

TOMASZ HOFMAN

NIEWYPŁACALNOŚĆ JAKO PRZESŁANKA OGŁOSZENIA UPADŁOŚCI W ŚWIETLE PROJEKTOWANYCH ZMIAN

Cechami charakterystycznymi narodowej gospodarki od przełomu w latach dziewięćdziesiątych¹ jest niestabilność i niepewność. Zwiększają one ryzyko działalności gospodarczej podmiotów uczestniczących w obrocie gospodarczym. Przedsiębiorca, który błędnie zarządza firmą oraz ryzykiem związanym z prowadzeniem działalności gospodarczej², może okazać się niewypłacalny. Ryzyko to posiada wymiar finansowy i w szczególności wiąże się z wyborem źródła i rodzaju finansowania działalności gospodarczej³. Ustawodawca w drodze zmian legislacyjnych dostosowuje regulacje związane z ryzykiem działalności gospodarczej, zwłaszcza prawo upadłościowe i naprawcze⁴ do aktualnej sytuacji gospodarki narodowej oraz rynku międzynarodowego⁵. Prawo, które nie

Mgr TOMASZ HOFMAN – licencjonowany syndyk, doktorant, Katedra Postępowania Administracyjnego, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego; email: tomasz.hofman@uj.edu.pl

¹ W latach 1945-1989 upadłość przedsiębiorców praktycznie nie istniała, a w kierunku bankructwa zmierzała, co najwyżej, załamująca się kilkukrotnie gospodarka PRL. Dopiero lata dziewięćdziesiąte były dla Polski okresem transformacji i odrodzenia się procedury upadłościowej.

² Już F. Bastiat w swoim dziele *Państwo* ([w:] *Dzieła zebrane*, t. I, Warszawa 2009, s. 115), zauważył dość celnie, że życie na kredyt, czyli „zjadanie przyszłości”, to metody, dzięki którym osiągamy niewielkie korzyści bieżące, ryzykując wielkie straty w przyszłości. Taki sposób postępowania przybliży widmo bankructwa.

³ Do źródeł ryzyka związanego z prowadzeniem działalności gospodarczej możemy również zaliczyć m.in. ryzyko niedotrzymania warunków umowy, ryzyko siły wyższej, ryzyko stopy procentowej, ryzyko inflacji, ryzyko operacyjne czy polityczne.

⁴ Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz. U. Nr 175, poz. 1361) [dalej cyt.: pr.u.na.].

⁵ Jak twierdzi E. Łętowska w książce *O prawie i o mitach* (Warszawa 2013, s. 18), prawo „to przecież z natury rzeczy projekt na przyszłość”. Jest to projekt kłopotliwy dla prawodawcy, gdyż trudno przewidzieć co może się wydarzyć w przyszłości.

uwzględnia zmian zachodzących w jego otoczeniu, może być podłożem trwałej recesji⁶.

Problematyka przesłanek ogłoszenia upadłości stanowi jedno z najważniejszych zagadnień prawa upadłościowego i naprawczego. Niewypłacalność jako jedna z przesłanek ogłoszenia upadłości, jest nierozzerwalnie związana z obrotem gospodarczym i jest jego naturalnym elementem, swoistym *katharsis*⁷. Dłużnik nieposiadający zobowiązań, nie może ogłosić upadłości. Ze zobowiązaniami wiąże się z kolei niewypłacalność. W niniejszym opracowaniu, po przedstawieniu definicji niewypłacalności oraz poglądów na temat sposobu rozumienia tego pojęcia, omówione zostaną projektowane zmiany w odniesieniu do niewypłacalności jako przesłanki upadłości, zawarte w Rekomendacjach Zespołu Ministra Sprawiedliwości ds. Nowelizacji Prawa Upadłościowego i Naprawczego⁸, a następnie – europejskie regulacje związane z niewypłacalnością przedsiębiorców. Celem nadrzędnym prac zespołu jest ochrona dłużnika borykającego się z problemami finansowymi. Rekomendowane zmiany z jednej strony zasługują na aprobatę, chociażby z uwagi na fakt, iż obecna definicja niewypłacalności jest wysoce spekulatywna. Skądinąd, można jednak zauważyć, że zmiana użytej terminologii w odniesieniu do definicji niewypłacalności na powrót zmierza do uregulowań zawartych w rozporządzeniu Prawo upadłościowe oraz prawo o postępowaniu upadłościowym⁹, w wyniku czego zostanie wzmocniona pozycja dłużnika kosztem wierzycieli, a to z kolei pozwoli w mniejszym stopniu realizować podstawowy cel prawa upadłościowego, jakim jest ochrona wierzycieli jako kolektywu¹⁰. Z uwagi na to, proponowane zmiany w odniesieniu do definicji niewypłacalności są niezmiernie ważne dla narodowej gospodarki.

Ustawodawca wprowadził do ustawy pr.u.na. dwie przesłanki niewypłacalności. Pierwsza odnosi się do wszystkich przedsiębiorców i dotyczy utraty płynności finansowej w regulowaniu wymagalnych zobowiązań. Druga odnosi się do spółek oraz niebędących spółkami jednostek organizacyjnych posiadających zdolność prawną i jest związana z nadmiernym zadłużeniem, tj. stanem, w którym

⁶ Por. D.C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, NY 1999.

⁷ Gr. κάθαρσις – oczyszczenie.

⁸ Rekomendacje Zespołu Ministra Sprawiedliwości ds. Nowelizacji Prawa Upadłościowego i Naprawczego, Ministerstwo Sprawiedliwości, Warszawa 2012 [dalej cyt.: Rekomendacje].

⁹ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 24 października 1934 r. – Prawo upadłościowe oraz prawo o postępowaniu układowym (Dz. U. R. P. Nr 28, poz. 221) [dalej cyt.: pr.u.).

¹⁰ Najistotniejszą funkcją pr.u.na. z 2003 r. jest funkcja windykacyjna, która polega na maksymalnej ochronie wierzycieli oraz ich równomiernym i jak najwyższym zaspokojeniu względem dłużnika, wtórną zaś ochrona interesów dłużnika.

długi przewyższają wartość całego majątku dłużnika. Szczegółowa analiza przesłanek niewypłacalności oraz proponowanych zmian w tym zakresie powinna służyć pomocą przy analizie i wykładni przepisów ustawy pr.u.na., a w szczególności zmusić czytelnika do refleksji nad kierunkiem zmian przedmiotowej definicji niewypłacalności wynikającej z art. 11 pr.u.na. Ważne jest, aby nie było to rozwiązanie doraźne, ale uwzględniające skutki w długofalowej perspektywie.

1. DEFINICJE NIEWYPŁACALNOŚCI W PIŚMIENNICTWIE

Podstawą wszczęcia postępowania upadłościowego jest niewypłacalność. Niewypłacalność stanowi niezdolność do spłaty wymagalnych zobowiązań. Podstawy niewypłacalności należy upatrywać w załamaniu finansowym dłużnika¹¹. Skutkiem niewypłacalności jest bankructwo i w dalszej kolejności upadłość. *Słownik języka polskiego* M.S.B. Lindego, będący pierwszym jednojęzycznym słownikiem polszczyzny, definiuje bankruta jako dłużnika niemającego sposobu do zaspokojenia wierzycieli¹². Również współczesny *Uniwersalny słownik języka polskiego* określa bankruta m.in. jako niewypłacalnego dłużnika, a także osobę, która straciła znaczenie, wpływy i zaufanie¹³. Z kolei dłużnik niewypłacalny to osoba niemogąca się wywiązać ze swoich zobowiązań finansowych, niebędąca w stanie spłacić długów¹⁴. Zgodnie ze słownikową definicją, niewypłacalność jest zatem stanem niemożności wywiązania się ze zobowiązań pieniężnych¹⁵. Słowo to ma kilka znaczeń, np. niewypłacalna jest osoba, która nie jest w stanie spłacić bieżących zobowiązań z posiadanego aktualnie majątku, ale również osoba, która wyzbyła się całego swojego majątku.

Niewypłacalność nie jest równoznaczna z upadłością. O niewypłacalności mówimy wtedy, gdy przedsiębiorstwo traci płynność finansową i opóźnia się ze spłatą zobowiązań. Natomiast upadłość to procedura zaspokojenia w maksymalnym stopniu wszystkich wierzycieli upadłego dłużnika. Krótkotrwała niewypłacalność nie musi prowadzić do zakończenia działalności przedsiębiorstwa, w przeciwieństwie do długotrwałej, której skutkiem jest bankructwo i ogłoszenie

¹¹ K. Piasecki, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 35.

¹² M.S.B. Linde, *Słownik języka polskiego*, t. I, Lwów 1854, s. 55.

¹³ *Uniwersalny słownik języka polskiego*, red. S. Dubisz, t. I, Warszawa 2003, s. 193.

¹⁴ Tamże, t. II, s. 1192.

¹⁵ Tamże.

upadłości¹⁶. Niewypłacalność oznacza, „iż przedsiębiorstwo (lub inny podmiot prawa) nie jest zdolne do regulowania swoich zobowiązań pieniężnych w chwili ich prawnej wymagalności (tj. płatności)”¹⁷. Dopełnieniem powyższego wywodu jest stwierdzenie S. Gurgula, iż niewypłacalność objaśnia się za pomocą zwrotu: „nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań”, co jest jednoznaczne ze zwrotem użytym w rozporządzeniu: Prawo upadłościowe: „zaprzeszał płacenia długów”¹⁸. J. Korzonek napisał, że „ustawodawca polski poszedł inną drogą i porzuciwszy abstrakcyjne pojęcia niewypłacalności, przyjmuje jako podstawę ogłoszenia upadłości stan faktyczny zaprzestania płacenia długów przez dłużnika”¹⁹. W. Podel i M. Olszewska akceptują to stanowisko twierdząc, że kto nie płaci w terminie swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych, staje się niewypłacalny. Rozumowanie to nakazuje uznać, iż niewypłacalność powstaje następnego dnia po dniu, w którym dłużnik winien spłaci chociażby dwa swoje zobowiązania²⁰.

Wymagalność wierzytelności²¹ jest potencjalnym stanem, w którym wierzyciel posiada prawną możliwość zaspokojenia przysługującej mu wierzytelności²². Zdaniem R. Lewandowskiego i P. Wołowskiego, przez zwrot: „zobowiązania pieniężne” należy rozumieć nie tylko takie zobowiązania, których pierwotnym przedmiotem jest świadczenie pieniężne, ale również zobowiązania niepieniężne z zastępczym świadczeniem pieniężnym spełnionym w wysokości i zamiast zobowiązania niepieniężnego²³. Przedwojenne prawo upadłościowe nie zawierało wyraźnego postanowienia, iż niewypłacalność powstaje wskutek niewywiązania się z zobowiązań pieniężnych, niemniej jednak w opinii J. Korzonka „decydujące znaczenie dla pojęcia zaprzestania płacenia długów ma niemożność dłużnika wywiązania się z jego zobowiązań pieniężnych”²⁴. Odmienne

¹⁶ A. Wójcicka, *Szacowanie prawdopodobieństwa niewypłacalności firmy na podstawie wybranych metod oceny ryzyka kredytowego* (rozprawa doktorska, Uniwersytet Ekonomiczny w Poznaniu) Poznań 2010, s. 32-33.

¹⁷ A.G. Harla, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Zarys wykładu*, Warszawa 2011, s. 32.

¹⁸ S. Gurgul, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, wyd. IX, Warszawa 2013, s. 35.

¹⁹ J. Korzonek, *Prawo upadłościowe i prawo o postępowaniu układowym. Komentarz*, t. I, Bydgoszcz 1992, s. 11.

²⁰ W. Podel, M. Olszewska, *Upadłość w praktyce*, Warszawa 2012, s. 38.

²¹ Por. Wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 8 września 2009 r., I SA/bd 203/09, Lex Omega nr 560426.

²² Z. Świeboda, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, wyd. III, Warszawa 2006, s. 39.

²³ R. Lewandowski, P. Wołowski, *Prawo upadłościowe i naprawcze*, Warszawa 2011, s. 76-77.

²⁴ Korzonek, *Prawo upadłościowe i prawo o postępowaniu układowym*, s. 12.

stanowisko na gruncie pr.u. wyraził M. Allerhand, utrzymując, iż „wyjątkowo niewykonywanie zobowiązań niepieniężnych może stanowić podstawę ogłoszenia upadłości w przypadku, gdy przedsiębiorstwo dłużnika polega na obrocie towarami zamiennymi, zwłaszcza posiadającymi cenę rynkową”²⁵. A zatem niewypłacalność w świetle art. 11 ust. 1 pr.u.na. nie zachodzi, gdy dłużnik nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań niepieniężnych. W takiej sytuacji zobowiązanie niepieniężne musiałoby zostać przekształcone w zobowiązanie pieniężne, którego dłużnik nie wykona. Z kolei, gdy wierzyciel w związku ze zobowiązaniem niepieniężnym uzyska zobowiązanie pieniężne, wówczas zastosowanie znajdzie art. 11 ust. 1 pr.u.na.²⁶ Innego zdania jest WSA w Łodzi, który w wyroku z dnia 20 lipca 2010 r. stwierdził: „Dla określenia, czy dłużnik jest niewypłacalny nieistotne jest też, czy nie wykonuje wymagalnych zobowiązań pieniężnych czy też niepieniężnych. Niewykonywanie zarówno jednych, jak i drugih powoduje, że dłużnik jest niewypłacalny w rozumieniu art. 11 ust. 1 P.u.n.”²⁷.

Nie w każdym przypadku, gdy przedsiębiorca nie spłaca długów, ponieważ uznaje je za sporne, dochodzi do sytuacji określonej w art. 11 ust. 1 pr.u.na., tj. do niewypłacalności w wyniku niewykonywania swoich wymagalnych zobowiązań²⁸. Nie można również przyjąć, że dłużnik jest niewypłacalny, jeżeli nie uregulował w terminie wymagalności jednego z większej liczby zobowiązań²⁹. Jakkolwiek niewypłacalność powinna powstać na skutek okoliczności i zdarzeń niezależnych od dłużnika³⁰.

Należy również odróżnić termin „niewypłacalność” od „stanu zagrożenia niewypłacalnością”. S. Gurgul opowiada się, w głównym nurcie swoich rozważań, za bezwzględny warunek wszczęcia postępowania naprawczego, którym powinno być bieżące wykonywanie zobowiązań przez przedsiębiorcę. Z momentem zaprzestania spłaty wymagalnych zobowiązań, chociażby w minimalnej części, dłużnik staje się niewypłacalny w rozumieniu art. 11 pr.u.na.³¹ Stan nie-

²⁵ Lewandowski, Wołowski, *Prawo upadłościowe i naprawcze*, s. 77.

²⁶ A. Jakubecki, F. Zedler, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, wyd. III, Warszawa 2010, s. 35.

²⁷ Wyrok WSA w Łodzi z dnia 20 lipca 2010 r., I SA/ld 224/10, Lex Omega nr 673733.

²⁸ Postanowienie SN z dnia 3 marca 2004 r., III CK 360/02, Lex Omega nr 283324, por. orzeczenie SN z dnia 29 kwietnia 1938 r., III C 487/38, Lex Omega nr 495435, oraz orzeczenie SN z dnia 29 lutego 1936 r., II C 2907/35, Lex Omega nr 4301.

²⁹ *Prawo upadłościowe i naprawcze*, s. 36.

³⁰ R. Adamus, A.J. Witosz, A. Witosz, *Upadłość konsumencka. Komentarz praktyczny*, Warszawa 2009, s. 12.

³¹ *Prawo upadłościowe i naprawcze*, s. 951.

wypłacalności musi być według stosownej analizy pewny, a nie hipotetyczny³². Zdaniem F. Zedlera, nieistotna jest przyczyna niewypłacalności ani zakres niewykonanych zobowiązań. Bez znaczenia pozostaje również powód niewykonania swoich zobowiązań pieniężnych oraz fakt, czy dłużnik wykonuje je w całości, czy tylko w części³³.

Definicję niewypłacalności ustaloną na potrzeby postępowania upadłościowego oraz jej przesłanki ustawodawca określił w art. 11 pr.u.na. W omawianym artykule wskazał dwie przesłanki ogłoszenia upadłości, pierwsza to niewykonanie wymagalnych zobowiązań, druga zaś – nadmierne zadłużenie. Przy czym szczególną cechą pierwszej przesłanki jest to, że odnosi się do wszystkich przedsiębiorców i ma charakter powszechny, natomiast druga tylko do osób prawnych i jednostek organizacyjnych posiadających zdolność prawną.

2. OGÓLNA PRZESŁANKA NIEWYPŁACALNOŚCI ZWIĄZANA Z UTRATĄ PŁYNNOŚCI FINANSOWEJ

Ustawodawca ustanowił ogólną przesłankę niewypłacalności w art. 11 ust. 1 pr.u.na., zgodnie z którym dłużnika uważa się za niewypłacalnego, jeżeli nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych. Pojęcie „wymagalnych zobowiązań” nie dotyczy sytuacji, gdy dłużnik zalega z zapłatą wyłącznie jednego zobowiązania. Użyte w liczbie mnogiej określenie musi odnosić się do co najmniej dwóch zobowiązań i to wobec różnych wierzycieli. Zaspokojenie wierzycieli jako kolektywu jest praktycznie najważniejszym celem prawa i postępowania upadłościowego. Ustawodawca wykluczył możliwość wszczęcia postępowania upadłościowego, gdy dłużnik posiada kilka nawet wysokich i wymagalnych zobowiązań pieniężnych w stosunku do jednego wierzyciela, gdyż taki wierzyciel może dochodzić ich zaspokojenia na drodze postępowania egzekucyjnego.

Niewykonywanie wymagalnych zobowiązań to zaprzestanie płacenia długów³⁴, a w świetle ustawy pr.u.na. również tych niezwiązanych z prowadzeniem działalności gospodarczej. Definicja niewypłacalności w pr.u.na. jest zbliżona do niemieckiej definicji ujętej w *Insolvenzordnung*³⁵ i w tym zakresie

³² R. Adamus, *Prawo naprawcze przedsiębiorcy*, Warszawa 2009, s. 211.

³³ F. Zedler, *Prawo upadłościowe i naprawcze w zarysie*, wyd. II, Warszawa 2009, s. 44.

³⁴ Por. Wyrok SA w Poznaniu z dnia 13 września 2006 r., I ACa 354/06, Lex Omega nr 298583.

³⁵ Niemieckie prawo upadłościowe, *Insolvenzordnung*, z 5 października 1994 r. (BGBL. IS. 2866) [dalej cyt.: Inso].

odnosi się do wszystkich wierzycieli upadłego dłużnika³⁶. Aby dłużnik miał zdolność upadłościową, to – zgodnie z wykładnią literalną art. 2 oraz art. 11 pr.u.na. – musi posiadać dwa wymagalne zobowiązania w stosunku do co najmniej dwóch wierzycieli. W świetle tej definicji każdorazowe niewykonanie zobowiązań, co najważniejsze – w terminie wymagalności, będzie skutkowało uznaniem, że zachodzi stan niewypłacalności dłużnika. Ponadto zapłata przez dłużnika kwoty nominalnej zobowiązania „stanowi jedynie spełnienie świadczenia, co automatycznie nie oznacza wykonania zaciągniętego zobowiązania, gdyż do tego niezbędne jest zaspokojenie wierzyciela”³⁷.

Przykładowo, jeśli spółka X nie uregulowała w terminie dwóch zobowiązań wynikających m.in. z umów na dostawę wody oraz gazu, to na podstawie art. 21 ust. 1 pr.u.na. powinna w terminie dwóch tygodni od dnia ich wymagalności złożyć do sądu upadłościowego właściwego dla zakładu jej głównego przedsiębiorstwa wniosek o ogłoszenie upadłości, chyba że wniosła o otwarcie postępowania naprawczego. Stan niewypłacalności powstaje następnego dnia po dniu, w którym spółka powinna uregulować swoje dwa wymagalne zobowiązania. Nieistotny jest rozmiar niewykonanych przez spółkę zobowiązań oraz to, czy nie wykonuje ona wszystkich zobowiązań, czy tylko niektórych³⁸. Nie ma również znaczenia, czy nie wykonuje ona swoich wymagalnych zobowiązań o charakterze cywilnoprawnym czy publicznoprawnym³⁹. Stan niewypłacalności stwierdzany z uwagi na tę przesłankę, istnieje także wtedy, gdy dłużnik nie wykonuje zobowiązań z innych przyczyn niż brak środków pieniężnych. Nieistotne jest to, z jakiego powodu nie wypełnia on swoich wymagalnych zobowiązań, jaki jest okres tego opóźnienia, ani też, jaka jest wysokość długu w porównaniu do stanu jego aktywów. Nie ma również znaczenia to, czy wierzytelności w stosunku do dłużnika są stwierdzone tytułem egzekucyjnym czy wykonawczym⁴⁰. W sytuacji, gdy dłużnik nie chce wykonywać swoich wymagalnych zobowiązań, w tym pieniężnych, a jest wypłacalny, niewypłacalność wynikająca z pr.u.na. nie obejmuje tego przypadku. Niewypłacalność bowiem nie jest jednoznaczna

³⁶ S. G u r g u l, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 55.

³⁷ B. M e r l e w s k a - B u d z i k, *Prawo upadłościowe i naprawcze*, Warszawa 2005, s. 8; por. Wyrok SN z dnia 22 grudnia 2000 r., II CKN 358/00, Lex Omega nr 52545; Wyrok SN z dnia 28 września 1993 r., I CRN 74/93, Lex Omega nr 4036.

³⁸ Por. Wyrok WSA w Szczecinie z dnia 17 marca 2010 r., I SA/Sz 876/09, Lex Omega nr 604742.

³⁹ Wyrok WSA w Lublinie z dnia 29 stycznia 2008 r., I SA/Lu 717/07, Lex Omega nr 462713.

⁴⁰ Wyrok SA we Wrocławiu z 14 lutego 2013 r., I ACa 24/13, Lex Omega nr 1313462.

z zaprzestaniem wypłat i z tego powodu ustawodawca w okresie międzywojennym przyjął za podstawę ogłoszenia upadłości zaprzestanie wypłat⁴¹.

W aktualnym stanie prawnym, w związku z restrykcyjną interpretacją art. 11 ust. 1 pr.u.na. oraz z uwagi na konsekwencje niezłożenia wniosku we właściwym czasie, lepiej jest złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości, nawet jeśli zaprzestanie dokonywania spłat przez dłużnika nie jest trwałe, licząc na to, iż sąd ewentualnie oddali go na podstawie art. 12 ust. 1 pr.u.na.⁴² Z badania przeprowadzonego przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości wynika, że definicja niewypłacalności ujęta w pr.u.na. związana z utratą płynności jest znana przedsiębiorcom. Warto w tym miejscu zacytować dwie wypowiedzi przedsiębiorców definiujących niewypłacalność związaną z przesłanką płynnościową. Jeden z nich stwierdził, że występuje ona, „kiedy [przedsiębiorca] traci płynność finansową i zalega z płatnościami”, a drugi, że „chyba w momencie gdy traci [przedsiębiorca] płynność finansową. [...] Właściwie to taka chyba główna przyczyna”⁴³.

3. NADMIERNE ZADŁUŻENIE JAKO PRZESŁANKA NIEWYPŁACALNOŚCI W ODNIESIENIU DO OSÓB PRAWNYCH I JEDNOSTEK ORGANIZACYJNYCH POSIADAJĄCYCH ZDOLNOŚĆ PRAWNĄ

Zgodnie z art. 11 ust. 2 pr.u.na. dodatkową przesłanką niewypłacalności osób prawnych lub jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, którym odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, pomimo bieżącego regulowania zobowiązań, jest przerost zobowiązań nad majątkiem. Zgodnie z wyżej cytowanym artykułem, dłużnika będącego osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, uważa się za niewypłacalnego także wtedy, gdy jego zobowiązania przekroczą wartość majątku, nawet wówczas, gdy na bieżąco te zobowiązania wykonuje. Druga przesłanka niewypłacalności dotyczy zatem sytuacji, gdy zobowiązania dłużnika będącego osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której odrębna ustawa

⁴¹ J. Petraniuk, *Upadłość i jej podstawy w prawie upadłościowym i naprawczym*, PPH 2003.12.17, teza nr 2, Lex Omega nr 41662/2.

⁴² M. Pietruszyńska, P. Zimmerman, *Trwałość zaprzestania spłaty długów a stan niewypłacalności – powrót do źródła?*, teza nr 2, PPH 2013.2.48, Lex Omega nr 163819/2.

⁴³ *Prawo sprzyjające realizacji Polityki II szansy w Polsce*, red. B. Groele, Warszawa 2011, s. 47.

przynajmniej zdolność prawną, przekroczyć wartość jej majątku. Stan niewypłacalności w rozumieniu art. 11 ust. 2 pr.u.na. nie zaistnieje, gdy dłużnik będzie miał tylko jednego wierzyciela, nawet jeśli jego wierzytelność przewyższy stan czynny majątku dłużnika⁴⁴. Ponadto wystąpienie przesłanki z art. 11 ust. 2 pr.u.na. wyklucza możliwość przeprowadzenia postępowania naprawczego, gdyż przedsiębiorca niewypłacalny nie posiada zdolności naprawczej⁴⁵. Pamiętać należy, że badając majątek przedsiębiorcy nie można opierać się wyłącznie na bilansie, który jedynie porządkuje dane o majątku przedsiębiorcy według źródeł jego finansowania, gdyż np. kapitały własne są umieszczane w nim po stronie pasywów⁴⁶. Ponadto, wartość majątku powinna być ustalana nie tylko z uwzględnieniem wymagalnych zobowiązań, ale i wszystkich wierzytelności i zobowiązań dłużnika. Majątek dłużnika postrzegać należy wyłącznie jako aktywa w rozumieniu prawnorzeczowym, o stałej i pewnej wartości i nie powinny być nim objęte wierzytelności i roszczenia⁴⁷. W związku z powyższym spółka X może prowadzić działalność gospodarczą nie zgłaszając wniosku o ogłoszenie upadłości, o ile posiada majątek równy przynajmniej wartości zobowiązań. Stosowanie omawianego kryterium stanowi pewien problem w sytuacji, gdyby spółka X poczyniła inwestycje na majątku podmiotu Y, co nie należy do sytuacji wyjątkowych (np. firmy budujące autostrady). W takim przypadku inwestycje spółki X obejmujące np. obcy majątek nie mogą zostać zakwalifikowane jako jej aktywa. Pomimo wykładni literalnej art. 11 ust. 2 pr.u.na., upadłości nie może usprawiedliwiać przerost zobowiązań nad aktywami wynikający z automatycznego porównania sum bilansowych bez oceny i analizy przedsiębiorstwa, np. wyceny wartości rynkowej (zbywczej) jego aktywów⁴⁸.

4. PROPOZYCJE ZMIAN DEFINICJI NIEWYPŁACALNOŚCI

Zarządzeniem z dnia 14 maja 2012 r. Minister Sprawiedliwości powołał zespół ds. nowelizacji prawa upadłościowego i naprawczego, którego celem było opracowanie założeń reformy prawa upadłościowego i naprawczego na podstawie

⁴⁴ I. Flotyńska, Ł. Lipowicz, *Pozytywne i negatywne przesłanki ogłoszenia upadłości spółek handlowych – uwagi praktyczne*, cz. 3, teza nr 3, Pr.Spółek.2011.9.44, Lex Omega nr 135723/3.

⁴⁵ K. K o h u t e k, *Wszczęcie postępowania naprawczego*, teza nr 1, PPH 2004.1.14, Lex Omega nr 42103/1.

⁴⁶ Wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 14 lipca 2009 r., I SA/Bd 301/09, Lex Omega nr 536936.

⁴⁷ Wyrok SN z dnia 1 kwietnia 2003 r., II CK 484/02, OSP 2004, Nr 3, poz. 38, s. 160.

⁴⁸ Wyrok SN z dnia 28 kwietnia 2006 r., V CSK 39/06, Lex Omega Nr 376485.

dyskusji, doktryny oraz praktyki. Efektem prac zespołu jest obszerna publikacja zawierająca analizę problemów występujących w polskim prawie upadłościowym i naprawczym oraz propozycje zmian m.in. w odniesieniu do definicji niewypłacalności, które z uwagi na nieliczne komentarze w piśmiennictwie, zostaną omówione w dalszej części opracowania⁴⁹.

4.1. PROPOZYCJE ZMIAN W ODNIESIENIU DO OGÓLNEJ PRZESŁANKI NIEWYPŁACALNOŚCI ZWIĄZANEJ Z UTRATĄ PŁYNNOŚCI FINANSOWEJ

Rekomendacje zespołu zmierzają do zmiany pojęcia niewypłacalności ustalonego w art. 11 ust. 1 pr.u.na.⁵⁰ Zespół rekomenduje nadanie zacytowanemu przepisowi następującego brzmienia: „1. Dłużnik jest niewypłacalny, jeżeli ocena jego sytuacji finansowej wskazuje, że utracił on zdolność do wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych. 2. Domniemywa się, że dłużnik jest niewypłacalny jeżeli w chwili złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości lub o wszczęcie postępowania układowego lub naprawczego opóźnienie w wykonaniu zobowiązań pieniężnych przekracza trzy miesiące”⁵¹.

Według proponowanych zmian, ocena sytuacji finansowej dłużnika wykaże czy jest on wypłacalny, a więc czy posiada zdolność do dalszego regulowania zobowiązań i prowadzenia działalności gospodarczej. O ile można ustalić, czym jest zdolność, która w uproszczeniu oznacza m.in. potencjalną sprawność, możliwość robienia czegoś, zdatność do czegoś, o tyle w rekomendacji nie sprecyzowano, na czym miałyby polegać przedmiotowa ocena zdolności do wykonywania wymagalnych zobowiązań. Prawdopodobnie terminem tym określono analizę ekonomiczną, ale nie sprecyzowano, czy miałyby ona polegać na modelowaniu matematycznym, czy zwykłym zestawieniu kapitałów do zobowiązań. Aktualnie na podstawie pr.u.na. każde zaprzestanie regulowania zobowiązań wobec co najmniej dwóch wierzycieli stanowi przesłankę ogłoszenia upadłości. Odnosząc powyższe na grunt rekomendacji, zespół proponuje powrót do tradycyjnej definicji niewypłacalności, której stosowanie zobliguje sąd nie tylko do ustalenia faktu zaprzestania regulowania zobowiązań, ale również

⁴⁹ Rekomendacje Zespołu Ministra Sprawiedliwości ds. Nowelizacji Prawa Upadłościowego i Naprawczego, Warszawa 2012.

⁵⁰ Dłużnika uważa się za niewypłacalnego, jeżeli nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych.

⁵¹ Rekomendacje, s. 31.

trwałości tego stanu⁵². Ponadto domniemywać się będzie, iż dłużnik jest niewypłacalny, jeżeli opóźnienie w regulowaniu wymagalnych zobowiązań pieniężnych przekraczać będzie trzy miesiące. Tym samym trudniej będzie ogłosić upadłość oraz wymusić spłatę należności pozorowanym wnioskiem o ogłoszenie upadłości⁵³. Analizując uzasadnienie rekomendowanych założeń, nasuwa się wniosek, iż nowa definicja uwzględnić będzie wskaźniki ekonomiczne oraz rzeczywisty stan finansów przedsiębiorcy⁵⁴. W ocenie autora jest to pozytywne rozwiązanie, dlatego że nie da się dokonać rzetelnej analizy przedsiębiorstwa pod kątem jego niewypłacalności bez analizy ekonomicznej przedsiębiorstwa oraz tendencji makroekonomicznych w kraju i za granicą. Ponadto warto zwrócić uwagę na fakt, iż w obecnym stanie prawnym definicja niewypłacalności jest definicją bardziej szczegółową od definicji rekomendowanej, co jest sprzeczne z poglądami części środowiska prawniczego zainteresowanego zmianami, które przyznaje, że aktualne prawo jest nieprecyzyjne, a przedsiębiorca nie wie, kiedy wystąpić z wnioskiem o ogłoszenie upadłości i co to oznacza?⁵⁵ Powyższe stwierdzenie jest swoistą sprzecznością, gdyż obecna definicja jest restrykcyjna i precyzyjna w stosunku do obecnej sytuacji rynkowej. Należałoby rozluźnić przedmiotową definicję niewypłacalności zgodnie z zaleceniami zespołu chociażby na wzór angielski⁵⁶, ponieważ w świetle powyższego stwierdzenia, przedsiębiorcy w wyniku rekomendowanych zmian w większym stopniu niż obecnie staną się nieświadomi, kiedy tak naprawdę powinni złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości.

Niemожność regulowania wymagalnych zobowiązań może wynikać z różnych przyczyn, takich jak utrata płynności finansowej czy nierzetelny kontrahent. Zgodnie z rekomendacjami, samo nieuregulowanie dwóch drobnych zobowiązań pieniężnych nie będzie oznaczać niewypłacalności w sytuacji, gdy dłużnik posiada środki pieniężne przewyższające wartość zobowiązań. Zaistnieć będzie musiała pewna trwałość zaprzestania spłaty wymagalnych zobowiązań oraz fakt, że pomimo woli dłużnik nie jest w stanie ich spłacić. Z brzmienia proponowanych regulacji można wyciągnąć wniosek, iż sam brak zapłaty kilku zobowiązań nie

⁵² M. D o m a g a l s k i, *Powrót do tradycyjnej niewypłacalności*, „Rzeczpospolita” z 25.10.2011, s. C3.

⁵³ T e n z e, *Mniej likwidacji firm, więcej napraw*, „Rzeczpospolita” z 11.12.2012, s. C2.

⁵⁴ Zespół wskazuje na Krajowy Standard Rewizji Finansowej nr 1 oraz Międzynarodowy Standard Rewizji Finansowej nr 570 „Kontynuacja Działalności”.

⁵⁵ M. S u c h o d o l s k a, *A kto bankrut ten nie żyje*, „Dziennik Gazeta Prawna” z 26.04.201, s. 32.

⁵⁶ Zgodnie z sec. 123(1) Insolvency Act z 1986 r., dłużnik jest niewypłacalny, jeżeli nie zaspokoi lub nie zabezpieczy swojej wierzytelności przekraczającej 750£, w terminie trzech tygodni po otrzymaniu wezwania od wierzyciela.

będzie świadczył o niewypłacalności dłużnika⁵⁷. Z tego punktu widzenia przedmiotowa rekomendacja stanowi odzwierciedlenie art. 2 pr.u., zgodnie z którym krótkotrwałe wstrzymanie płacenia długów wskutek przejściowych trudności nie wystarcza do założenia, iż dłużnik zaprzestał płacenia długów. Rozluźnienie definicji niewypłacalności zawiera również orzecznictwo, jak np. wyrok SA w Gdańsku z dnia 27 czerwca 2013 r., który stanowi: „Trwałego (art. 12 ust. 2 p.u.n.) niewykonywania wymagalnych zobowiązań pieniężnych (art. 11 ust. 1 p.u.n.) nie można utożsamiać z nieuiszczeniem jednego długu ani też z sytuacją, gdy pomimo nieuiszczenia kilku długów zachodzi tylko wstrzymanie wypłat. W każdym przypadku należy ustalić, kiedy doszło do zaprzestania płacenia długów, a kiedy zachodziło jeszcze tylko przejściowe wstrzymanie wypłat. Zwłaszcza sytuacja, w której trudności płatnicze wynikają z braku zapłaty ze strony kontrahentów dłużnika może być uznana za trudność o charakterze przejściowym”⁵⁸. Podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 19 stycznia 2011 r., w którym wskazuje, że: „Krótkotrwałe wstrzymanie płacenia długów wskutek przejściowych trudności nie jest podstawą ogłoszenia upadłości, gdyż o niewypłacalności w rozumieniu art. 11 ust. 1 p.u.n. można mówić dopiero wtedy, gdy dłużnik z braku środków przez dłuższy czas nie wykonuje przeważającej części swoich zobowiązań”⁵⁹. Warto w tym miejscu przytoczyć odmienne stanowisko Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, który w wyroku z dnia 14 lutego 2013 r., skonstatował, że „każdorazowo brak realizacji zobowiązania w wymaganym terminie będzie skutkowało uznaniem, iż w przypadku dłużnika zachodzi stan jego niewypłacalności”⁶⁰, jak i Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi, który w wyroku z dnia 8 kwietnia 2011 r., stwierdził: „Nawet niewykonywanie zobowiązań o niewielkiej wartości oznacza jego (dłużnika) niewypłacalność w rozumieniu art. 11 p.u.n.”⁶¹ *De facto* rekomendacje w odniesieniu do definicji niewypłacalności – o czym już wspomniano – zmierzają na powrót do uregulowań międzywojennych, gdzie „ogłoszenie upadłości powinno nastąpić tylko wtedy, gdy nie ma widoków zaspokojenia wszystkich wierzycieli dłużnika, wtedy bowiem okazuje się, że przedsiębiorstwo nie może być dalej utrzymywane [...]”⁶².

⁵⁷ J. Kozdroń, *Wierzyciele przestaną straszyć upadłością*, „Dziennik Gazeta Prawna” z 14.11.2013, s. B5.

⁵⁸ Wyrok SA w Gdańsku z dnia 27 czerwca 2013 r., III AUa 1293/12, Lex Omega nr 1342231.

⁵⁹ Wyrok SN z dnia 19 stycznia 2011 r., V CSK 211/10, Lex Omega nr 738136.

⁶⁰ Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 14 lutego 2013 r., I ACa 24/13, Lex Omega nr 1313462.

⁶¹ Wyrok WSA w Łodzi z dnia 8 kwietnia 2011 r., I SA/łd 161/11, Lex Omega nr 992066.

⁶² M. A l l e r h a n d, *Prawo upadłościowe. Postępowanie układowe. Komentarz*, Bielsko-Biała 1999, s. 14.

4.2. PROPOZYCJE ZMIAN CO DO „NADMIERNEGO ZADŁUŻENIA” JAKO PRZESŁANKI NIEWYPŁACALNOŚCI W ODNIESIENIU DO OSÓB PRAWNYCH I JEDNOSTEK ORGANIZACYJNYCH POSIADAJĄCYCH ZDOLNOŚĆ PRAWNĄ

Zespół proponuje również zmianę podstawy ogłoszenia upadłości związanej z nadmiernym zadłużeniem, wynikającej z art. 11 ust. 2 pr.u.na.⁶³, na treść: „1. Dłużnik będący osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, jest niewypłacalny także wtedy gdy jego zobowiązania pieniężne przekroczą wartość jego majątku, a stan ten utrzymuje się przez okres przekraczający 24 miesiące, przy czym do sumy zobowiązań nie wlicza się zobowiązań z czynności prawnych określonych w art. 14 § 3 kodeksu spółek handlowych; 2. W szczególnych okolicznościach, gdy nie ma zagrożenia, że dłużnik utraci zdolność do wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych w niedługim czasie, sąd może oddalić wniosek o ogłoszenie upadłości; 3. Niniejszy przepis nie ma zastosowania do spółek osobowych określonych w kodeksie spółek handlowych, w których co najmniej jednym współnikiem odpowiadającym za zobowiązania spółki całym swoim majątkiem, jest osoba fizyczna”⁶⁴.

Rekomendacje zakładają zatem utrzymanie przesłanki „zadłużeniowej”, z tym że wprowadzają 24-miesięczny okres, w którym stan zobowiązań przewyższa majątek i w którym to okresie dłużnik nie jest zobligowany do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Niestety, w dalszym ciągu pozostają nieuregulowane zasady wyceny majątku dłużnika⁶⁵. Rekomendowane zmiany w zakresie przesłanki nadmiernego zadłużenia mają sprawić, że upadłość likwidacyjna będzie tańsza i szybsza, ale przede wszystkim ma zachęcić przedsiębiorców do wykorzystania procedury naprawczej⁶⁶. W konsekwencji występowanie stanów przewyższania zobowiązań nad majątkiem, nawet jeżeli osiągnie znaczny rozmiar, powinno być dopuszczalne, gdyż może wynikać z zaplanowanej strategii rozwoju przedsiębiorcy⁶⁷. Zdaniem M. Allerhanda, nie może być mowy o nad-

⁶³ Dłużnika będącego osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, uważa się za niewypłacalnego także wtedy, gdy jego zobowiązania przekroczą wartość jego majątku, nawet wówczas, gdy na bieżąco te zobowiązania wykonuje.

⁶⁴ Rekomendacje, s. 34.

⁶⁵ Wycena na podstawie wartości księgowych czy rynkowych.

⁶⁶ Domańska, *Mniej likwidacji firm, więcej napraw*.

⁶⁷ M. Piasecka-Sobkiewicz, *Upadłość likwidacyjna będzie ostatecznością*, „Dziennik Gazeta Prawna” z 10.12.2012, s. B10.

miernym zadłużeniu, jeżeli dłużnik wykaże, że bilansowa wartość jego aktywów jest niższa od rynkowej, faktycznej⁶⁸. A zatem, podobnie jak w pr.u., rekomendacje zakładają obliczanie zadłużenia uwzględniając rynkową (zbywczą) wartość aktywów przy założeniu kontynuacji prowadzenia działalności, nie uwzględniając tym samym niektórych pozycji biernych, jak np. kapitału zapasowego, rezerwowego, czy kapitału zakładowego, które mogą być spłacone dopiero po zaspokojeniu długów⁶⁹. W dłuższej perspektywie stan nadmiernego zadłużenia jest niekorzystny dla przedsiębiorcy. Ta refleksja prowadzi do wniosku, iż ustawodawca powinien ułatwić stosowanie procedury upadłościowej. W związku z brakiem ustawowego obowiązku badania stanu przedsiębiorstwa przez sądy gospodarcze pod kątem relacji jego zobowiązań do majątku, powinno się postulować zwiększenie obowiązków przedsiębiorców w zakresie sprawozdawczości finansowej, co znacznie obniżyłoby koszty postępowania.

Być może warto byłoby wprowadzić regulacje, dzięki którym sądy będą analizowały sprawozdania finansowe przedsiębiorstw oraz dane podatkowe. W przypadku krytycznej sytuacji finansowej przedsiębiorstwa, jak i braku interwencji ze strony zarządu, sąd mógłby wszcząć postępowanie naprawcze bądź likwidacyjne w zależności od stanu finansów przedsiębiorstwa. Podobne uregulowania występują w Belgii, gdzie sądy gospodarcze monitorują przedsiębiorstwa pod kątem ich niewypłacalności. W tym zakresie należałoby wdrożyć platformę obejmującą m.in. sprawozdania finansowe albo dane podatkowe. Wskazane byłoby posługiwać się przy tym algorytmami, które na podstawie zgromadzonych danych będą analizowały stan finansowy przedsiębiorstw i ostrzegały w sytuacji zagrożenia niewypłacalnością. Pozostaje jednak pytanie, jak na taką propozycję zareagują przedsiębiorcy i jakie będą jej koszty?

4.3. NADMIERNE ZADŁUŻENIE A ZOBOWIĄZANIA WSPÓLNIKÓW I AKCJONARIUSZY

Na tle powyższego wypada również przedstawić rekomendacje zespołu w zakresie zmiany w art. 14 § 3 Kodeksu spółek handlowych⁷⁰, którego skutki nierozzerwalnie związane są z wyceną majątku dłużnika przy określaniu jego niewypłacalności wynikającej z nadmiernego zadłużenia. Zdaniem zespołu, przy

⁶⁸ A l l e r h a n d, *Prawo upadłościowe*, s. 18.

⁶⁹ Tamże.

⁷⁰ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych, Dz. U. Nr 94, poz. 1037 [dalej cyt.: k.s.h.].

obliczaniu wysokości zadłużenia w przedmiocie ogłoszenia upadłości, niesłuszne byłoby uwzględnianie zobowiązań dłużnika z czynności prawnych określonych w art. 14 § 3 k.s.h.⁷¹ W tym zakresie zespół rekomenduje wprowadzenie przepisu: „Wierzytelność wspólnika albo akcjonariusza z tytułu pożyczki lub innej czynności prawnej o podobnych skutkach w szczególności dostawy towaru z odroczonym terminem płatności, dokonanej na rzecz spółki kapitałowej, uważa się za jego wkład do spółki w przypadku ogłoszenia jej upadłości w terminie pięciu lat od dnia zawarcia umowy pożyczki lub dokonania innej czynności prawnej”⁷². Przy czym przepisu tego nie stosuje się m.in. do pożyczek oraz innych czynności prawnych o podobnych skutkach dokonanych w toku postępowania układowego albo naprawczego, jak również na skutek zawartego układu, a także pożyczek oraz innych czynności prawnych o podobnych skutkach dokonanych przez wspólników albo akcjonariuszy dysponujących mniej niż 10% głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu spółki, chyba że są oni członkami organów spółki lub faktycznie prowadzą jej sprawy. Pomimo ochronnego celu przedmiotowego przepisu, który uniemożliwia wspólnikom obchodzenie przepisów o wkładach do spółki z pokrzywdzeniem wierzycieli, warto zastanowić się, czy objęcie czynności z art. 14 § 3 k.s.h. postępowaniem upadłościowym nie zachęciłoby wspólników do interwencji w przypadku złej kondycji finansowej przedsiębiorstwa. Wspólnik, który nie zostanie objęty postępowaniem upadłościowym, nie uczestniczy w podziale funduszy masy upadłości, a zatem jego wkład pieniężny w przypadku nieudanej próby ratowania przedsiębiorstwa, a w konsekwencji ogłoszenia upadłości – przepada. Nie można zatem zakładać, iż pożyczka wspólnika ma zawsze odroczony termin płatności lub zawsze wiąże się z objęciem akcji czy udziałów. Ponadto warto zwrócić uwagę, że bardzo często udziałowcy posiadający więcej niż 10% głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu spółki, mogą nie mieć wpływu na działalność spółki. Nie wnikając w zasadność wcześniej rekomendowanych zmian w odniesieniu do art. 14 § 3 k.s.h., bardziej słuszna wydaje się alternatywna rekomendacja zespołu, aby dla roszczeń z pożyczek wspólników lub akcjonariuszy, czy też innych czynności prawnych o podobnych skutkach, wprowadzić na wzór niemieckiego prawa upadłościowego

⁷¹ Wierzytelność wspólnika albo akcjonariusza z tytułu pożyczki udzielonej spółce kapitałowej uważa się za jego wkład do spółki w przypadku ogłoszenia jej upadłości w terminie dwóch lat od dnia zawarcia umowy pożyczki.

⁷² Rekomendacje, s. 37.

osobną, czwartą kategorię zaspokajania, przy czym warunkiem jest uchylenie art. 14 § 3 k.s.h.⁷³

5. NIETYTUŁACALNOŚĆ W UNII EUROPEJSKIEJ – – UPADŁOŚĆ TRANSGRANICZNA

Krajowe regulacje prawne dotyczące upadłości nie są jedynymi obowiązującymi w Polsce. Upadłość wykraczającą poza obszar jednego państwa członkowskiego nazywamy upadłością transgraniczną. W systemie europejskiego prawa upadłościowego można wyróżnić postępowanie upadłościowe główne oraz uboczne, co ma znaczenie przy określaniu stanu niewypłacalności. Ogłoszenie upadłości głównej ma skutki co do całego majątku dłużnika położonego w Unii Europejskiej, natomiast ogłoszenie upadłości ubocznej ma ograniczony skutek co do terytorium państwa wydania orzeczenia. Aktem normatywnym regulującym postępowanie upadłościowe w Unii Europejskiej jest rozporządzenie Rady Unii Europejskiej nr 1346/2000 z 29 maja 2000 r.⁷⁴ Twórcy rozporządzenia przyjęli metodę odwołania się do przepisów państw członkowskich regulujących postępowanie upadłościowe, przez co nie zdołali wprowadzić jednolitego i zharmonizowanego europejskiego postępowania upadłościowego⁷⁵. Zgodnie z przedmiotowym rozporządzeniem, zdefiniowanie stanu niewypłacalności należy do poszczególnych ustawodawstw krajowych. Ogłoszenie upadłości w jednym z państw członkowskich Unii Europejskiej skutkuje powstaniem domniemania, że dłużnik stał się niewypłacalny także w innych państwach, w których prowadził działalność gospodarczą. Treści zawarte w rozporządzeniu konkretyzuje wyrok ETS z dnia 21 stycznia 2010 r.⁷⁶, w którym Trybunał orzekł, iż właściwe organy innego państwa członkowskiego, w którym nie zostało wszczęte wtórne postępowanie upadłościowe, są zobowiązane, z wyjątkiem wystąpienia przyczyn odmowy przewidzianych w art. 25 ust. 3 i art. 26 rozporządzenia, do uznania i wykonania wszystkich orzeczeń dotyczących tego głównego postępowania upadłościowego.

⁷³ Tamże, s. 39.

⁷⁴ Rozporządzenie Rady (WE) NR 1346/2000 z dnia 29 maja 2000 r. w sprawie postępowania upadłościowego (Dz. U. L 160 z dnia 30 czerwca 2000 r.).

⁷⁵ P. Filipiak, *Podstawy wszczęcia wtórnego postępowania upadłościowego*, Warszawa 2013, s. 25.

⁷⁶ Wyrok TSUE z dnia 21 stycznia 2010 r., 2010/C 63/02 (Dz. U. C 63, t. 53 z dnia 13 marca 2010 r.).

Najczęściej stosowanym kryterium niewypłacalności w porządkach prawnych państw członkowskich jest brak możliwości wykonywania wymagalnych zobowiązań pieniężnych. Przy czym niejednolicie określa się czas trwania niemożności regulowania wymagalnych zobowiązań pieniężnych. Ustanawiane są ponadto domniemania istnienia stanu niewypłacalności⁷⁷.

Kolejną miarą niewypłacalności w odniesieniu do spółek oraz osób prawnych niebędących spółkami jest stan nadmiernego zadłużenia. Kryterium to jest również niejednolite i w zależności od państwa członkowskiego różnicuje przede wszystkim sposób kwalifikowania składników majątkowych do aktywów i pasywów⁷⁸. A zatem dany podmiot może być wypłacalny na terenie państwa postępowania ubocznego, a niewypłacalny na terenie państwa postępowania głównego. Zgodnie z treścią art. 27 rozporządzenia, niewypłacalność dłużnika nie może być badana w postępowaniach w przedmiocie wszczęcia postępowania wtórnego⁷⁹. W związku z tym, iż niewypłacalność nie jest badana z racji uprzedniego jej zbadania, możliwe jest ogłoszenie upadłości dłużnika niewypłacalnego we Francji, a wypłacalnego w Polsce⁸⁰.

6. NIEWYPŁACALNOŚĆ W NIEMIECKIM SYSTEMIE PRAWNYM

W tym miejscu przedstawiona zostanie definicja niewypłacalności w niemieckim systemie prawnym prawa upadłościowego – ustawa Inso, z uwagi na fakt, iż na niej było oparte prawo upadłościowe z 1934 r. i z której współcześnie korzysta prawo upadłościowe i naprawcze.

Zgodnie z § 17 ust. 1 Inso, ogólnym powodem wszczęcia postępowania upadłościowego jest niewypłacalność. Dłużnik jest niewypłacalny w sytuacji, gdy nie jest w stanie wykonać wymagalnych zobowiązań płatniczych, tj. gdy zawiesił płatności. Zadaniem sądu jest rozróżnienie, czy problemy dłużnika z regulowaniem wymagalnych zobowiązań mają charakter okresowy czy trwałe⁸¹. Nie można przyjmować niewypłacalności dłużnika w przypadku, gdy braki finansowe wynoszą mniej niż 10%⁸². Dzień utraty płynności finansowej ustala się za pomocą bilansu płatności, w którym porównuje się zobowiązania z dostępnymi

⁷⁷ Filipiak, *Podstawy wszczęcia wtórnego postępowania*, s. 156.

⁷⁸ Tamże, s. 156-157.

⁷⁹ Tamże, s. 159.

⁸⁰ Por. Wyrok TSUE z dnia 22.11.2012r., C-116/11 (Dz. U. UE. C.2013.26.4/2).

⁸¹ Wyrok BGH z dnia 24 maja 2005 r., IX ZR 123/04, <http://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=IX%20ZR%20123/04>

⁸² Wyrok BGH z dnia 24 maja 2005 r., IX ZR 123/04.

środkami pieniężnymi dłużnika. Przy czym wystarczy, aby jedno zobowiązanie nie zostało spełnione⁸³. Ponadto, zgodnie z treścią § 19 ust. 1, w przypadku osoby prawnej nadmierne zadłużenie, podobnie jak w Polsce, również jest powodem wszczęcia postępowania upadłościowego. Niemiecki ustawodawca definiuje w § 19 ust. 2 nadmierne zadłużenie jako sytuację, gdy majątek dłużnika nie pokrywa już istniejących zobowiązań, chyba że kontynuacja działalności przedsiębiorstwa, po uwzględnieniu tych okoliczności, jest prawdopodobna. Definicja ta nakazuje badanie dwóch podstawowych elementów, tj.: liczbowego nadmiernego zadłużenia oraz prognozy kontynuowania działalności gospodarczej⁸⁴. Podobnie jak w krajowym porządku prawnym, niemiecki ustawodawca wprowadził regulację, zgodnie z którą nie uwzględnia się zobowiązań dotyczących wierzytelności z tytułu udzielonej pożyczki przez wspólników. Zobowiązania z tego tytułu zaspokajają się w niższej kategorii zgodnie z § 39 Inso⁸⁵.

*

Rekomendacje w zakresie zmiany definicji niewypłacalności wprowadzają kilka istotnych zmian mających na celu wzmocnienie pozycji dłużnika kosztem wierzycieli. Zespół zmierza do tego, aby prawo upadłościowe nie służyło wyłącznie jako instrument do ściągnięcia wierzytelności, ale by posiadało mechanizmy pozwalające przedsiębiorcy „stanąć na nogi”. Przeprowadzona analiza proponowanych zmian w odniesieniu do definicji niewypłacalności ujętej w pr.u.na., pozwala dokonać pewnej oceny. Z jednej strony, proponowaną zmianę definicji niewypłacalności można ocenić pozytywnie z uwagi na fakt, że obecna definicja zawarta w pr.u.na. jest zdezaktualizowana i nie sposób oprzeć się wrażeniu, iż w jej świetle większość przedsiębiorstw w Polsce jest w stanie niewypłacalności. W związku z tym czyni ją to regulacją oderwaną od rzeczywistości – czego ustawodawca zapewne był świadom przystępując do procesu legislacyjnego. Z drugiej strony, pomimo pozytywnych aspektów zmiany definicji niewypłacalności, skutki złagodzenia przepisów pr.u.na. związanych z niewypłacalnością mogą nie być zgodne z intencjami zespołu. Na plan pierwszy należy wysunąć zarzut, że proponowana definicja niewypłacalności związana z przesłanką płynnościową staje się nadmiernie nieprecyzyjna i nieostra, a wobec

⁸³ S. M o r a w s k a, *Przedsiębiorca w obliczu upadłości. Diagnoza i propozycje zmian systemu instytucjonalnego w Polsce*, Warszawa 2013, s. 71.

⁸⁴ Tamże, s. 72.

⁸⁵ H. F e i s t, *Deutsches Insolvenzrecht*, Cremlingen 2013, s. 449-451.

niedookreślenia użytych w niej pojęć, trudno wskazać na ich desygnaty. Proponowane rozwiązania w zakresie definicji niewypłacalności nie uproszczą w znacznym stopniu struktury postępowania i nie zapewnią w sposób dostateczny sprawnego przebiegu postępowania. Przewlekłość postępowań upadłościowych oraz wysokie koszty postępowania upadłościowego w stosunku do niskiej wartości odzyskanych wierzytelności, nie mogą być argumentami za ochroną interesów dłużnika kosztem wierzycieli. Wszystkie powyższe zmiany prowadzące do wzmocnienia pozycji dłużnika są konsekwencją zanikomej ilości postępowań naprawczych oraz niedrożnością infrastruktury upadłościowej, która powinna zostać unowocześniona i przeprojektowana. Niemniej jednak w świetle powyższego nie sposób nie zgodzić się z poglądem P. Zimmermana i M. Pietruszyńskiej, iż niewypłacalność jest (i stanie się w jeszcze szerszym zakresie) stanem w dużej mierze ocennym⁸⁶.

BIBLIOGRAFIA

Źródła prawa

- Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz. U. Nr 175, poz. 1361).
Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 24 października 1934 r. – Prawo upadłościowe oraz prawo o postępowaniu układowym (Dz. U. R. P. Nr 28, poz. 221).
Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz. U. Nr 94, poz. 1037).
Rekomendacje Zespołu Ministra Sprawiedliwości ds. Nowelizacji Prawa Upadłościowego i Naprawczego, Ministerstwo Sprawiedliwości, Warszawa 2012.
Niemieckie prawo upadłościowe, *Insolvenzordnung*, z 5 października 1994 r., BGBl. IS. 2866.
Rozporządzenie Rady (WE) NR 1346/2000 z dnia 29 maja 2000 r. w sprawie postępowania upadłościowego (Dz. U. L 160 z 30 czerwca 2000 r.).

Orzecznictwo

- Orzeczenie SN z dnia 29 lutego 1936 r., II C 2907/35, Lex Omega nr 4301.
Orzeczenie SN z dnia 29 kwietnia 1938 r., III C 487/38, Lex Omega nr 495435.
Postanowienie SN z dnia 3 marca 2004 r., III CK 360/02, Lex Omega nr 283324.
Wyrok SN z dnia 28 września 1993 r., I CRN 74/93, Lex Omega nr 4036.
Wyrok SN z dnia 22 grudnia 2000 r., II CKN 358/00, Lex Omega nr 52545.
Wyrok SN z dnia 1 kwietnia 2003 r., II CK 484/02, OSP 2004, Nr 3, poz. 38, s.160.
Wyrok SN z dnia 28 kwietnia 2006 r., V CSK 39/06, Lex Omega Nr 376485.
Wyrok SA w Poznaniu z dnia 13 września 2006 r., I ACa 354/06, Lex Omega nr 298583.
Wyrok WSA w Lublinie z dnia 29 stycznia 2008 r., I SA/Lu 717/07, Lex Omega nr 462713.
Wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 14 lipca 2009 r., I SA/Bd 301/09, Lex Omega nr 536936.
Wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 8 września 2009, I SA/bd 203/09, Lex Omega nr 560426.
Wyrok WSA w Szczecinie z dnia 17 marca 2010 r., I SA/Sz 876/09, Lex Omega nr 604742.

⁸⁶ M. Pietruszyńska, P. Zimmerman, *Trwałość zaprzestania spłaty długów a stan niewypłacalności – powrót do źródła?*, teza nr 5, PPH 2013.2.48, Lex Omega nr 163819/5.

- Wyrok WSA w Łodzi z dnia 20 lipca 2010 r., I SA/ld 224/10, Lex Omega nr 673733.
Wyrok SN z dnia 19 stycznia 2011 r., V CSK 211/10, Lex Omega nr 738136.
Wyrok WSA w Łodzi z dnia 8 kwietnia 2011 r., I SA/ld 161/11, Lex Omega nr 992066.
Wyrok SA we Wrocławiu z 14 lutego 2013 r., I ACa 24/13, Lex Omega nr 1313462.
Wyrok SA w Gdańsku z dnia 27 czerwca 2013 r., III AUa 1293/12, Lex Omega nr 1342231.
Wyrok BGH z dnia 24 maja 2005 r., IX ZR 123/04, <http://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=IX%20ZR%20123/04>.
Wyrok TSUE z dnia 22.11.2012r., C-116/11 (Dz. U. UE.C.2013.26.4/2).
Wyrok TSUE z dnia 21.01.2010 r., 2010/C 63/02 (Dz. U. C 63, tom 53, z dnia 13 marca 2010 r.).

Literatura

- Adamus R.: Prawo naprawcze przedsiębiorcy, Warszawa 2009.
Adamus R., Witosz A.J., Witosz A.: Upadłość konsumencka, Komentarz praktyczny, Warszawa 2009.
Allerhand M.: Prawo upadłościowe. Postępowanie układowe. Komentarz, Bielsko-Biała 1999.
Bastiat F.: Dzieła zebrane, t. I, Warszawa 2009.
Domagalski M.: Powrót do tradycyjnej niewypłacalności, „Rzeczpospolita” z 25.10.2011.
Domagalski M.: Mniej likwidacji firm, więcej napraw, „Rzeczpospolita” z 11.12.2012.
Uniwersalny słownik języka polskiego, red. S. Dubisz, Warszawa 2003.
Filipiak P.: Podstawy wszczęcia wtórnego postępowania upadłościowego, Warszawa 2013.
Feist H.: Deutsches Insolvenzrecht, Cremlingen 2013.
Flotyńska I., Lipowicz Ł.: Pozytywne i negatywne przesłanki ogłoszenia upadłości spółek handlowych – uwagi praktyczne, cz. 3, teza nr 3, Pr.Spótek.2011.9.44, Lex Omega nr 135723/3.
Prawo sprzyjające realizacji Polityki II szansy w Polsce, red. B. Groele, Warszawa 2011.
Gurgul S.: Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz, Warszawa 2010.
Gurgul S.: Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz, wyd. IX, Warszawa 2013.
Harla A.G.: Prawo upadłościowe i naprawcze. Zarys wykładu, Warszawa 2011.
Jakubecki A., Zedler F.: Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz, wyd. III, Warszawa 2010.
Kohutek K.: Wszczęcie postępowania naprawczego, teza nr 1, PPH 2004.1.14, Lex Omega nr 42103/1.
Korzonek J.: Prawo upadłościowe i prawo o postępowaniu układowym. Komentarz, t. I, Bydgoszcz 1992.
Kozdroń J.: Wierzyciele przestaną straszyć upadłością, „Dziennik Gazeta Prawna” z 14.11.2013.
Lewandowski R., Wołoski P.: Prawo upadłościowe i naprawcze, Warszawa 2011.
Linde M. S. B.: Słownik języka polskiego, t. I, Lwów 1854.
North D. C.: Institutions, Institutional Change and Economic Performance, Cambridge, NY 1999.
Petranik J.: Upadłość i jej podstawy w prawie upadłościowym i naprawczym, PPH 2003.12.17, teza nr 2, Lex Omega nr 41662/2.
Piasecka-Sobkiewicz M.: Upadłość likwidacyjna będzie ostatecznością, „Dziennik Gazeta Prawna” z 10.12.2012.
Piasecki K.: Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz, Warszawa 2004.
Pietruszyńska M., Zimmerman P.: Trwałość zaprzestania spłaty długów a stan niewypłacalności – powrót do źródła, teza nr 5, PPH 2013.2.48, Lex Omega nr 163819/5.
Podelw., Olszewska M.: Upadłość w praktyce, Warszawa 2012.
Suchodolska M.: A kto bankrut ten nie żyje, „Dziennik Gazeta Prawna” z 26.04.2013.
Świeboda Z.: Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz, wyd. III, Warszawa 2006.
Wielka Encyklopedia PWN, red. J. Wojnowski, t. XXVIII, Warszawa 2005.

Wójcicka A.: Szacowanie prawdopodobieństwa niewypłacalności firmy na podstawie wybranych metod oceny ryzyka kredytowego (rozprawa doktorska, Uniwersytet Ekonomiczny w Poznaniu), Poznań 2010.

Zedler F.: Prawo upadłościowe i naprawcze w zarysie, wyd. II, Warszawa 2009.

NIEWYPŁACALNOŚĆ JAKO PRZESŁANKA OGŁOSZENIA UPADŁOŚCI W ŚWIECIE PROJEKTOWANYCH ZMIAN

Streszczenie

Niewypłacalność jest nieodłącznym elementem prowadzenia działalności gospodarczej. W wyniku ogłoszenia upadłości, zobowiązania wobec wierzycieli zabezpieczone są z majątku firmy. Niewypłacalność może wynikać z nierozliczonych albo nadmiernych zobowiązań finansowych. Obydwie przesłanki są od siebie niezależne. Prezentowany artykuł ma za zadanie omówić przesłanki niewypłacalności, jak również zaproponować zalecenia i propozycje dotyczące ogłoszenia upadłości. Poruszone są także regulacje prawa niemieckiego dotyczące niewypłacalności.

Słowa kluczowe: prawo upadłościowe i naprawcze, upadłość, masa upadłości.

INSOLVENCY AS A CONDITION OF DECLARATION OF BANKRUPTCY IN THE LIGHT OF PROPOSED AMENDMENTS

Summary

Insolvency is an integral element of business and economic relations. As a result of a declaration of bankruptcy, the creditors' interest is secured against the bankrupt estate. Insolvency may result from unsettled liabilities or excessive liabilities. Both premises are independent from each other. This paper aims to present the premises of insolvency as well as to offer recommendations and suggestions related to bankruptcy declaration. It also discusses German insolvency regulations.

Key words: insolvency law, bankruptcy, bankruptcy estate.

Translated by Tomasz Pałkowski