ogłoszono upadłość nie dawniej niż pięć lat przed ponownym ogłoszeniem upadłości (art. 373 ust. 3 p.u.n.);
- 3) celowe działanie lub rażące niedbalstwo, którego skutkiem jest stan niewypłacalności (art. 374 p.u.n.).

Powyższe daje podstawy do przyjęcia, że orzeczenie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej nie musi być uzależnione od zawinionego zachowania się dłużnika lub innej osoby, której wniosek może dotyczyć. Wina nie jest więc w każdym przypadku warunkiem *sine qua non* takiego zakazu. Niemniej ponieważ najczęstszą przyczyną orzeczenia zakazu są okoliczności wymienione w art. 373 ust. 1 pkt 1 p.u.n., to sąd rozpoznający sprawę obowiązany jest ustalić, czy zachowanie uczestnika postępowania nosiło znamiona zawinienia, którego stopień zależy od tego, z którą podstawą zakazu mamy do czynienia.

5.2. Wina i negatywne skutki działań

Podstawową okolicznością przesądzającą o możliwości pozbawienia określonej osoby prawa prowadzenia działalności gospodarczej na podstawie art. 373 ust. 1

p.u.n. jest popełnienie opisanych w tym przepisie czynów w sposób zawiniony. Należy zauważyć, że ustawodawca nie stopniuje w tym przypadku winy, co oznacza, że podstawa do zastosowanie tego środka zachodzi zarówno, gdy sprawca popełnił czyn umyślnie, jak również w przypadku nieumyślnie zachowania, i nie musi to być „wyższy” stopień nieumyślności. Chodzi tu więc o każdy stopień winy upadłego lub innej osoby dopuszczającej się penalizowanego czynu. Jest to o tyle istotne, że w praktyce najczęściej niezwykle trudno jest wykazać winę uczestnika postępowania. Z treści art. 373 ust. 2 p.u.n. wynika jednak, że stopień winy ma wpływ na orzeczenie sądu, co dotyczy w szczególności zakresu czasowego zakazu.

Wina nie jest zdefiniowana w nauce prawa cywilnego, w związku czym korzysta się z nauki prawa karnego. Generalnie chodzi o ujemną ocenę moralną zachowania się sprawcy. Wina jest znamieniem działania ludzkiego, które wchodzi w skład stanu faktycznego opisanego w hipotezie normy prawnej, z którym norma ta wiąże powstanie odpowiedzialności, a wina może być w takim przypadku traktowana nawet jako samodzielna przesłanka odpowiedzialności⁸⁶. Czyn sprawcy musi wykazywać więc pewne znamiona (cechy) niewłaściwości zachowania się, odnoszące się do strony podmiotowej i przedmiotowej. Jeżeli mówimy o znamionach przedmiotowych winy, dotyczy to bezprawności czynu, tj. zachowania się w sposób naruszający przepisy prawa lub zasady współżycia społecznego, jeżeli o znamionach podmiotowych – winie w znaczeniu subiektywnym, czyli stosunku woli i świadomości działającego do swojego czynu (wina w znaczeniu ścisłym). Tradycyjny pogląd nauki skłaniał się ku szerszemu ujęciu winy, w którym dopatrywano się elementu obiektywnego i elementu subiektywnego. Ostatnio dominuje pogląd o konieczności rozdzielenia zakresów obu tych pojęć, tj. bezprawności i winy, co oznacza, że pojęcie winy odnieść należy jedynie do opisanego podmiotowych cech zachowania się sprawcy szkody⁸⁷. Najkrócej rzecz ujmując, winę można zatem przypisać podmiotowi prawa tylko wtedy, kiedy istnieją podstawy do negatywnej oceny jego zachowania z punktu widzenia obu tych elementów (tzw. zarzucalność postępowania)⁸⁸. Dopiero czyn bezprawny może być oceniany w kategoriach czynu zawinionego. *A contrario*,

⁸⁶ T. Dybowski w: *System prawa cywilnego. T. 3, cz. 1: Prawo zobowiązań – część ogólna*, Z. Radwański (red.), Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1981, s. 199.

⁸⁷ G. Bieniek [w:] *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 1, G. Bieniek (red.), Warszawa 2005, s. 235.

⁸⁸ Por. wyrok SN z 26.9.2003 r. (IV CK 32/02), LEX 146462.

brak przekonujących ustaleń co do bezprawnego charakteru działania określonej osoby eliminuje w ogóle możliwość rozważania odpowiedzialności tej osoby na podstawie przepisów opartych na zasadzie winy.

Tak rozumiane pojęcie winy powinno zostać odniesione również do prawa upadłościowego, które stanowi część prawa cywilnego. Jednak stopień winy nie jest jedynym czynnikiem, który musi być brany pod uwagę przez sąd upadłościowy przy orzekaniu w sprawie dotyczącej zakazu prowadzenia działalności gospodarczej. Drugim elementem jest skutek zawinonego działania osoby, której dotyczy wniosek, w tym w szczególności obniżenie wartości ekonomicznej przedsiębiorstwa upadłego i rozmiar pokrzywdzenia wierzycieli. Chodzi tu o skutki mające wpływ na osiągnięcie celu postępowania upadłościowego, którym jest zaspokojenie wierzycieli w jak najwyższym stopniu. W większości przypadków działania wymienione w art. 373 ust. 1 pkt 1-4 p.u.n. doprowadzą do obniżenia wartości ekonomicznej przedsiębiorstwa upadłego, co tym samym prowadzi do pokrzywdzenia wierzycieli. Taka jest zasada, ale nie można wykluczyć istnienia wyjątków od niej. Przykładowo, jeżeli wniosek o ogłoszenie upadłości zostanie złożony jedynie z niewielkim uchybieniem terminowi określonym w art. 21 p.u.n., przesłanki te mogą nie zaistnieć, gdyż wartość przedsiębiorstwa upadłego może być wówczas dokładnie taka sama, jak w czternastym dniu od daty powstania podstawy upadłości, tj. niewypłacalności. W takiej sytuacji orzeczenie przedmiotowego zakazu – w świetle obowiązujących przepisów prawa – byłoby niecelowe.

Powstaje pytanie, czy stopień winy i skutek podejmowanych działań stanowi podstawę orzeczenia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, a więc jedną z jej przesłanek, czy ma jedynie wpływ na zakres czasowy tego zakazu. Ustawodawca posłużył się bowiem sformułowaniem, że sąd bierze pod uwagę te przesłanki „przy orzekaniu zakazu”. Z jednej strony można byłoby zatem przyjąć, że jak wynika z brzmienia art. 373 ust. 1 i 2 p.u.n., samo zawinione działania wymienione enumeratywnie w punktach 1-4 tego pierwszego ustępu nie oznacza *a priori* obowiązku sądu nałożenia przedmiotowego zakazu, gdyż sąd powinien uwzględnić również dwie pozostałe przesłanki, tj. stopień winy i skutek działań. Z drugiej strony można byłoby uznać, że podstawą orzeczenia zakazu jest wyłącznie popełnienie przez sprawcę jednego z czynów określonych w art. 373 ust. 1 pkt 1-4 p.u.n., zaś stopień winy i skutek działań mają wpływ jedynie na czas trwania zakazu.

Zasadnym wydaje się przyjęcie tego pierwszego stanowiska, za czym przemawia konstrukcja ustępu 2 tego artykułu. W jego drugim zdaniu stwierdzono, że sąd może odstąpić od orzekania zakazu, jeżeli sąd upadłościowy oddalił wniosek o ogłoszenie upadłości na podstawie art. 12 p.u.n., a więc jeżeli opóźnienie w wykonaniu zobowiązań nie przekracza trzech miesięcy, a suma niewykonanych zobowiązań nie przekracza 10% wartości bilansowej przedsiębiorstwa dłużnika, chyba że niewykonanie zobowiązań ma charakter trwały albo gdy oddalenie wniosku może spowodować pokrzywdzenie wierzycieli, a jednocześnie sąd na wniosek dłużnika zezwolił na wszczęcie postępowania naprawczego w sytuacji, gdy nie ma przeszkód określonych w art. 492 ust. 3 ustawy. Zostało więc przewidziane odstępstwo od możliwości orzeczenia zakazu, które odnosi się jednak do innych okoliczności niż stopień winy i skutek działań.

Także w orzecznictwie podkreśla się, że nie jest wystarczające istnienie winy w podejmowaniu działań w art. 373 ust. 1 pkt 1-4 p.u.n., ale ważny jest skutek zawinonego działania⁸⁹. Zasadnicze znaczenie ma nie sam fakt „doprowadzenia do upadłości”, ale związek przyczynowy pomiędzy uchybieniami wymienionymi w art. 373 ust. 1 pkt 1-4 p.u.n. a obniżeniem wartości ekonomicznej przedsiębiorstwa upadłego i rozmiarem pokrzywdzenia wierzycieli. Zarówno bowiem stopień winy, jak i skutki podejmowanych działań mają wpływ nie tylko na zakres pozbawienia praw, lecz mogą również oddziaływać na decyzję sądu o oddaleniu wniosku w konkretnej sytuacji⁹⁰. Jest to tym bardziej istotne, że ustawa nie obliguje sądu do orzeczenia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, nawet jeżeli zaistnieją przesłanki, o których mowa. Ustawodawca posłużył się w art. 373-374 p.u.n. sformułowaniem, że „sąd może orzec zakaz”. Penalizacja sprawcy nie stanowi więc środka, który powinien być stosowany w każdym przypadku zaistnienia znamion określonych w tych artykułach. Do sądu należy ocena, czy zachowanie się tej osoby, stanowiące jeden z typów penalizowanego zachowania się, było działaniem lub zaniechaniem o takim stopniu zawinienia i o takim skutku, który uzasadnia zastosowanie wobec tej osoby tego środka. Orzeczenie zakazu jest więc fakultatywne, a nie obligatoryjne.

⁸⁹ Por. np. wyroki SN: z 11.12.2008 r. (IV CSK 379/08), LEX nr 574552, z 5.03.2009 r. (III CSK 297/08), LEX nr 512981, z 13.01.2010 r. (II CSK 364/09), LEX nr 574527.

⁹⁰ Por. postanowienie SN z 24.09.2010 r. (IV CSK 92/10), LEX nr 864018.

Co niezwykle istotne, w art. 373 p.u.n. nie ustanowiono domniemania winy w przypadku stwierdzenia niezachowania terminu do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Ocena istnienia winy po stronie uczestnika postępowania wymaga oceny dopuszczonych w sprawie dowodów pod tym kątem i stwierdzenia, na czym polegała wina uczestnika postępowania⁹¹. Obowiązkiem wnioskodawcy jest zatem nie tylko powołanie się na ustawową podstawę orzeczenia zakazu, ale również wykazanie stosownymi dowodowymi, że działanie lub zaniechanie uczestnika postępowania było zawinione przynajmniej na poziomie niedbalstwa, a więc że jednego z czynów wymienionych w ust. 1 tego artykułu dopuścił się on bezprawnie, w warunkach subiektywnego nastawienia co do popełnionego czynu. Orzeczenie zakazu jest wprawdzie sankcją cywilną o charakterze prewencyjnym, jednak w istocie jest zbliżone do sankcji karnej przewidzianej w Kodeksie karnym, gdyż, w odróżnieniu od rozwiązań typowych dla prawa cywilnego, stanowi dolegliwość o charakterze głównie osobistym⁹².

W pewnej sytuacji sąd może odstąpić od orzekania zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, a mianowicie, gdy sąd upadłościowy oddalił wniosek o ogłoszenie upadłości na podstawie art. 12 p.u.n. i zezwolił na wszczęcie postępowania naprawczego (art. 373 ust. 2 *in fine* p.u.n.). Takie postanowienie oznacza, że chodzi tu o sytuacje, w których istnieją podstawy do orzeczenia w stosunku do danej osoby zakazu, czyli spełnia ona formalne wymogi określone w ustawie (np. gdy nie złożyła w ustawowym terminie wniosku o ogłoszenie upadłości), a jedynie ze względu na oddalenie wniosku o ogłoszenie upadłości i wyrażenie zgody na prowadzenie przez dłużnika postępowania naprawczego, sąd decyduje się na odstąpieniu od orzekania zakazu. Jest to logiczną konsekwencją dopuszczenia dłużnika do próby zawarcia układu z wierzycielami⁹³. Powinno to znaleźć odzwierciedlenie w sentencji postanowienia, gdyż jeżeli sąd uznaje, że nie ma podstaw do orzeczenia zakazu, postanowieniem oddala wniosek, a nie odstępuje od orzeczenia zakazu.

W art. 373 ust. 2 zd. 2 p.u.n. nie zawarto wytycznych, jakimi powinien kierować się sąd odstępując od orzeczenia zakazu w stosunku do określonej osoby, a więc jakie

⁹¹ Por. postanowienie SN z 4.07.2012 r. (I CSK 640/11), LEX nr 1228433.

⁹² Por. postanowienie SN z 30.11.2011 r. (III CSK 44/11), LEX nr 1130172.

⁹³ P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe...*, s. 811.

okoliczności powinien wziąć pod uwagę. Zasadne byłoby uwzględnienie tu celów postępowania naprawczego, a więc umożliwienie naprawy przedsiębiorstwa, oraz zachowania się dłużnika, w szczególności, czy jego działanie lub zaniechanie nosiło znamiona zawinienia.

5.3. Brak winy dłużnika

W przypadku osób, co do których już wcześniej ogłoszono upadłość, nie musi występować wina jako przesłanka orzeczenia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej. Istotne jest w tym przypadku, czy i kiedy orzeczono w stosunku do dłużnika upadłość. Jest to uzasadnione tym, że bez względu na stopień winy, doszło do takiego zachowania się dłużnika (działania lub zaniechania), które spowodowało konieczność orzeczenia upadłości przez sąd upadłościowy. Niemniej w art. 373 ust. 3 p.u.n. nie sprecyzowano, kiedy konkretnie sąd powinien wydać postanowienie orzekające zakaz prowadzenia działalności gospodarczej. W związku z tym wskazuje się, że wobec braku wyraźnych wskazówek należy kierować się względami celowościowymi⁹⁴. Uzasadnione to jest tym, że przepis o pozbawieniu prawa prowadzenia działalności gospodarczej wprowadzono w celu realizacji funkcji profilaktycznej, a także wychowawczej prawa upadłościowego. Ponieważ zakaz ten ma chronić inne podmioty obrotu gospodarczego przed nieodpowiedzialnymi zachowaniami osób niekompetentnych, to sąd – orzekając o pozbawieniu praw na podstawie art. 373 ust. 3 p.u.n. – powinien badać, jakie były przyczyny ogłoszenia upadłości zarówno wcześniejszej, jak i ostatniej. Jeżeli były to upadłości spowodowane niekompetencją upadłego czy wręcz jego niedbalstwem, sąd powinien orzec taki zakaz. Im większy zakres niekompetencji czy niedbalstwa, tym czas, na jaki praw tych należy pozbawić upadłego, winien być dłuższy.

Jednocześnie słusznie wskazano, że chociaż w przepisie tym nie uzależniono orzekania o pozbawieniu praw od stopnia winy upadłego, to jednak z uwagi na cel i funkcje orzekania zakazu, o którym mowa w art. 373 ust. 1 p.u.n., nie wydaje się właściwe, aby na podstawie art. 373 ust. 3 tej ustawy orzekano pozbawienie prawa prowadzenia działalności gospodarczej, gdyby przyczyny ogłoszenia upadłości

⁹⁴ Por. F. Zedler w: *Prawo upadłościowe...*, s. 961.

zarówno wcześniejszych, jak i ostatniej były następstwem niezawinionych działań upadłego⁹⁵. Pomimo tego, że podstawą orzeczenia zakazu w tym trybie jest jedynie orzeczenie upadłości dłużnika w określonym terminie, to również w art. 373 ust. 3 p.u.n. ustawodawca użył sformułowania „sąd może orzec pozbawienie (...) prawa prowadzenia działalności gospodarczej”. Skoro także w tej sytuacji zakaz ma charakter fakultatywny, a nie obligatoryjny, to muszą istnieć okoliczności, jakie sąd upadłościowy musi wziąć pod uwagę przy orzekaniu w tego typu sprawach, jeżeli wcześniejsze ogłoszenie upadłości dłużnika jest warunkiem *sine qua non*. Gdyby takich okoliczności nie było, w przepisie tym powinno zostać użyte sformułowanie świadczące o obligatoryjnym charakterze orzeczenia zakazu na tej podstawie. Przesłanka winy jest najbardziej miarodajnym kryterium zachowania się dłużnika, gdyż na tej podstawie można stwierdzić, czy to zawinione zachowanie tej osoby doprowadziło do negatywnych skutków związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej, skutkujących pokrzywdzeniem wierzycieli, zaś stopień winy umożliwia sądowi dostosowanie zakazu do sposobu działania sprawcy.

W przeciwieństwie jednak do art. 373 ust. 1 p.u.n., w przypadkach przewidzianych w ustępie 2 tego artykułu sąd może orzec zakaz prowadzenia działalności gospodarczej nawet jeżeli uczestnik postępowania nie zawinił w tym, że w stosunku do niego orzeczono zakaz prowadzenia działalności gospodarczej, ale inne okoliczności, w szczególności stopień pokrzywdzenia wierzycieli, przemawia za orzeczeniem zakazu. Z jednej strony wydaje się jednak, że taka konstrukcja powinna pozostać jedynie jako możliwość teoretyczna, gdyż raczej trudno uznać za celowe orzekanie zakazu w takiej sytuacji. Z drugiej zaś strony, trudno również wyobrazić sobie w praktyce sytuację, w której dłużnik nie ponosi winy w żadnym stopniu w działaniu lub zaniechaniu prowadzącym do orzeczenia w stosunku do niego zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, a więc chociażby winy związanej ze zwykłym niedbalstwem, a więc że w ogóle nie przewidywał skutków swojego zachowania się.

W doktrynie podnosi się, że przepis art. 373 ust. 3 pkt 2 p.u.n. nie powinien obejmować swoim zakresem sytuacji, które miały miejsce w porządku prawnym przed wejściem w życie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, albowiem

⁹⁵ Tak F. Zedler w: *Prawo upadłościowe...*, s. 961.

wynika to z przepisu przejściowego art. 540 p.u.n.⁹⁶ Jest to słuszne rozumowanie, oparte na prawidłowej wykładni przepisów przejściowych, gdyż w artykule tym odwołano się jedynie do „przepisów”, bez wyłączenia przepisów materialnych lub procesowych, a więc pozostają one w zakresie jego unormowania.

5.4. Celowe działanie i rażące niedbalstwo dłużnika

Dodatkową możliwość orzeczenia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej przewiduje art. 374 p.u.n. Sąd może bowiem orzec taki zakaz wobec dłużnika będącego osobą fizyczną, także jeżeli niewypłacalność dłużnika jest następstwem jego celowego działania lub rażącego niedbalstwa, a także wobec osób uprawnionych do reprezentowania przedsiębiorcy będącego osobą prawną lub spółką handlową niemającą osobowości prawnej, jeżeli niewypłacalność przedsiębiorcy lub pogorszenie jego sytuacji finansowej jest następstwem celowego działania lub rażącego niedbalstwa tych osób.

Przepis ten dotyczy więc osób fizycznych będących przedsiębiorcami, wspólników osobowych spółek handlowych ponoszących odpowiedzialność za zobowiązania spółki bez ograniczenia całym swoim majątkiem, wspólników spółki partnerskiej (art. 5 ust. 2 pkt 2-3 p.u.n.), osób faktycznie prowadzących działalność gospodarczą (art. 9 p.u.n.), osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej (art. 491¹ i n. p.u.n.) oraz reprezentantów osób prawnych i spółki handlowej niemającej osobowości prawnej. Krąg tych osób jest analogiczny do kręgu osób zobowiązanych do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości dłużnika. Przesłanką jest doprowadzenie przez te osoby do stanu niewypłacalności w wyniku zawinionego działania mającego znamiona działania celowego lub rażącego niedbalstwa. Zatem jeżeli niewypłacalność zaistniała w wyniku niedbalstwa dłużnika, które nie miało charakteru „rażącego”, nie ma podstaw do orzeczenia zakazu na tej podstawie.

O celowym działaniu upadłego oraz osób wymienionych w art. 374 p.u.n. można mówić wtedy, gdy podejmowali oni działania zmierzające do doprowadzenia swego

⁹⁶ Tak A. Witosz, *Umorzone, uchylone albo ukończone postępowanie układowe a prawo upadłościowe i naprawcze*, „Prawo Spółek” 2004/2, s. 28. Pogląd ten znalazł aprobatę również w orzecznictwie – por. postanowienie SN z 27.02.2008 r. (III CSK 275/07), LEX nr 621803.

przedsiębiorstwa do niewypłacalności albo co najmniej świadomie się na to godzili. Przy określeniu zaś, czy mamy do czynienia z rażącym niedbalstwem jako przyczyną niewypłacalności, należy zbadać, czy osoba, która ma być pozbawiona tych praw, zachowała przy prowadzeniu działalności gospodarczej należyłą staranność wymaganą przy prowadzeniu działalności gospodarczej⁹⁷. W każdej sytuacji, a więc niezależnie od tego, czy wcześniej był składany wniosek o ogłoszenie upadłości dłużnika, zostało wszczęte postępowanie upadłościowe, czy też takiego wniosku nie było, to na wnioskodawcy w sprawie o orzeczenie zakazu ciąży obowiązek wykazania, że osoba odpowiedzialna podejmowała celowe działania prowadzące do utraty zdolności spłaty zobowiązań lub zanieczywał swoje obowiązki związane z prowadzoną działalnością gospodarczą albo funkcjonowaniem osoby prawnej lub innej spółki, a działania lub zaniechania można uznać za rażąco odbiegające od przyjętych norm. Okoliczności tych można dowodzić za pomocą wszelkich środków dowodowych przewidzianych przepisami Kodeksu postępowania cywilnego.

5.5. Wyniki badania empirycznego

5.5.1. Wina dłużnika

Jak wskazano, wina i jej stopień stanowią podstawową przesłankę, jaką musi rozpatrzyć sąd orzekający w sprawie orzeczenia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej. Zatem również w analizowanych sprawach było to zagadnienie, którym sądy zajmowały się szczególnie dokładnie.

Z ciekawą kwestią mieliśmy do czynienia w sprawie zakończonej przez Sąd Rejonowy w Bydgoszczy postanowieniem z 18.04.2012 r.⁹⁸, wytoczonej przez Skarb Państwa – Naczelnika Urzędu Skarbowego na początku listopada 2011 r. Uczestniczka postępowania podniosła, że we wrześniu 2010 r. zlikwidowała działalność, ale faktycznie nigdy nie zajmowała się merytorycznymi zagadnieniami związanymi z prowadzeniem przedsiębiorstwa, gdyż tym zajmował się jej wspólnik

⁹⁷ Por. F. Zedler w: *Prawo upadłościowe...*, s. 964-965.

⁹⁸ Postanowienie SR w Bydgoszczy z 18.04.2012 r. (XV Gzd 60/11), niepubl.

(mąż), a ponadto jest przewlekle chora. Sąd oddalił wniosek wskazując, że chociaż obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości powstał 1.05.2009 r., to uczestniczce nie można przypisać winy, gdyż na skutek choroby nie uczestniczyła w prowadzeniu działalności gospodarczej, ale czynił to jej mąż będący pełnomocnikiem, który zajmował się wszystkimi czynnościami. Nie miała więc wiedzy, świadomości i możliwości złożenia wniosku, a dodatkowo pokrzywdzenie wierzycieli jest niewielkie, zaś w stosunku do jednego z zobowiązań – minimalne. Te okoliczności uzasadniają skorzystanie z fakultatywnego charakteru orzeczenia zakazu.

Jednak z takim poglądem w zakresie pojęcia winy nie sposób się zgodzić. Nie sposób bowiem uznać, że ustanowienie pełnomocnika powoduje zwolnienie przedsiębiorcy z obowiązku dbania o swoje interesy i że skutkami działań pełnomocnika należy w zasadzie obciążyć jego. Ponadto ustanowienie pełnomocnika nie zwalnia przedsiębiorcy z obowiązku znajomości zasad związanych z prowadzoną działalnością gospodarczą, a jedną z nich jest obowiązek spłaty zobowiązań i złożenia wniosku o upadłość, jeżeli spłaty nie będą możliwe. Pełnomocnik dokonuje czynności w imieniu i na rzecz mocodawcy, który ponosi pełne konsekwencje z tym związane. Idąc tokiem rozumowania Sądu Rejonowego należałoby przyjąć, że po powierzeniu dokonywania czynności innej osobie, przedsiębiorca nie musi dbać o swoje interesy. Jest to oczywiście sprzeczne z istotą winy.

W tym kontekście warto zwrócić uwagę na postanowienie tego samego Sądu z 5.01.2012 r.⁹⁹, który orzekając zakaz na okres 3 lat uznał, że nie stanowi przesłanki zwalniającej okoliczność, że uczestnik postępowania dopiero w sierpniu 2011 r. dowiedział się, że spoczywa na nim ustawowy obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Skoro trwały stan niewypłacalności powstał z końcem 2009 r., to niezłożenie wniosku o ogłoszenie upadłości stanowi co najmniej zawinione zaniechanie dłużnika, a nadto powinien on co najmniej przewidywać możliwość pokrzywdzenia wierzycieli. Jednak nie zachodzi tu wina umyślna, bo uczestnik nie orientował się w procedurach związanych z upadłością. Podobnie Sąd Rejonowy w Elblągu uznał, że chociaż działalność faktycznie prowadził mąż uczestniczki, to okoliczność ta nie zwalnia jej od odpowiedzialności, zaś wniosek został oddalony

⁹⁹ Postanowienie SR w Bydgoszczy z 5.01.2012 r. (XV Gzd 58/11), niepubl.

jedynie z uwagi na upływ terminu z art. 377 p.u.n., w brzmieniu sprzed 2.05.2009 r.¹⁰⁰ Także w sprawie rozpatrywanej przez Sąd Rejonowy w Białymstoku, zakończonej postanowieniem z 26.10.2012 r.¹⁰¹, uczestnik postępowania, będący członkiem zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, podnosił, że wnioskodawca, z którym spółka jako najemca miała zawartą umowę najmu, odciął prąd w lokalu, co uniemożliwiło spółce prowadzenie działalności gospodarczej, w związku z czym spółka obciążyła wnioskodawcę notą z tytułu szkody. Miało to – zdaniem uczestnika – oznaczać, że wierzytelność, na którą powoływał się wnioskodawca, jest sporna. Ponadto uczestnik podnosił, że nie wiedział o obowiązku złożenia takiego wniosku. Niemniej Sąd nie uwzględnił tych zarzutów, orzekając zakaz prowadzenia działalności gospodarczej na okres 3 lat, uwzględniając fakt, że przed złożeniem wniosku został oddalony wniosek o ogłoszenie upadłości dłużnej spółki z powodu braku majątku na koszty postępowania upadłościowego.

Generalnie sądy przyjmowały więc, że brak wiedzy uczestnika postępowania o obowiązkach wynikających z art. 10 i 11 w zw. z 21 p.u.n. nie stanowi okoliczności zwalniającej w rozumieniu art. 373 ust. 2 ustawy. Pomimo tego typu obrony dłużników zakazy prowadzenia działalności gospodarczej były zwykle orzekane¹⁰². I taki pogląd należy uznać za prawidłowy, gdyż nie zwalnia od odpowiedzialności nieznajomość prawa, a tym bardziej powierzenie dokonywania czynności innej osobie. Nawet jeżeli w konkretnym przypadku nie można mówić o winie umyślnej, to o winie nieumyślnej już tak. Niemniej Sąd Rejonowy w Piotrkowie Trybunalskim wyraził pogląd, że orzeczenie zakazu w stosunku do dłużnika, który ukończył szkołę podstawową, nie zna procedury i nie wykonał obowiązku w przedmiocie złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, byłoby zbyt daleko idącą ingerencją w konstytucyjne prawa jednostki¹⁰³. Nie sposób się jednak z takim stanowiskiem zgodzić, gdyż konstytucyjna zasada wolności gospodarczej ma ograniczenia, a jednym z nich jest

¹⁰⁰ Postanowienie SR w Elblągu z 21.12.2012 r. (V Gzd 14/12), niepubl.

¹⁰¹ Postanowienie SR w Białymstoku z 26.10.2012 r. (VIII Gzd 7/12), niepubl.

¹⁰² Por. postanowienie SR w Kaliszu z 19.10.2012 r. (V Gzd 28/12), niepubl. W tej sprawie uczestnik podnosił, że myślał, iż obowiązek ten dotyczy tylko spółek, a nadto, że po uporaniu się z kłopotami finansowymi chciałby kiedyś prowadzić działalność gospodarczą. Także np. postanowienie SR dla Wrocławia-Fabrycznej we Wrocławiu z 12.10.2011 r. (VIII Gzd 16/11), niepubl., postanowienie SR w Zamościu z 12.06.2012 r. (VI Gzd 4/12), niepubl.

¹⁰³ Por. postanowienie SR w Piotrkowie Trybunalskim z 19.11.2012 r. (V Gzd 3/12), niepubl.

właśnie możliwość orzeczenia zakazu. Z tego punktu widzenia przesłanki tego zakazu nie powinny być rozpatrywane.

W sprawie rozpatrywanej przez Sąd Rejonowy w Gliwicach uczestnik postępowania podniósł, że nie miał możliwości złożenia wniosku o upadłość, bo pozbawiony został dokumentacji finansowej, odebranej mu przez organy państwowe celem przeprowadzenia kontroli, a następnie wszczęto postępowanie karno-skarbowe. Rozpatrując pierwszy raz tę sprawę Sąd Rejonowy kwestię tę w zasadzie pominął, w związku z czym Sąd Okręgowy w Gliwicach uchylił postanowienie orzekające zakaz na okres 3 lat i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania, wskazując, że to wnioskodawca powinien wykazać przesłanki z art. 373 p.u.n., a sąd ma obowiązek ustosunkować się do kwestii niemożności zgłoszenia wniosku o upadłość. Po ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Rejonowy w Gliwicach postanowieniem z 14.06.2012 r.¹⁰⁴ oddalił wniosek podnosząc, że co prawda zaistniał stan niewypłacalności dłużnika, ale nie złożył on wniosku o ogłoszenie upadłości nie ze swojej winy, gdyż utracił całą dokumentację finansową i jej nie odzyskał, co ustalono w postępowaniu karnym. Pogląd, że wnioskodawca nie wykazał winy dłużnika, zaakceptował Sąd Okręgowy w Gliwicach, oddalając postanowieniem z 19.10.2012 r.¹⁰⁵ apelację wnioskodawcy.

Był to więc szczególny przypadek, z którego nie sposób wyprowadzać wniosku natury ogólnej, że utrata dokumentacji finansowej zwalnia dłużnika z omawianego obowiązku. Istotne jest przede wszystkim to, z jakich przyczyn nastąpiła utrata takich dokumentów. Jednocześnie orzeczenie to stanowi przykład tego, że przesłanki orzeczenia zakazu należy badać w każdej konkretnej sprawie. Natomiast w sprawie rozpatrywanej przez Sąd Rejonowy w Wałbrzychu reprezentant dłużnika (likwidator Gminnej Spółdzielni Samopomoc Chłopska) powołał się na jeszcze inną okoliczność, a mianowicie, że Spółdzielnia nie miała na koszty postępowania sądowego, więc zwrócił się do wnioskodawcy (Zakład Ubezpieczeń Społecznych), aby ten złożył wniosek o ogłoszenie upadłości dłużnika. Jednak wierzyciel uznał, że nie ma ku temu podstaw, więc uczestnik oparł się na tej opinii, gdyż skoro wierzyciel twierdzi, że nie widzi przesłanek do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości dłużnika, to faktycznie

¹⁰⁴ Postanowienie SR w Gliwicach z 14.06.2012 r. (XII Gzd 32/11), niepubl.

¹⁰⁵ Postanowienie SO w Gliwicach z 19.10.2012 r. (X Ga 235/12), niepubl.

tak musi być. Sąd uznał krótko, że niezasadne było występowanie do wierzyciela o złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości¹⁰⁶. Dodać należy, że z tego punktu widzenia stanowisko Sądu było jak najbardziej prawidłowe z dwóch przyczyn. Po pierwsze, nie do wierzyciela należy ocena, czy zachodzą przesłanki do ogłoszenia upadłości dłużnika, a więc opinia wierzyciela nie ma żadnej mocy wiążącej ani dla samego dłużnika, ani tym bardziej dla sądu upadłościowego. Po drugie, nie jest obowiązkiem wierzyciela składanie wniosku o ogłoszenie upadłości dłużnika - stanowi to jedynie prawo wierzyciela, zaś jest obowiązkiem osób wymienionych w art. 21 ust. 1 i 2 p.u.n., od których należy wymagać, aby wniosek był złożony we właściwym czasie, a więc gdy wszyscy wierzyciele mają możliwość uzyskania równomiernego, chociaż tylko częściowego, zaspokojenia z majątku dłużnika. Możliwość taka oczywiście nie zachodzi, jeżeli dochodzi do sytuacji, w której dłużnik nie ma środków na pokrycie kosztów postępowania upadłościowego, a tym bardziej na uiszczenie opłaty sądowej od wniosku o ogłoszenie upadłości.

Z badanych spraw można wyciągnąć wniosek, że nie zachodzi wina w opóźnieniu w złożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości, jeżeli wniosek nie został złożony z powodu podejmowanych prób ratowania przedsiębiorstwa, w tym rozmów z wierzycielami nt. przedłużenia terminów spłaty długów czy restrukturyzacji zadłużenia¹⁰⁷. W orzecznictwie wyrażono jednak pogląd, że sama potencjalna możliwość przejęcia spółki przez innego inwestora nie wyłącza obowiązków aktualnego zarządu wynikających z art. 5 p.u.r. (aktualnie art. 21 p.u.n.) i nie wyłącza winy za brak należytej w tym zakresie staranności¹⁰⁸. Moment zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości ma charakter obiektywny i nie może być pozostawiony swobodnemu uznaniu członka zarządu spółki według kryteriów dowolnie przyjętych przez członka zarządu. Spóźnionego wniosku o ogłoszenie upadłości nie usprawiedliwia to, że spółka liczyła na korzystne dla siebie zmiany, które mogły poprawić jej sytuację finansową. Jeżeli reprezentant spółki, pomimo że jej majątek nie wystarczał na zaspokojenie jej długów, zdecydował się nadal prowadzić działalność gospodarczą spółki i nie zgłaszać wniosku o ogłoszenie upadłości, licząc na wzrost wartości zleceń od kontrahentów i zmianę kursu walut, to z pełnymi tego

¹⁰⁶ Por. postanowienie SR w Wałbrzychu z 27.02.2012 r. (VI Gzd 3/12), niepubl.

¹⁰⁷ Postanowienie SR w Kielcach z 24.02.2012 r. (V Gzd 12/11), niepubl.

¹⁰⁸ Por. wyrok WSA we Wrocławiu z 8.11.2004 r. (I SA/Wr 302/04), LEX nr 258605.

konsekwencjami¹⁰⁹. I ten ostatni pogląd należy uznać za prawidłowy, a należy go zastosować również w odniesieniu do dłużników prowadzących działalność gospodarczą w innej formie. W art. 21 p.u.n. nie przewidziano żadnych okoliczności, zaistnienie których umożliwiłoby dłużnikowi lub osobie go reprezentującej odstąpienie od tego obowiązku. Przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący, a więc powstanie stanu niewypłacalności powoduje automatycznie obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Natomiast próby restrukturyzacji zadłużenia czy rozmowy z potencjalnymi inwestorami można rozpatrywać jedynie w ramach stopnia winy, o jakim mowa w art. 373 ust. 2 p.u.n., z tym że do kwestii tej należy podchodzić ostrożnie i w realiach konkretnej sprawy trzeba rozpatrzyć, czy czynności te miały charakter jedynie działań pozornych, czy faktycznie istniały widoki na naprawienie sytuacji finansowej przedsiębiorstwa i dawały możliwość spłaty zadłużenia.

Przykład winy nieumyślnej można znaleźć w powołanym wcześniej postanowieniu Sądu Rejonowego w Toruniu z 12.10.2012 r., dotyczącym sprawy dwóch członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Oddalając wniosek w stosunku do nich Sąd ustalił, że do niewypłacalności spółki doszło w listopadzie 2011 r., chociaż większość zobowiązań była regulowana do stycznia 2012 r., a załamanie jej stanu finansowego spowodowało wypowiedzenie umowy kredytowej przez bank właśnie w styczniu 2012 r. Przekroczenie terminu było nieumyślne, gdyż niewypłacalność zaistniała na przełomie roku, gdy jest wiele dni świątecznych, zbierane są informacje do sporządzenia sprawozdań finansowych, w których dopiero widać, jaka jest sytuacja spółki, a skoro spółka w znacznej części spłacała zobowiązania, to członkowie zarządu nie musieli być do końca świadomi jej sytuacji finansowej. W podobnym tonie wypowiedział się Sąd Rejonowy w Wałbrzychu, orzekając zakaz prowadzenia działalności gospodarczej na okres 3 lat. Sąd podkreślił, że dłużnik próbował obejść problem zadłużenia likwidując jedną działalność i zakładając nową. Bez znaczenia dla winy dłużnika i jej stopnia pozostaje też złożony przez niego wniosek do wnioskodawcy, którym był Zakład Ubezpieczeń Społecznych, o rozłożenie zaległości na raty, nawet jeżeli wnioskodawca co do tego wniosku się

¹⁰⁹ Por. wyrok WSA we Wrocławiu z 8.02.2008 r. (I SA/Wr 1217/07), LEX nr 598623.

nie wypowiedział¹¹⁰. Można tylko dodać, że w tej sprawie uczestnik postępowania próbował obciążyć skutkami swojego zawinionego zachowania się wierzyciela i od jego decyzji uzależnić spłatę zobowiązania, a jednocześnie problem zadłużenia próbował niejako „ominać” przez przerwianie majątku między przedsiębiorstwami.

Ciekawe rozstrzygnięcie zawarł Sąd Rejonowy w Kielcach w postanowieniu z 13.08.2012 r.¹¹¹, stanowiącym jednocześnie kolejny przykład tego, że w sprawach wieloosobowych przesłanki orzeczenia zakazu muszą być rozpatrywane odrębnie w odniesieniu do każdego z uczestników – w tym przypadku dwóch członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. W stosunku do jednego z nich orzeczono zakaz na okres 5 lat, w stosunku do drugiego wniosek oddalono. Przesłanką uwzględnienia wniosku były działania pierwszego uczestnika polegające na wyzbywaniu się majątku spółki. Natomiast drugi z uczestników, znając sytuację spółki, nie pobierał wynagrodzenia, spłacił dobrowolnie część jej zadłużenia, a więc jego zachowanie w obrocie było – zdaniem Sądu – uczciwe.

Z takim rozstrzygnięciem można jednak polemizować. Przede wszystkim Sąd ustalił, że stan niewypłacalności spółki powstał nie później niż 31.12.2006 r., a więc termin do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości minął 14.01.2007 r. Ponieważ z materiału dowodowego nie wynikało, aby doszło do umorzenia lub zakończenia postępowania upadłościowego albo oddalenia wniosku o ogłoszenie upadłości na podstawie art. 13 p.u.n., zastosowanie w stosunku do pierwszego z uczestników powinien znaleźć art. 377 p.u.n., w brzmieniu sprzed 2.05.2009 r., o którym będzie mowa w dalszej części. Natomiast w odniesieniu do drugiego uczestnika, który był członkiem zarządu jedynie w okresie styczeń – czerwiec 2011 r., trudno mówić, aby spłata części wierzycieli stanowiła „uczciwe postępowanie w obrocie”, skoro odbywa się to kosztem innych wierzycieli i z naruszeniem zasady ich proporcjonalnego zaspokojenia. Jednak w podobnym tonie wypowiedział się Sąd Rejonowy Szczecin-Centrum w Szczecinie w postanowieniu z 27.11.2012 r.¹¹² wskazując, że jest okolicznością łagodzącą fakt, że dłużnik chociaż część środków przeznacza na jakieś spłaty. Z drugiej strony Sąd ten zauważył, że uczestnik postępowania znacznie

¹¹⁰ Por. postanowienie SR w Wałbrzychu z 14.06.2012 r. (VI Gzd 1/12), niepub. Postanowieniem SO w Legnicy z 26.10.2012 r. (VI Ga 240/12), niepubl., została oddalona apelacja uczestnika.

¹¹¹ Postanowienie SR w Kielcach z 13.08.2012 r. (V Gzd 7/12), niepubl.

¹¹² Postanowienie SR Szczecin-Centrum w Szczecinie z 27.11.2012 r. (XII Gzd 28/12), niepubl.

większe środki przeznaczył nie na spłatę wierzycieli, ale na założenie nowej spółki, która kontynuowała działalność upadłego przedsiębiorstwa osoby fizycznej, ale która i tak wykazuje straty. Dłużnik wręcz oszukiwał wierzycieli co do swojej kondycji finansowej, zaciągał kolejne zobowiązania. Wydaje się, że takie działanie można wręcz uznać za spełniające wymogi winy umyślnej, gdyż następowało celowe wprowadzenie się w stan niewypłacalności, chociaż dłużnik podnosił, że „liczył, że pokona trudności”. Transfer środków finansowych na założenie nowej spółki przeczył takiemu stwierdzeniu, a stanowił wręcz wyprowadzenie majątku z przedsiębiorstwa.

Podobnie uznał Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie, orzekając postanowieniem z 12.07.2012 r.¹¹³ zakaz na maksymalny okres 10 lat w stosunku do członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, gdy spółka nie składała sprawozdań finansowych i zaciągnęła zobowiązania, których nie miała szans spłacić. I pomimo braku spłaty wcześniejszych zobowiązań spółka zaciągała kolejne, aż w końcu ogłoszono jej upadłość, ale nie z wniosku dłużnika. Warto również zwrócić uwagę na sposób obrony uczestnika postępowania. Podnosił on mianowicie, że doprowadzenie przedsiębiorstwa do stanu niewypłacalności i, tym samym, stworzenie zagrożenia dla jego wierzycieli, jest zjawiskiem typowym w gospodarce rynkowej, a funkcjonowanie w pełni wypłacalnych przedsiębiorców nie jest proste, więc upadłość nie jest zjawiskiem nietypowym, szczególnie w tak ciężkiej branży, jaką jest budownictwo. Taki pogląd nie wymaga w zasadzie szerszego komentarza, gdyż jest całkowicie przeciwny przepisom ustawy i zasadom prowadzenia działalności gospodarczej, a świadczy o tym, że celem uczestnika postępowania nie jest płacenie długów.

5.5.2. Pokrzywdzenie wierzycieli

W orzeczeniach sądów można znaleźć opis działań polegających na pokrzywdzeniu wierzycieli.

W sprawie członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Sąd Rejonowy Gdańsk-Północ w Gdańsku wskazał, że dochodzi do pokrzywdzenia wierzycieli

¹¹³ Postanowienie SR dla m. st. Warszawy w Warszawie z 12.07.2012 r. (X Gzd 44/11), niepubl.

w sytuacji, gdy przed złożeniem wniosku o upadłość uczestnik postępowania zabezpiecza interesy współników (dodatkowo będąc jednym z nich) i wybiórczo zaspokaja niektórych z wierzycieli, uniemożliwiając ich proporcjonalne zaspokojenie¹¹⁴. Sąd Rejonowy w Koszalinie w postanowieniu z 18.07.2012 r.¹¹⁵, orzekając wobec uczestniczki postępowania zakaz na okres 3 lat, wskazał, że co prawda złożyła ona w maju i czerwcu 2011 r. wniosek o ogłoszenie upadłości i faktycznie upadłość orzeczono, jednak już po 3 miesiącach postępowanie upadłościowe umorzono z powodu braku kosztów na jego prowadzenie. Uczestniczka już we wniosku przyznała, że problemy ma od 2007 r., a więc Sąd uznał, że odwlekanie złożenia wniosku o 4 lata spowodowało narastanie zobowiązań, a w konsekwencji pokrzywdzenie wierzycieli. Co więcej, uczestniczka nadal prowadziła działalność gospodarczą i generuje długi wobec wierzycieli, w szczególności publicznoprawnych. W podobnym tonie wypowiedział się Sąd Rejonowy Lublin-Wschód w Lublinie z/s w Świdniku w postanowieniu z 10.05.2012 r.¹¹⁶, przyjmując, że stanowi co najmniej rażące niedbalstwo okoliczność, że wniosek o ogłoszenie upadłości powinien zostać złożony w marcu 2009 r., a mimo tego uczestnik zaciągał dalej zobowiązania, co skutkowało zwiększaniem zadłużenia, a posiadał on wiedzę co do swoich obowiązków.

Z ciekawą sytuacją mieliśmy do czynienia w sprawie rozpatrywanej przez Sąd Rejonowy w Koszalinie (w wniosku osoby prywatnej). Uczestnik miał kilku wierzycieli i żeby zmniejszyć koszty postępowania egzekucyjnego i usprawnić egzekucję, wszystkie postępowania egzekucyjne zostały przekazane jednemu komornikowi, o czym wnioskodawca wiedział. Egzekucja była skuteczna, gdyż powoli następowały spłaty zobowiązań. Pomimo tego wnioskodawca złożył wniosek o wszczęcie postępowania egzekucyjnego do innego komornika, który to wniosek następnie cofnął, jakoby z tej przyczyny, że egzekucja okazała się bezskuteczna. Na tę bezskuteczność egzekucji powołał się we wniosku o orzeczenie zakazu. Sąd,

¹¹⁴ Postanowienie SR Gdańsk-Północ w Gdańsku z 21.06.2012 r. (VI Gzd 49/11), niepubl.

¹¹⁵ Postanowienie SR w Koszalinie z 18.07.2012 r. Apelacja uczestniczki od tego orzeczenia została oddalona postanowieniem SO w Koszalinie z 23.01.2013 r. (VI Ga 108/12), niepubl.

¹¹⁶ Postanowienie SR Lublin-Wschód w Lublinie z/s w Świdniku z 10.05.2012 r. (IX Gzd 11/12), niepubl. Apelacja uczestnika od tego orzeczenia została oddalona postanowieniem SO w Lublinie z 22.11.2012 r. (IX Ga 278/12), niepubl.

oddalając ten wniosek postanowieniem z 20.08.2012 r.¹¹⁷ podniósł, że chociaż dłużnik jest niewypłacalny, to nie ma pokrzywdzenia, skoro wnioskodawca sam chce dokonać egzekucji przez innego komornika, a postępowanie upadłościowe nie doprowadziłoby do rozwiązania problemu zadłużenia uczestnika. Znacznie silniej wyartykułował to Sąd Okręgowy w Koszalinie, oddalając apelację wnioskodawcy postanowieniem z 19.12.2012 r.¹¹⁸, w którym podkreślił, że wnioskodawca wybiórczo przedstawił dokumenty, a więc są wątpliwości, czy faktycznie chodzi o odzyskanie kwot i czy wszczęte postępowania egzekucyjne były faktycznie bezskuteczne, a ponadto wątpliwe jest pokrzywdzenie wierzyciela, który cofa wniosek egzekucyjny, gdy jest majątek, skoro egzekucja prowadzona przez innego komornika jest skuteczna.

W postanowieniu z 11.09.2012 r.¹¹⁹ Sąd Rejonowy w Legnicy uznał, orzekając zakaz na okres 5 lat, że zaistniała co najmniej wina nieumyślna dłużnika, ale nie można poczynić ustaleń co do pokrzywdzenia, bo uczestnik się nie wypowiedział, chociaż milcząc przyznał fakt istnienia dłużników. Tego typu stwierdzenie jest niekonsekwentne. Jeżeli uznać, że nie można poczynić ustaleń na okoliczność faktu pokrzywdzenia wierzycieli, to wniosek powinien zostać oddalony, gdyż to na wnioskodawcy ciąży obowiązek udowodnienia wszystkich przesłanek orzeczenia zakazu. Jeżeli jednak Sąd zastosował, skądinąd prawidłowo, art. 230 k.p.c., to z pełnymi tego konsekwencjami, a więc należało uznać, że doszło do pokrzywdzenia wierzycieli, co oznacza, że również ta przesłanka wynikająca z art. 373 ust. 2 p.u.n. została spełniona.

Natomiast Sąd Rejonowy w Bielsku Białej postanowieniem z 14.03.2012 r.¹²⁰ oddalił wniosek Skarbu Państwa – Naczelnika Urzędu Skarbowego przeciwko uczestniczkę postępowania, która podnosiła, że do 2008 r. nie miała żadnych problemów finansowych ani długów, ale wówczas zaczął się kryzys, rynek usług transportowych się załamał, i chociaż ma kilku wierzycieli, to nie rozważała złożenia wniosku

¹¹⁷ Postanowienie SR w Koszalinie z 20.08.2012 r. (VII Gzd 22/12), niepubl.

¹¹⁸ Postanowieniem SO w Koszalinie z 19.12.2012 r. (VI Ga 92/12), niepubl.

¹¹⁹ Postanowienie SR w Legnicy z 26.05.2012 r. (V Gzd 8/12), niepubl.

¹²⁰ Postanowienie SR w Bielsku-Białej z 14.03.2012 r. (VI Gzd 2/12), niepubl. Apelacja wnioskodawcy od tego orzeczenia została oddalona postanowieniem SO w Katowicach z 11.09.2012 r. (XIX Ga 293/12), niepubl.

o upadłość, gdyż pozbawiłoby to ją miejsca pracy i nic by nie spłaciła. Podobnie byłoby w sytuacji orzeczenia zakazu. Jednak Sąd uznał, że chociaż doszło do zawinionego niezłożenia wniosku o upadłość, to wnioskodawca nie wykazał obniżenia wartości przedsiębiorstwa i pokrzywdzenia wierzycieli, gdyż od kiedy uczestniczka stała się niewypłacalna, nie ma majątku wolnego od zabezpieczeń.

5.5.3. Fakultatywny charakter zakazu

W niektórych analizowanych orzeczeniach sądy wprost odwoływały się do fakultatywnego charakteru orzeczenia zakazu. W postanowieniu z 18.05.2012 r.¹²¹ Sąd Rejonowy w Kaliszu, oddalając wniosek, podkreślił właśnie, że zakaz jest fakultatywny, a dowody nie wykazały, aby uczestnik postępowania pozbywał się majątku, natomiast wnioskodawca nie wykazał przesłanek orzeczenia zakazu. Wykazane zostało tylko, że dłużnik ze swej winy nie złożył wniosku o upadłość. Udowodnienie tej okoliczności nie stanowiło problemu, gdyż wcześniej oddalono – na podstawie art. 13 ust. 1 p.u.n. – wniosek wnioskodawcy o ogłoszenie upadłości dłużnika. Brak było jednak dowodu, aby dłużnik obniżył w tym czasie wartość swojego majątku. Odnosząc się do tego orzeczenia podkreślić wypada, że tak naprawdę jednak nie było w tym przypadku konieczne odwoływanie się do charakteru zakazu, skoro nie została wykazana jedna z przesłanek jego orzeczenia. Dopiero w sytuacji, gdy przesłanki zaistnieją, można rozważać, czy skutkują one koniecznością wydania postanowienia pozytywnego.

Dosyć szeroką wykładnię cechy fakultatywności zakazu zastosował Sąd Rejonowy Lublin-Wschód w Lublinie z/s w Świdniku w postanowieniu z 24.01.2012 r.¹²², gdyż orzekł, że nie widać złej woli w braku regulowania zobowiązań przez uczestnika postępowania, który ma jakieś plany działalności, aktywnie szuka źródeł dochodu, chce być przedstawicielem handlowym, a to wymaga zarejestrowania działalności gospodarczej. Zwykle jednak nie jest zasadne powoływanie się przez sądy przy oddaleniu wniosku o orzeczenie zakazu na „przyszłe plany uczestnika” i czy chce on mieć jakieś źródło dochodu. Przykładowo, Sąd Rejonowy w Radomiu nie uwzględnił

¹²¹ Postanowienie SR w Kaliszu z 18.05.2012 r. (V Gzd 1/12), niepubl.

¹²² Postanowienie SR Lublin-Wschód w Lublinie z/s w Świdniku z 29.06.2012 r. (IX Gzd 29/12), niepubl.

zarzutu dłużnika, że jeżeli zostanie pozbawiony prawa prowadzenia działalności gospodarczej, to nie będzie miał z czego spłacić długów¹²³. Jednak Sąd Okręgowy w Warszawie w postanowieniu z 25.09.2012 r.¹²⁴ uznał, że jeżeli zadłużenie spółki było systematycznie spłacane, to wysoce prawdopodobny jest wniosek, że dalsze prowadzenie działalności doprowadzi do zaspokojenia wierzycieli w wyższym stopniu niż wynik postępowania upadłościowego. Podkreślić należy, że celem zakazu nie jest zapewnienie dłużnikowi lub osobie uprawnionej do jego reprezentacji możliwości uzyskania przychodów w przyszłości. Tak naprawdę zarzut, że pozbawienie możliwości prowadzenia działalności gospodarczej uniemożliwi spłatę zobowiązań, można podnieść w każdej sprawie i należałoby go uznać za zasadny, przynajmniej w pewnej mierze. Istotne jest natomiast, czy osoba taka daje nadzieję na to, że w przyszłości nie popełni błędów, które spowodowały konieczność wystąpienia przeciwko niemu z wnioskiem o orzeczenie zakazu. A jeżeli faktycznie celem dłużnika jest spłata zobowiązań, to może tego dokonać nie prowadząc działalności gospodarczej. Z punktu widzenia wierzyciela nie jest istotne, z jakich źródeł pochodzą środki na jego zaspokojenie, o ile nie są to źródła nielegalne. Zatem jedynie w naprawdę wyjątkowej sytuacji, gdy uzasadnia to nikły stopień winy uczestnika postępowania i pokrzywdzenia wierzycieli, możliwe jest oddalenie wniosku o orzeczenie zakazu z powołaniem się na okoliczność możliwości spłaty zobowiązań po uzyskaniu przychodu z przyszłej działalności gospodarczej.

Poza tym w powyższej sprawie rozpatrywanej przez Sąd Rejonowy Lublin-Wschód w Lublinie z/s w Świdniku dłużnik nie składał wniosku o ogłoszenie upadłości, bo „myślał, że wyjdzie z długów”. Okoliczność ta może być podstawą uznania, że stopień winy nie uzasadnia orzeczenia zakazu, a więc że należy skorzystać z jego fakultatywnego charakteru, jednak w okolicznościach konkretnej sprawy przypuszczenie dłużnika musi być uzasadnione i oparte na dających się zweryfikować podstawach, a nie być jedynie „życzeniem” dłużnika. Również nie do dłużnika (członka zarządu) należy ocena, czy w wyniku złożenia wniosku

¹²³ Postanowienie SR w Radomiu z 30.10.2012 r. (V Gzd 12/12), niepubl

¹²⁴ Postanowienie SO w Warszawie z 25.09.2012 r. (XXIII Ga 835/12), niepubl., którym została oddalona apelacja wnioskodawcy od postanowienia SR dla Warszawy-Pragi Północ w Warszawie z 28.02.2012 r. (IX Gzd 27/11), niepubl.

o ogłoszenie upadłości pozwoli na zaspokojenie wierzycieli¹²⁵. Podobnie nie zwalnia z obowiązku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości subiektywne przekonanie reprezentanta spółki o jej dobrym stanie finansowym, co podkreślił Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi¹²⁶, mimo że uczestnik podnosił w toku postępowania, że biuro księgowo nie informowało go, iż są jakieś zaległości płacowe, a nadto ktoś inny był odpowiedzialny za kwestie płatności w spółce. Pogląd taki jest zgodny ze stanowiskiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, wyrażonym w wyroku z 16.02.2011 r., że członek zarządu spółki nie może powoływać się na nieznaną sobie sytuację jej finansów jako przyczynę niezgłoszenia wniosku o upadłość lub niewszczęcia postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowania układowego), gdyż członkowi zarządu powinien być znany na bieżąco stan finansów spółki, a co za tym idzie, możliwość zaspokojenia długów¹²⁷. Nie sposób zgodzić się zatem z poglądem Sądu Najwyższego, że okolicznością przemawiającą za niezastosowaniem sankcji z art. 373 ust. 1 p.u.n. może być np. zajmowanie się przez uczestnika sprawami technicznymi w ramach podziału prac w zarządzie spółki¹²⁸. Jeżeli członek zarządu zgadza się na podział prac, mimo tego, że ciężar na nim określone ustawowe obowiązki, to powinien być świadomy konsekwencji z tym związanych. Innymi słowy, dobrowolne zrzeczenie się przez członka zarządu praw i obowiązków w spółce, nawet w części, nie powoduje zwolnienia go od ustawowej odpowiedzialności związanej z zaniechaniem spełnienia ustawowych obowiązków. Niemniej wskazać należy, że również Sąd Rejonowy dla Warszawy-Pragi Północ w Warszawie uznał, że jest przesłanką zwalniającą okoliczność, że uczestniczka postępowania, gdy była członkiem zarządu spółki akcyjnej, nie odpowiadała za sferę finansową spółki, zajmowała się działem realizacji usług i produkcją edukacyjnych programów multimedialnych, zaś finanse spółki

¹²⁵ Por. postanowienie SR w Olsztynie z 5.09.2012 r. (V Gzd 6/11), niepubl. Apelacja uczestnika od tego orzeczenia została oddalona postanowieniem SO w Olsztynie z 19.12.2012 r. (V Ga 122/12), niepubl.

¹²⁶ Por. postanowienie SR dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi z 21.09.2012 r. (XIV Gzd 17/12), niepubl.

¹²⁷ Wyrok WSA w Warszawie z 16.02.2011 r. (III SA/Wa 1409/10), LEX nr 786215.

¹²⁸ Por. postanowienie SN z 15.12.2005 r. (II CSK 15/05), LEX nr 496378.

należały do zadań dyrektor finansowej¹²⁹. Widać wyraźnie, że w tej kwestii nie ma jednolitości w orzecznictwie.

W badanych sprawach przewijała się tendencja do uznania, że załamanie na rynku i utrata kluczowych klientów nie stanowi o braku winy dłużnika w niezłożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości i okoliczności skutkującej oddaleniem wniosku o orzeczenie zakazu. Nie ma tu więc znaczenia, że orzeczenie to ma charakter fakultatywny. Taki wniosek wynika np. z postanowienia Sądu Rejonowego w Kaliszu z 28.09.2012 r.¹³⁰ Najdobitniej wyraził to Sąd Okręgowy we Wrocławiu w postanowieniu z 28.03.2013 r.¹³¹ wskazując, że niestabilność gospodarki stanowi ryzyko gospodarcze, a kredytowanie działalności gospodarczej przez nieuiszczanie składek wpływa destabilizująco na obrót gospodarczy i akceptacja takich zachowań prowadziłaby do globalnego załamania płynności wypłat świadczeń, w tym głównie emerytalno-rentowych przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych. Podobnie rzecz ma się w sytuacji, gdy kontrahenci, a przynajmniej ich część, są nierzetelni¹³² i nie wywiązują się z zobowiązań wobec dłużnika, który w wyniku tego nie wywiązuje się ze swoich zobowiązań.

Przyjąć więc należy, że nie usprawiedliwia uchybienia ustawowemu terminowi do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości powoływanie się na działania kontrahentów, aczkolwiek Sąd Rejonowy w Opolu wyraził pogląd przeciwny¹³³. Z takim stanowiskiem należy się zgodzić. Istnienie cykli gospodarczych jest notorią powszechną, a ryzyko gospodarcze jest ściśle związane z prowadzeniem działalności gospodarczej. Przedsiębiorca powinien więc zdawać sobie sprawę, że hossa może w pewnym momencie się skończyć i być na to przygotowanym. Podobny wniosek należy odnieść do rzetelności kontrahentów, a co więcej, w tej

¹²⁹ Por. postanowienie SR dla Warszawy-Pragi Północ w Warszawie z 31.10.2012 r. (IX Gzd 62/10), niepubl.

¹³⁰ Postanowienie SR w Kaliszu z 28.09.2012 r. (V Gzd 25/12), niepubl.

¹³¹ Postanowienie SO we Wrocławiu z 28.03.2013 r. (X Ga 34/13), niepubl., którym oddalono apelację uczestniczki postępowania od postanowienia SR dla Wrocławia-Fabrycznej we Wrocławiu z 30.10.2012 r. (VIII Gzd 45/12), niepubl., orzekającego zakaz na okres 3 lat.

¹³² Por. np. postanowienie SR Lublin-Wschód w Lublinie z/s w Świdniku z 24.01.2012 r. (IX Gzd 59/11), niepubl., postanowienie SR dla Warszawy-Pragi Północ w Warszawie z 20.01.2012 r. (IX Gzd 28/11), niepubl.

¹³³ Por. postanowienie SR w Opolu z 30.03.2012 r. (V Gzd 3/12), niepubl. W sprawie tej dłużnik podnosił, że do braku płynności w 2008 r. doprowadziła nieuczciwość kontrahentów, a Sąd uznał, że wnioskodawca nie wykazał jego winy.

kwestii od dłużnika zależy znacznie więcej, gdyż przynajmniej w pewnym stopniu może on przeciwdziałać powstaniu takich sytuacji, weryfikując chociażby wiarygodność kontrahentów. Zagadnienia te można rozpatrywać jedynie z punktu widzenia okresu, na jaki zakaz miałby zostać orzeczony i tu słusznie sądy przyjmowały, że właściwym jest okres w minimalnym zakresie. Przemawia za tym fakt, że kryzys zaistniał we wrześniu 2008 r. niespodziewanie, nie był przewidywany przez specjalistów i trudno obciążać tym zdarzeniem przedsiębiorców w pełnym zakresie.

Sąd Rejonowy Poznań-Stare Miasto w Poznaniu w postanowieniu z 24.10.2012 r.¹³⁴ nie uznał za przesłankę zwalniającą podnoszoną przez uczestnika postępowania (członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością) okoliczność, że nie składał wniosku o ogłoszenie upadłości spółki z uwagi na prowadzoną przez urząd skarbowy kontrolę w związku z wnioskiem o zwrot podatku VAT, co pozwoliłoby spółce na dalszą działalność. Co charakterystyczne, spółka przestała płacić wszystkie swoje zobowiązania w maju 2010 r. i trwało to do daty zamknięcia rozprawy, a więc przez okres 2,5 lat. Takie rozstrzygnięcie jest oczywiście słuszne. Taki stan mógł więc trwać nadal, a i to nie musiało dojść do spłaty wierzycieli, jeżeli rozstrzygnięcie w przedmiocie zwrotu podatku byłoby dla spółki niekorzystne. Ponadto ustawodawca nie uzależnił obowiązku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości od tego, czy istnieją wierzytelności dłużnika, z których może ewentualnie spłacić zobowiązania. Ta okoliczność może mieć wpływ na zaistnienie lub nieistnienie przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 i art. 12 ust. 1 p.u.n., ale nie ma znaczenia dla ustalenia, czy doszło do niewypłacalności dłużnika, a więc czy wykonuje on swoje wymagalne zobowiązania.

Przejaw daleko idącej wykładni fakultatywnego charakteru zakazu stanowi również postanowienie Sądu Rejonowego dla Warszawy-Pragi Północ w Warszawie z 25.09.2012 r.¹³⁵ Wnioskodawca (syndyk masy upadłości) zarzucił uczestnikowi

¹³⁴ Postanowienie SR Poznań-Stare Miasto w Poznaniu z 24.10.2012 r. (XI Gzd 10/12), niepubl.

¹³⁵ Postanowienie SR dla Warszawy-Pragi Północ w Warszawie z 25.09.2012 r. (IX Gzd 16/11), niepubl. Było to trzecie orzeczenie sądu I instancji wydane w tej sprawie, gdyż dwa wcześniejsze zostały uchylone przez SO Warszawa-Praga w Warszawie, najpierw z powodu nierozpoznania sprawy (brak rozważenia przez Sąd Rejonowy stopnia winy i skutków zachowania się uczestnika), a następnie z powodu niewykonania wytycznych sądu odwoławczego w zakresie przesłuchania świadków. Co ciekawe, sąd I instancji dwukrotnie orzekł zakaz prowadzenia działalności gospodarczej.

postępowania, będącemu członkiem zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, że skłonił pozostałych członków zarządu do cofnięcia wniosku o ogłoszenie upadłości, który to wniosek został złożony zanim został on członkiem zarządu, a gdy został złożony kolejny wniosek przez innego członka zarządu, zaskarżył postanowienie o ogłoszeniu upadłości. Następnie złośliwie utrudniał postępowanie upadłościowe, składając skargi, zażalenia, wnioski, niezależnie czy takie środki przysługiwały, wydłużał postępowanie, co spowodowało szkodę wszystkich wierzycieli. Zarzuty były więc naprawdę poważne. Oddalając wniosek Sąd wskazał, że przesłanki do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w spółce zaistniały już przed objęciem przez uczestnika postępowania funkcji w zarządzie, co oznacza, że nie przyczynił się do doprowadzenia spółki do stanu niewypłacalności, co zmniejsza jego winę. Miał również uzasadnione podstawy myśleć, że spółka wyjdzie z problemów, z uwagi na zapowiadane dofinansowanie przez jednego z udziałowców. Korzystanie z możliwości zaskarżania nie może nieść negatywnych konsekwencji, gdyż o dopuszczalności zaskarżenia decyduje sąd, a nie uczestnik. W związku z tym, ponieważ sankcja ma charakter fakultatywny, orzeczenie zakazu byłoby zbyt daleko idące i nieproporcjonalne.

6. Zakres czasowy zakazu

6.1. Zasady ustalenia okresu zakazu

Kolejną kwestią pozostaje okres, na jaki sąd może orzec o zakazie. Jak bowiem wynika z treści art. 373 p.u.n., pozbawienie prawa prowadzenia działalności gospodarczej ma dodatkowo zakres czasowy, gdyż pozbawienie praw, o jakich mowa w tym przepisie, może być orzeczone jedynie na okres od trzech do dziesięciu lat. Idea czasowego ograniczenia przedmiotowego zakazu jest jak najbardziej słuszna i prawidłowa. Należy mieć na względzie, że zakaz ten ma charakter penalny, jest więc – przynajmniej z teoretycznego założenia – karą bardzo dotkliwą. Dodatkowo nie można zapominać, że każdy środek karny ma na celu nie tylko represję i prewencję, ale również wychowanie sprawcy (prewencja szczególna) i społeczeństwa (prewencja ogólna). Z założenia zakaz określony w powołanych przepisach powinien więc także umożliwić osobie, w stosunku do której go orzeczono, aby – mając na względzie wcześniejsze, negatywne doświadczenia – prowadzenie następnie działalności gospodarczej odbywało się już w sposób właściwy i zgodny z przepisami prawa. Co do zasady nie sposób dożywno pozbawiać prawa prowadzenia działalności gospodarczej, tym bardziej, że maksymalny okres dziesięciu lat jest stosunkowo długi i jego upływ powinien mieć pozytywny wpływ na postawę ukaranej osoby, o ile oczywiście nie dochodzi do sytuacji, w której zakaz ten jest „omijany”.

Okres, na jaki orzeka się pozbawienie prawa prowadzenia działalności gospodarczej, zależy od sądu, który jest zobowiązany „poruszać się” w ustawowych granicach. W art. 373 p.u.n. określono jedynie minimalne i maksymalne granice, co oznacza, że sąd nie ma obowiązku orzec zakazu ani w minimalnym okresie czasowym, ani w maksymalnym. W tym przedmiocie mamy do czynienia z dyskrecyjną władzą sądu, który – po rozpoznaniu wszystkich przesłanek uzasadniających orzeczenie zakazu – powinien orzec go na okres, jaki uzna za celowy i uzasadniony, ale w ramach ustawowych granic.

W ustawie wskazano okoliczności, jakie sąd powinien wziąć pod uwagę orzekając w tym przedmiocie, z tym że dotyczą one wprost jedynie przypadków wymienionych w art. 373 ust. 1 i 2 p.u.n., a więc gdy podstawą orzeczenia zakazu jest zawinione działanie osoby, której dotyczy wniosek. Muszą być one uwzględnione kumulatywnie, o czym świadczy użycie pomiędzy nimi łącznika „oraz”, a są to:

- 1) stopień winy w dokonaniu czynności, o których mowa w art. 373 ust. 1 p.u.n., a więc stanowiących podstawę orzekania pobawienia praw,
- 2) skutki podejmowanych działań, w szczególności obniżenie wartości ekonomicznej przedsiębiorstwa i rozmiar pokrzywdzenia wierzycieli – katalog negatywnych skutków jest otwarty, jednak chodzi przede wszystkim o cel postępowania upadłościowego, a więc ochronę praw wierzycieli.

Przyjąć należy, że jeżeli w konkretnej sprawie dłużnikowi lub innej osobie wymienionej w art. 373 ust. 1 p.u.n. nie można przypisać winy w żadnej postaci (stopniu) lub pomimo zawinionego zachowania się uczestnika postępowania nie wystąpiły negatywne skutki tego zachowania, możliwość orzeczenia zakazu prowadzenia działalności jest wyłączona, gdyż nie zostaje spełniona jedna z ustawowych przesłanek tego zakazu. W takiej sytuacji wniosek powinien zostać oddalony w całości. Konsekwentnie, jeżeli nie zachodzą obie te przesłanki, orzeczenie sądu powinno być identyczne. Natomiast stopień winy i skutki podejmowanych działań powinny być brane pod uwagę przy orzekaniu co do czasu trwania zakazu: im wyższy stopień winy w dokonaniu czynu (czynów) stanowiących podstawę orzeczenia zakazu pozbawienia prawa prowadzenia działalności gospodarczej, tym dłuższy powinien być czas, na jaki określona osoba powinna zostać pozbawiona tego prawa. Analogiczna zasada powinna być zastosowana w odniesieniu do skutków podejmowanych działań, czyli w im większym stopniu doszło do obniżenia wartości przedsiębiorstwa i pokrzywdzenia wierzycieli, tym okres pozbawienia praw powinien być dłuższy. Generalnie stopień winy oraz skutki podejmowanych działań mają wpływ, z jednej strony, na zakres pozbawienia praw, ale z drugiej strony mogą również oddziaływać na decyzję sądu o oddaleniu wniosku w konkretnej sytuacji.

Wydaje się, biorąc pod uwagę maksymalny okres, na jaki może zostać orzeczony zakaz, że sądy powinny korzystać z tej możliwości jedynie w skrajnych przypadkach,

a więc orzekać 10-letni zakazu jedynie w przypadku najwyższego stopnia winy i naprawdę znacznego stopnia obniżenia wartości przedsiębiorstwa i pokrzywdzenia wierzycieli. Orzeczenie zakazu w maksymalnym wymiarze czasu oznaczać może bowiem wykluczenie danej osoby z obrotu gospodarczego w ogóle, co wydaje się być zasadne w naprawdę wyjątkowych sytuacjach. Nawet bowiem orzeczenie okresu minimalnego (3 lata) jest dosyć surową sankcją. *De lege ferenda* postulować należy dokonanie zmian w tym przedmiocie i obniżenie dolnego wymiary zakazu, np. do okresu 1 roku. Orzeczenie zakazu byłoby więc wówczas znacznie bardziej elastyczne, gdyż występują sytuacje, w których orzeczenie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej na okres 3 lat nie jest potrzebne. I nie zmienia tego fakt, że orzeczenie zakazu ma charakter fakultatywny.

Znalazło to wyraz z orzeczeniach wydanych w badanych sprawach, o czym świadczy poniższa tabela:

Tabela 10. Okres, na jaki sądy orzekały zakaz

Okres	Liczba orzeczonych zakazów	Liczba orzeczonych zakazów (%)
3 lata	74	53,6
4 lata	14	10,2
5 lat	40	29,0
6 lat	1	0,7
7 lat	1	0,7
8 lat	1	0,7
9 lat	0	0
10 lat	7	5,1
Ogółem	138	100

Niemal wszystkie orzekane zakazy mieszczą się w przedziale 3-5 lat. Praktycznie nie są orzekane zakazy na okresy pośrednie, gdyż albo sądy orzekają zakaz w minimalnych granicach, albo w maksymalnych. Jest to zgodne z tym, na co zwrócono uwagę wcześniej: już okres 3 lat jest dosyć surową sankcją, zaś okres 10 lat sankcją drastyczną, przewidzianą dla przypadków, w których działalność dłużnika

lub osoby go reprezentującej nacechowana była złą wolą, a skutki szczególnie dotkliwe dla wierzycieli. Sytuacje „pośrednie” występują stosunkowo rzadko. Sąd Rejonowy Poznań-Stare Miasto w Poznaniu słusznie wskazał w powołanym postanowieniu z 24.10.2012 r., że liczba 6 wierzycieli i zobowiązania na poziomie 220-240 tys. zł nie dają podstaw do orzeczenia zakazu w maksymalnych granicach, a 10-letni zakaz może być stosowany jedynie wyjątkowo, gdy wina jest wyjątkowo rażąca. Można dodać, że chodzi tu o winę umyślną lub rażące niedbalstwo o takim stopniu natężenia, które pozwala wyciągnąć wniosek, że zachowanie się dłużnika (jego reprezentanta) było zbliżone do winy umyślnej.

Jak wskazano, przy ustaleniu właściwego okresu zakazu uwzględniane są okoliczności wskazane w art. 373 ust. 2 p.u.n., ale również np. podeszły wiek uczestnika postępowania¹³⁶. W postanowieniu Sądu Rejonowego w Ostrołęce z 11.05.2012 r.¹³⁷ można znaleźć kolejne okoliczności, jakie biorą pod uwagę sądy orzekając o okresie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej. Dłużnik, prowadzący działalność transportową, podnosił, że jego problemy finansowe zaczęły się, gdy w 2006 r. samochód uległ w Rosji szkodzie całkowitej, ubezpieczyciel odmówił wypłaty odszkodowania, a ponadto nie otrzymał wynagrodzenia za usługę transportową. Sąd okoliczność tę uwzględnił, a dodatkowo powołał się na fakt prowadzenia przez dłużnika działalności gospodarczej przez okres 20 lat, uznając to za okoliczność łagodzącą. Trzeba jednak zwrócić uwagę, że w sprawie tej zaległości wobec kontrahentów wyniosły ponad 1 mln zł, co w odniesieniu do osoby prowadzącej działalność gospodarczą na własny rachunek jest kwotą niebagatelną. Poza tym uwzględnienie czasu prowadzenia działalności gospodarczej stanowi raczej odwołanie się do aspektu społecznego, a nie prawnego.

Pewne wątpliwości budzi stanowisko Sądu Rejonowego dla Warszawy-Pragi Północ w Warszawie, zawarte w powołanym wcześniej postanowieniu z 31.10.2012 r., którym orzeczono zakaz prowadzenia działalności gospodarczej w stosunku do członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Sąd uznał, że członek

¹³⁶ Por. postanowienie SR dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi z 5.07.2012 r. (XIV Gzd 4/12), niepubl., którym Sąd orzekł zakaz na okres 3 lat z uwagi na podeszły wiek uczestnika (likwidatora spółki z ograniczoną odpowiedzialnością), gdyż dłuższy zakaz eliminowałby go całkowicie z obrotu gospodarczego.

¹³⁷ Postanowienie SR w Ostrołęce z 11.05.2012 r. (V Gzd 2/12), niepubl.

zarządu był świadomy konieczności złożenia wniosku, nie reagował na decyzje Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (wnioskodawcy), nie wszczął postępowań przeciwko kontrahentom, co pozwala na przypisanie mu przynajmniej skrajnie rażącego niedbalstwa. Nadto doszło do pokrzywdzenia wierzycieli w znacznym stopniu, bo spółka nie ma w ogóle majątku. Pomimo tego Sąd orzekł zakaz jedynie na okres 3 lat, gdyż uznał, że brak było dowodu, aby do niewypłacalności spółki doszło z winy uczestnika postępowania. Jednak jeżeli zakaz w minimalnych granicach powinien być orzekany jedynie w sytuacji, gdy stopień winy i pokrzywdzenia wierzycieli nie były na wysokim poziomie, to skoro sąd uznaje działania za „przynajmniej” skrajnie rażące niedbalstwo, co zbliża to zachowanie do winy umyślnej, a dodatkowo stopień pokrzywdzenia wierzycieli jest znaczny, orzeczenie zakazu na minimalny okres nie wydaje się być zasadne. Nie zmienia tego okoliczność, że uczestnik postępowania nie ponosi winy w doprowadzeniu do stanu niewypłacalności, gdyż w art. 373 ust. 2 p.u.n. nie chodzi o tę winę, ale o winę w niezłożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości w ustawowym terminie.

Analogiczny wniosek odnieść należy do postanowienia Sądu Rejonowego we Włocławku z 6.11.2012 r.¹³⁸, którym również orzeczono w stosunku do prezesa zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością zakaz jedynie na okres 3 lat. Sąd wskazał, że uczestnik postępowania został prezesem zarządu znając stan spółki, a więc ponosi pełne konsekwencje z tym związane. O braku winy nie stanowią dobre chęci, a bierna postawa uczestnika w wychodzeniu z długów świadczy o świadomym łamaniu prawa, gdyż nie wystarczą jedynie próby porozumienia z wierzycielami w celu restrukturyzacji zadłużenia. Zadłużenie spółki cały czas rosło, co zwiększało pokrzywdzenie wierzycieli. Ponadto doszło do uszczuplenia majątku w wyniku sprzedaży prawa użytkowania wieczystego na rzecz spółki, której prezesem jest szwagier uczestnika. Sąd uznał więc, że zachodzi rażące niedbalstwo, a mimo tego orzekł zakaz w minimalnym rozmiarze.

¹³⁸ Postanowienie SR we Włocławku z 6.11.2012 r. (V Gzd 14/11), niepubl.

6.2. Związanie sądu wnioskiem o orzeczenie zakazu

W tym miejscu należy odpowiedzieć sobie na wcześniej postawione pytanie, a mianowicie czy sąd jest związany żądaniem wniosku, a więc w jaki sposób powinno zostać określone żądanie wniosku i czy sąd może orzec ponad to żądanie. W tym celu warto zwrócić uwagę na następujące zestawienie:

Tabela 11. Okres, na jaki wnioskodawcy wnosili o orzeczenie zakazu

Okres	Wnioskodawca	
	Organy państwowe	Osoby prywatne
3 lata	20	1
4 lata	1	1
5 lat	18	9
6 lat	0	0
7 lat	2	0
8 lat	0	2
9 lat	0	0
10 lat	58	70
3-10 lat	1	22
Bez wskazania okresu	18	3
Ogółem	118	108

W żadnej z badanych spraw sądy nie orzekły ponad żądanie, w tym sensie, że nie orzekły zakaz prowadzenia działalności gospodarczej na okres dłuższy niż wnosił wnioskodawca. Jedynie Sąd Rejonowy Szczecin-Centrum w Szczecinie w powołanym już postanowieniu z 27.11.2012 r. orzekł niejako ponad żądanie w innym znaczeniu, gdyż wnioskodawca wnosił o orzeczenie zakazu tylko prowadzenia działalności gospodarczej na własny rachunek na okres 10 lat, zaś Sąd orzekł zakaz na okres 7 lat, w pełnym zakresie wynikającym z art. 373 ust. 1 p.u.n., jednocześnie oddalając wniosek w pozostałym zakresie. Jest to więc rozstrzygnięcie niekonsekwentne, z jednej strony – jak można się domyślać – oddalenie dotyczyło

okresu zakazu, a więc Sąd uznał, że jest związany wnioskiem, z drugiej zaś strony, w odniesieniu do przedmiotu zakazu, do tej zasady już się nie zastosował.

Zwykle sądy orzekały zakazy na okresy znacznie krótsze niż wskazano w treści żądania, gdyż jedynie w przypadku 25 wniosków organów państwowych orzeczenia sądów były zgodne z tym, o co wnosili wnioskodawcy; to samo dotyczyło zaledwie 10 wniosków osób prywatnych. Tymczasem aż w 128 wnioskach, czyli w 56,6% ogólnej liczby wniosków, wnioskodawcy żądali orzeczenia zakazu w maksymalnych granicach, a w przypadku osób prywatnych ten współczynnik wyniósł 64,8% wniosków przez nie składanych, czyli niemal w 2 na 3 wnioskach osoby prywatne chciały, aby sądy orzekły zakaz na okres 10 lat. O orzeczenie zakazu w niższym wymiarze znacznie częściej wnosiły organy państwowe. Świadczy to nie tylko o lepszym zrozumieniu istoty tej instytucji, ale przede wszystkim o tym, że osoby prywatne wykorzystują ją jako instrument wymuszenia na dłużniku spłaty zobowiązań i represji.

Niemniej z ostatniej tabeli wynika wyraźnie, że w przypadku 44 wniosków (19,5% ogólnej liczby wniosków) w treści żądania albo w ogóle nie wskazano okresu, na jaki wnioskodawca chciał orzeczenia zakazu, albo ten okres określono na 3-10 lat, co należy uznać również za brak sprecyzowania żądania wniosku. Pomimo tego wnioskodawcy nie byli wzywani do uzupełnienia braków formalnych i wnioskom był nadawany bieg, co świadczy o tym, że sądy uznały, że wnioskodawca nie musi podać konkretnego okresu, na jaki zakaz – zdaniem wnioskodawcy – powinien zostać orzeczony.

Większość sądów, orzekając zakaz prowadzenia działalności gospodarczej na okres krótszy niż wnosił wnioskodawca, nie oddalała w postanowieniu wniosku „w pozostałym zakresie”. Były jednak wyjątki, a mianowicie: Sąd Rejonowy w Jeleniej Górze, Sąd Rejonowy w Koszalinie, Sąd Rejonowy w Siedlcach, Sąd Rejonowy w Sieradzu, Sąd Rejonowy w Słupsku, Sąd Rejonowy Szczecin-Centrum w Szczecinie i Sąd Rejonowy dla Wrocławia-Fabrycznej we Wrocławiu. Sąd Rejonowy w Koszalinie postępował konsekwentnie, gdyż oddalając postanowieniem z 9.01.2012 r.¹³⁹ wniosek ponad orzeczony okres 3 lat wskazał, że wnioskodawca nie

¹³⁹ Postanowienie SR w Koszalinie z 9.01.2012 r. (VII Gzd 16/11), niepubl.

uzasadnił w żaden sposób konieczności orzeczenia zakazu na wnioskowany okres 10 lat. W Sądzie Rejonowym w Siedlcach nie było jednomyślności, gdyż nie wszystkie składy oddalały wnioski w pozostałym zakresie. Podobnie rozbieżności istniały w orzecznictwie Sądu Rejonowego w Sieradzu: miały miejsce orzeczenia zakazu pomimo braku wskazania przez wnioskodawcę okresu, na jaki zakaz miałby być orzeczony, jak również były wydawane postanowienia, w których nie zawarto dodatkowego punktu o oddaleniu wniosku w pozostałym zakresie. W Sądzie Rejonowym dla Wrocławia-Fabrycznej we Wrocławiu orzeczono zakaz na okres 3 lat, oddalono wniosek w pozostałym zakresie, chociaż wnioskodawca wniósł o orzeczenie zakazu na okres 3-10 lat. Natomiast w postanowieniu z 5.09.2012 r.¹⁴⁰ Sąd Rejonowy w Częstochowie uznał, że wnioskodawca (organ państwowy) nie wykazał – oprócz terminu, w jakim powinien być zgłoszony wniosek o ogłoszenie upadłości i skutków niezłożenia wniosku, co jest zrozumiałe – również dlaczego wnosi o orzeczenie w stosunku do uczestnika zakazu akurat na okres 5 lat. Taki pogląd sugerowałby wniosek, że sąd jest związany treścią wniosku, jednak Sąd Rejonowy Częstochowie nie oddalał wniosku w pozostałym zakresie, jeżeli orzekał zakaz na okres krótszy niż wnosił wnioskodawca.

Widać więc wyraźnie, że jednomyślność orzecznictwa w tym zakresie nie istnieje nie tylko w Polsce, ale nawet w obrębie tego samego sądu. Niezależnie jednak od przyjętego stanowiska, nie można uznać, aby wszystkie sądy stosowały je konsekwentnie.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego wyrażony został pogląd, że sąd orzeka zakaz w zakresie, w jakim uważa go za słuszny, ale niewykraczającym poza przedmiotowe ramy wyznaczone zakresem przepisu, i to niezależnie od treści wniosku o orzeczenie zakazu¹⁴¹ i nie jest związany wnioskiem, o którym mowa w art. 373 p.u.n. Nie jest więc uzasadnione stanowisko, że nie wchodzi możliwość orzekania ponad żądanie zawarte we wniosku¹⁴². Takie stanowisko należy uznać za słuszne. Przed wszystkim należy podkreślić, że sprawa jest rozpatrywana w trybie nieprocesowym, gdzie nie można mówić o żądaniu w znaczeniu *sensu stricto*, o sporności, bo jest to

¹⁴⁰ Postanowienie SR w Częstochowie z 5.09.2012 r. (VIII Gzd 8/12), niepubl.

¹⁴¹ Por. powołane wcześniej postanowienie SN z 24.09.2010 r. (IV CSK 92/10).

¹⁴² Por. postanowienie SN 22.08.2007 r. (III CSK 45/07), OSP 2009/3, poz. 34.

domeną postępowania procesowego. Zgodzić się należy ze stanowiskiem wyrażonym w orzecznictwie, że wniosek w postępowaniu nieprocesowym o wydanie określonej treści postanowienia powinien spełniać te same warunki co pozew (art. 511 § 1 k.p.c.), a do jego elementów obligatoryjnych należą dokładnie określone żądanie oraz przytoczenie okoliczności faktycznych. Te elementy odróżniają wniosek o wszczęcie postępowania nieprocesowego od zwykłych pism w tym postępowaniu¹⁴³. Odpowiedzieć należy więc na pytanie, co stanowi treść żądania w przypadku wniosku o orzeczenie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej – jest to żądanie orzeczenia zakazu. Okres, na jaki sąd może orzec ten zakaz, został określony ustawowo, podobnie jak przesłanki, którymi winien się kierować. Rolą wnioskodawcy jest wyłącznie wykazanie swojej legitymacji oraz zgłoszenie dowodów wykazujących podstawy i przesłanki orzeczenia zakazu. Nie sposób przyjąć, że gdyby sąd uznał, iż na podstawie materiału dowodowego wina uczestnika postępowania i skutki jego zachowań przemawiały za orzeczeniem zakazu na okres dłuższy niż wskazano w żądaniu wniosku, sąd nie mógłby orzec zakazu na okres, który uznaje za zasadny. Przeciwnie stanowisko przeczyłoby idei i celowi przedmiotowego zakazu i postępowania nieprocesowego. Nie jest rolą wnioskodawcy określanie okresu zakazu, gdyż należy to do sądu orzekającego. W konsekwencji, z jednej strony, nie ma potrzeby oddalania wniosku w części, jeżeli sąd orzeka zakaz na okres krótszy niż żąda wnioskodawca, z drugiej zaś strony, sąd może orzec zakaz na okres dłuższy niż żąda wnioskodawca.

¹⁴³ Por. postanowienie SN z 2.10.2003 r. (V CK 239/02), LEX nr 1130187.

7. Czynność podjęta z naruszeniem zakazu

W tym miejscu należy zadać sobie pytanie, jaki jest skutek podjęcia czynności prawnej, a w szczególności zawarcia umowy przez osobę, w stosunku do której orzeczono zakaz prowadzenia działalności gospodarczej. Takiego skutku nie wyrażono *expressis verbis* w przepisach prawa. Niewątpliwie orzeczenie sądu stwarza tu nową sytuację prawną, której konsekwencją jest niemożność prowadzenia legalnej działalności gospodarczej przez osobę, której zakaz dotyczy, oczywiście w zakresie wynikającym z zakazu.

W tym przedmiocie w doktrynie wyrażono różne, przeciwstawne poglądy.

Według F. Zedlera¹⁴⁴, z istoty zakazu orzeczonego na podstawie art. 373 p.u.n. wynika, że podejmowanie czynności sprzecznej z tym zakazem, a więc podejmowanie działalności gospodarczej, czy też powołanie osoby pozbawionej tych praw na stanowisko członka rady nadzorczej, reprezentanta lub pełnomocnika w spółce handlowej, przedsiębiorstwie państwowym, spółdzielni, fundacji lub stowarzyszeniu, jest czynnością sprzeczną z prawem. W konsekwencji taka czynność jest nieważna – stosownie do art. 58 k.c. Już więc z tej racji, nawet gdyby pozbawiony praw, o których mowa w art. 373, chciał podjąć działalność (czy pełnić funkcję wymienionego w tym przepisie pełnomocnika lub reprezentanta), wówczas jego działalność gospodarcza lub podjęcie wspomnianej funkcji nie powinno być ujawnione w Krajowym Rejestrze Sądowym czy w innym rejestrze, gdyż w rejestrach nie wpisuje się działalności sprzecznej z prawem.

Według S. Gurgula¹⁴⁵, wprowadzie orzeczenie o zastosowaniu zakazu z art. 373 p.u.n. ma niewątpliwie charakter konstytutywny, to nie oznacza to jednak, aby orzeczenie takie można utożsamiać z aktem normatywnym. Nie wchodzi też w grę możliwość odpowiedniego stosowania środków egzekucyjnych przewidzianych w art. 1051 k.p.c., tj. grzywny wymierzonej przez sąd, jeśli osoba objęta sankcją działa wbrew zakazowi, co wynika stąd, że orzeczony zakaz nie jest tożsamy z cywilnoprawnym

¹⁴⁴ F. Zedler w: *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, A. Jakubecki, F. Zedler, Kraków 2003, s. 962.

¹⁴⁵ S. Gurgul, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 113.

obowiązkiem świadczenia, polegającym na obowiązku powstrzymywania się od określonych działań. Nadto stosowanie tych środków przymusu przewidziano wyraźnie tylko w przypadku niewykonywania obowiązków określonych w art. 58-60 p.u.n. Skutki tej sankcji będą więc związane przede wszystkim z art. 365 § 1 k.p.c., co oznacza, że niedopuszczalne jest dokonywanie przez sądy wpisów we właściwych rejestrach przedsiębiorców, które to wpisy kolidowałyby z tym zakazem. Inne organy państwowe i samorządowe nie mogą traktować jako przedsiębiorców tych osób, wobec których przeczo sankcje, powinny odmówić wpisu lub wykreślić wpisy o działalności gospodarczej, odmówić lub cofnąć zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej itd.

Według J. Olesiaka¹⁴⁶, jeżeli podmiot objęty zakazem z art. 373 p.u.n. orzeczoną prawomocnie przez sąd prowadzi działalność gospodarczą lub piastuje określone w tym przepisie funkcje, to nie dokonuje czynności prawnych, które są dotknięte nieważnością na podstawie art. 58 § 1 k.c. Zdziałane bowiem przez niego czynności nie naruszają ustawy, a jedynie zakaz wynikający z orzeczenia. Orzeczenie sądowe nie stanowi zaś ustawy w rozumieniu art. 58 § 1 k.c. Działanie sprzeczne z orzeczoną zakazem, o którym mowa w art. 373 p.u.n., podlega ocenie z punktu widzenia odpowiedzialności karnej naruszającego zakaz, a nie rzutuje na ważność czynności cywilnoprawnych dokonanych pomimo istnienia zakazu.

Odnosząc się do powyższego należy podkreślić, że umowa zawarta przez osobę, w stosunku do której orzeczono zakaz prowadzenia działalności gospodarczej, nie może być rozpatrywana w ogóle z punktu widzenia jej ważności (w rozumieniu art. 58 k.c.) tylko dlatego, że została zawarta przez taką osobę. Zostaje ona pozbawiona prawa prowadzenia działalności gospodarczej na własny rachunek, ale nie oznacza to utraty przez nią zdolności do czynności prawnych. Nieważność umowy zachodzi jedynie w ściśle określonych warunkach i o ile osoba prowadząca faktycznie działalność gospodarczą wbrew zakazowi narusza przepisy prawa administracyjnego czy karnego, to nie umowa nie jest sprzeczna ani z prawem, ani zasadami współżycia społecznego, ani nie ma na celu obejścia ustawy. Analogicznie jest w sytuacji, gdy osobę prawną lub inną jednostkę reprezentuje osoba, w stosunku do

¹⁴⁶ J. Olesiak, *Charakter prawny orzeczenia wydanego na podstawie art. 373 prawa upadłościowego i naprawczego a sankcja nieważności czynności prawnej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2013/7, s. 53 i n.

której orzeczono zakaz. Uchwała w przedmiocie powołania na funkcję członka zarządu ma charakter konstytutywny, wpis do Krajowego Rejestru Sądowego – deklaratoryjny, i nie można mówić o niewłaściwej reprezentacji w sytuacji, gdy osoba taka zostanie członkiem zarządu.

8. Termin do złożenia wniosku o orzeczenie zakazu

8.1. Prekluzja w złożeniu wniosku

Złożenie wniosku o orzeczenie zakazu jest ograniczone czasowo, co wynika z treści art. 377 p.u.n., określającego termin do dokonania tej czynności procesowej. Zgodnie bowiem z tym przepisem nie orzeka się zakazu, o którym mowa w art. 373 ustawy, jeżeli postępowanie w tej sprawie nie zostało wszczęte w terminie roku od dnia umorzenia lub zakończenia postępowania upadłościowego albo oddalenia wniosku o ogłoszenie upadłości na podstawie art. 13 ustawy, a gdy wniosek o ogłoszenie upadłości nie był złożony, w terminie trzech lat od dnia, w którym dłużnik obowiązany był taki wniosek złożyć.

Istotne znaczenie w praktyce, a więc również w analizowanych sprawach, miała nowelizacja z 6.03.2009 r.¹⁴⁷, która weszła w życie 2.05.2009 r. Do tego dnia art. 377 p.u.n. miał następujące brzmienie: „Nie orzeka się zakazu, o którym mowa w art. 373, jeżeli postępowanie w tej sprawie nie zostało wszczęte w terminie roku od umorzenia lub zakończenia postępowania upadłościowego albo oddalenia wniosku o ogłoszenie upadłości na podstawie art. 13, a gdy nie złożono wniosku o ogłoszenie upadłości, od dnia, w którym dłużnik obowiązany był taki wniosek złożyć.”. Różnica w stosunku do aktualnego brzmienia tego przepisu jest zasadnicza, gdyż ustawą nowelizującą wprowadzony został wydłużony do 3 lat termin do złożenia wniosku o orzeczenie zakazu, jeżeli nie został złożony wniosek o ogłoszenie upadłości dłużnika.

Zgodnie z art. 6 ustawy nowelizującej do postępowań w sprawach orzekania zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy, stosuje się przepisy dotychczasowe. Jeżeli przed dniem wejścia w życie tej ustawy zaistniały podstawy do ogłoszenia upadłości, do postępowań wszczętych po dniu wejścia w życie ustawy, stosuje się przepisy dotychczasowe. Jeżeli przed dniem wejścia w życie ustawy ustała możliwość

¹⁴⁷ Ustawa z 6.03.2009 r. o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, ustawy o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym oraz ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz. U. Nr 53, poz. 434), dalej jako nowelizacja.

orzeczenia zakazu z powodu upływu rocznego terminu do wszczęcia postępowania, zakazu nie orzeka się.

Ze względu na ścisłe powiązanie przesłanek orzeczenia zakazu przewidzianego w art. 373 p.u.n. z powstaniem stanu uzasadniającego wniosek o ogłoszenie upadłości, terminowym złożeniem tego wniosku i zachowaniem się w toku postępowania upadłościowego, zarówno do już wszczętych postępowań o orzeczenie zakazu, jak i do tych, które zostaną dopiero wszczęte, ale które wiążą się z popadnięciem dłużnika w stan wymagający wystąpienia o uruchomienie postępowania upadłościowego, powinny być stosowane dotychczas obowiązujące w tej materii przepisy. W zakresie terminów prekluzyjnych zastosowanie znajdowałyby terminy roczne, przewidziane w art. 377 p.u.n. w dotychczasowym brzmieniu, obarczonym różnym pojmowaniem ich wzajemnego stosunku¹⁴⁸.

Istotę tego przepisu trafnie wyjaśnił Sąd Okręgowy w Gliwicach w postanowieniu 14.12.2012 r.¹⁴⁹, oddalając apelację wnioskodawcy (organu państwowego) od postanowienia Sądu Rejonowego w Gliwicach z 4.07.2012 r.¹⁵⁰, którym oddalono wniosek o orzeczenie zakazu – na podstawie art. 377 p.u.n. Sąd Okręgowy podkreślił, że rozwiązanie zawarte w tym przepisie ma służyć zwiększeniu prawdopodobieństwa objęcia niewypłacalnego podmiotu reżimem upadłości dla ochrony jego obecnych i przyszłych wierzycieli. Prawo skłania w ten sposób wierzyciela do przejawienia aktywności nie tylko na polu sankcji „zakazowej”, ale także w zakresie postępowania upadłościowego, bo tylko postępowanie upadłościowe może w sposób kompleksowy i ostateczny rozwiązać problem niewypłacalności przedsiębiorcy na rynku. Innymi słowy, przepis ten ma charakter dyscyplinujący wierzycieli.

¹⁴⁸ Por. postanowienie SN z 12.04.2012 r. (II CSK 463/11), LEX nr 1217206. Pogląd ten został wyrażony na tle jednej z badanych spraw, a mianowicie Sądu Rejonowego dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi (XIV Gzd 4/10), niepubl., w której Sąd Najwyższy uznał, że sądy niższych instancji nieprawidłowo zastosowały przepis art. 6 nowelizacji, co skutkowało uchycieniem postanowienia Sądu Okręgowego w Łodzi z 4.02.2011 r. (X Ga 463/10), niepubl., oddalającego apelację uczestników postępowania (członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością) od postanowienia Sądu Rejonowego orzekającego zakaz na okres 6 lat w stosunku do każdego z nich, i zmianą postanowienia Sądu Rejonowego przez oddalenie obydwu wniosków.

¹⁴⁹ Postanowienie SO w Gliwicach z 14.12.2012 r. (X Ga 265/12), niepubl.

¹⁵⁰ Postanowienie SR w Gliwicach z 4.07.2012 r. (XII GZd 16/12), niepubl.

Dodać należy, że przepis tego typu usuwa stan niepewności co do sytuacji prawnej dłużnika (osób uprawnionych do jego reprezentacji). O ile więc sama instytucja jest potrzebna, to terminy przewidziane w art. 377 p.u.n. są zdecydowanie zbyt krótkie, nawet po wydłużeniu od maja 2009 r., gdyż wierzyciel może nie być nawet świadomy zaistnienia przesłanek w nim przewidzianych i że terminy te zaczęły już biec. Dłużnik stosunkowo łatwo może doprowadzić do upływu tych terminów, co jest dla niego zdecydowanie korzystne, gdyż przepis powyższy zawiera terminy materialnoprawne o charakterze prekluzyjnym¹⁵¹. Oznacza to, że uprawnienie do złożenia wniosku o orzeczenie zakazu wygasa, a terminy te nie mogą być ani przedłużone, ani przywrócone decyzją sądu. W konsekwencji, jeżeli wniosek o wszczęcie postępowania w przedmiocie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej zostanie złożony po upływie terminów, a w zasadzie jednego z nich, gdyż albo zastosowanie znajduje termin roczny, albo trzyletni, następuje oddalenie wniosku, a nie odrzucenie, gdyż nie jest to przesłanka formalna.

W przepisie tym wyróżniono dwie autonomiczne grupy sytuacji, do których mają zastosowanie dwa odmienne terminy. Pierwsza grupa dotyczy przypadków, w których w stosunku do dłużnika złożono skutecznie wniosek o ogłoszenie upadłości, a wniosek ten został oddalony na podstawie art. 13 p.u.n., a więc z powodu braku majątku na zaspokojenie kosztów postępowania, albo zostało wszczęte postępowanie upadłościowe, które zostało zakończone (niezależnie w jaki sposób) lub umorzone. Druga grupa dotyczy przypadków, w których wniosek o ogłoszenie upadłości dłużnika nie został w ogóle złożony – ani przez samego dłużnika, ani przez żaden inny podmiot do tego uprawniony.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego zdecydowanie przeważa pogląd, że początkowym dniem tego terminu jest dzień, w którym zaistniała podstawa do ogłoszenia upadłości. W uchwale z 22.03.2006 r.¹⁵² Sąd Najwyższy wskazał, że za tym stanowiskiem przemawia wykładnia językowa, której wyników nie zmienia fakt,

¹⁵¹ Por. np. postanowienie SN z 24.11.2009 r. (V CSK 131/09), LEX nr 574555. W literaturze przyjęło się sformułowanie o „przedawnieniu” możliwości wszczęcia (orzekania) w sprawach o pozbawienie prawa prowadzenia działalności gospodarczej, co nie jest zbyt trafne, gdyż nie akcentuje różnicy pomiędzy terminem przedawnienia a terminem prekluzyjnym. Por. np. P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe...*, s. 819, F. Zedler w: *Prawo upadłościowe...*, s. 970, A. Świderek w: *Prawo upadłościowe...*, s. 796.

¹⁵² Uchwała SN z 22.03.2006 r. (III CZP 13/06), OSNC 2007/1, poz. 8.

iż w każdym dniu istnienia podstawy ogłoszenia upadłości dłużnik ma nadal obowiązek złożenia wniosku o jej ogłoszenie. Za niemożliwe do przyjęcia uznać zapatrywanie, że termin roczny do wystąpienia z wnioskiem o orzeczenie zakazu biegnie od dnia, w którym przestała istnieć taka podstawa. Nieuzasadnione jest bowiem założenie, że dłużnik może celowo nie występować z wnioskiem o ogłoszenie upadłości, licząc na upływ terminu określonego w art. 377 p.u.n., rozpoczynającego bieg od dnia powstania podstawy upadłości, skoro z takim wnioskiem może wystąpić oprócz niego każdy z wierzycieli. Niezłożenie wniosku o orzeczenie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej w ciągu roku od powstania przesłanek upadłości nie oznacza całkowitej niemożności orzeczenia zakazu, jeżeli podstawa upadłości istnieje w dalszym ciągu. Jeżeli z wnioskiem o ogłoszenie upadłości po upływie tego okresu występuje wierzyciel, powoduje to inny sposób liczenia omawianego terminu. Gdy wniosek o ogłoszenie upadłości został złożony, termin ten biegnie od dnia umorzenia lub zakończenia postępowania upadłościowego albo oddalenia wniosku na podstawie art. 13 p.u.n. Dłużnik, który zataił podstawę do ogłoszenia swojej upadłości, nie może się wówczas skutecznie zasłaniać zarzutem, że podstawa ta wystąpiła wcześniej aniżeli rok przed złożeniem wniosku o ogłoszenie upadłości¹⁵³.

Sąd Najwyższy przyjmował również, że początkiem terminu przewidzianego w art. 377 *in fine* p.u.n. jest dzień zaistnienia podstawy upadłości¹⁵⁴, czego jednak nie podtrzymał w kolejnych orzeczeniach. Przykładowo, w postanowieniu z 4.03.2009 r.¹⁵⁵ Sąd ten przyjął, że tylko wtedy, gdy żaden wierzyciel nie chce podjąć próby dochodzenia swoich roszczeń od nierzetelnego dłużnika w postępowaniu upadłościowym, ale ogranicza się do żądania wykluczenia tego dłużnika z obrotu gospodarczego, nie ma powodu ani możliwości, aby termin do wystąpienia z wnioskiem o orzeczenie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej liczyć od innej chwili niż dzień powstania po stronie dłużnika podstawy upadłości. Jeżeli jednak którykolwiek z wierzycieli zainicjował postępowanie upadłościowe lub nawet uczynił

¹⁵³ Stanowisko to zostało podtrzymane w postanowieniach SN: z 12.05.2006 r. (V CSK 54/06), LEX nr 238844, z 10.11.2006 r. (I CSK 218/06), LEX nr 371453, z 12.12.2007 r. (V CSK 321/07), LEX nr 574556, z 5.03.2009 r. (III CSK 297/08), LEX nr 512981, uchwale SN z 20.05.2011 r. (II CZP 23/11), OSNC 2012/1, poz. 5.

¹⁵⁴ Por. postanowienia SN z: 7.02.2008 r. (V CSK 424/07), OSNC 2009/4, poz. 59 i z 29.10.2008 r. (IV CSK 239/08), OSNC-ZD 2009/C, poz. 67.

¹⁵⁵ Postanowienie SN z 4.03.2009 r. (IV CSK 423/08), LEX nr 574553.

to sam dłużnik, lecz zbyt późno, termin do zgłoszenia wniosku o orzeczenie zakazu biegnie od dnia prawomocnego ukończenia lub umorzenia postępowania upadłościowego albo oddalenia wniosku o ogłoszenie upadłości na podstawie art. 13 p.u.n. Taki zróżnicowany sposób liczenia terminu miał na celu stworzenie wnioskodawcy realnej możliwości złożenia wniosku o zastosowanie sankcji wobec dłużnika naruszającego poważnie reguły uczciwego obrotu¹⁵⁶.

Zatem jeżeli wniosek o ogłoszenie upadłości nie został złożony, termin przewidziany w art. 377 p.u.n. należy liczyć od dnia, w którym dłużnik był obowiązany złożyć taki wniosek. Jeśli zobowiązany złożył wniosek o ogłoszenie upadłości z opóźnieniem, jednak postępowanie zostało wszczęte, lub wniosek złożyła inna osoba, wówczas roczny termin do złożenia wniosku o ukaranie rozpoczyna bieg od dnia zakończenia postępowania upadłościowego, niezależnie w jaki sposób postępowanie upadłościowe zostało zakończone. Analogiczną zasadę należy przyjąć, jeżeli spóźniony wniosek o ogłoszenie upadłości został oddalony na podstawie art. 13 p.u.n. Co niezwykle istotne, dla ustalenia początku biegu terminu do złożenia wniosku, o jakim mowa w art. 373 p.u.n., bez znaczenia pozostaje, czy postępowanie upadłościowe wszczęte zostało z inicjatywy osoby, której wniosek ten dotyczy, czy z inicjatywy innych osób¹⁵⁷. Dla wyznaczenia początku biegu terminu z art. 377 p.u.n. nie ma również znaczenia, czy dłużnik złożył wniosek o ogłoszenie upadłości w terminie wskazanym w art. 21 p.u.n., czy z przekroczeniem tego terminu i o ile, jak również kiedy wierzyciel złożył wnioskiem o ogłoszenie upadłości, gdyż wierzyciel nie jest związany żadnym terminem wniesienia takiego wniosku. W każdej jednak sytuacji niemożność orzeczenia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej następuje, gdy upływie okres trzech lat od dnia, w którym dłużnik był zobowiązany złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości. Termin ten zaczyna biec po upływie 14. dnia od dnia, w którym wystąpiła podstawa do ogłoszenia upadłości¹⁵⁸. Natomiast gdyby dopiero po upływie terminów z art. 377 p.u.n. ogłoszono upadłość dłużnika i po przeprowadzeniu postępowania upadłościowego złożony został wniosek o orzeczenie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej albo gdyby po upływie

¹⁵⁶ Taki pogląd wyrażony został również w postanowieniu SN z 13.01.2010 r. (II CSK 364/09), LEX nr 574527, i w uchwale SN z 9.04.2010 r. (III CZP 14/10), OSNC 2010/10, poz. 133.

¹⁵⁷ Por. postanowienie SN z 27.02.2008 r. (III CSK 275/07), LEX nr 621803.

¹⁵⁸ Por. uchwałę SN z 22.03.2006 r. (III CZP 13/06), „Biuletyn SN” 2006/3, s. 7.

terminów z art. 377 p.u.n. nie wszczęto postępowania upadłościowego, chociaż zachodziły ku temu podstawy, a wszczęto jedynie postępowanie w przedmiocie orzeczenia zakazu, to w tym postępowaniu nie można powoływać się na okoliczności, które były podstawą orzekania takiego zakazu przed upływem terminów, o których mowa w art. 377 p.u.n.¹⁵⁹ Prekluzyjny termin do żądania orzeczenia wobec dłużnika zakazu z art. 373 ust. 1 p.u.n. w oparciu o przesłankę z punktu 1 tego przepisu otwiera się na nowo w wypadku oddalenia na podstawie art. 13 p.u.n. kolejnego wniosku o ogłoszenie upadłości dłużnika¹⁶⁰, a więc biegnie odrębnie po każdorazowym oddaleniu wniosku o ogłoszenie upadłości konkretnego dłużnika. Złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości nie oznacza bezwzględnie przywrócenia ani przedłużenia rocznego terminu z art. 377 p.u.n. w odniesieniu do zdarzeń zaszłych przed tym terminem, bowiem otwiera jedynie ponowny bieg terminu do złożenia wniosku o orzeczenie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej w sytuacji, gdy wniosek o ogłoszenie upadłości składa wierzyciel i tylko wtedy, gdy dłużnik w odpowiednim czasie takiego wniosku nie złożył¹⁶¹.

Uchylenie postępowania upadłościowego (art. 371 p.u.n.) samo przez się nie wyklucza możliwości orzekania zakazu, o którym mowa w art. 373 p.u.n. W toku trwającego postępowania upadłościowego upadły mógł się dopuścić czynów stanowiących podstawę orzeczenia zakazu, mógł np. popełnić czyny wymienione w art. 373 ust. 1 pkt 2 p.u.n. Nie można też zapominać, że uchylenie postępowania upadłościowego może nastąpić w związku z oddaleniem wniosku o ogłoszenie upadłości na podstawie art. 13 p.u.n. Nie ma więc przeszkód do orzekania zakazu z art. 373 p.u.n. w razie uchylenia postępowania. Termin roczny w takim wypadku należy liczyć od dnia uprawomocnienia się postanowienia o oddaleniu lub odrzuceniu wniosku o ogłoszenie upadłości¹⁶².

¹⁵⁹ Por. powołane wcześniej postanowienie SN z 7.02.2008 r. (V CSK 424/07).

¹⁶⁰ Por. powołane wcześniej postanowienie SN z 4.03.2009 r. (IV CSK 423/08).

¹⁶¹ Tak, słusznie, K. Babiarz-Mikulska, *Glosa do uchwały SN z dnia 20 maja 2011 r., III CZP 23/11*, „Glosa” 2013/2, s. 42.

¹⁶² F. Zedler w: *Prawo upadłościowe...*, s. 970.

8.2. Wyniki analizy empirycznej

W badanych sprawach sądy zasadniczo prawidłowo stosowały przepisy przejściowe do art. 377 p.u.n. Przykładowo, Sąd Rejonowy w Białymstoku w postanowieniu z 5.10.2012 r.¹⁶³, oddalającym złożony na początku czerwca 2012 r. wniosek, a wydanym w sprawie dotyczącej dwóch wspólników spółki cywilnej rozwiązanej w kwietniu 2009 r., ustalił, że podstawy do ogłoszenia upadłości powstały 21.02.2009 r., a więc przed nowelizacją art. 377 p.u.n., która weszła w życie 2.05.2009 r., co powodowało, że roczny termin do złożenia wniosku minął 22.02.2010 r.

W jednej ze spraw, zakończonej postanowieniem z 12.09.2012 r.¹⁶⁴, Sąd Rejonowy w Bielsku-Białej słusznie uznał za chybiony zarzut uczestniczki postępowania jakoby oddalenie wniosku o ogłoszenie upadłości z powodu braku majątku na koszty postępowania powodowało oddalenie wniosku o zakaz na podstawie art. 377 p.u.n. Faktem jest, że w przepisie tym mowa jest o art. 13 ustawy, stanowiącym podstawę oddalenia wniosku o ogłoszenie upadłości dłużnika z tego powodu, jednak okoliczność ta nie stanowi przesłanki pozytywnej lub negatywnej orzeczenia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, ale wyznacza jedynie datę, od jakiej należy liczyć prekluzyjny termin do złożenia wniosku.

Nie we wszystkich jednak sprawach art. 377 p.u.n. był stosowany prawidłowo. Postanowieniem z 22.11.2012 r.¹⁶⁵ Sąd Rejonowy w Elblągu oddalił wniosek wskazując, że niewypłacalność uczestnika postępowania nastąpiła na przełomie 2001/2002, ale podstawą oddalenia wniosku była okoliczność, że nie doszło do obniżenia wartości ekonomicznej przedsiębiorstwa, majątek kształtuje się mniej więcej na tym samym poziomie, nigdy nie był znacznej wartości i takim pozostał, zaś uczestnik nie zbywał składników majątku i dokonał spłaty kilku wierzycieli. Jednak już ustalenie wskazanej daty (okresu) niewypłacalności powodowało, że powinien mieć zastosowanie art. 6 ust. 2 nowelizacji, na co zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Gdańsku, oddalając postanowieniem z 10.04.2013 r.¹⁶⁶ apelację wnioskodawcy.

¹⁶³ Postanowienie SR w Białymstoku z 5.10.2012 r. (VIII Gzd 3/12), niepubl.

¹⁶⁴ Postanowienie SR w Bielsku-Białej z 12.09.2012 r. (VI Gzd 9/12), niepubl.

¹⁶⁵ Postanowienie SR w Elblągu z 22.11.2012 r. (V Gzd 16/12), niepubl.

¹⁶⁶ Postanowienie SO w Gdańsku z 10.04.2013 r. (XII Ga 35/13), niepubl.

Podobnie orzekł Sąd Okręgowy w Kielcach w postanowieniu z 10.05.2013 r.¹⁶⁷, zmieniając postanowienie Sądu Rejonowego w Kielcach.

Jednak przykłady te stanowią jedynie wyjątki od reguły. Podkreślić jednocześnie należy, że przepis ten stanowi bardzo często stosowaną podstawę oddalenia wniosku o orzeczenie zakazu – z 41 spraw, w których oddalono wniosek o orzeczenie zakazu i sporządzone zostało uzasadnienie, w aż 18 sprawach (43,9%) podstawą orzeczeń sądów był właśnie ten przepis, z czego zdecydowana większość dotyczyła stanu prawnego sprzed 2.05.2009 r. Świadczy to o tym, że nowelizacja wprowadzona z tym dniem była konieczna i wydłużenie terminu do złożenia wniosku o zakaz zdecydowanie ograniczyło możliwość powołania się przez dłużników na termin prekluzyjny przewidziany w tym przepisie.

Natomiast Sąd Rejonowy dla Wrocławia-Fabrycznej we Wrocławiu w postanowieniu z 30.03.2012 r.¹⁶⁸ uznał, że dłużnik popadł w stan niewypłacalności w marcu 2010 r., jednak uwzględnienie zarzutu z art. 377 p.u.n. byłoby sprzeczne z art. 5 k.c., skoro dłużnik cały czas pozostaje w stanie niewypłacalności, podczas gdy inne podmioty rzetelnie wykonują swoje zobowiązania. W wyniku tego Sąd orzekł zakaz na okres 8 lat, oddalając wniosek w pozostałym zakresie¹⁶⁹. Faktem jest, że postawa uczestnika wskazywała, że nie zamierza spłacić zobowiązań, jednak nie jest zasadne stosowanie art. 5 k.c. do terminów prekluzyjnych¹⁷⁰. Skutek prekluzji występuje z mocy prawa, bez konieczności podniesienia zarzutu, a więc sąd uwzględnia go z urzędu, nawet gdy osoba, która korzysta z dobrodziejstwa prekluzji milczy. Przekroczenie takiego terminu powoduje wygaśnięcie uprawnienia osoby dotąd uprawnionej i gdyby sąd był uprawniony do stosowania w takiej sytuacji art. 5 k.c., to niejako przywracałby uprawnienie, które wygasa z mocy ustawy (w przeciwieństwie do przedawnienia, upływ terminu którego nie powoduje wygaśnięcia roszczenia,

¹⁶⁷ Postanowienie SO w Kielcach z 10.05.2013 r. (VII Ga 46/13), niepubl.

¹⁶⁸ Postanowienie SR dla Wrocławia-Fabrycznej we Wrocławiu z 30.03.2012 r. (VIII Gzd 12/12), niepubl.

¹⁶⁹ Sąd Okręgowy we Wrocławiu postanowieniem z 19.07.2012 r. (X Ga 214/12), niepubl., oddalił apelację uczestnika wskazując, że wnioskodawca nie uchybił terminowi z art. 377 p.u.n., skoro niewypłacalność zaistniała w marcu 2010 r., zaś wniosek o orzeczenie zakazu został złożony w lutym 2012 r. Jednocześnie Sąd ten podzielił ustalenia sądu I instancji odnośnie do okoliczności przemawiających za orzeczeniem zakazu na okres aż 8 lat.

¹⁷⁰ Przeciwno stosowaniu art. 5 k.c. do prekluzji wypowiedział się Sąd Najwyższy w uchwale z 10.03.1993 r. (III CZP 8/93), OSNC 1993/9, poz. 153.

a jedynie zmianę zobowiązania na naturalne). Nie sposób w takiej sytuacji uznać, że jeżeli sąd ma obowiązek uwzględnić fakt wygaśnięcia uprawnienia, możliwe byłoby w ogóle zastosowanie art. 5 k.c.¹⁷¹ Gdyby przyjąć stanowisko zaprezentowane przez Sąd Rejonowy, dochodziłoby do zniweczenia celu systemu prekluzji, a mianowicie rygoryzmu skutków upływu terminów prekluzyjnych i nałożenia na uprawnionego obowiązku dochodzenia jego praw w ściśle określonym terminie.

¹⁷¹ Por. też T. Justyński, *Problem aktualności konstrukcji nadużycia prawa w zakresie terminów zawitych*, „Przeгляд Sądowy” 1999/11-12, s. 31 i n.

9. Podsumowanie i perspektywy na przyszłość

Analiza instytucji zakazu prowadzenia działalności gospodarczej przekonuje, że jest ona niezbędna, spełnia opisane cele, aczkolwiek wymaga modyfikacji. W pewnym sensie pozwala na eliminację z życia gospodarczego osób., których działania (zaniechania) wywołały skutki sprzeczne z istotą i celem postępowania upadłościowego, a w szczególności uniemożliwiły zaspokojenie wierzycieli w jak najwyższym stopniu. Działa również zapobiegająco, gdyż – przynajmniej w założeniu – powinien odstraszać od niezgodnego z prawem zachowania się. Oczywiście jest, że nie jest to instrument doskonały, gdyż nawet w przypadku, gdy w stosunku do określonej osoby zakaz ten zostanie orzeczony, osoba ta może niejako „obejść” zakaz, ale niewątpliwie stanowi on znacznie utrudnienie w uczestnictwie w obrocie gospodarczym.

Analiza spraw jednoznacznie świadczy o tym, że sądy prawidłowo stosują przesłanki orzeczenia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, o czym przekonuje wysoki poziom oddalonych apelacji. Z reguły sprawy są rozpatrywane szybko i sprawnie, co wynika w znacznej mierze z braku podejmowania obrony przez uczestników postępowania.

Wątpliwości budzi możliwość złożenia wniosku o orzeczenie zakazu prowadzenia działalności (jak i wniosku o ogłoszenie upadłości), gdy wnioskodawca nie legitymuje się tytułem egzekucyjnym stwierdzającym istnienie wierzytelności. Pamiętać należy, że to tryb procesowy jest drogą dochodzenia roszczeń w stosunku do dłużnika. Bardziej właściwym rozwiązaniem byłoby uzależnienie możliwości wystąpienia z takim wnioskiem od uprzedniego uzyskania tytułu egzekucyjnego. W aktualnym stanie prawnym sąd upadłościowy dokonuje analizy merytorycznej roszczenia, co stanowi domenę sądu orzekającego w trybie procesowym.

Ingerencji ustawodawcy wymaga także okres czasowy, na jaki zakaz może być orzeczony, w szczególności w odniesieniu do dolnej granicy, gdyż minimalny 3-letni okres nie uwzględnia wszystkich aspektów działalności, które mogą pojawić się w praktyce gospodarczej. Tę niedoskonałość niweluje, ale jedynie w pewnym stopniu, fakultatywny charakter zakazu.

Zakazem należy objąć szerszą kategorię podmiotów, w szczególności prokurentów, ale i inne osoby mające udział w prowadzeniu działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę (co wymagałoby jednak nałożenia na nich obowiązku zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości), a także podejmujące działania związane z działalnością gospodarczą (posiadanie udziałów lub akcji). Pozwoliłoby to znacznie lepiej chronić interesy wierzycieli.

Dodatkowo należy wskazać, że w trakcie trwających aktualnie prac nad nowelizacją ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze i nową ustawą – Prawo restrukturyzacyjne, zespół powołany przez Ministra Sprawiedliwości opracował projekt założeń projektu ustawy – Prawo restrukturyzacyjne¹⁷², który dotyczy również ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze. Przewiduje on m.in. zmianę tytułu ustawy na „Prawo upadłościowe”, z uwagi na uchylenie przepisów regulujących postępowanie naprawcze, zmiany w podstawach ogłoszenia upadłości, ale również wprowadzenie zmian w postępowaniu w sprawach orzekania zakazu prowadzenia działalności gospodarczej. Będą one dotyczyć następujących kwestii:

- 1) obniżenia do roku dolnej granicy czasowej orzekania zakazu, gdyż – jak wskazano – w wielu przypadkach orzekanie zakazu nawet na minimalny okres 3 lat jest zbyt dotkliwe, albowiem stopień zawinienia danej osoby oraz konsekwencje działania lub zaniechania dają niekiedy podstawy do orzeczenia krótszego zakazu, np. na rok;
- 2) wyraźnego przesądzenia, że w postępowaniu zakazowym można orzec utratę prawa prowadzenia działalności gospodarczej również w ramach spółki cywilnej, a także utratę możliwości wykonywania funkcji członka komisji rewizyjnej;
- 3) objęcia postępowaniem zakazowym osób, które faktycznie zarządzały przedsiębiorstwem dłużnika – niekorzystnym zjawiskiem jest bowiem brak możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności za działania niezgodne z prawem osób, które nie pełnią nominalnie żadnej funkcji u przedsiębiorcy;
- 4) doprecyzowania, że postępowaniem zakazowym objęte są osoby, które jako upadłe po ogłoszeniu upadłości ukrywały, niszczyły lub obciążały majątek wchodzący w skład masy upadłości – brak jest bowiem wystarczających podstaw

¹⁷² Projekt ten jest dostępny na stronie www.ms.gov.pl.

aksjologicznych oraz systemowych, które pozwalałyby na objęcie surową odpowiedzialnością – przewidzianą w art. 373 ust. 1 pkt 3 p.u.n. – także tych osób, które nie działają jako upadły w postępowaniu po ogłoszeniu upadłości; w stosunku do osób innych niż upadły, sankcje za ukrywanie i niszczenie majątku powinny wynikać z przepisów ogólnych;

- 5) wprowadzenia możliwości odstąpienia od orzekania zakazu w przypadku złożenia wniosku o wszczęcie postępowania układowego lub sanacyjnego, o których mowa w ustawie – Prawo restrukturyzacyjne;
- 6) doprecyzowania art. 373 ust. 1 pkt 2 p.u.n., tak aby obejmował również uniemożliwienie dostępu do danych elektronicznych;
- 7) doprecyzowania możliwości złożenia przez prokuratora wniosku o wszczęcie postępowania zakazowego;
- 8) uchylenia w art. 373 ust. 2 p.u.n. zdania drugiego wobec projektowanych postępowań restrukturyzacyjnych oraz propozycji przedstawionej w lit. e);
- 9) wprowadzenia jednoznacznej regulacji określającej termin, w którym można orzec zakaz prowadzenia działalności gospodarczej, w sytuacji, gdy nie złożono wniosku o ogłoszenie upadłości (obecnie art. 377 p.u.n.) – termin ten powinien być liczony nie od początkowego momentu, w którym po stronie danej osoby powstał obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości (powstanie stanu niewypłacalności), lecz od momentu ustania tego obowiązku (ustanie stanu niewypłacalności, utrata uprawnień do prowadzenia spraw i reprezentacji połączona z wygaśnięciem obowiązku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości).

Jednocześnie przewiduje się:

- 1) wydłużenie do jednego miesiąca terminu do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, gdyż obecny termin (2 tygodnie) jest zbyt krótki, aby prawidłowo ocenić stan finansów przedsiębiorstwa oraz przygotować i złożyć kompletny wniosek o wszczęcie postępowania;
- 2) wyraźne doprecyzowanie, że obowiązek złożenia wniosku, a co za tym idzie, także odpowiedzialność, nie dotyczy pełnomocników, w tym prokurentów – wyjątkiem byłby pełnomocnik spółki kapitałowej w organizacji, w której jest on powołany do reprezentacji tej spółki.

Większość zagadnień została poruszona w treści opracowania. W tym miejscu należy odnieść się do kilku z nich.

Pozytywnie należy ocenić założenia obniżenia dolnej granicy zakazu do roku oraz wpisania wprost, że zakaz obejmuje członka komisji rewizyjnej, gdyż w aktualnym stanie prawnym objęcie zakazem tej funkcji możliwe jest jedynie w drodze wykładni celowościowej. Podobnie rzecz ma się z legitymacją czynną prokuratora. Zbędne jest zaś wprowadzenie postanowienia dotyczącego prowadzenia działalności w ramach spółki cywilnej, gdyż – jak o tym była mowa – przedsiębiorcą nie jest spółka cywilna, ale jej wspólnicy, którzy prowadzą działalność gospodarczą. To wspólnicy są wpisywani do ewidencji działalności gospodarczej, im przysługuje osobowość prawna, jest to więc rodzaj jednoosobowej działalności gospodarczej, z pewnymi modyfikacjami wynikającymi z przepisów Kodeksu cywilnego. Pojęcie działalności gospodarczej zdefiniowane w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej w sposób wyraźny i jednoznaczny obejmuje prowadzenie działalności także w ramach spółki cywilnej.

Objęcie postępowaniem zakazowym osób, które faktycznie zarządzały przedsiębiorstwem dłużnika wywoła zapewne szereg kontrowersji w doktrynie i problemów praktycznych. O ile sama idea jest prawidłowa, to problemem będzie chociażby zdefiniowanie takiej osoby, gdyż często zarząd odbywa się bez zawarcia umowy na piśmie, w której wyszczególnione byłyby prawa i obowiązki zarządcy. Kwestia ta wymaga niewątpliwie precyzyjnego ujęcia. Natomiast krytycznie odnieść się należy do dalszego wyłączania spod zakresu zakazu prokurentów – z przyczyn, o których mowa była w punkcie 3.2.3.

Proponowana zamiana art. 377 p.u.n. jest jedną z możliwych w odniesieniu do tego przepisu i została przewidziana zapewne z uwagi na orzecznictwo Sądu Najwyższego, dającego wykładnię co do sposobu liczenia terminu. Bezspornie przepis ten wymaga nowelizacji z uwagi na to, że przewiduje zbyt krótki czas, w jakim wniosek powinien zostać złożony. Wydaje się jednak, że oprócz zmiany w zakresie daty początkowej, zasadnym byłoby jednoczesne wydłużenie terminów przewidzianych w tym przepisie.