



Paweł Janda, Karol Tatar, Paweł Kuglarz,
Magdalena Pyzik-Wałąg, Mateusz Kaliński*

**STANOWISKO SEKCJI PRAWA UPADŁOŚCIOWEGO
INSTYTUTU ALLERHANDA W SPRAWIE ISTOTNYCH
ZAGADNIEŃ DOTYCZĄCYCH PROJEKTU USTAWY
O ZMIANIE USTAWY – PRAWO UPADŁOŚCIOWE
ORAZ NIEKTÓRYCH INNYCH USTAW (DRUK NR 3480)¹**

Uchwalona nowelizacja Prawa upadłościowego zasadniczo wchodzi w życie 24 marca 2020 roku. Wyjątkiem jest przepis dotyczący rejestru zadłużonych, który wchodzi w życie 1 grudnia 2020 r. Polska była zobowiązana do wprowadzenia centralnego rejestru upadłości do 26 czerwca 2018 r., jednak do jesieni rejestr nie powstał.

Ratio legis tej nowelizacji było uproszczenie upadłości konsumenckiej i dostosowanie regulacji *pre-packu* czyli przygotowanej likwidacji do prawa europejskiego i poprawienie *pre-packu*. Poniżej przedstawione zostało stanowisko Sekcji Prawa Upadłościowego Instytutu Allerhanda wobec projektu nowelizacji w zakresie *pre-packu*. Zostało ono zgłoszone w toku procesu legislacyjnego i generalnie nie zostało uwzględnione. W przekonaniu autorów stanowiska dostosowanie do prawa europejskiego opiera się na metodycznym błędzie a nowelizacja zamiast zoptymalizować przygotowaną likwidację utrudni ją lub wręcz wyeliminuje.

*Paweł Janda, SSR, dr, przewodniczący Sekcji Prawa Upadłościowego IA; r.pr. Karol Tatar, wiceprzewodniczący Sekcji Prawa Upadłościowego IA; r.pr. Paweł Kuglarz, wiceprzewodniczący Sekcji Prawa Upadłościowego IA; adw. Magdalena Pyzik-Wałąg, członek Sekcji Prawa Upadłościowego IA; Mateusz Kaliński, LL.M., sekretarz Sekcji Prawa Upadłościowego IA.

¹ Przedstawione na posiedzeniu podkomisji nadzwyczajnej do rozpatrzenia rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe oraz niektórych innych ustaw (druk nr 3480) w dniu 4 lipca 2019 r. Uzupełnione 8 lipca 2019 r.

Część I. Podsumowanie stanowiska

A. Wprowadzenie odpowiedniego stosowania art. 23¹ Kodeksu pracy do postępowań upadłościowych – nowelizacja art. 317 Prawa upadłościowego

1. Wprowadzany przepis, jak się wydaje, nie został poprzedzony całościową oceną konieczności i zasadności jego wprowadzenia do systemu prawa upadłościowego.
2. Nie ma obowiązku dostosowania w tym zakresie przepisów (ustawy Prawo upadłościowe, dalej: p.u.) do regulacji prawa UE, a w szczególności obowiązek taki nie wynika, ani nie powinien być interpretowany z wyroków TSUE w sprawach Smallsteps (C-126/16, wyrok z 22 czerwca 2017 r.) oraz Plessers (C-509/17, wyrok z 16 maja 2019 r.). Podstawą pierwszego wyroku TSUE był brak regulacji ustawowej pre-packu.
3. O ile sprzedaż przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części w zwykłym trybie likwidacji w postępowaniu upadłościowym dawała syndykowi możliwość restrukturyzacji zasobów kadrowych przedsiębiorstwa i zbycie już uzdrowionego organizmu inwestorowi, to w likwidacji przygotowanej inwestor kupując przedsiębiorstwo w ramach procedury „pre-pack” przy zastosowaniu automatyzmu o którym mowa w art. 23¹ k.p. jest pozbawiony możliwości dokonania efektywnej restrukturyzacji kadrowej upadłego.
4. W przypadku wystąpienia istotniejszego ryzyka związanego z transferem pracowników (co przewiduje art. 23¹ k.p.), inwestor:
 - a) będzie gotów zapłacić niższą cenę, a w konsekwencji mniej pieniędzy dostaną wierzyciele, w tym Skarb Państwa.
 - b) nie podejmie decyzji o zakupie, co doprowadzi do najbardziej prawdopodobnego zwolnienia pracowników przez syndyka – stracą wówczas wszyscy.
5. Ryzyko powyższe może doprowadzić do zapaści sprzedaży przedsiębiorstw lub zorganizowanych części w postępowaniach upadłościowych, a zatem do rozprzedawania majątku na części i strat dla wierzycieli i pracowników.
6. Wprowadzenie dodatkowego, trudnego do oszacowania ryzyka będzie stanowiło naruszenie głównej zasady postępowania upadłościowego, wyrażonej w art. 2 p.u., czyli kierowania się interesem wierzycieli, przy pomocniczym zachowaniu przedsiębiorstwa upadłego
7. Doświadczenia holenderskie i belgijskie (po powyższych wyrokach TSUE) wskazują, że ryzyko załamania się kupna przedsiębiorstw od syndyków nie jest teoretyczne a bardzo realne – zwłaszcza w procedurze przygotowanej likwidacji (*pre-pack*).

B. Nowelizacja art. 317 p.u. w zakresie przeniesienia praw i obowiązków z umów związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa upadłego

1. Postulowane jest w pierwszej kolejności odwołanie się do regulacji Kodeksu handlowego, dopuszczającej przeniesienie praw i obowiązków z umów związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa upadłego.
2. Rozwiązania takie wydaje się zwłaszcza uzasadnione w świetle przeobrażeń w gospodarce, gdzie wartość przedsiębiorstw niejednokrotnie jest uzależniona od zawartych i funkcjonujących umów.

C. Wadium

1. Postulowane są rozwiązania dopuszczające formy ustanowienia zabezpieczenia składanych ofert w innej postaci niż tylko wpłata wadium w środkach pieniężnych.
2. Rozwiązanie takie (przewidziane przez inne przepisy prawa) są uzasadnione nie tylko potrzebami obrotu, ale również uwarunkowaniami systemowymi i celowościowymi oraz doświadczeniami z innych krajów, w tym o bogatym dorobku w zakresie prawa związanego z niewypłacalnością.

D. Doręczanie wierzycielom zabezpieczonym na majątku wniosku o zatwierdzenie warunków sprzedaży

1. Postulowane jest doprecyzowanie jaki rodzaj zabezpieczenia ma być brany pod uwagę w przypadku doręczania wniosku o zatwierdzenie warunków sprzedaży w celu uniknięcia braku spójności z innymi przepisami ustawy.

W związku z powyższym proponujemy:

- (1) W miarę możliwości rezygnację z proponowanego odesłania – nowelizacji art. 317 p.u.
– gdyż przyczyni się to do zachowania komplementarności systemu i zapewnienia zachęt dla inwestorów w przypadku każdej sprzedaży w postępowaniu upadłościowym;
- (2) Alternatywnie, dodanie w ramach art. 56e ust. 3, dopisku, iż art. 317 ust. 2a nie stosuje się – np. w brzmieniu: „Do skutków sprzedaży według przepisów niniejszego rozdziału przepisy art. 313, art. 314 i art. 317 stosuje się, przy czym nie stosuje się art. 317 ust. 2a”;
– co pozwoli przynajmniej na doprowadzenie do braku stosowania – jak się wydaje – niekorzystnego przepisu do procedury

przygotowanej likwidacji, która z założenia ma być szybka i nie pozwala na bardzo szczegółowe analizy stanu pracowniczego nabywanego podmiotu, zwłaszcza w kontekście oceny przez inwestora efektywności dotychczasowej załogi;

- (3) Uregulowanie w art. 317 p.u. sytuacji dopuszczalności przejścia praw i obowiązków z umów, np. poprzez dodanie ust. 1a w brzmieniu: „1a. Nabywca przedsiębiorstwa upadłego wstępuje w miejsce upadłego w prawa i obowiązki wynikające wyłącznie z tych umów, które zostały wymienione w umowie sprzedaży przedsiębiorstwa. O ile przepis szczególny nie stanowi inaczej druga strona umowy może od niej odstąpić wyłącznie w przypadkach i na warunkach określonych w umowie”;
- (4) Zastąpienie sformułowań „aukcja” zwrotem „konkurs” – w odniesieniu do konkurencyjnych ofert; oraz uregulowanie, iż to TNS będzie rekomendował przyjęcie konkretnej oferty przez sąd upadłościowy – w sprawozdaniu z oceny ofert;
- (5) Wprowadzenie swoistej prekluzji w przypadku zainteresowania – w postaci nieuwzględniania ofert złożonych np. po upływie 3 tygodni od obwieszczenia/informacji o konkursie;
- (6) Uregulowanie, iż koszty inwestora, który złożył ofertę i który poniosł i udokumentował koszty zainicjowania wniosku (koszt obsługi prawnej oraz wyceny), w przypadku zawarcia umowy sprzedaży, stanowić będą koszty postępowania upadłościowego i będą – po ich zatwierdzeniu przez sędziego-komisarza – zwracane inwestorowi inicjującemu *pre-pack*, na jego wniosek;
- (7) Umożliwienie składania wadium również na inne sposoby niż wyłączenie przez wpłatę części ceny w środkach pieniężnych.
- (8) Doprecyzowanie przepisów w zakresie rozumienia wierzycieli zabezpieczonych w kontekście doręczania odpisu wniosku o zatwierdzenie warunków sprzedaży.

Część II.

Stanowisko w sprawie istotnych zagadnień dotyczących projektu: wersja pełna

A. Wprowadzenie odpowiedniego stosowania art. 231 Kodeksu pracy do postępowań upadłościowych – nowelizacja art. 317 p.u.

1. W ocenie niżej podpisanych, zmiana art. 317 p.u. poprzez wprowadzenie ogólnego odesłania do odpowiedniego stosowania art. 231 k.p. jest bardzo dalekosiężna i zbyt daleko idąca. Zmiana ta nie jest też wymuszona koniecznością dostosowania do wymogów prawa Unii Europejskiej.

2. W pierwszej kolejności należy podnieść, iż Dyrektywa Rady 2001/23/WE z dnia 12 marca 2001 r. w sprawie zbliżania ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do ochrony praw pracowniczych w przypadku przejęcia przedsiębiorstw, zakładów lub części przedsiębiorstw lub zakładów („Dyrektywa 2001/23”) ustanawia możliwość odstępstwa od rygorystycznych zasad transferu pracowników w przypadku przejścia zakładu pracy, w przypadku transferów dokonywanych w ramach postępowania upadłościowego, przy spełnieniu określonych w Dyrektywie 2001/23 przesłanek. Regulacja ta jest słuszna, gdyż niejednokrotnie sytuacje niewypłacalnościowe są spowodowane przestaniem zatrudnienia. Regulacje prawa zabezpieczają przy tym, na różne sposoby, interesy pracowników – jako strony słabszej i wymagającej ochrony, również ze względów społecznych.
3. Art. 23¹ k.p. jest wynikiem transpozycji Dyrektywy 2001/23 do polskiego porządku prawnego. Obecnie, jak się wydaje, ustawodawca – w sposób niewyartykułowany wprost – chce skorzystać z możliwości przewidzianej w art. 5 ust. 1 Dyrektywy 2001/23, który stanowi: „O ile Państwa Członkowskie nie ustalą inaczej, art. 3 i 4 nie mają zastosowania do jakiegokolwiek przejęcia przedsiębiorstwa, zakładu lub części przedsiębiorstwa lub zakładu, jeżeli wobec zbywającego prowadzone jest postępowanie upadłościowe lub inne podobne postępowanie, wszczęte w celu likwidacji aktywów zbywającego i jeżeli znajduje się on pod nadzorem właściwego organu publicznego (którym może być likwidator, upoważniony przez właściwy organ publiczny)”, (wszelkie wyróżnienia własne).
4. Oznacza to, że Rzeczpospolita Polska najwyraźniej chce ustalić wskazane zagadnienia inaczej, niż to dopuszcza wyjątek z art. 5 ust. 1 Dyrektywy 2001/23.
5. Rozwiązanie takie nie wydaje się słuszne. Należy bowiem podkreślić, iż sytuacje upadłościowe w których występuje nabywca – inwestor, są z reguły bardzo korzystne dla masy upadłości oraz ogółu wierzycieli. Wprowadzenie konieczności uwzględnienia regulacji art. 23¹ k.p. przy ocenie opłacalności zaangażowania inwestycyjnego i jego kosztów może doprowadzić do zmniejszenia lub utraty istotnej części finansowania postępowań upadłościowych (poprzez brak kapitału od nabywcy).
6. Co więcej, niejednokrotnie koszty pracownicze i związane są ważnym czynnikiem wartości wyceny w trybie przygotowanej likwidacji, do której art. 317 p.u. się stosuje. Przygotowana likwidacja jest natomiast obecnie jednym z najciekawszych rozwiązań dotyczących inwestycji w tzw. *distressed assets*, z korzyścią dla wszystkich interesariuszy, również sądów i wierzycieli. Obawiamy się, iż planowana w tym zakresie zmiana istotnie zmniejszy tę atrakcyjność procedury przygotowanej likwidacji.

7. Ponadto, zmiana art. 317 p.u. dotyczyć będzie wszelkiej sprzedaży w postępowaniach upadłościowych, co sprawi, iż nie tylko *pre-pack*, ale również jakiegokolwiek inne inwestycje w *distressed assets* znacząco stracą na atrakcyjności.
8. Wreszcie nie sposób nie odnieść wrażenia, że obecna propozycja nowelizacji jest motywowana niedawnymi wyrokami TSUE w sprawach *Smallsteps* (C-126/16, wyrok z 22.06.2017 r.) oraz *Plessers* (C-509/17, wyrok z 16 maja 2019 r.). Kompleksowa analiza przedmiotowych wyroków TSUE prowadzi jednak do konkluzji, iż polskie przepisy są zgodne z prawem unijnym i nie zachodzi ryzyko (lub jest ono minimalne) wydania podobnego rozstrzygnięcia w sprawie polskiej. Z tych względów, argument ten nie może być wykorzystywany jako uzasadnienie dla odejścia od stosowania wyjątku z art. 5 ust. 1 Dyrektywy 2001/23.
9. Oba wyroki dotyczyły różnych stanów faktycznych, niemniej należy zauważyć, że zarówno w Belgii (C-509/17), jak i w Niderlandach (C-126/16), od wydania przedmiotowych wyroków, w zasadzie nie występują skuteczne wnioski o sprzedaż majątku w trybie przepisów prawa upadłościowego tych krajów (lub okołoupadłościowego). Obserwacja ta potwierdza, iż nowelizacja art. 317 p.u., która nie jest konieczna, może spowodować zapaść inwestycyjną w sytuacjach niewypłacalnościowych.
10. Należy podkreślić, że polskie przepisy – zarówno co do ogólnej sprzedaży w postępowaniu upadłościowym, jak i w procedurze *pre-packu* spełniają wymogi dla zastosowania wyjątku z art. 5 ust. 1 Dyrektywy 2001/23. Polska procedura jest likwidacyjna, dokonywana pod nadzorem Sądu oraz jest transparentna. Sprzedaż jest dokonywana w postępowaniu upadłościowym, przez syndyka. Należy w tym kontekście wskazać, iż w sprawach będących przedmiotem zainteresowania TSUE, powyższe wymogi z Dyrektywy 2001/23 nie były spełnione, gdyż występował tam tzw. „cichy syndyk”, a procedura sprzedaży nie była pod nadzorem Sądu, również samo postępowanie – odmiennie niż w warunkach polskich – nie zmierzało do likwidacji, ale pierwszorzędnym celem było utrzymanie przedsiębiorstwa. W Polsce tymczasem celem zgodnie z art. 2 p.u. jest likwidacja majątku mająca na celu jak najwyższe zaspokojenie wierzycieli. Nie bez przyczyny *pre-pack* jest uregulowany właśnie w Prawie upadłościowym, nie zaś w ustawie – Prawo restrukturyzacyjne.
11. Jak wskazano chociażby w sentencji wyroku w sprawie *Smallsteps*: „ochrona pracowników gwarantowana przez art. 3 i 4 tej dyrektywy zostaje utrzymana w sytuacji takiej jak rozpatrywana w postępowaniu głównym, w której przejęcie przedsiębiorstwa następuje po ogłoszeniu upadłości w kontekście *pre-packu* – przygotowanego przed tym ogłoszeniem i zrealizo-

wanego bezpośrednio po tym ogłoszeniu – w ramach którego w szczególności wyznaczony przez sąd „potencjalny syndyk” bada możliwości ewentualnej kontynuacji przez osobę trzecią działalności tego przedsiębiorstwa i przygotowuje czynności mające dojść do skutku wkrótce po ogłoszeniu upadłości, aby doprowadzić do tej kontynuacji, a ponadto, że nie jest istotne w tym względzie, że zamierzonym przez tę transakcję *pre-packu* celem jest także maksymalizacja zysków ze zbycia dla ogółu wierzycieli rozpatrywanego przedsiębiorstwa”. Potwierdza to brak konieczności nowelizacji przepisów w zakresie szczególnych uprawnień pracowniczych z powodów mających wynikać z orzecznictwa europejskiego.

12. Istotą holenderskiej regulacji *pre-packu*, która została zakwestionowana przez TSUE (*Smallsteps*) jest fakt, iż jej źródłem nie była ustawa regulująca prawo upadłościowe a porozumienie większości sądów upadłościowych, czyli tzw. *soft law*. W konsekwencji jednym zasadniczych motywów orzeczenia TSUE było zakwestionowanie stosowania *pre-packu* bez niezbędnej ustawowej gwarancji ochrony praw pracowniczych. Taka potrzeba nie istnieje w przypadku polskiej regulacji *pre-packu*. Po pierwsze ma ona umocowanie ustawowe, procedura ta przeprowadzana jest pod nadzorem sądu a zatwierdzenie *pre-packu* dokonywane jest w formie postanowienia sądu. Drugim istotnym motywem wyroku TSUE była okoliczność, że działalność spółki *Smallsteps* polegała na wynajmowaniu pracowników tymczasowych a więc podstawowym przedmiotem działalności koncentrował się na pracownikach a pozostałe elementy przedsiębiorstwa były marginalne.
13. Zmiana przepisów polskiego prawa upadłościowego byłaby przykładem tzw. *gold plating*, czyli implementacji Dyrektywy 2001/23 w sposób zakładający konsekwencje, które z regulacji prawa europejskiego nie wynikają.
14. W tym zakresie, nie do końca adekwatne wydają się również spostrzeżenia rzeczników generalnych, podzielone następnie przez TSUE, co do opisu i charakteru instytucji *pre-packu*. Przykładowo, jak wskazano w pkt 56 opinii Rzecznika Generalnego w sprawie *Smallsteps*: „...zbycie rentownych części niewypłacalnego przedsiębiorstwa miało miejsce w ramach postępowania, które, tak jak ogłoszenie upadłości, zmierza do likwidacji aktywów zbywanego. Z drugiej strony, takie określenie może okazać się skomplikowane w przypadku postępowań „nietypowych”, takich jak na przykład postępowanie, które rozwinęło się w Niderlandach celem zawarcia *pre-packu*, które odbywa się, co najmniej częściowo, poza prawnymi ramami, i które ma hybrydowy charakter w zakresie, w jakim łączy ele-

menty nieformalne oraz elementy wynikające z postępowania formalnego (czyli postępowania upadłościowego regulowanego ustawą o prawie upadłościowym)”, czy też w pkt 67 tej opinii: „Etap przygotowawczy rozpoczyna się zawsze z inicjatywy przedsiębiorstwa znajdującego się w trudnej sytuacji, które wnosi do sądu o ustanowienie cichego syndyka oraz cichego sędziego-komisarza. Sąd może dokonać takiego ustanowienia w zależności od tego, czy uzna, że taka procedura byłaby wskazana”, lub pkt 68: „Idea, która przyświeca temu przedterminowemu ustanowieniu, polega na umożliwieniu cichemu syndykowi, przed jego formalnym wyznaczeniem na syndyka masy upadłościowej, zapoznania się z informacjami na temat przedsiębiorstwa, jak również dokonania analizy sytuacji finansowej tego przedsiębiorstwa oraz branych pod uwagę możliwych rozwiązań po to, aby bardzo szybko po ogłoszeniu upadłości móc złożyć wniosek do sędziego-komisarza o zezwolenie na realizację zbycia *pre-packu*.” Odmienne wygląda sprawa w realiach polskich, gdyż ustanawiany Tymczasowym Nadzorca Sądowy działa całkiem jawnie i pod kontrolą Sądu upadłościowego. Również w sprawie *Plessers*, w opinii Rzecznika Generalnego wskazano chociażby: „dopóki sąd nie orzeknie w przedmiocie wniosku w sprawie reorganizacji sądowej, nie można ogłosić upadłości dłużnika, a w przypadku spółki nie można jej rozwiązać sądowo. W rezultacie w świetle orzecznictwa omówionego w pkt 42-51 niniejszej opinii takie postępowanie, które może prowadzić do upadłości, choć taka konsekwencja nie ma charakteru systemowego, nie spełnia warunku, zgodnie z którym wobec zbywającego musi być prowadzone postępowanie upadłościowe lub inne podobne postępowanie⁽⁵⁰⁾, a zatem nie może być objęte pojęciem „postępowania upadłościowego” w rozumieniu art. 5 ust. 1 dyrektywy 2001/23(51)” [pkt 59], co sprawia że *pre-pack* w prawie belgijskim również jest bardziej zbliżony do restrukturyzacji niż do postępowań upadłościowych, jak ma to miejsce w Polsce – gdzie przykładowo sąd może oddalić wniosek o *pre-pack*, a ogłosić upadłość, przy stwierdzeniu, iż są spełnione przesłanki do takiej decyzji.

15. Dlatego, uważamy, że tak istotna zmiana prawa powinna być co najmniej poprzedzona gruntowną analizą potrzeb i konsekwencji planowanych, nowych rozwiązań.
16. Nie jest także trafny argument, że art. 23¹ k.p. ma być stosowany odpowiednio, czyli również z możliwością jego niezastosowania w konkretnej sytuacji, lub zmodyfikowania zakresu zastosowania – gdyż praktyka orzecznictwa sądów pracy wskazuje jednoznacznie, iż interes pracowników odgrywa pierwszorzędną rolę, zwłaszcza przy konieczności oceny tak skomplikowanej i wielowątkowej ma-

terii jakiej dostarczają związku prawa pracy z prawem upadłościowym lub restrukturyzacyjnym. Ryzyka tego nie można ignorować.

17. Dostrzegamy znaczenie konieczności zabezpieczenia interesów pracowników w sytuacjach niewypłacalnościowych, ale zwracamy uwagę również na znaczenie innych zainteresowanych podmiotów, w tym inwestorów, oraz utrwalonej praktyki stosowania tych przepisów. Proponowane rozwiązanie może być tak daleko sięgające, iż nie jest możliwa na obecnym etapie ocena wszystkich konsekwencji planowanej zmiany (również tych negatywnych, co powinno być przedmiotem zainteresowania w toku prac legislacyjnych).
18. Podsumowując, wprowadzenie przedmiotowej regulacji może – paradoksalnie – doprowadzić do utraty pracy – na skutek zwolnień przez syndyka w postępowaniu upadłościowym, zamiast zamierzonej ochrony praw pracowniczych.

B. Nowelizacja art. 317 p.u. w zakresie przeniesienia praw i obowiązków z umów związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa upadłego

1. Projektowane zmiany art. 317 p.u. pomijają od dawna artykułowaną potrzebę wyraźnej interwencji ustawodawcy w odniesieniu do możliwości przeniesienia praw i obowiązków z umów związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa upadłego, co należy ocenić krytycznie.
2. W pierwszej kolejności należy wskazać, że problem związany z brakiem możliwości przeniesienia praw i obowiązków z umów w ramach przygotowanej likwidacji ujawnił się jako jeden z pierwszych. Od samego początku stosowania nowych regulacji budził wiele kontrowersji i spowodował ożywioną dyskusję oraz był wielokrotnie wskazywany przez praktyków prawa upadłościowego jako jedna z przyczyn znacząco osłabiających atrakcyjność tej instytucji dla obrotu.
3. Głównym celem wprowadzenia instytucji przygotowanej likwidacji było szybsze i pełniejsze zaspokojenie wierzycieli oraz znaczne skrócenie czasu trwania postępowania upadłościowego. Z kolei aksjologicznym celem ustawy jest i było zachowanie przedsiębiorstwa dłużnika oraz jego sprzedaż w całości jako podstawowy sposób likwidacji masy upadłości. Oczywistym jest, że przeprowadzenie sprzedaży przedsiębiorstwa ma największy ekonomiczny sens w momencie, kiedy dochodzi do niej na odpowiednio wczesnym etapie – przedsiębiorstwo jest w ruchu i nie jest obciążone negatywnym wizerunkiem związanym z otwarciem postępowania upadłościowego. Z działalnością przedsiębiorstwa związane

jest funkcjonowanie wielu kontraktów. W związku z tym, aby inwestorzy byli zainteresowani przeprowadzeniem transakcji nabycia przedsiębiorstwa upadłego w ramach postępowania upadłościowego muszą mieć pewność co do dalszych losów umów związanych z prowadzeniem takiego przedsiębiorstwa.

4. Ponadto oczywiste jest, że w warunkach nowoczesnej gospodarki niejednokrotnie to właśnie zawarte umowy decydują o realnej wartości przedsiębiorstwa, uzasadniającą podjęcie decyzji o jego ewentualnym nabyciu – również w toku postępowania upadłościowego. Określone modele prowadzenia przedsiębiorstw mogą nawet polegać na tym, że ich jedyną istotną wartością są zawarte umowy, zapewniające realizację określonych celów biznesowych. Brak wprowadzenia postulowanych zmian wykluczy – w praktyce – możliwość zastosowania przygotowanej likwidacji w stosunku do niektórych modeli przedsiębiorstw, a nawet całych branż, w szczególności w odniesieniu do przedsiębiorstw o znacznych rozmiarach, które posiadają dziesiątki umów.
5. Należy też podkreślić, że o ile w warunkach „normalnej” transakcji sprzedaży tj. niewymuszonej szczególnymi okolicznościami, zainteresowane strony są w stanie albo zastosować taką strukturę transakcji, która nie będzie budzić wątpliwości co do przejścia umów istotnych dla prowadzonego przedsiębiorstwa (np. transakcja zakupu akcji lub udziałów, bądź transakcja zapewniająca wystąpienie tzw. sukcesji uniwersalnej, jak w przypadku podziału przez wydzielenie czy połączenia), albo też, decydując się na zawarcie umowy mającej za przedmiot przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 55² k.c., zapewnić pozyskanie niezbędnych zgód kluczowych kontrahentów na przejęcie długu wynikającego z istotnych umów wzajemnych lub zabezpieczyć ryzyka związane z brakiem takich zgód (np. poprzez zabezpieczenie przez podmiot wypłacalny lub wprowadzenie możliwości modyfikacji ceny lub odstąpienia od umowy nabycia).
6. Żadne z powyższych rozwiązań nie jest dostępne w ramach postępowania upadłościowego. Przed wszystkim nie ma możliwości nabycia mienia upadłego w ramach procedury zakupu akcji czy udziałów, podziału czy połączenia. Trzeba też podkreślić, że w warunkach niewypłacalności lub na jej przedpolu nie są możliwe na szerszą skalę negocjacje z kontrahentami w warunkach, które zachowają sens biznesowy i będą efektywne czasowo. Nie ma również możliwości zabezpieczenia ryzyka nabywcy poprzez np. modyfikację ceny czy odstąpienie od umowy zawartej z syndykiem.
7. Pomimo, że rozwiązanie przewidujące wstąpienie nabywcy w prawa i obowiązki upadłego wynikające z umów nie jest przewidziane przez przepisy ogólne k.c., należy zauważyć, że

wprowadzenie takich regulacji w postępowaniu upadłościowym byłoby w pełni uzasadnione z uwagi na specyfikę tego postępowania. Po pierwsze p.u. wprowadza wiele wyjątków od zasad ogólnych, po drugie wzorem takich regulacji mogą być rozwiązania znane wcześniej Kodeksowi handlowemu. Ponadto, co bardzo istotne, również i obecnie systemowi prawa znane są takie rozwiązania (np. na gruncie k.s.h. w wypadku podziału przez wydzielenie czy połączenia spółki dochodzi do przejęcia zarówno praw jak i obowiązków wynikających z umów, co wynika wprost z art. 494 § 1 i 531 § 1 k.s.h. (sukcesja uniwersalna)). Obecne brzmienie art. 317 ust. 1 p.u. statuuje, że na nabywcę przedsiębiorstwa upadłego przechodzą wszelkie koncesje, zezwolenia i licencje i ulgi, które zostały udzielone upadłemu. Bez sukcesji generalnej praw z realizowanych umów np. związanych z tymi koncesjami, licencjami itp., zainicjowany słuszny kierunek automatyzmu przejścia tychże, jest ułomny i nie może być w praktyce (mimo zapewnień ustawodawcy) stosowany.

8. Praktyka obrotu przynosi liczne przykłady transakcji, w których z uwagi na konieczność ewentualnego pozyskiwania zgód kontrahentów na przejęcie długu (co często było niemożliwe albo pozbawione ekonomicznego sensu), cel transakcji osiągnano z wykorzystaniem struktury prawnej zapewniającej – poprzez sukcesję uniwersalną – pełne „przeniesienie” umów na nabywcę „przedsiębiorstwa” bez ich zgody (wykorzystanie tego typu rozwiązań umożliwiło m.in. konsolidację sektora finansowego, który przecież podlega szczególnemu nadzorowi regulacyjnemu).
9. Warto wskazać, że na gruncie praktyki stosowania prawa upadłościowego i naprawczego nie był podnoszony problem braku możliwości przeniesienia praw i obowiązków z umów związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa upadłego. Biorąc to pod uwagę, można twierdzić, że sprzedaż upadłościowa w znacznej mierze dotyczyła aktywów a nie w pełni funkcjonujących przedsiębiorstwa w ruchu, a upadły na etapie likwidacji masy upadłości rzadko był stroną znaczących stosunków zobowiązaniowych, które mogłyby mieć wymierny wpływ na cenę uzyskiwaną ze sprzedaży. Skoro po wprowadzeniu instytucji przegotowanej likwidacji pojawił się problem braku możliwości przejścia praw i obowiązków z umów na nabywcę, można próbować postawić tezę, że przepisy te odniosły zamierzony skutek – powstała szansa na sprzedaż przedsiębiorstw w ruchu na etapie kiedy przedsiębiorstwa prowadzone przez upadłych przedstawiają jeszcze wartość jako całość. Dlatego wydaje się, że warto stworzyć warunki dla dalszego rozwoju tej instytucji i usunąć istotne wątpliwości, które wyraźnie ujawniły się w pierwszych latach stosowania nowych przepisów.

10. Warto również wskazać, że wśród postulatów wyraźnego uregulowania zagadnienia przejęcia umów w ramach postępowania upadłościowego wskazuje się na możliwość przyznania kontrahentom prawa odstąpienia od takiej przeniesionej umowy, co zapewniłoby wierzycielowi możliwość dokonania oceny w przedmiocie zasadności kontraktowania z nowym dłużnikiem. Rozwiązanie to należy uznać za uzasadnione, jednak odstąpienie takie powinno być możliwe wyłącznie na zasadach określonych w danej umowie. Przyznanie kontrahentowi nieograniczonego prawa odstąpienia do umowy po nabyciu przedsiębiorstwa w ramach przymusowej likwidacji w określonym ustawowo terminie nie usunie wskazanego problemu bowiem nabywcy nadal nie będą mieli pewności co do losu stosunków zobowiązaniowych (co więcej można postawić tezę, że znajdą się w gorszej sytuacji bowiem w przypadku odstąpienia od umowy przez kontrahenta sami nie będą mieli możliwości odstąpienia od umowy nabycia).
11. Dodatkowo w tym kontekście należy wskazać, że przedstawiciele doktryny prawa upadłościowego omówili szczegółowo wskazane wątpliwości, a wśród konkluzji wskazano m.in., że:
 - a) W świetle zasad ogólnych (art. 55¹ i następne k.c.) zbycie przedsiębiorstwa nie prowadzi z mocy prawa do zmiany podmiotowej po stronie zbywcy. Zbywca pozostanie nadal dłużnikiem, natomiast nabywca przystępuje – choć w ograniczony sposób – do długu po jego stronie jako współdłużnik solidarny (art. 55⁴ k.c.). Sukcesja długu może nastąpić wyłącznie według zasad translatywnej zmiany dłużnika na podstawie odrębnego porozumienia obejmującego zgodę. Dopiero w ten sposób dojdzie do pełnej cesji umowy na nabywcę ze skutkiem zwalniającym poprzedniego dłużnika;
 - b) Dotyczy to zarówno zobowiązań pieniężnych (czynsz najmu), jak i niepieniężnych (wykonanie określonych prac);
 - c) W związku z tym powstaje pytanie o status umów wzajemnych związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa, w sytuacji kiedy nie zostaną zawarte porozumienia z kontrahentami w przedmiocie przejęcia długów (których nie obejmuje hipoteza art. 317 ust. 2 p.u.). Problem dotyczy w szczególności odpowiedzialności upadłego (masy upadłości) za wykonanie tych umów;
 - d) Brak przejęcia przez nabywcę innych pieniężnych długów przyszłych upadłego wynikających z zawartych przed ogłoszeniem upadłości umów (a również zawartych po ogłoszeniu upadłości przez syndyka), a także zobowiązań niepieniężnych w zakresie, o którym była mowa powyżej, mógłby oznaczać, iż zobowiązania te będą nadal obciążać masę

upadłości z obowiązkiem ich zaspokajania przez syndyka w toku postępowania upadłościowego pomimo, iż samo przedsiębiorstwo przejęte przez nabywcę znajduje się już poza masą upadłości;

- e) z uwagi na istotne wątpliwości wynikające z braku bezpośredniej regulacji postulowane jest doprecyzowanie przepisów w kierunku jednoznacznego określenia losów umów związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa w przypadku jego zbycia w toku postępowania upadłościowego poprzez wprowadzenie sukcesji generalnej bowiem, jak wskazano powyżej, negocjacje umów na przedpolu upadłości niejednokrotnie nie są możliwe;
- f) doprecyzowanie przepisów jest konieczne, jeżeli instytucja sprzedaży funkcjonującego przedsiębiorstwa ma być rzeczywiście naczelną formą jego likwidacji (upłynnienia) w toku postępowania upadłościowego, co w rezultacie może zapewnić jak najwyższy stopień zaspokojenia wierzycieli upadłego. W szczególności dotyczy to sprzedaży przedsiębiorstwa w formie przygotowanej likwidacji (pre-pack), które ma szansą stać się najbardziej efektywną instytucją polskiego systemu upadłościowego i restrukturyzacyjnego.

12. Podsumowując, należy zadać pytanie o cel pozyskiwania zgody na przejęcie długu wynikającego z umowy. Bez wątpienia celem takiej zgody jest uszanowanie wzajemnego zaufania stron umowy i ochrona wierzyciela przed niewypłacalnością przejemcy długu (por. art. 519 k.c.). Należy zauważyć, że Prawo upadłościowe zapewnia nabywcy przedsiębiorstwa przeniesienie wierzytelności z określonych umów związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa. Z kolei w zakresie długu wynikającego z takich stosunków (a zatem długu upadłego, co do którego wierzyciel powinien być właśnie zainteresowany jego przejęciem przez podmiot wypłacalny) – brak jednak takiego automatyzmu. Jakże można mieć zaufanie do strony umowy, która jest niewypłacalna i ogłoszono jej upadłość? Z pewnością poziom zaufania do oferenta proponującego nabycie upadłego przedsiębiorstwa i wstępującego z własnej woli w jego stosunki zobowiązaniowe jest nieporównywalnie wyższy i w tej sytuacji zgoda drugiej strony umowy na przejęcie długu winna być zbędna. Trudno w takiej sytuacji przyjąć, iż może dojść do pokrzywdzenia kontrahenta, który przecież i tak zachowa prawo do wypowiedzenia umowy w zakresie tam przewidzianym, w przypadku gdyby nabywca naruszał jej postanowienia.
13. Warto również podkreślić, że Prawo upadłościowe w szczególności określa zasady wpływu ogłoszenia upadłości na zobowiązania cywilnoprawne upadłego, a wśród przepisów

ustawy można wyróżnić przepisy ingerujące bezpośrednio w treść zobowiązań lub ingerujące w zasady wykonywania zobowiązania (np. art. 83 p.u., zgodnie z którym postanowienia umowy zastrzegające na wypadek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości lub ogłoszenia upadłości zmianę lub rozwiązanie stosunku prawnego, którego stroną jest upadły, są nieważne). Postulat wprowadzenia szczególnych regulacji w zakresie kwestii przeniesienia praw i obowiązków z umów związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa upadłego mieści się w zakresie zagadnień, dla których odmienne – względem zasad ogólnych – określenie skutków upadłości jest uzasadnione celami tego szczególnego postępowania.

C. Wadium

1. Bez wątpienia słuszne jest wprowadzenie mechanizmów zapewniających ochronę przed wnioskami składanymi w celu opóźnienia lub uniemożliwienia dokonania sprzedaży w trybie przygotowanej likwidacji, w szczególności poprzez ustanowienie wymogu zabezpieczenia składanych ofert.
2. Niemniej jednak, takie zabezpieczenie nie powinno być ograniczone wyłącznie do wadium w gotówce uiszczanej na rachunek depozytowy sądu. Ustawa powinna przewidywać możliwość zabezpieczenia składanych ofert również w innej, w szczególności bezgotówkowej formie. Katalog dopuszczalnych form zabezpieczenia powinien być otwarty, a w ramach projektowanych zmian należy przyznać sądowi prawo stwierdzenia czy forma jaką proponuje nabywca jest wystarczająca. Należy również rozważyć czy sąd nie powinien mieć możliwości, biorąc pod uwagę okoliczności sprawy, zaakceptowania wadium w niższej wysokości niż 10% oferowanej ceny. W transakcjach o dużej wartości wadium na poziomie znacznie niższym niż 10% może bowiem w pełni zapewniać postulowaną funkcję ochronną. Takie podejście ułatwi obrót i znacząco obniży koszty przeprowadzenia transakcji w trybie przygotowanej likwidacji dla nabywcy.
3. Należy również zauważyć, że w praktyce obrotu transakcje nabycia przedsiębiorstwa bardzo często są finansowane długiem, a pozyskanie finansowania w tym celu i wypłata kredytu wymaga ze strony banku pewności przeprowadzenia transakcji. Należy mieć też na uwadze, że w przypadku przedsiębiorstw o znacznej wartości, gdzie zaangażowanie środków inwestora może wiązać się z koniecznością pozyskania zewnętrznego finansowania, kwota wadium w wysokości jednej dziesiątej oferowanej ceny może stanowić znaczącą kwotę, której wpła-

ta byłaby obarczona zbyt dużym ryzykiem niepewności, co do długości postępowania oraz ewentualnego zwrotu wadium – co z kolei mogłoby skutkować „zamrożeniem” środków inwestora na wiele miesięcy. W szczególności niejasne są zasady zwrotu wadium, a użyte w projekcie sformułowania dotyczące „winy nabywcy” jako przesłanki przepadku wadium mogą budzić istotne wątpliwości interpretacyjne prowadzące do zmniejszenia zainteresowania inwestorów procedurą przygotowanej likwidacji.

4. Takie ryzyko może powodować, że w stanach faktycznych obejmujących duże podmioty gospodarcze, gdzie przeprowadzenie przygotowanej likwidacji byłoby najbardziej uzasadnione z uwagi na aksjologiczne założenia ochrony ciągłości działalności przedsiębiorstwa i miejsc pracy, z uwagi na istniejące ryzyko niepewności związanej z czasem zaangażowania środków (płatnych przecież w gotówce – zgodnie z aktualnym brzmieniem projektu) inwestorzy nie będą przedstawiać ofert stanowiących podstawę wniosku o zatwierdzenie warunków sprzedaży, a banki nie będą finansować tego typu transakcji.
5. Warto podkreślić, że polskie prawo wprowadza wymóg ustanawiania zabezpieczeń przeprowadzenia pewnych typów transakcji, które nie są ograniczone wyłącznie do zabezpieczeń gotówkowych. Zgodnie z art. 45 ust. 6 ustawy prawo zamówień publicznych wadium może być wnoszone nie tylko w pieniądzu – katalog ustawowy przewiduje inne formy, w tym gwarancję bankową czy ubezpieczeniową. Kolejny przykład to art. 77 ustawy o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych, zgodnie z którym wymagane jest ustanowienie zabezpieczenia zapłaty za akcje objęte wezwaniem, które to zabezpieczenie powinno być udokumentowane zaświadczeniem banku lub innej instytucji finansowej udzielającej zabezpieczenia lub pośredniczącej w jego udzieleniu. W praktyce obrotu takie zabezpieczenie często przyjmuje formę gwarancji bankowej czy ubezpieczeniowej, która nie budzi podobnych wątpliwości i kosztów jak wpłata wadium na rachunek depozytowy sądu.
6. Również inne ustawodawstwa europejskie, w tym ustawodawstwo Wielkiej Brytanii, przewidują bardziej elastyczne podejście do tego zagadnienia, np. poprzez dopuszczalność wpłaty ceny sprzedaży w *pre-packu* w ratach.
7. Postulowane rozwiązania w zakresie uelastycznienia dopuszczalnych form ustanowienia zabezpieczenia składanych ofert nie są zatem wyjątkowe. Wręcz przeciwnie są znane i zostały już sprawdzone w praktyce, w tym również w państwach

o znacznym dorobku i doświadczeniu w dziedzinie prawa upadłościowego. Szczegółowe rozwiązania w tym zakresie (np. wzorowane na przywołanych przepisach) powinny zostać wypracowane w toku postępowania ustawodawczego; w przeciwnym wypadku należy rozważyć pominięcie obowiązku wpłaty wadium.

D. Doręczanie wierzycielom zabezpieczonym na majątku wniosku o zatwierdzenie warunków sprzedaży

1. Zgodnie z treścią uzasadnienia projektu, wprowadzenie obowiązku załączenia listy zabezpieczeń dokonanych przez wierzycieli na majątku dłużnika z odpisami wniosku o zatwierdzenie warunków sprzedaży dla znanych wierzycieli zabezpieczonych na majątku dłużnika miałyby mieć na celu ochronę wierzycieli zabezpieczonych przed „ryzykiem nielojalnych zachowań ze strony dłużnika mogących skutkować obniżeniem poziomu zaspokojenia wierzycieli rzeczowych, szczególnie chronionych w procedurach upadłościowych”.
2. Wskazana wyżej *ratio legis* nie została jednak sformułowana w sposób jasny i precyzyjny w projektowanych przepisach. Przepisy te w art. 56a ust. 2b p.u. odnoszą się do „wierzycieli zabezpieczonych”, co może budzić istotne rozbieżności interpretacyjne w zakresie ustalenia czy mowa jest o grupie wierzycieli zabezpieczonych rzeczowo czy o szerszą grupę wierzycieli zabezpieczonych.
3. Należy zauważyć, że w istocie szczególny status ustawa przewiduje jedynie dla węższej kategorii wierzycieli zabezpieczonych, a mianowicie:
 - dla wierzycieli na rzecz których ustanowione zostały wyraźnie wymienione w ustawie kategorie zabezpieczeń o charakterze rzeczowym (tj. głównie hipoteka, zastaw, zastaw rejestrowy, zastaw skarbowy lub hipoteka morska, a także prawa oraz prawa osobiste i roszczenia ujawnione przez wpis do księgi wieczystej), w odniesieniu do których Prawo upadłościowe przewiduje odmienne zasady podziału funduszy masy upadłości i sum uzyskanych ze zbycia rzeczy i praw obciążonych rzeczowo oraz odmienny sposób zaspokojenia wierzycieli, których wierzytelności były zabezpieczone na takich rzeczach lub prawach;
 - ponadto, w przypadku przygotowanej likwidacji – dla wierzycieli-zastawników, na rzecz których ustanowiony został zastaw rejestrowy, w odniesieniu do którego przewidziane zostały pozaegzekucyjne sposoby zaspokojenia obejmujące przejęcie przedmiotu zastawu albo jego sprzedaż na podsta-

wie art. 24 ustawy z dnia 6 grudnia 1996 r. o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów. Takim wierzycielom przysługuje bowiem, co do zasady, prawo wyrażenia zgody na złożenie wniosku o zatwierdzenie warunków sprzedaży w odniesieniu do składników majątkowych objętych zastawem rejestrowym.

4. W odniesieniu do pozostałych kategorii wierzycieli zabezpieczonych trudno doszukać się podobnych szczególnych zasad prowadzenia postępowania upadłościowego (zarówno na gruncie obowiązujących, jak i projektowanych przepisów). W związku z tym należy doprecyzować brzmienie projektowanego przepisu art. 56a ust. 2b p.u. tak, aby nie było wątpliwości interpretacyjnych co do katalogu wierzycieli zabezpieczonych, którym należy doręczyć odpis wniosku.